

Sentencia SU917/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-
Evolución jurisprudencial respecto al reemplazo de la expresión "vía de hecho" por la de "causales genéricas de procedibilidad"

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-
Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO SUSTANTIVO-Presupuestos para su configuración/**CARACTERIZACION DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-**
Reiteración de jurisprudencia

Este Tribunal ha señalado que la “construcción dogmática del defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela, parte del reconocimiento de la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.” Al sintetizar los requisitos generales y las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, esta Corporación, en la sentencia C-590 de 2005, describió el defecto sustantivo como “los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.”

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS DE ALTAS CORTES-Procedencia excepcional por vulneración de derechos fundamentales

La jurisprudencia constitucional ha sido particularmente cuidadosa en términos de definición de los requisitos de procedibilidad, así como las causales que deben comprobarse para la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Este alto nivel de escrutinio responde a la necesidad de ponderar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, frente a la garantía de la independencia judicial. En razón de su reconocimiento institucional y la importante investidura que tienen los jueces, sus decisiones se presumen compatibles con la Constitución y la ley, siendo solamente impugnables a través de las vías previstas en el ordenamiento jurídico. En el caso particular de la acción de tutela contra sentencias, es claro que la negación de la validez

de la sentencia judicial depende que se compruebe, de manera cierta y suficiente, que el fallo es abiertamente contrario a la Constitución. De ahí que, de manera consistente, la jurisprudencia en comento insista en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias.

CARACTER VINCULANTE DE LOS PRECEDENTES DE LAS ALTAS CORTES-Se explica a partir de la aplicación de los principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y seguridad jurídica

La función jurisdiccional que ejercen las altas Cortes se distingue de la que adoptan otros jueces, merced de su competencia constitucional de unificación de jurisprudencia. En efecto, conforme lo dispuesto por los artículos 234 y 235-1 C.P., la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la justicia ordinaria y tiene a su cargo fungir como Corte de Casación, esto es, de unificación sobre la interpretación de las normas legales aplicadas en los asuntos sometidos a su jurisdicción. A su vez, el artículo 237-1 C.P. confiere al Consejo de Estado la naturaleza de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, con idénticas funciones de unificación a las antes planteados. Esta función ha sido entendida la Corte como una competencia de índole constitucional, que confiere carácter vinculante a las interpretaciones fijadas tanto por la Corte Suprema como por el Consejo de Estado. De allí que (i) los jueces de inferior jerarquía estén llamados a seguir el precedente fijado por la cúspide de su jurisdicción, así como por la jurisprudencia constitucional; (ii) las posibilidades de apartarse de ese precedente sean excepcionales y estén sometidas a condiciones fácticas y argumentativas exigentes; y (iii) se radique en las altas cortes la función de modificación de su propio precedente, competencia también vinculada a exigencias particulares, que hagan a ese cambio compatible con la Constitución, particularmente con el debido proceso y el principio de igualdad.

JURISPRUDENCIA DE ALTAS CORTES-Función de unificación jurisprudencial por cuanto sus precedentes adquieren fuerza vinculante

La Constitución adscribe a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial y en ese sentido, la condición de intérprete autorizado de las normas legales, lo que implica el carácter prima facie obligatorio y vinculante de tales fórmulas interpretativas. En ese orden de ideas y con el fin de evitar que esa función de interpretación vinculante del orden legal sea escrutada por jueces de inferior jerarquía, concurren normas reglamentarias que ordenan que las acciones de tutela contra sentencias de altas cortes sean conocidas por los mismos tribunales que profirieron el fallo. En tal sentido, el numeral segundo del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 determina que lo accionado contra la Corte Suprema, el Consejo de Estado o la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, será repartido a la misma corporación y se

resolverá por la sala de decisión, sección o subsección que corresponda de conformidad con el reglamento interno de cada alta corte.

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS DE ALTAS CORTES-Reglamento interno de la Corte Constitucional establece que acciones de tutela contra providencias de la Corte Suprema y Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado de reparto a la Sala Plena

Desde el punto de vista institucional, el estándar diferenciado de la acción de tutela contra decisiones de altas cortes se demuestra por el hecho que el Acuerdo 5 de 1992 – Reglamento de la Corte Constitucional, modificado por el Acuerdo 1 de 2008, disponga en su artículo 54A que los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento. Bajo esta lógica, el Reglamento pretende que aquellas decisiones de revisión de fallos de tutela contra sentencias de altas cortes tengan la posibilidad de someterse al máximo grado de deliberación posible, que para el caso de la Corte Constitucional es la Sala Plena. Esto precisamente por la índole de la función que cumplen las altas cortes y la necesidad correlativa que los fallos que cuestionen esa competencia de unificación jurisprudencial cumplan con el estándar estricto antes explicado.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto Consejo de Estado unificó jurisprudencia respecto al principio de favorabilidad penal no es aplicable frente a las inhabilidades para el ejercicio de cargos y funciones públicas

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO "ERROR INDUCIDO" O "VIA DE HECHO POR CONSECUENCIA"-Configuración

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto precedente sobre pérdida de eficacia de las inhabilidades no es aplicable al caso analizado y no fue objeto de amparo constitucional

El precedente sobre pérdida de eficacia de las inhabilidades no resulta aplicable al caso del accionante, al menos por tres tipos de razones: (i) la falta de una acusación particular y concreta contra la decisión del Consejo de Estado; (ii) la inexistencia de un cambio normativo o un hecho sobreviniente que afecte la sentencia adoptada por dicho alto tribunal; y (iii) la ausencia de carácter objetivo de la causal alegada para modificar el supuesto jurídico que dio lugar la inhabilidad para el ejercicio de cargos y funciones públicas. En cuanto a lo primero, debe insistirse en que el presente caso no se formuló

ningún reproche constitucional contra la decisión adoptada por el Consejo de Estado. Frente al segundo aspecto, la Sala encuentra que los supuestos fácticos y normativos de la decisión adoptada por el Consejo de Estado se mantienen inalterados en el caso presente, sin que posterioridad al fallo se hayan presentado modificaciones del orden legal aplicable u otra circunstancia que afectase lo decidido. Incluso, debe resaltarse que la modificación del tipo penal de peculado por apropiación diferente tuvo lugar mucho antes que se profiriera la sentencia por parte de la Sección Quinta. Finalmente, en cuanto al tercer aspecto y al margen de la necesidad de contar con una acusación concreta contra el fallo del Consejo de Estado, la Sala advierte prima facie que no hay circunstancias objetivas sobrevinientes que justificasen la pretendida ineficacia de dicha decisión.

Referencia: expediente T-3.574.025

Acción de tutela instaurada por Luis Gilberto Murillo Urrutia contra el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Quibdó (Chocó) y la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Quibdó.

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela dictado en única instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 5 de julio de 2012, que resolvió la acción de tutela interpuesta por el ciudadano Luis Gilberto Murillo Urrutia contra el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de

Seguridad de Quibdó (Chocó) y la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Quibdó.¹

I. ANTECEDENTES

Reseña fáctica del caso

1. El ciudadano Luis Gilberto Murillo Urrutia fue condenado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó, mediante sentencia de segunda instancia, proferida el 29 de agosto de 1997, por el delito de peculado por aplicación diferente (art. 136 Anterior Código Penal – Decreto Ley 100 de 1980), que revocó el fallo absolutorio dictado por el 19 de junio de 2007 por parte del Juez Primero Penal del Circuito de Quibdó. La condena tuvo origen en que cuando el mencionado ciudadano fue director de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Departamento del Chocó (CODECHOCÓ), celebró un contrato por cinco millones de pesos de pesos con el objeto de realizar una reparación locativa a una escuela, destinando de manera diferente los recursos imputados al programa denominado “*saneamiento ambiental en zonas mineras del Departamento del Chocó*”, con el fin de invertirlos en el sector educación.

Para el efecto, el ciudadano Murillo Urrutia celebró contrato N° 104 del 5 de septiembre de 1994 con el señor Guillermo González Sánchez, cuyo objeto era la reparación locativa de la Escuela “*Pascual de Andagoya*”, por el valor antes mencionado. Este gasto que se imputó al presupuesto de CODECHOCÓ al programa 3301, subprograma 009, proyecto 005, recurso 25, nomenclatura “*saneamiento ambiental en zonas mineras del Departamento del Chocó*”. La pena impuesta fue de seis meses (6) de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el término de un (1) año y multa de un (1) mil pesos.

Contra el fallo condenatorio aludido se interpuso recurso de casación, en la modalidad de discrecional. Sin embargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo inadmitió por falta de técnica, por medio de providencia del 17 de marzo de 1998, razón lo cual quedó ejecutoriada la sentencia condenatoria antes explicada.²

2. Con la expedición de la Ley 599 de 2000 (actual Código Penal), se modificó la descripción típica del delito de peculado por aplicación oficial diferente en su artículo 399. El derogado artículo 136 del Antiguo Código Penal (Decreto-

¹ Esta sentencia sintetiza la posición de la Sala Plena, la cual desestimó el sentido de la decisión contenido en la ponencia original que presentó el magistrado Alberto Rojas Ríos. Sin embargo, los antecedentes del caso, así como la explicación sobre el fallo adoptado por el Consejo de Estado y la recopilación del precedente acerca de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales son tomadas, salvo algunas modificaciones marginales, del proyecto de fallo antes mencionado.

² Esta referencia se hace en la providencia del Tribunal Superior de Quibdó del año 2011 en la reconstrucción de los hechos.

Ley 100 de 1980) establecía que incurría en el mencionado delito el servidor público “*que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste*”, mientras que el artículo 399 del Código Penal actualmente vigente (Ley 599 de 2000) exige además de lo anterior, que la distinta aplicación de los recursos acontezca “*en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores*”.

Este cambio normativo motivó que el ciudadano Murillo Urrutia elevara distintas solicitudes para que se reconociera la ineficacia de la sentencia penal condenatoria. Esto debido a que, en su opinión, la norma vigente es más favorable que aquella con base en la cual fue condenado. También intentó la acción de revisión con base en razones distintas a las aducidas para la petición de ineficacia de la sentencia, la cual no prosperó debido a las deficiencias de la respectiva demanda³.

3. El ciudadano Luis Gilberto Murillo Urrutia, se inscribió como candidato a las elecciones para la Gobernación del Chocó el 25 de julio de 2011. Fue elegido popularmente como Gobernador del Chocó en elecciones celebradas el 30 octubre de 2011, para el periodo 2012-2015.

En razón a que por virtud del inciso final del artículo 122 C.P., la sentencia penal condenatoria contra el ciudadano Murillo Urrutia, se configura como la base de una inhabilidad para ser elegido o designado como servidor público y para contratar con el Estado, el accionante solicitó al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (oficio del 30 de mayo de 2011) el reconocimiento de la ineficacia de la sentencia penal, con base en la aplicación de los numerales 7 y 9 del artículo 38 del Código de Procedimiento Penal (CPP). Según estos numerales, los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad deben aplicar “*el principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal*” (núm. 7 art. 38 CPP), y deben reconocer la “*ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia*”. (núm. 9 art. 38 CPP).

4. Mediante providencias del 8 de julio de 2011 del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Quibdó, y del 11 de noviembre de 2011, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, se negó la aplicación del

³ La Corte Suprema de Justicia, en providencia del 15 de septiembre de 2010, resolvió inadmitir el recurso extraordinario de revisión, por cuanto no cumplía con el requisito establecido en el numeral 3° del artículo 222 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal de la época).

⁴ Resolución N° 2047 de 2011 del Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual se decide la solicitud de revocatoria del acto de inscripción del ciudadano Lis Gilberto Murillo Urrutia a la Gobernación del Departamento del Chocó (...). [Página 17 de la Resolución].

principio de favorabilidad así como el reconocimiento de la ineficacia de la sentencia. Respecto de estas decisiones, el actor consideró que se vulneraban sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al buen nombre y a elegir y ser elegido, por lo cual interpuso acción de tutela contra ellas. Tanto los fundamentos de las decisiones referidas como los fundamentos de la acción de tutela se reconstruirán en los acápite siguientes.

Decisiones de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, demandadas mediante acción de tutela.

Decisión del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Quibdó

5. Como se relató anteriormente, el ciudadano Murillo Urrutia solicitó al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad el reconocimiento de la ineficacia de la sentencia penal, con base en la aplicación de los numerales 7 y 9 del artículo 38 del Código de Procedimiento Penal.

El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad sostuvo que el principio de favorabilidad no se puede aplicar de manera desproporcionada, puesto que su utilización exige que se haga de manera restrictiva para asegurar principios y valores como el debido proceso y la igualdad que pueden resultar quebrantados cuando se retira de la vida jurídica una condena. Ello menos aún en el caso presente, donde las dos causales de ineficacia que son taxativas no se encuentran soportadas mínimamente. Por ello, la petición del condenado es que se aplique sin ningún límite dicho principio, hecho que conllevaría a la inseguridad jurídica e la impunidad frente a la pena accesoria consistente en la inhabilidad para el desempeño de la función pública consagrada en el inciso quinto del artículo 122 C.P.

Llamó el Juez la atención sobre el deber de tener presente que realizar un juicio de tipicidad en este estadio procesal vulnera el principio del juez natural, *“incurriéndose por tanto en una doble valoración de los hechos, duplicidad que apunta a contravenir el derecho fundamental al ‘non bis in ídem’ menos en un proceso donde el actor contó con todas las instancias jurídicas que se pueden tener en una actuación penal.”*

Agregó que la condena no puede declararse ineficaz por cuanto el tipo penal previsto en el artículo 136 de la Ley 100 de 1980 no se ha tornado atípico, por lo que continúa siendo punible en la nueva legislación del artículo 399 de la Ley 599 del 2000. Además, la conducta del ciudadano Murillo Urrutia indica que efectivamente fueron afectados los rubros del plan operativo anual de inversiones cuya destinación debía ser las zonas mineras del Departamento del Chocó *“para ser desviados en la construcción de una escuela”*.

En este punto, el Juez de Ejecución alude a los argumentos que en ese sentido fueron expuestos en desarrollo del proceso penal al cabo del cual resultó condenado el tutelante. Relata que en dicho proceso se sostuvo que, en gracia de discusión, al examinar la conducta comportada por el ciudadano Luis Gilberto Murillo Urrutia, de cara con el artículo 399 de la Ley 599 de 2000, podría aseverarse que *“... no concurren los elementos normativos del tipo penal allí definido y, que por lo tanto no se puede seguir considerando constitutiva de peculado por aplicación oficial diferente, tendría que aseverarse que la misma se ha tornado atípica y en consecuencia impondría reconocer la ineficacia de la sentencia condenatoria que informa el paginario, pues en tal contexto lógico y jurídico resultaría entender que la norma incriminatoria (artículo 136 del decreto 100 de 1980) habría perdido su vigencia; sin embargo, consideramos que este evento no ha acaecido en el caso examinado, ya que el comportamiento por el que fue condenado aquel sigue siendo típico en la nueva legislación penal sustantiva.”*

Explica que el peticionario omite considerar el hecho que la conducta que originó la condena continua siendo típica. Tal conclusión tiene como fundamento *“que los dineros con los que se pagó la reparación del plantel educativo conocido en autos estaba destinada al ´saneamiento ambiental en zonas mineras del departamento del Chocó` (...), y al amparo de los artículos 366-1 de la constitución nacional y 47 de la ley 99 de 1993 los recursos que se destinan al ´saneamiento ambiental`, (...) [afectaron] la inversión social a cargo de CODECHOCO”*.

Concluye de lo anterior *“que, si para la época de los hechos la definición del delito de peculado por aplicación oficial diferente fuese sido idéntica a la que hoy trae el artículo 399 de la ley 599 de 2000, la conducta comportada por el doctor LUIS GILBERTO MURILLO URRUTIA habría resultado ser típica de esa conducta punible.”*

Recurso de apelación

6. Para la sustentación del recurso se expusieron distintos argumentos que, en lo sustancial, expresaron que pese a haberse decretado la extinción de la pena accesoria impuesta al ciudadano Murillo Urrutia, era procedente la petición de ineficacia de la sentencia porque esta continuaba causándole perjuicios y vulneración a sus derechos fundamentales.

También se adujo que la ineficacia del fallo no se solicitó únicamente con base en un fallo del Consejo de Estado que decidió una situación idéntica a la del ciudadano Murillo, sino principalmente con sustento en la Constitución, la Ley 153 de 1887, el Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia constitucional. Con todo, el juez de primera instancia desestimó dichas

premisas bajo la consideración de la *no obligatoriedad del precedente judicial*, lo cual se limitó a enunciar sin mayor sustentación

Al planteamiento del *a quo* de acudir a un fallo anterior sobre ese mismo tema para sostener que el delito no se había tornado atípico y continuaba siendo punible y que aún bajo la nueva norma el ciudadano Murillo Urrutia seguía siendo responsable porque había afectado la inversión social, se contra argumenta en la sustentación del recurso, que se estaba confundiendo la descriminalización con al atipicidad de la conducta de dicho ex servidor público, a quien nunca se le había imputado esa afectación a la inversión social.

Decisión de segunda instancia

7. El Tribunal en segunda instancia confirma la decisión del Juzgado. Para ello, previa presentación de los antecedentes del caso, aduce en primer término que el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Quibdó ordenó “...*declarar la extinción de la pena principal de PRISIÓN y MULTA*” y que “[p]or consiguiente, *al extinguirse la sanción penal desaparece el poder punitivo del Estado por lo que una vez se declare y quede en firme la providencia extintiva no hay lugar a continuar conociendo del asunto por parte de los jueces, pues éstos sólo pueden pronunciarse sobre aspectos que resulten consustanciales con tal declaratoria frente a la culminación de la actividad punitiva y sancionatoria.*”

Seguidamente argumenta: “*En ese orden de ideas, no hay lugar en esta instancia procesal a que el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad, se hubiese pronunciado conforme lo pretende la defensa y su prohijado: MURILLO URRUTIA, en reexaminar la situación jurídica de este profesional, con la finalidad de que se aplique el principio de favorabilidad y consecuentemente se declare la ineficacia de la sentencia que fuera proferida en contra suya, por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, pues se encontraban frente a situaciones jurídicas ya consolidadas en el tiempo, situación por la que no resultaba viable estudiar la solicitud presentada.*”

Para dar soporte a su criterio, cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de octubre de 2004, en la cual se consideró que “...*frente a situaciones jurídicas ya consolidadas en el tiempo no puede aducirse la aplicación retroactiva de la ley más favorable, pues el fenómeno se encuentra supeditado a que la situación jurídica respecto de la cual se invoca haya ocurrido o se hubiese estructurado durante su vigencia, que no es el caso presente donde la interrupción de la prescripción con la ejecutoria de la resolución de acusación se consolidó en vigencia del anterior estatuto penal.*”

Cita también el *ad quem* la sentencia de 7 de febrero de 2007, en la cual la Corte Suprema hace las siguiente precisiones: “*En las anotadas condiciones, conforme ha sido dicho por la Corte, no procede la consideración del principio de favorabilidad, pues se trata de situaciones consolidadas cuyos efectos estaban ligados al contenido de las normas vigentes para cuando tuvieron ocurrencia y que por lo tanto no son susceptibles de ser reexaminados en virtud de un posterior cambio de legislación, pues, como de igual modo señalado pacíficamente por la jurisprudencia de esta Corte, a los trámites agotados se les aplica el principio de la preclusión, según el cual, el proceso se desarrolla a través de una sucesión ordenada y continua de actos procesales que deben ejecutarse en un plazo determinado para ellos. Por consiguiente, al expirar el término o agotarse la actuación, queda clausurada la oportunidad procesal y habilitado el estadio subsiguiente, en pos de la culminación del trámite a que haya lugar.*”

Fundamentos de la acción de tutela

8. Contra las anteriores decisiones, el ciudadano Murillo Urrutia interpuso acción de tutela, en esencia con base en los mismos argumentos que sustentaron la solicitud ante los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Así, solicitó se reconociera la ineficacia de la sentencia y se declarara consecuentemente que no estaba incurso en la inhabilidad alguna por causa de la condena penal derivada del peculado por destinación oficial diferente. Consideró adicionalmente el tutelante que con las decisiones aludidas se vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al derecho a elegir y ser elegido. Agregó que las interpretaciones que justificaron tales fallos judiciales configuran una verdadera vía de hecho y un defecto sustantivo, en tanto no le otorgan al principio de favorabilidad el alcance que tiene en la Constitución y en las interpretaciones de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

En apoyo de esta conclusiones el actor realizó una comparación entre la descripción del tipo de peculado por aplicación oficial diferente en el artículo 136 de la Ley 100 de 1980 y la que establece el artículo 399 de la Ley 599 de 2000, para concluir la favorabilidad de la segunda por exigir más requisitos para la configuración de dicha ilicitud. También señaló que el principio de favorabilidad no solo es aplicable a los casos en que el tránsito de legislación encuentra un proceso en curso, sino también cuando ya se ha dictado sentencia condenatoria (Ley 153 de 1887 art 44 y Ley 500 de 2000 artículo 6)⁵. Se dejó

⁵ **LEY 153 DE 1887: ARTÍCULO 44.** En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito.

Esta regla favorece á los reos condenados que estén sufriendo su condena.

LEY 599 de 2000: ARTICULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes prexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La prexistencia de la norma también se aplica para el renvío en materia de tipos penales en blanco.

sentado que no puede confundirse la atipicidad derivada de la favorabilidad por modificaciones benignas al tipo penal, con la descriminalización o despenalización del delito de peculado por la aplicación oficial diferente y que, por ende, el delito mencionado seguía existiendo con otra estructura típica.

Señaló que esa era precisamente la situación a la que se referían los artículos 79, numeral 7, de la Ley 600 de 2000 y 38, numeral 7, de la Ley 906 de 2004, al asignar a los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad *“la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión, o extinción de la sanción penal”*.

Explicó que la figura jurídica de la ineficacia de la sentencia *“no tiene la tradición ni arraigo del principio de favorabilidad, pero en la forma como está concebida en los artículos 79.7 de la ley 600 de 2000 y 38.9 de la ley 906 de 2004, queda claro que su aplicación exige un previo juicio de favorabilidad y, por otro lado, reconocida ésta se llega inevitablemente a la ineficacia”*.

En efecto, dicen las citadas normas que los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, conocen *“del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia”*. Aclara en relación con esto, que es evidente que tratándose del delito de peculado por aplicación oficial diferente no hubo inexecutable del artículo 136 de la Ley 100 de 1980 que lo tipificaba, pero en relación con lo referido de la pérdida de su vigencia no puede sostenerse lo mismo. Esto debido a que al empezar a regir la Ley 599 de 2000, contentiva de una nueva y favorable tipificación de tal ilicitud, la norma incriminadora anterior obviamente perdió su vigencia.

Desarrolla esto con la idea según la cual *“la única razón jurídica por la cual una norma penal puede perder su vigencia es por su derogatoria expresa o tácita. En materia penal no es posible la inaplicación por desuso o por situaciones similares. Es decir, la expresión ‘haya perdido su vigencia’ tiene que ser entendida necesariamente como una disposición que ha sido derogada, lo que podría ocurrir por quitársele el carácter de delito o porque sin quitar ese carácter se le introduzcan modificaciones a la descripción típica, con la cual también variarían las conductas susceptibles de adecuarse al nuevo tipo penal”*. Por lo que concluye que la figura de la ineficacia se refiere a sentencias condenatorias dictadas con base en una norma que después del fallo resulta derogada por otra más favorable.

En este orden -continúa- el artículo 136 del Código Penal de 1980 perdió su vigencia, por haber sido derogado expresamente por el artículo 399 de la Ley

599 de 2000. Con todo, la inaplicación del primero a los casos ocurridos antes de la vigencia del segundo depende, por supuesto, de la favorabilidad de la norma posterior. *“Entonces, si una persona fue condenada con base en el citado artículo 136 y la sentencia se limitó a dejar sentada probatoriamente la mera aplicación oficial diferente de los bienes a su cargo, sin la expresión de otras circunstancias, le asistía el derecho a reclamarla ineficacia de la sentencia con base en la nueva disposición, por favorabilidad, situación en que precisamente se encuentra el doctor Luis Gilberto Murillo Urrutia”.*

Denuncia que el juez penal cuyo fallo contiene la condena, en la exposición de los hechos y valoración de su connotación jurídico-penal, no mencionó expresa ni tácitamente que se hubiera producido perjuicio adicional más allá de la antijuricidad que en la resolución de acusación se evaluó así: *‘En este tipo penal no se protege (...) de manera directa el patrimonio de la administración y ni siquiera la posibilidad de disponibilidad sobre bienes de los cuales es ella titular, sino la disciplina, la organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo de los mismos, en aquellas hipótesis en que la beneficiaria con tal comportamiento es la administración, por lo tanto el presupuesto de la norma reside en evitar la malversación o mala administración de los bienes del Estado.’*

Recalca que no hubo alusión, siquiera implícita, a que la destinación diferente que dio el accionante a dichos bienes hubiera afectado la inversión social, el salario o prestaciones de los servidores o cualquier otro factor de la administración pública y, además, *“la antijuricidad se dio por satisfecha con la sola merma a la disciplina y organización en el gasto público, entonces, de ninguna manera tiene procedencia aducir tales hechos después de proferida y ejecutoriada la sentencia”.*

Plantea entonces la siguiente pregunta *¿será legal y ajustado a los derechos fundamentales de defensa y debido proceso, que después de estar en firme una sentencia un juez de ejecución de penas, para negar derechos del condenado, deduzca circunstancias agravantes o desfavorables no mencionadas y sustentándolas en dicho fallo?*

Responde así mismo diciendo que, *“para todos los efectos posteriores a la sentencia ejecutoriada, lo único válido es lo que ha sido aducido y sustentado en ésta, aún cuando en ella se hayan expuesto hechos o circunstancias que por interpretación pudieran dar lugar a ciertas deducciones”.* Es decir, no es por vía de la inferencia o de la interpretación que pueden atribuirse o reconocerse hechos relevantes para la situación jurídica del procesado, posteriores al fallo, sino únicamente sobre la base de lo expresa y directamente consignado en el cuerpo de este.

Explica que de esta situación pueden derivarse dos hipótesis: “1. No se reconocen expresamente circunstancias desfavorables en el fallo, pero se exponen hechos de los cuales es posible deducirlas, por interpretación. 2. Ni siquiera se exponen hechos de los cuales puedan deducirse después del fallo esas circunstancias desfavorables.” Y concluye afirmando que ninguno de estos dos casos permite aplicar tales circunstancias desfavorables, porque lo único que cuenta para todos los efectos posteriores a la sentencia ejecutoriada, es exclusivamente lo que en ella se consigne de manera expresa y hubiera podido ser controvertido. “Inclusive, bien se sabe que desde siempre la jurisprudencia ha exigido congruencia, en todas las materias, entre la acusación y la sentencia. Con mayor razón hay que exigirla entre la sentencia y las actuaciones posteriores a ella, como cuando se va a aplicar el subrogado de libertad condicional, redención de pena por trabajo y estudio y, por supuesto, cuando haya de hacerse un juicio de favorabilidad e ineficacia de la sentencia”.

Entonces, en criterio del actor, no puede negarse el principio de favorabilidad y la consecuente ineficacia de la sentencia sobre la base de apreciaciones ajenas al contenido de la misma, como sería deducir subjetivamente que el accionante afectó en aquella oportunidad la inversión social, cuando en el proceso no se adelantó diligencia alguna que así lo estableciera, ni en el texto del fallo se mencionara ello, expresa o tácitamente, como un elemento de la antijuricidad. Sobre esto añade que para poder sostener “que la conducta del doctor Murillo afectó la inversión social, no es suficiente afirmar en abstracto que lo relacionado con el medio ambiente tiene esa connotación, sino que debe demostrarse dentro del proceso que se trata efectivamente de esa forma de inversión. En tal sentido conviene remitirnos a algunos de los apartes de lo que al respecto expuso la H. Corte en el fallo de casación fechado del 1º de julio de 2009, referido al delito que nos ocupa: || ‘...La riqueza descriptiva ahora tiene un claro contenido de antijuricidad al condicionar la naturaleza delictiva del comportamiento a la necesaria causación de un perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores una vez se ha efectuado la indebida aplicación, o transmutación de partidas presupuestales. || La Corte con anterioridad ha precisado los alcances de los nuevos contenidos del tipo penal previsto en el artículo 399 de la ley 599 de 2000 al insistir en que para predicar la concurrencia del nuevo elemento normativo es necesario acreditar cabalmente la naturaleza social de las partidas afectadas, para ello se ha de acudir a los Planes de Desarrollo Económico, es decir del ámbito Nacional o territorial, según el caso. (Subrayas fuera de texto) (...) Si el delito de peculado por aplicación oficial diferente sólo es imputable a condición de que cualquiera de las conductas allí relacionadas perjudique la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores, es necesario establecer qué partidas presupuestales responden a dichos contenidos. (...)Por lo tanto, no se basta ahora con comprobar la destinación oficial diferente de los recaudos públicos,

el compromiso de sumas superiores a las fijadas en el presupuesto o el invertir o utilizarlas en forma no previstas en el mismo, en cuanto es necesario acreditar que alguna de tales conductas se ejecutó en perjuicio de la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos. (...) La necesaria transcripción in extenso de las consideraciones del juez plural permite advertir que se trató de un análisis en abstracto en cuanto probatoriamente no se acreditó que con el incumplimiento de la obligación de trasladar los dineros de la sobretasa ambiental a la CVC se hubiese derivado un perjuicio en relación con la inversión social o los salarios y prestaciones sociales de los servidores de la misma corporación autónoma regional...⁶.

En conclusión, si no fue probado en el proceso contra el actor que con su actuación afectó la inversión social, ni así se dijo expresa o tácitamente en la sentencia. Por lo tanto, se trata de un ingrediente normativo del nuevo tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente que, de ninguna manera, puede darse por reunido implícitamente en la conducta de dicho ex servidor público. Insiste en que *“para deducir consecuencias desfavorables al procesado, después de quedar en firme la sentencia condenatoria, es necesario que en ésta se haya hecho manifestación expresa de tales circunstancias...”*

Cita como precedente la demanda de nulidad del acto administrativo de la Comisión Escrutora Departamental de Boyacá, que declaró la elección del ciudadano Miguel Ángel Bermúdez Escobar para el cargo de Gobernador de ese Departamento para el periodo 2001 – 2003, que registra el Acta General de Escrutinio del 5 de noviembre de 2000, suscrita por los Delegados del Consejo Nacional del Estado Civil y correspondiente a las elecciones del 29 de octubre del mismo año.

Relata que esta se sustenta en el hecho de que el ciudadano Bermúdez Escobar fue condenado por el delito de peculado, mediante la sentencia del 15 de octubre de 1985, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, Confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 3 de marzo de 1986, cuya revisión fue declarada impróspera por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 6 de marzo de 1996. Y en que de conformidad con el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política y el artículo 17 de la ley 190 de 1995, que corresponde al 59ª del Código Penal, el elegido Gobernador se hallaba inhabilitado para serlo.

Aduce que entonces, el tipo penal, en la modalidad imputada al ciudadano Bermúdez Escobar dentro del proceso penal que se le adelantó por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, quedó por fuera de la previsión legislativa y por ende dejó de ser jurídicamente relevante. Así, es un hecho que hoy carece de ilicitud y obviamente de sanción. Pero como subsisten los

⁶ Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca

efectos de las sentencias que se ciñó a ese tipo penal, ahora se debe tener en cuenta la norma posterior, con efecto retroactivo al acto que se le imputa que es el de la elección de gobernador.

Así, aclara que la nueva norma penal es ampliamente favorable a los intereses de demandado, circunstancia que tiene profundas repercusiones en este proceso, habida cuenta que debe serle aplicada, con plenos efectos hacia el pasado, hasta restituirle sus derechos políticos *sub iudicie*, como si la norma anterior jamás hubiese existido. Ello debido a que uno de los elementos de la inhabilidad era la sentencia condenatoria que ahora perdió todo su fundamento con la expedición de la nueva ley penal, lo cual abre paso a la sólida conclusión de que el decaimiento del antecedente penal elimina la inhabilidad y restablece la legalidad del acto electoral demandado.

Enfatiza la conclusión del Consejo de Estado en este análisis, según la cual bien podría replicarse que las decisiones penales han hecho tránsito a cosa juzgada, circunstancia que las haría inmodificables; *“sin embargo, la Sala, además de que no las desconoce, ni las ha sometido a controversia alguna, resalta que la perduración de sus efectos políticos es discutible dentro del proceso contenciosos administrativo y que ese es el alcance de esta sentencia”*.

Decisión del juez de tutela objeto de revisión

9. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, para lo cual asumió como válidos los argumentos expresados por los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Agrega que en virtud del principio de autonomía judicial, resulta razonable la interpretación adoptada por estos jueces penales sobre el alcance del principio de favorabilidad en materia de inhabilidades, cuando la condena genera la mencionada inhabilidad. Por ende, no corresponde reabrir la discusión en sede de tutela como si se tratara de una tercera instancia.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. Es competente la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación del caso y problema jurídico objeto de discusión.

2. El ciudadano Luis Gilberto Murillo Urrutia fue condenado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó, mediante sentencia de segunda instancia,

proferida el 29 de agosto de 1997, por el delito de peculado por aplicación diferente (art. 136 antiguo Código Penal – Decreto Ley 100 de 1980). Esta sentencia, a su vez, revocó el fallo absolutorio dictado por el Juez Primero Penal del Circuito de Quibdó el 10 de junio de 1997. La responsabilidad penal se deriva del hecho que cuando el accionante fue director de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Departamento del Chocó (CODECHOCÓ), celebró un contrato por cinco millones de pesos con el objeto de realizar una reparación locativa a una escuela, destinando de manera diferente los recursos imputados al programa denominado “*saneamiento ambiental en zonas mineras del Departamento del Chocó*”, para invertirlos en el sector educación. Contra el fallo condenatorio aludido se interpuso recurso de casación, en la modalidad de discrecional, pero la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo inadmitió por falta de técnica, por medio de providencia del 17 de marzo de 1998, por lo cual quedó ejecutoriada la sentencia condenatoria en su contra⁷.

Con la expedición de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), se adoptó una estructura distinta del delito de peculado por aplicación oficial diferente en su artículo 399. El derogado artículo 136 del Antiguo Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980) establecía que incurría en el delito de peculado por aplicación oficial diferente el servidor público “*que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste*”, mientras que el artículo 399 del Código Penal actualmente vigente (Ley 599 de 2000) exige además de lo anterior, que la distinta aplicación de los recursos acontezca “*en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores*”. Por esto solicitó el reconocimiento de la ineficacia de la sentencia penal condenatoria pues en criterio del accionante, la norma vigente es más favorable que aquella con base en la cual fue condenado⁸.

Luego de lo anterior, el ciudadano Luis Gilberto Murillo Urrutia se inscribió como candidato a las elecciones para la Gobernación del Chocó el 25 de julio de 2011. Fue elegido popularmente como Gobernador del Chocó en elecciones celebradas el 30 octubre de 2011, para el periodo 2012-2015. Y, como se enunció en la relación de hechos de la solicitud de amparo, en razón a que por virtud del inciso final del artículo 122 C.P., la sentencia penal condenatoria

⁷ Esta referencia se hace en la providencia del Tribunal Superior de Quibdó del año 2011 en la reconstrucción de lo hechos.

⁸ También intentó acción de revisión con base en razones distintas a las aducidas para la petición de ineficacia de la sentencia, que no prosperó debido a las deficiencias de la respectiva demanda. La Corte Suprema de Justicia, en providencia del 15 de septiembre de 2010, resolvió inadmitir el recurso extraordinario de revisión, por cuanto no cumplía con el requisito establecido en el numeral 3° del artículo 222 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal de la época).

contra el ciudadano Murillo Urrutia se configura como la base de una inhabilidad para ser elegido o designado como servidor público y para contratar con el Estado, el accionante solicitó al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (oficio del 30 de mayo de 2011) el reconocimiento de la ineficacia de la sentencia penal, con base en la aplicación de los numerales 7 y 9 del artículo 38 del Código de Procedimiento Penal (CPP). Según estas previsiones normativas, los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad deben aplicar *“el principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal”* (núm. 7 art. 38 CPP), y deben reconocer la *“ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia”*. (num. 9 art. 38 CPP).

3. El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Quibdó (en providencia del 8 de julio de 2011) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (en providencia del 11 de noviembre de 2011), negaron la aplicación del principio de favorabilidad así como el reconocimiento de la ineficacia de la sentencia.

Para el efecto argumentaron, en general, que el principio de favorabilidad no es aplicable al caso en tanto se trata de una situación jurídica consolidada, frente a la cual no es posible pretender la aplicación de una norma posterior, así esta sea favorable. Agregan que, en gracia de discusión, si fuera posible analizar el caso del tutelante, ya fallado y ejecutoriado, a la luz de la nueva norma, valga decir el artículo 399 del actual Código Penal, sería igualmente típica su conducta, pues destinar el presupuesto del rubro *“saneamiento ambiental”* a un sector distinto, implica afectar la inversión social, tal como lo describe la nueva estructura del tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente (art 399 C.P). Sobre la solicitud de reconocimiento de la ineficacia de la sentencia, sostienen que no es viable porque para ello el Código de Procedimiento Penal (art. 38-9) exige que *la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia*, y lo cierto es que el peculado por aplicación oficial diferente está vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, solo que la descripción típica contiene ahora una condición adicional.

4. Respecto de estas decisiones, el actor consideró que se vulneraban sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al buen nombre y a elegir y ser elegido, por lo cual interpuso acción de tutela contra ellas. En consecuencia, solicitó al juez de amparo que reconociera la figura de la ineficacia de la sentencia. Fundamentó esta solicitud en que las decisiones de los jueces de Ejecución de Penas omitieron la aplicación del principio de favorabilidad penal, a partir de una interpretación errada tanto del alcance de este principio como de la figura de la ineficacia de la sentencia condenatoria consagrada en el régimen penal actualmente vigente, con lo cual dichas

decisiones constituyen un defecto sustantivo que se configura en una vía de hecho.

Dicho yerro hermenéutico radica, a su juicio, en que el principio de favorabilidad en materia penal es aplicable incluso frente a situaciones jurídicas consolidadas, pues su alcance se define justamente en el contexto de tránsito normativo y respecto incluso de condenados, como sucede en el caso analizado. Y otro error consiste en asumir que la modificación del tipo penal se interpreta en el sentido de que este todavía está vigente pero con una exigencia adicional en la descripción típica. Afirma que el principio de legalidad en materia penal significa que los tipos en su estructura están o no vigentes, pero no pueden estarlo parcialmente. Luego el tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente como fue aplicado al tutelante ya no está vigente porque su estructura es otra.

Agregó que las decisiones aludidas desconocieron además precedentes de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en los que en aplicación del principio de favorabilidad después de la expedición del actual Código Penal, se negó la nulidad de la elección de unos funcionarios de elección popular que habían sido condenados por el delito de aplicación oficial diferente con base en la norma pertinente del Antiguo Código Penal (art. 136 del Decreto Ley 100 de 1980). Relató que en estas decisiones se declaró que la inhabilidad derivada de la condena penal no se configuraba, siempre que ante la aplicación de la nueva norma al caso ya fallado no se detectara tipicidad en la conducta que dio lugar a la condena. Así, no se configuraba la inhabilidad de cuestión porque esta era consecuencia directa de la condena penal, cuya base es una conducta que ha dejado de ser relevante penalmente en el ordenamiento jurídico. De lo cual se desprende que las consecuencias de esta conducta, entre ellas la inhabilidad, haya dejado de ser relevante.

Asunto preliminar. La sentencia adoptada por el Consejo de Estado

5. De manera previa a determinar el problema jurídico que subyace en el asunto analizado, así como la metodología para su solución, la Corte considera necesario exponer un hecho sobreviniente a los fallos objeto de revisión que está estrechamente relacionado con el asunto de la referencia. La Sección Quinta del Consejo de Estado adoptó sentencia del 26 de junio de 2013⁹, mediante la cual se resolvió declarar la nulidad del Acuerdo No. 016 de diciembre 20 de 2011, proferido por el Consejo Nacional Electoral, por el cual se declaró la elección de Luis Gilberto Murillo Urrutia como Gobernador del Chocó para el periodo 2012-2015.

⁹ Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro. Radicado N° 27001-23-31-000-2012-00024-02. Radicado Interno N° 2012-0024

Para la Corte Constitucional, es claro que la decisión aludida está estrechamente relacionada con el objeto de discusión de la presente revisión de tutela. Esto en tanto el fallo referido del Consejo de Estado tiene como fundamento la configuración para el ciudadano Murillo Urrutia de la inhabilidad prevista en los artículos 30-1 de la Ley 617 de 2000 y 122 de la Constitución, según la cual no podrá ser elegido quien haya sido condenado penalmente en cualquier tiempo por la comisión de delitos a título de dolo (art. 30-1 L.617/00) o contra el patrimonio público (art 122 C.P.). Y, tal como se acaba de relatar, la pretensión del actor Murillo Urrutia en el presente caso es que mediante la aplicación del principio de favorabilidad y del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia, se declare que la inhabilidad referida no se configura.

6. Teniendo en cuenta esto, el Magistrado Sustanciador, mediante Auto del 24 de agosto de 2013, corrió traslado del expediente a la Sección Quinta del Consejo de Estado para que, si lo consideraba conducente, se pronunciara acerca de las pretensiones y el problema jurídico de esta providencia de revisión de tutela, con fundamento en que la decisión a tomar por esta Corte en el presente caso podría eventualmente incidir en la decisión referida adoptada por el Consejo de Estado – Sección Quinta, con lo cual pretendió también garantizar el derecho de defensa y contradicción del alto tribunal que adoptó dicha decisión.

A su turno, este mismo argumento fue presentado a la Sala Plena de la Corte Constitucional, con el propósito de que esta asumiera el conocimiento de la actual revisión de tutela ante la posibilidad cierta de que la decisión del presente asunto afectara el fallo adoptado por el Consejo de Estado. Por esta razón, en sesión del 31 de julio de 2013 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió asumir competencia para conocer del asunto, en los términos del inciso segundo del artículo 54A del Acuerdo 05 de 1992 - Reglamento de la Corte Constitucional, según el cual el pronunciamiento de la Corte en sede de tutela sobre las decisiones ordinarias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, deben ser llevadas por el Magistrado Sustanciador a la Sala Plena, para que esta decida si asume su conocimiento.

A su turno, el Consejero Ponente respondió al traslado y solicitó a la Corte que dejara sin efectos el auto de vinculación o que lo sometiera a conocimiento de la Sala Plena para que esta decidiera sobre la posibilidad de estudiar en esta sentencia el fallo aludido de la Sección Quinta, el cual no fue impugnado en la demanda de tutela objeto de estudio. Argumentó, en síntesis, que el fallo del Consejo de Estado que anula la elección de quien es ahora tutelante, no puede ser revisado por la Corte Constitucional en el presente caso, pues ni siquiera podía haberse incluido en la demanda de tutela, ya que cuando el actor Murillo Urrutia la interpuso, el fallo en cuestión no había sido proferido. Además, dicho fallo del Consejo de Estado no puede ser objeto de análisis en sede de

revisión de tutela, por cuanto ello implicaría la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa, como quiera que la Sección Quinta no podría impugnar la decisión de amparo, pues se omitieron las instancias debidas y previas a la revisión eventual por parte de la Corte.¹⁰

De conformidad con lo expuesto, corresponde entonces a la Sala Plena de la Corte Constitucional explicar, previo el análisis de los problemas jurídicos surgidos de la acción de amparo objeto de análisis, sobre el proceso de nulidad electoral que fue decidido mediante la decisión adoptada por el Consejo de Estado.

7. Como se acaba de afirmar, la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 26 de junio de 2013, resolvió declarar la nulidad del Acuerdo No. 016 de diciembre 20 de 2011, proferido por el Consejo Nacional Electoral, por el cual se declaró la elección de Luis Gilberto Murillo Urrutia como Gobernador del Chocó para el periodo 2012-2015. Este fallo tuvo origen en demandas de nulidad que sostuvieron que el ciudadano Luis Gilberto Murillo Urrutia estaba incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 30, numeral 1º, de la Ley 617 de 2000, así como en el argumento de que el acto de elección acusado resultaba contrario al artículo 122 de la Constitución Política,

¹⁰ Mediante oficio del 6 de agosto de 2013, el Consejero Ponente respondió al traslado en los siguientes términos: “1. Lo discutido en el proceso de tutela no tiene estricta relación con el proceso de Nulidad Electoral No. 27001-23-31-000-2012-00024-02, que se tramitó en segunda instancia ante esta Sección y cuya sentencia a la fecha no ha cobrado ejecutoria.

2. La solicitud de amparo nunca se dirigió contra la Sección Quinta del Consejo de Estado.

3. En la misma jamás se cuestionaron, ni podían cuestionarse, las decisiones de esta Sección adoptadas en el marco del proceso de Nulidad Electoral No. 27001-23-31-000-2012-00024-02 adelantado por Andrea Carolina Durán Movilla y otros, contra Luis Gilberto Murillo Urrutia, Gobernador del Chocó. Se dice que no podías cuestionarse, sencillamente, porque para la fecha de la interposición de la tutela, i.e. 22 de junio de 2013, las mismas ni siquiera habían sido proferidas.

Ante el contexto antes descrito, la Sección Quinta del Consejo de Estado concluye que, por no haberse dirigido contra ella la solicitud de amparo sub judice, ni por haberse controvertido en las instancias del proceso de tutela, sus providencias, este no es el escenario judicial para revisarlas.

Ahora bien, no escapa a la Sala el escrito presentado por el abogado del actor el pasado 15 de julio de 2013, en el que pone en conocimiento de la Corte Constitucional la providencia mediante la cual esta Sección, en sala de 26 de junio de 2013, declaró la nulidad de la elección del gobernador del Chocó. Situación que fue calificada por la parte actora como un hecho sobreviniente de suma gravedad.

Con fundamento en las supuestas violaciones contenidas en la sentencia, pretende la parte actora que la Corte Constitucional, **obrando en sede de revisión**, vincule a la Sección Quinta del Consejo de Estado a una acción de tutela de la que jamás ha hecho parte, desconociendo el principio de juez natural, el derecho fundamental al debido proceso y pretermitiendo las dos instancias que caracterizan el proceso de tutela.

El hecho de haber accedido el despacho ponente a la petición formulada por el apoderado de la parte actora, en el sentido de vincular como sujeto pasivo de la acción de tutela de la referencia a la Sección Quinta del Consejo de Estado, **evidencia la vulneración de garantías fundamentales mínimas** como las antes enunciadas en consideración a que, **aupado en la supuesta protección de los derechos fundamentales del actor, desconoce de manera flagrante los de esta Sala**, actuando como si fuera el juez constitucional de instancia frente a la sentencia dictada el 26 de junio de 2013, y que valga aclarar nuevamente, a la fecha ni si quiera se encuentra ejecutoriada.

Es por lo anterior que la Sección Quinta del Consejo de Estado solicita bien que el Despacho ponente: (i) se sirva dejar sin efectos la vinculación ordenada por auto de 24 de julio de 2013, o (ii) proceda de inmediato a remitir el asunto a la Sala Plena de la Corporación para que sea ella quien se pronuncie frente a esta petición y, en general, en relación con el fondo de la acción de tutela de la referencia”.

pues el ciudadano Murillo Urrutia fue encontrado penalmente responsable, a título de dolo, por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, mediante sentencia en la que temporalmente se le privó de su libertad¹¹.

El ciudadano Luis Gilberto Murillo Urrutia se opuso a la demanda de nulidad y alegó que existía una falta de técnica de las demandas pues incurrieron en apreciaciones vagas, que en atención al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la C.P. debía revisarse si el cambio en los presupuestos fácticos de tipificación del delito de peculado por aplicación oficial diferente, esto es, la afectación del rubro de “*inversión social*” o de “*salarios y prestaciones de los servidores públicos*”, se materializaban o no. Agregó que como tales presupuestos no se encontraban presentes en su caso, no se configuraba la causal de inhabilidad prevista en el numeral 1º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, ni tampoco la del artículo 122 Superior.

8. El Tribunal Administrativo de Chocó, que conoció de la acción de nulidad en primera instancia, dictó sentencia el 30 de noviembre de 2012 en la que negó las pretensiones de la demanda. Para ello sostuvo que, en atención al principio constitucional de favorabilidad, decayeron los efectos penales de la sentencia condenatoria del demandado y, por lo tanto, no se configuraron las causales de inhabilidad establecidas en los artículos 30, numeral 1º, de la Ley 617 de 2000 y 122 de la Constitución Política. Para ello, luego de un estudio del concepto de inhabilidad y de otro referido a la aplicación del principio de favorabilidad en materia electoral, recalcó que según lo probado en el proceso, se tenía que en la sentencia condenatoria en materia penal no se estableció que la conducta del señor Murillo Urrutia hubiere afectado la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos de COODECHOCO. Por esta razón, no se cumplían con los presupuestos para que se imputara la inhabilidad.

En el mismo sentido, manifestó el Tribunal que si bien es cierto, de acuerdo con lo establecido en la Ley 99 de 1993, los recursos de las Corporaciones Autónomas Regionales hacen parte del gasto público, en el *sub judice* no podía considerarse que se hubiere afectado la inversión social al realizar las

¹¹ Los artículos que estimaron violados son:

Ley 617 de 2000. Artículo 30. “De las inhabilidades de los Gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas. [...]”.

Constitución Política de Colombia. Artículo 122. Inciso 4. “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”.

reparaciones de la escuela “*Pascual de Andagoya*”, pues lo contrario implicaría un contrasentido ya que equivaldría a decir que se perjudicaría la inversión social al realizar un gasto social.

Frente a la decisión anterior se presentó salvamento de voto, en el cual se expresó que resultaba claro que en el caso concreto no se ponía en duda el alcance de las inhabilidades, sino la aplicación del principio de favorabilidad, esto es, si dadas las condiciones del caso concreto, podía considerarse que la conducta realizada por el señor Murillo Urrutia en 1993, y en vigencia del Código Penal de 1980, ya no es punible de acuerdo al artículo 399 de la Ley 599 de 2000. Y en este orden, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 99 de 1993, los recursos destinados a preservación y saneamiento ambiental son considerados gasto público social, razón por la cual, en cualquier caso, sí se cumple con lo establecido en el Código Penal actual, en el sentido de materializarse la afectación a la inversión social. Sobre el particular se sostuvo que “[s]i las corporaciones autónomas regionales, tienen finalidades relativas a la preservación del medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos naturales, cumpliendo objetivos de interés público, participando en los procesos de elaboración y desarrollo de los planes de desarrollo de las entidades territoriales pero [...] es obvio que no pueden operar libremente para arreglar escuelas y colegios de las regiones como vanamente lo acepta la mayoría, por loables que sean tales conductas puesto que para dichas acciones afirmativas estatales están las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas de conformidad con la Ley 60 de 1993 y normas complementarias”.

Los ciudadanos demandantes presentaron y sustentaron recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia adoptada por el Tribunal Administrativo del Chocó, en el cual reiteran los argumentos principales de la demanda original de nulidad electoral.

9. La Sección Quinta del Consejo de Estado conoció del recurso de apelación en comento. Abordó el problema jurídico consistente en determinar si el ciudadano Murillo Urrutia se encontraba o no incurso en las causales de inhabilidad de los artículos 30-1 de la Ley 617 de 2000 y 122 inciso quinto de la Constitución, y, en caso afirmativo, si por las especificidades del caso el cambio normativo en el tipo penal de peculado por apropiación oficial diferente tenía la virtualidad de hacer cesar los efectos inhabilitantes.

La Sección Quinta, como se ha consignado en varias oportunidades, declaró la nulidad del acto de la elección como Gobernador del Chocó del ciudadano Murillo Urrutia. Previo a ello, mediante auto del 12 de julio de 2012 decretó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo No. 016 de diciembre 20 de 2011, proferido por el Consejo Nacional Electoral, por el cual se declaró la elección mencionada.

Finalizado el trámite de instancia, el fallo de nulidad mencionado se sustentó en primer lugar, en la modificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a los efectos de la favorabilidad, tras reconocer y reconstruir los criterios de dos casos anteriores fallados por la misma Sección, en los que en situaciones fácticas idénticas se concluyó que en aplicación del principio de favorabilidad, no se configuraba la inhabilidad aludida.

Este cambio de jurisprudencia fue justificado por la Sección Quinta del Consejo de Estado en (i) que el principio de favorabilidad no es aplicable en materia electoral; (ii) la existencia de reserva legal para regular el régimen de inhabilidades; (iii) la finalidad que persigue la inhabilidad permanente para ciudadanos condenados penalmente, (iv) la existencia de un pronunciamiento previo del Juez Natural (el juez penal), y (v) por el carácter intemporal que reviste a la conducta inhabilitante analizada.

10. Sobre la improcedencia de la aplicación del principio de favorabilidad en materia electoral, se explicó que el artículo 29 C.P. dispone que *“en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”*. Por ello, su alcance *“no opera plenamente en todas las áreas del derecho sino que lo hace de forma específica en los llamados regímenes sancionatorios como lo son el derecho penal y el derecho disciplinario”*. Además de que también tiene cabida en materia laboral, pues el Constituyente acogió como una modalidad de la favorabilidad, en el artículo 53 Superior, el hecho de aplicar la *“situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”*.

Luego de esta aclaración preliminar, sostiene la Sección Quinta del Consejo de Estado que lo cierto es que la referida favorabilidad no tiene cabida en el derecho electoral. Explica que *“[L]os procesos que se adelantan por virtud de una acción pública, como la de nulidad electoral, no plantean un litigio en estricto sentido pues proponen un control sobre la legalidad de un acto administrativo”*¹². *“El ordenamiento jurídico consagra la acción electoral como mecanismo judicial que permite realizar el control de legalidad en abstracto del acto de elección, que es lo que, en realidad, pretende la parte demandante”*¹³. En suma, *“el contencioso de nulidad electoral se instituyó con el propósito de revisar la mera legalidad objetiva o juridicidad del acto demandado, este es, aquel declarativo de una elección, pero nunca como un examen de la conducta desplegada por el candidato que resultó elegido. Así, la nulidad de un acto electoral no se concibe como una sanción, y por lo tanto en*

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Filemón Jiménez Ochoa, sentencia de 11 de noviembre de 2010, número de radicación 25000-23-31-000-2008-00023-01.

¹³ Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Susana Buitrago Valencia, sentencia de 15 de abril de 2011, número de radicación 11001-03-28-000-2010-00121-00.

esta disciplina no resulta admisible la aplicación del principio de favorabilidad para determinar la configuración de las inhabilidades”.

Concluye que, *“aceptar la procedencia de este principio, generaría para el derecho electoral y el régimen de inhabilidades, una incertidumbre en cuanto a los elementos que materializan las causales, al mismo tiempo que conllevaría que el juez electoral desconociera su competencia para fungir como legislador, aplicando excepciones a un régimen que no las tiene establecidas y que sólo a éste último le corresponde definir, lo que a todas luces es inaceptable.”*

11. Sobre la existencia de reserva legal para la regulación del régimen de inhabilidades, se sostuvo que en el marco de las entidades territoriales el artículo 293 C.P. específicamente delega en el legislador la atribución de desarrollar el régimen de inhabilidades. Dicho texto establece que *“sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones”*. Y, se concluye que *“con fundamento en la referida reserva legal, no puede válidamente el juez establecer excepciones a las causales inhabilitantes, de las que el legislador no se haya ocupado”*.

Por lo anterior al verificar los elementos subjetivos y objetivos exigidos por el legislador y por la Constitución, se concluye que todos ellos se cumplen para declarar configurada la inhabilidad en caso del ciudadano Murillo Urrutia. De este modo, se afirma que *“la sola existencia de la condena, en los términos anteriores, elimina la obligación del juzgador de hacer análisis en los aspectos no contemplados por la norma constitucional. Cualquier interpretación contraria, generaría que el juez electoral se atribuyera competencias propias del constituyente al desarrollar las excepciones que este último no ha previsto”*.

12. Sobre la finalidad que persigue la inhabilidad permanente para ciudadanos condenados penalmente, sostiene que se presenta como criterio para sustentar la inaplicabilidad del principio de favorabilidad en materia electoral, a propósito de las inhabilidades cuya configuración tienen origen en una condena penal. Explica que las causales de inhabilidad defienden principios relativos a la reivindicación principio de la representación, la probidad en la administración pública y la protección de los intereses colectivos. *“<Telos> de la norma que se desdibujaría si en materia electoral se acepta la tesis de la favorabilidad”*.

El propósito de las inhabilidades estudiadas es impedir que cualquier persona que ha sido condenada por un delito doloso a pena privativa de la libertad, en el caso de lo dispuesto en el artículo 30-1 de la Ley 617 de 2000, pueda ejercer en cualquier tiempo un cargo de elección popular. Esto por cuanto *“quien ha sido condenado penalmente por esa clase de delitos pierde la posibilidad de ejercer cargos de elección popular por cuanto lesionó intereses que para la sociedad eran de relevancia en el momento en que se juzgó la conducta y, en consecuencia, ese desconocimiento impide a quien así actuó, desempeñar la función pública desde cargos que impliquen el ejercicio de la confianza de la voluntad popular, precisamente, por el hecho de haber actuado en contravía de los intereses que el Estado busca proteger a través del régimen penal.”*

Igual sucede, en criterio del alto tribunal, con el artículo 122 C.P., pues los fines buscados con la reforma constitucional, se dirigen a recriminar las condenas por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o aquellos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o el narcotráfico en Colombia o en el exterior. La intención del Constituyente fue *“elevar como primera causal de inhabilidad para los cargos de elección popular <el haber sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos y culposos>, artículo 179, numeral 1, para los Congresistas; 197, inciso 2 para Presidente y Vicepresidente y en el artículo 293 defirió al legislador el establecimiento de las calidades e inhabilidades de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular, quien en aplicación del artículo 304 Superior, reprodujo esta causal de inhabilidad también para los gobernadores.”*

Concluye que, las inhabilidades en cuestión buscan asegurar que quien llega a esa dignidad, la de gobernador, no tenga tacha alguna en su conducta para enaltecer el ejercicio de las funciones del cargo que se le confían mediante el voto ciudadano. En este punto se cita la jurisprudencia constitucional (Sentencias C-780 de 2001 y C-209 de 2000) en donde se ha sostenido que *“en uno de los grupos están las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se desenvuelve en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política. Según lo ha señalado esta Corporación, a través de la potestad sancionadora el Estado cumple diferentes finalidades de interés general. Así, por medio del derecho penal, que no es más que una de las especies del derecho sancionador, el Estado protege bienes jurídicos fundamentales para la convivencia ciudadana y la garantía de los derechos de la persona. Pero igualmente el Estado ejerce una potestad disciplinaria sobre sus propios servidores con el fin de asegurar la moralidad y eficiencia de la función pública”¹⁴.*

¹⁴ C-780 de 2001

Y sobre la inhabilidad por condenas penales se alude al criterio constitucional según el cual *“en realidad, las normas que prohíben el ejercicio de cargos públicos a quienes han sido condenados a pena privativa de la libertad sin límite de tiempo –lo ha dicho la Corte -, antes que juzgarse a partir de la sanción impuesta al ciudadano, deben evaluarse desde la perspectiva de la exigencia que se impone al ejercicio del cargo, pues de este modo no sólo se logra conservar incólume la idoneidad del servidor público en lo que toca con el desarrollo y ejecución de sus funciones, sino también permite transmitirle a la comunidad un cierto grado de confianza en lo relativo al manejo de los asuntos de interés general, pues hace suponer que éstos se encuentran a cargo de personas aptas cuyo comportamiento no ha sido objeto de reproche jurídico alguno”*¹⁵.

Bajo la misma idea se recurre a lo expresado en sentencia C-373 de 2002 en la que se aseveró que el propósito de esta inhabilidad no es el de penalizar la conducta del sancionado sino el de proteger el interés público mediante la materialización de los principios de idoneidad, probidad y moralidad¹⁶.

Concluye de lo anterior la Sección Quinta lo siguiente: *“el hecho de que una conducta ya no sea relevante desde la óptica penal para este momento, para el derecho electoral, resulta inane si se revisa la finalidad de las inhabilidades en comento. El reproche está ciertamente en que la conducta delictiva cometida, en cualquier época, hace al elegido indigno de la representación de los*

¹⁵ C-209 de 2000

¹⁶ En este punto la sentencia del Consejo de Estado analizada cita *in extenso* el desarrollo de este criterio: *“En materia de inhabilidades para acceder a cargos o funciones públicas, la Corte en reiterados pronunciamientos ha precisado puntos como los siguientes:*

La posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político como derecho fundamental de aplicación inmediata (Artículos 40 y 85 de la C.P.).

Como no existen derechos absolutos, la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos está sometida a límites que procuran la realización del interés general y de los principios de la función administrativa.

En ese marco, un régimen de inhabilidades no es más que la exigencia de especiales cualidades y condiciones en el aspirante a un cargo o función públicos con la finalidad de asegurar la primacía del interés general, para el que aquellos fueron establecidos, sobre el interés particular del aspirante.

Al establecer ese régimen, el legislador se encuentra habilitado para limitar el ejercicio de derechos fundamentales como los de igualdad, acceso al desempeño de cargo o función públicos, al trabajo y a la libertad de escogencia de profesión u oficio.

El legislador tiene una amplia discrecionalidad para regular tanto las causales de inhabilidad como su duración en el tiempo pero debe hacerlo de manera proporcional y razonable para no desconocer los valores, principios y derechos consagrados en el Texto Fundamental. Por lo tanto, sólo aquellas inhabilidades irrazonables y desproporcionadas a los fines constitucionales pretendidos serán inexequibles.

La inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante.

Las inhabilidades intemporales tienen legitimidad constitucional pues muchas de ellas aparecen en el Texto Fundamental y el legislador bien puede, en ejercicio de su capacidad de configuración normativa, establecer otras teniendo en cuenta los propósitos buscados y manteniendo una relación de equilibrio entre ellos y la medida dispuesta para conseguirlos”.

ciudadanos, también en cualquier época, incluso si su conducta dejó de ser relevante desde la perspectiva penal, en aras de la reivindicación del principio de representación, la probidad en la administración pública y la protección de los intereses colectivos”.

13. En relación con la existencia de un pronunciamiento previo del juez penal se sostuvo en la sentencia analizada que *“so pena de comprometer los principios de cosa juzgada y juez natural, no puede desconocer lo que han decidido las autoridades penales judiciales competentes, que ya en varias ocasiones se pronunciaron, primero, para encontrar configurado el delito, luego para no acceder a la casación y a la revisión como recursos extraordinarios, y finalmente, respecto de los presupuestos para decretar la ineficacia de la sentencia en consideración al principio de favorabilidad.”*

14. Por último, sobre por el carácter intemporal que reviste a la conducta inhabilitante analizada, aduce el Consejo de Estado que en el ordenamiento jurídico están previstas inhabilidades intemporales; así, el artículo 122 de la Constitución Política establece, que *“no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos (...) quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos (...)”*. En el mismo sentido, el artículo 30 de la Ley 617, en el numeral primero, señala que *“No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador: 1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, (...)”*. En ese orden de ideas, se tiene que es la misma Constitución Política la que prevé estas inhabilidades “intemporales”.

Sobre el particular, trajo a colación lo señalado en la sentencia C-426 de 2002, la cual consideró que *“[e]n desarrollo de su función interpretativa constitucional, esta Corporación tuvo oportunidad de definir el alcance del artículo 122 del Estatuto Superior a propósito de una demanda dirigida contra el artículo 17 de la Ley 190 de 1995, que permitía la rehabilitación de servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio estatal. || Así, en Sentencia C-038 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte Constitucional declaró inexecutable la citada norma por considerar que la inhabilidad consagrada en el artículo 122 Superior es una inhabilidad intemporal que, por su misma naturaleza, impide tiempos inferiores de purga. Al respecto, la Corte sostuvo que el texto constitucional no permitía al legislador establecer inhabilidades inferiores a la intemporal en el caso de los servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado y para efectos de que los mismos pudieran ocupar de nuevo un cargo público. (...)”*

La Sección Quinta deriva de estos criterios normativos y jurisprudenciales que el carácter intemporal de las inhabilidades, surgido de las expresiones “en cualquier tiempo” y “en cualquier época” hace que resulte “irrelevante

adentrarse al estudio de la aplicación de la favorabilidad penal en el ámbito electoral, pues de suyo la intemporalidad lo excluye.”

Finalmente, en lo que respecta al caso concreto concluye que si bien una conducta desplegada con anterioridad fue considerada delito y en la actualidad deja de tener tal entidad por variaciones en la ley punitiva, no quiere esto decir que la sentencia condenatoria, dictada bajo la vigencia de la primera norma, haya dejado de existir. Entonces, *“la sola circunstancia de la existencia de la condena penal materializa la inhabilidad, puesto que, ejecutoriada tal circunstancia evidencia la realidad el hecho de que en su momento quien hoy es elegido desconoció aquello que le estaba prohibido y, por ese solo hecho, desde la perspectiva electoral, perdió la posibilidad de representar a los ciudadanos en los cargos para los cuales está prevista la respectiva inhabilidad”*.

Problema jurídico

15. La exposición de los contenidos centrales de la razón de la decisión de la sentencia adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, lleva a la Corte a concluir que lo planteado en esa providencia está estrechamente relacionado con la solución del problema jurídico contenido en la acción de tutela de la referencia. En efecto, el reclamo planteado por el demandante radica en que los jueces accionados debieron declarar la ineficacia de las sentencias penales en su contra, ante la supuesta atipicidad de la conducta cometida conforme a la actual legislación sobre el delito de peculado por destinación oficial diferente. Ante esa ineficacia, sustentada en la aplicación del principio de favorabilidad, el actor pretende que se elimine la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas de que trata el artículo 122 C.P.

Esta pretensión es negada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, alto tribunal que, a través de una modificación de su precedente, ofrece distintas razones para concluir que la aplicación del principio de favorabilidad no es de recibo en el caso de las inhabilidades para el ejercicio de las funciones públicas, esencialmente porque tal régimen no es corresponde a un ámbito propio del derecho sancionador, sino a la garantía de la transparencia y la probidad en el ejercicio de dichas funciones. Además, consideró que la evaluación sobre la procedencia de la aplicación del principio de favorabilidad en el caso analizado es un asunto que debe ser analizado por el juez penal, en tanto instancia propia para resolver tales tópicos, sin que los mismos hagan parte del ámbito de decisión judicial de la justicia contencioso.

16. A partir de esta comprobación, la Corte debe resolver dos problemas jurídicos diferentes y sucesivos, a saber:

16.1. En primer término, deberá determinarse si procede la acción de tutela contra decisiones judiciales, en aquellos casos en que luego de formularse la solicitud de amparo, un órgano judicial de cierre adopta una decisión que resuelve en última instancia sobre el debate jurídico que motivó la acción constitucional.

Para resolver esta controversia, la Sala Plena recapitulará los aspectos centrales de su precedente sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Luego, se detendrá en definir las condiciones de cualificación que ese precedente ha fijado en lo relativo a la tutela contra sentencias proferidas por las altas cortes. Luego, a partir de ese precedente, resolverá el asunto planteado.

16.2. Únicamente en caso que la respuesta al primer problema jurídico sea afirmativa, la Sala deberá determinar si en el caso analizado se vulneraron el principio a la igualdad, al debido proceso y los derechos políticos del actor, por el hecho que tanto la jurisdicción penal como contencioso administrativa se hayan negado a declarar la ineficacia de la sanción penal por el delito de peculado por destinación oficial diferente, en razón de la modificación de la descripción típica del delito y con ello, dejar sin efectos la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos prevista en el artículo 122 C.P.

Para resolver estos interrogantes la Sala reconstruirá las líneas jurisprudenciales sobre (i) el alcance y ámbito de aplicación del principio de favorabilidad y (ii) su incidencia en la configuración de inhabilidades originadas en condenas penales.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Defecto sustantivo. Reiteración de jurisprudencia¹⁷

17. Como quiera que en el caso concreto se ataca mediante acción de amparo contra las sentencias proferidas por los jueces de ejecución de penas, es necesario reiterar el precedente de la Corte Constitucional acerca de la tutela contra providencias judiciales, labor que a continuación asume la Sala.

Con base en lo dispuesto en el artículo 86 constitucional en cuanto a la procedencia del recurso de amparo respecto de acciones u omisiones de cualquier autoridad pública, esta Corte se encontró por primera vez ante la posibilidad de admitir la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales al estudiar la constitucionalidad de las normas que al respecto incluía el Decreto 2591 de 1991. En esa oportunidad, mediante la sentencia C-543 de

¹⁷ Estas consideraciones fueron desarrolladas recientemente por la Sala Plena en las sentencias SU 917 de 2010 y SU 195 de 2012.

1992, este Tribunal declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que regulaban el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales. No obstante haber declarado la inconstitucionalidad de las normas mencionadas, la Sala precisó que existe la posibilidad excepcional de controvertir decisiones judiciales a través del recurso de amparo, cuando tales decisiones conculquen derechos de carácter iusfundamental. En ese sentido, esta Corte manifestó:

“De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia. Pero, en cambio, no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales, a los cuales ya se ha hecho referencia. De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte.”¹⁸

18. En consecuencia, en la sentencia T-543 de 1992 se admitió la procedencia excepcional¹⁹ de la acción de tutela, pues los jueces y tribunales, en su

¹⁸ Sentencia C-543 de 1992.

¹⁹ Varias razones imponen el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: “Sin embargo, el panorama es claro ya que como regla general la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales y esto por varios motivos. Entre ellos, en primer lugar, el hecho que las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; en segundo lugar,

condición de autoridades públicas y tratándose de funcionarios judiciales, pueden vulnerar derechos fundamentales en el marco de su función de impartir justicia.²⁰ Así, para la Corte es claro que los jueces no pueden estar exentos del escrutinio que impone el respeto a las garantías fundamentales, ni, en consecuencia, de la posibilidad de que sus decisiones sean infirmadas a través del recurso de amparo, cuando estas decisiones conllevan a vulneraciones de derechos fundamentales.

19. A partir de esos razonamientos, esta Corporación comenzó a utilizar el criterio de vía de hecho, como pauta orientadora para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Se entendió así que una vía de hecho tenía lugar cuando la decisión judicial conllevaba una violación flagrante y grosera de la Constitución, por cuenta de la actuación caprichosa y arbitraria de la autoridad jurisdiccional. Así adoptada, consideraba esta Corte, la decisión ya no se encuentra en el ámbito de lo jurídico, sino que constituye una vía de hecho judicial:

“La vía de hecho judicial y ha señalado que ésta existe ‘cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales de la persona’. En efecto, en tales circunstancias, el funcionario judicial antepone de manera arbitraria su propia voluntad a aquella que deriva de manera razonable del ordenamiento jurídico, por lo cual sus actuaciones, manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Ley, no son providencias judiciales sino en apariencia. En realidad son vías de hecho, frente a las cuales procede la tutela, siempre y cuando se cumplan los otros requisitos procesales señalados por la Constitución, a saber que se esté vulnerando o amenazando un derecho fundamental, y la persona no cuente con otro medio de defensa judicial adecuado.”²¹

20. Con el tiempo este razonamiento y el concepto original de vía de hecho se vieron superados por una sólida y amplia jurisprudencia constitucional, vigente

el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos y la garantía del principio de seguridad jurídica y, en tercer lugar, la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático.” Sentencia C- 590 de 2005.

²⁰ *Ratio decidendi* que fue necesario reiterar de forma expresa en la sentencia C-590 de 2005: “Se ha sostenido que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-543-92, declaró la inexecutable de varias disposiciones legales que permitían la tutela contra sentencias. Con base en esa referencia se afirma que el amparo constitucional de los derechos fundamentales no procede contra decisiones judiciales porque así lo estableció esta Corporación en un fallo de constitucionalidad; fallo que, a diferencia de las decisiones proferidas con ocasión de la revisión de las sentencias de tutela, tiene efectos *erga omnes* [...] a través de la sentencia C-543/92 la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, disposiciones que consagraban la acción de tutela contra decisiones judiciales. No obstante, en esa oportunidad la Corte indicó de manera expresa que la acción de tutela sí podía proceder contra omisiones injustificadas o actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales, cuando quiera que las mismas vulneraran los derechos fundamentales.”

²¹ Sentencia T-572 de 1994.

actualmente. Conforme a esta doctrina constitucional, el concepto de vía de hecho resulta incluido en uno más amplio, relativo a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales: unos de carácter general (requisitos formales de procedibilidad) y otros específicos (de tipo sustancial que corresponden a eventos en los que un fallo puede comportar la vulneración o amenaza de derechos constitucionales fundamentales).

Estos requisitos fueron compilados primero en la Sentencia T-462 de 2003 y posteriormente en la Sentencia C-590 de 2005.²² Así, en la sentencia C-590 de 2005 este Tribunal partió de advertir que la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales encuentra fundamento no solo en el artículo 86 C.P. sino también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), incorporados en el orden interno por mandato del artículo 93 C.P. Con base en esas disposiciones, el Estado colombiano se encuentra en la obligación de implementar un recurso sencillo, efectivo y breve de protección efectiva de los derechos fundamentales contra cualquier acción u omisión de las autoridades públicas que pudiera vulnerarlos.²³ Conforme a lo anterior, desde la perspectiva de asegurar la realización de este derecho se hace necesario disponer de un mecanismo judicial que permita demandar la protección de los derechos de los ciudadanos cuando, en ejercicio de sus atribuciones como autoridad pública, los jueces los desconozcan, vulneren o amenacen con vulnerarlos.

21. Con base en estas consideraciones, esta Corporación en la mencionada sentencia C-590 de 2005 definió entonces los requisitos generales que hacen procedente la acción de tutela contra una providencia judicial, así como las causales específicas para su procedibilidad una vez interpuesto el recurso de amparo, vale decir, aquellas que determinan su posible éxito como medio para invalidar providencias judiciales:

“[L]os casos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales han sido desarrollados por la doctrina de esta Corporación tanto en fallos de constitucionalidad, como en fallos de tutela. Esta línea jurisprudencial, que se reafirma por la Corte en esta oportunidad, ha sido objeto de detenidos desarrollos. En virtud de ellos, la Corporación ha entendido que la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto.”²⁴

²² Reiterados en múltiples pronunciamientos de la Corte, dentro de los que conviene mencionar la sentencia SU-813 de 2007.

²³ Sentencia C-590 de 2005.

²⁴ Sentencia C-590 de 2005.

22. Así, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela cuando se dirige a controvertir una providencia judicial son:

22.1. La relevancia constitucional de la cuestión que se discute a la luz de los derechos fundamentales de las partes.²⁵ En atención a este primer requisito general de procedencia, la tarea inicial del juez de tutela consiste en “*indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*”²⁶

22.2. El cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, de manera que se hubieren agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial existentes para dirimir la controversia, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable.²⁷ Con esto se pretende asegurar que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales no termine vaciando las atribuciones que la propia Constitución Política y la ley han asignado a otras jurisdicciones, con la consecuente indebida concentración de los poderes inherentes a ellas en la jurisdicción constitucional.

22.3. La inmediatez en la interposición de la acción de tutela, vale decir, que esta se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. Lo anterior encuentra fundamento en el texto mismo del artículo 86 C.P., que establece la acción de tutela con el fin de asegurar la “*protección inmediata*” de derechos constitucionales fundamentales. Por el contrario, como ha manifestado esta Corte, permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la providencia judicial, implicaría el sacrificio de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, privando todas las decisiones judiciales de la certidumbre necesaria para ser mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.²⁸

22.4. El carácter decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora, cuando se trate de alegar la existencia de una irregularidad procesal.²⁹

22.5. La identificación por la parte actora en sede de tutela de los hechos que dieron lugar a la presunta vulneración de derechos fundamentales y que tal

²⁵ Como se advirtió en la sentencia T-173 de 1993, esta exigencia procura evitar que la acción de tutela se convierta en un instrumento para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

²⁶ Sentencia C-590 de 2005.

²⁷ Sentencia T-504 de 2000.

²⁸ Sentencia C-590 de 2005.

²⁹ “No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.” Sentencia C-590 de 2005.

vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial ordinario, siempre que esto haya sido posible.

22.6. Por último, la censura de una providencia judicial que no corresponda a una sentencia adoptada en un proceso de tutela, pues admitir el recurso de amparo contra la sentencia que puso fin a un proceso de tutela sería tanto como permitir que los debates sobre la protección de los derechos fundamentales se prolongasen de manera indefinida.³⁰

De esta manera, el primer nivel de análisis que tiene el juez de tutela ante un recurso de amparo contra providencias judiciales consiste en establecer si en el caso bajo examen se cumplen los requisitos o causales de procedibilidad de carácter general que ahora enumera la Sala.

23. Así, solo cuando se compruebe el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad antes explicados, el juez constitucional podrá conceder el amparo solicitado, a condición que se acredite la ocurrencia de alguno de los defectos constitutivos de las denominadas causales específicas de procedibilidad de la tutela contra sentencias. Estos defectos refieren a las siguientes hipótesis:

23.1. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que dicta la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.

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

23.3. 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.

23.4. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales³¹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

23.5. Error inducido o *vía de hecho por consecuencia*, el cual se configura cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo ha llevado a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.

23.6. Decisión sin motivación, que se configura cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos en los que se apoya su decisión.

³⁰ Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001.

³¹ Sentencia T-522 de 2001.

23.7. Desconocimiento del precedente, que se manifiesta, por ejemplo, cuando un juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente el alcance de un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

23.8. Violación directa de la Constitución.³²

24. En síntesis, cumplidos los requisitos o causales de carácter general para la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, así como alguno de los defectos constitutivos de las causales específicas, el juez constitucional debe dejar sin efecto la providencia judicial atacada mediante la acción de tutela y conceder el amparo solicitado de los derechos fundamentales conculcados con la actuación del juez o tribunal respectivo. De esta manera, con el desarrollo de esta jurisprudencia y con la precisión de los requisitos, tanto generales como específicos, de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, este Tribunal ha procurado conservar “*un equilibrio adecuado entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial –pilares de la administración de justicia en un estado democrático-, y la prevalencia y efectividad de los derechos fundamentales –razón de ser del estado constitucional y democrático de derecho-*.”³³

25. Ahora bien, la Sala recuerda que la censura planteada por el accionante tiene por objeto la verificación acerca de si se vulneran sus derechos fundamentales a partir de interpretaciones según las cuales en su caso, por tratarse de una sentencia penal condenatoria ejecutoriada y por ende, una situación jurídica consolidada, no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad a propósito de la posterior modificación de la norma incriminadora que fundamentó la condena. Así, por tratarse de una *modificación* al tipo penal que fundamentó la condena y no de la *derogación* del tipo penal en cuestión, no es procedente el reconocimiento de la ineficacia de la sentencia ni la consecuente eliminación de la inhabilidad permanente surgida de la sentencia condenatoria; además de ser estas interpretaciones presuntamente contrarias a los precedentes de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en los que después de la expedición del actual Código Penal se negó la nulidad de la elección de unos funcionarios de elección popular que habían sido condenados por el delito de aplicación oficial diferente con base en la

³² No obstante la importancia de la presentación de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, este Tribunal ha advertido sin embargo la imposibilidad de definir fronteras estrictas entre ellas: “En este punto es necesario aclarar que los arriba mencionados no son conceptos cuyas fronteras hayan sido enunciadas de manera definitiva por la Corte Constitucional. Muchos de los defectos presentes en las decisiones judiciales son un híbrido de las tres hipótesis mencionadas, y muchas veces, es casi imposible definir las fronteras entre unos y otros. Por ejemplo, el desconocimiento de la ley aplicable al caso concreto debido a una interpretación caprichosa (sin el fundamento argumentativo adecuado) o arbitraria (sin justificación alguna) de la normatividad, muy seguramente dará lugar a la vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de (i) la actividad hermenéutica antojadiza del juez (defecto sustantivo) y (ii) de la denegación del derecho al acceso a la administración de justicia que tal entendimiento de la normatividad genera (defecto procesal).”. Sentencia T-701 de 2004.

³³ Sentencia T-079 de 2010.

norma pertinente del Antiguo Código Penal (art. 136 del Decreto Ley 100 de 1980). Esto bajo el argumento de que en aplicación del principio de favorabilidad no se configuraba en la actualidad, a raíz del cambio normativo, la inhabilidad del artículo 122 de la Constitución cuyo sustento es, entre otras causales, haber sido condenado en cualquier tiempo por delitos contra el patrimonio público.

Como quiera que la tutela se funda en la presunta inconstitucionalidad de la mencionada interpretación, a continuación se hará una breve referencia a la jurisprudencia sobre el defecto sustantivo como causal específica de procedencia de la tutela contra sentencias judiciales.

Sobre el defecto sustantivo como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

26. En primer lugar, conviene recordar cuál es el fundamento del reconocimiento del defecto sustantivo como una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la *“construcción dogmática del defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela, parte del reconocimiento de la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.”*³⁴

Al sintetizar los requisitos generales y las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, esta Corporación, en la sentencia C-590 de 2005, describió el defecto sustantivo como *“los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.”*³⁵

A partir de esa definición, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado una serie de subreglas que permiten determinar la existencia de un defecto sustantivo. En este sentido, son múltiples los pronunciamientos de este Tribunal en los que se han precisado circunstancias en las que se puede estar frente al denominado defecto sustantivo³⁶. Al respecto, la sentencia SU-448 de

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-757 de 2009.

³⁵ Sentencia C-590 de 2005.

³⁶ Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 y T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807

2011³⁷ sintetizó los supuestos de configuración de un defecto material o sustantivo así:

(i) cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente³⁸, b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada³⁹, c) es inexistente⁴⁰, d) ha sido declarada contraria a la Constitución⁴¹, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, “no se adecua 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”⁴²

(ii) 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 razonable⁴³ 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”⁴⁴ 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”⁴⁵

(iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes⁴⁶,

(iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva⁴⁷ o contraria a la Constitución⁴⁸.

(v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”⁴⁹

(vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso⁵⁰

de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-545 de 2010, T-1029 de 2010, T-581 de 2011 y T-762 de 2011.

³⁷ En el mismo sentido ver la T-545 de 2010.

³⁸ Sentencia T-189 de 2005.

³⁹ Ver sentencia T-205 de 2004.

⁴⁰ Sentencia T-800 de 2006.

⁴¹ Sentencia T-522 de 2001.

⁴² Sentencia SU-159 de 2002.

⁴³ Sentencia T-051 de 2009, T-1101 de 2005 y T-1222 de 2005.

⁴⁴ Sentencia T-462 de 2003 y T-001 de 1999.

⁴⁵ Sentencia T-066 de 2009.

⁴⁶ Sentencia T-814 de 1999, T-842 de 2001 y T-1244 de 2004.

⁴⁷ Sentencia T-018 de 2008.

⁴⁸ Sentencia T-086 de 2007.

⁴⁹ Sentencia T-231 de 1994.

⁵⁰ Sentencia T-807 de 2004.

(vii) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto.⁵¹

(viii) cuando se adopta una decisión “con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación⁵² que afecte derechos fundamentales”⁵³;

(ix) “cuando se desconoce el precedente judicial⁵⁴ sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia⁵⁵”⁵⁶, o

(x) “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 proceso⁵⁷”⁵⁸.

27. Luego de evidenciados los elementos esenciales de la acción de tutela contra decisiones judiciales, así como las condiciones que permiten predicar la existencia de un defecto sustantivo, debe la Sala determinar si el análisis en comento es posible respecto de asuntos decididos por un fallo judicial que no ha sido objeto de amparo particular y específico. Esto especialmente cuando se trata de una decisión adoptada por un órgano de cierre de la administración de justicia, como sucede en el caso analizado respecto de la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

La acción de tutela contra sentencias de altas cortes

28. El análisis anterior demuestra que la jurisprudencia constitucional ha sido particularmente cuidadosa en términos de definición de los requisitos de procedibilidad, así como las causales que deben comprobarse para la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Este alto nivel de escrutinio responde a la necesidad de ponderar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, frente a la garantía de la independencia judicial. En razón de su reconocimiento institucional y la importante investidura que tienen los jueces, sus decisiones se presumen compatibles con la Constitución y la ley, siendo solamente impugnables a través de las vías previstas en el ordenamiento jurídico. En el caso particular de la acción de tutela contra sentencias, es claro que la negación de la validez de la sentencia judicial depende que se

⁵¹ Sentencia T-056 de 2005.

⁵² Sentencia T-114 de 2002, T-1285 de 2005.

⁵³ Sentencia T-086 de 2007.

⁵⁴ Ver la sentencias T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.

⁵⁵ Sentencias T-193 de 1995, T-949 de 2003 y T-1285 de 2005.

⁵⁶ Sentencia T-086 de 2007.

⁵⁷ Sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000, T-522 de 2001 y T-047 de 2005.

⁵⁸ Sentencia T-086 de 2007.

compruebe, de manera cierta y suficiente, que el fallo es abiertamente contrario a la Constitución. De ahí que, de manera consistente, la jurisprudencia en comento insista en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias.

29. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que este grado de escrutinio para la procedencia de la acción de tutela contra sentencias cobra mayor exigencia cuando se trata de solicitudes de amparo promovidas contra decisiones adoptadas por las altas cortes. Esto debido a que la función jurisdiccional que ejercen esas autoridades se distingue de la que adoptan otros jueces, merced de su competencia constitucional de unificación de jurisprudencia. En efecto, conforme lo dispuesto por los artículos 234 y 235-1 C.P., la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la justicia ordinaria y tiene a su cargo fungir como Corte de Casación, esto es, de unificación sobre la interpretación de las normas legales aplicadas en los asuntos sometidos a su jurisdicción. A su vez, el artículo 237-1 C.P. confiere al Consejo de Estado la naturaleza de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, con idénticas funciones de unificación a las antes planteados.

Esta función ha sido entendida la Corte como una competencia de índole constitucional, que confiere carácter vinculante a las interpretaciones fijadas tanto por la Corte Suprema como por el Consejo de Estado. De allí que (i) los jueces de inferior jerarquía estén llamados a seguir el precedente fijado por la cúspide de su jurisdicción, así como por la jurisprudencia constitucional; (ii) las posibilidades de apartarse de ese precedente sean excepcionales y estén sometidas a condiciones fácticas y argumentativas exigentes; y (iii) se radique en las altas cortes la función de modificación de su propio precedente, competencia también vinculada a exigencias particulares, que hagan a ese cambio compatible con la Constitución, particularmente con el debido proceso y el principio de igualdad.

Sobre este particular, la Corte ha recalcado el valor que, desde la Constitución, adquiere el precedente de las altas cortes. Así, refiriéndose a las competencias de tales tribunales, la jurisprudencia señala que “[r]esulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho

consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis. || Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comento en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados. Por lo tanto, resultarán inadmisibles, por ser contrarias a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente, fundamenten el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o sustenten esa decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso. En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse a que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales. En cambio, cuando el desconocimiento del precedente solo obedece a una actuación arbitraria del funcionario judicial, se está ante un abierto desconocimiento del principio de legalidad, sometido a las sanciones y demás consecuencias jurídicas que el ordenamiento reserva para conductas de esa naturaleza. Incluso, la Corte ha reconocido que tales decisiones arbitrarias, que desconocen injustificadamente el contenido y alcance de una regla jurídica, fijada con criterio de autoridad por una alta corte, puede configurar el delito de prevaricato, puesto que en esos casos no solo se está ante la ausencia de disciplina jurisprudencial, sino también ante una decisión que se aparte radicalmente del orden jurídico.⁵⁹”⁶⁰

30. Conforme a la raigambre y función constitucional de las sentencias proferidas por las altas cortes, la Corte ha concluido que la tutela contra dichas decisiones responde a estándares exigentes y precisos, que solo pueden suplirse cuando se pruebe que el fallo respectivo es incompatible con la Constitución. Esto supone, a su vez, una valoración estricta de los vicios alegados, en un marco que privilegia la autonomía judicial y que opta por la invalidez constitucional de la sentencia únicamente en aquellos casos en que, de manera indiscutible y luego de un análisis suficiente, resulta opuesta a la Carta Política.

Así lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, al afirmar que “[t]ratándose de tutelas contra sentencias proferidas por Altas Cortes, en particular por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo, se han fijado mayores restricciones. En estos casos, además de requerirse lo anterior, la tutela “es más restrictiva, en la

⁵⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-335/08.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-634/11.

medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional”⁶¹. Así, la tutela contra sentencias es un mecanismo para asegurar la primacía de los derechos fundamentales excepcional y sometido a importantes restricciones formales y materiales que se hacen más estrictas aún, cuando se trata de sentencias de las Altas Corporaciones.”⁶²

31. A partir de esta premisa, la Sala Plena ha identificado un grupo de restricciones predicables de la acción de tutela contra sentencias proferidas por las altas cortes. Esta fue la labor adelantada por la Corte en la sentencia SU-917/10, en la cual se identificaron un grupo de condiciones que, además de las explicadas en apartes anteriores del presente fallo, deben cumplirse para la procedencia de la acción de tutela en el escenario analizado. En razón de la importancia de estas reglas para la decisión del primero de los problemas jurídicos planteados, la Sala sintetizará a continuación su contenido:

31.1. El punto de partida del análisis se basa en reconocer, como se explicó en precedencia, que la Constitución adscribe a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial y en ese sentido, la condición de intérprete autorizado de las normas legales, lo que implica el carácter *prima facie* obligatorio y vinculante de tales fórmulas interpretativas.

32.1. En ese orden de ideas y con el fin de evitar que esa función de interpretación vinculante del orden legal sea escrutado por jueces de inferior jerarquía, concurren normas reglamentarias que ordenan que las acciones de tutela contra sentencias de altas cortes sean conocidas por los mismos tribunales que profirieron el fallo. En tal sentido, el numeral segundo del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 determina que lo accionado contra la Corte Suprema, el Consejo de Estado o la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la sala de decisión, sección o subsección que corresponda de conformidad con el reglamento interno de cada alta corte.⁶³

⁶¹ Sentencia SU- 917 de 2010.

⁶² Corte Constitucional, sentencia T-1063/12.

⁶³ La misma sentencia puso de presente cómo el Consejo de Estado, al declarar la legalidad del Decreto 1382/00, reconoció la procedencia de la tutela contra decisiones de las altas cortes, aunque destacó la necesidad que una regla de reparto como la expuesta, cumpliera el doble propósito de (i) permitir las decisiones adoptadas por estos tribunales tuvieran la posibilidad de ser controladas por el amparo, bajo condiciones de excepcionalidad; y (ii) impedir que tales fallos fuesen controlados por jueces de inferior jerarquía. Así, se destacó como el Consejo de Estado previó sobre el particular que “*Según el artículo 86 de la Constitución, la solicitud de tutela procede frente a una «acción u omisión» de cualquier autoridad, incluidas las de la rama judicial, y aun sus órganos supremos. // La censura contra la disposición que confía a dichos órganos supremos la decisión de las acciones de tutela contra sus propias acciones u omisiones, contiene en sí misma una contradicción insuperable, que conduce en cualquier caso a resultados contrarios a la Constitución Política. En efecto: si la competencia no se le asignase a autoridad alguna, tales acciones u omisiones quedarían sustraídas a la acción de tutela, lo que sería contrario al artículo 86; y si se la confiase a una autoridad distinta, se violaría el artículo 228, como también el artículo 50 de la Ley Estatutaria, que proclama el funcionamiento autónomo de las diversas jurisdicciones. // Así, pues, resultaba necesario reglamentar lo*

32.2. La acción de tutela contra decisiones judiciales se justifica en la necesidad de otorgar uniformidad a la interpretación sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales. De allí que no se trate de un ejercicio de corrección, por parte de la justicia constitucional, de la labor judicial adelantada por otras jurisdicciones, sino un análisis sobre la validez constitucional de las mismas. Esto explica que solo será procedente la acción de tutela contra sentencias cuando de su contenido se derive una infracción directa de los derechos fundamentales, particularmente del debido proceso y del acceso a la administración de justicia. En términos de la sentencia de unificación en comento “[u]na de las principales razones que justifican la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales es la imperiosa necesidad de que exista una interpretación unificada sobre el alcance y límites de los derechos fundamentales; y ésta es la principal misión de la Corte Constitucional en sede de revisión de los fallos de tutela (art. 86 y 241-9 CP). Sobre el particular, en la reciente Sentencia C-713 de 2008, que examinó la constitucionalidad de la reforma a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Corte precisó lo siguiente: || “En el asunto bajo examen, al atribuirse a las Salas de Casación de la Corte Suprema la facultad de seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento “para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales fundamentales y control de legalidad de los fallos”, la Corte considera que los propósitos para los cuales se prevé la casación se ajustan al ordenamiento Superior, en la medida en que armonizan con los fines que por su naturaleza corresponden a esa institución. || No obstante, deberá declarar inexecutable la expresión “fundamentales”, puesto que, como fue explicado anteriormente, la casación apunta no sólo a la protección de derechos fundamentales, sino también a la salvaguarda de los demás derechos reconocidos en el ordenamiento constitucional, atendiendo criterios de justicia material según el principio de prevalencia del derecho sustancial en la administración de justicia. Recuérdese que “también la interpretación de las disposiciones procesales que regulan ese recurso debe interpretarse de conformidad con ese principio” (C-668 de 2001). || Además, la Constitución ha consagrado la acción de tutela y asignado a la Corte Constitucional la revisión eventual de los fallos de instancia, para asegurar por esa vía la interpretación uniforme en materia de derechos fundamentales en particular.”

concerniente a la competencia para las acciones de tutela contra acciones u omisiones de los máximos tribunales, y así lo hizo el Presidente de la República, con observancia de los principios constitucionales y legales, defiriéndolas a la propia corporación. Repárese, por ejemplo, en que la ley reserva a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado la competencia para los recursos de revisión contra sus propias sentencias (arts. 25-1 y 379 del Código de Procedimiento Civil, y 186 del Código Contencioso Administrativo), lo que descarta de por sí el cargo de violación del Debido Proceso por la supuesta actuación de un «juez y parte», y antes bien, racionaliza el funcionamiento de la Administración de Justicia”.

De este modo, cuando se trata de decisiones adoptadas por las altas cortes en ejercicio de su función constitucional de unificación de jurisprudencia, la procedencia de la acción de tutela depende de un escrutinio particularmente estricto, el cual demuestre de forma fehaciente que la decisión respectiva excedió la referida competencia de unificación e interpretación autorizada de las normas legales, a través de una vulneración manifiesta de los derechos constitucionales. En caso que ese estándar no pueda verificarse, primará la validez del ejercicio de la competencia de unificación jurisprudencial.

Debe insistirse, entonces, en que la procedencia de la acción de tutela contra sentencias, particularmente las proferidas por las altas cortes, no está en modo alguno basada en una simple divergencia interpretativa entre lo decidido y la posición hermenéutica de la justicia constitucional. En cambio, lo que se exige es que la sentencia de la alta corporación contraiga una afectación cierta de los derechos fundamentales. A este respecto, la Sala Plena coincidió en la sentencia SU-917/10 en afirmar que *“... la tutela contra providencias judiciales de las altas Corporaciones es más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aún cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión.”*

32.3. Finalmente, la jurisprudencia en comento ha planteado que, desde el punto de vista institucional, el estándar diferenciado de la acción de tutela contra decisiones de altas cortes se demuestra por el hecho que el Acuerdo 5 de 1992 – Reglamento de la Corte Constitucional, modificado por el Acuerdo 1 de 2008, disponga en su artículo 54A que los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento.

Bajo esta lógica, el Reglamento pretende que aquellas decisiones de revisión de fallos de tutela contra sentencias de altas cortes tengan la posibilidad de someterse al máximo grado de deliberación posible, que para el caso de la Corte Constitucional es la Sala Plena. Esto precisamente por la índole de la función que cumplen las altas cortes y la necesidad correlativa que los fallos que cuestionen esa competencia de unificación jurisprudencial cumplan con el estándar estricto antes explicado.

A partir de estas consideraciones, la Sala asumirá la solución del primero de los problemas jurídicos explicados en el fundamento jurídico 16 de esta sentencia, labor que adelanta a continuación.

La acción de tutela debe negarse ante la existencia del fallo del Consejo de Estado, el cual no fue objeto de amparo constitucional

33. Los argumentos anteriormente planteados concurren en que la procedencia de la acción de tutela contra sentencias proferidas por las altas cortes depende de un análisis específico y estricto, el cual permita concluir que la decisión es incompatible con la Constitución, al vulnerar derechos fundamentales. Esta condición parte, entonces, de una premisa lógica consistente en que solo podrá discutirse la validez constitucional de una sentencia judicial de alta corte cuando se ha interpuesto acción de tutela que la cuestione. Esto debido a que si bien el amparo constitucional no está sometido al principio procesal de congruencia, en todo caso la jurisprudencia de esta Corte ha fijado requisitos particulares para la procedencia de la acción de tutela contra sentencias, los cuales parten de la base de la existencia de una acusación concreta contra la mismas, la cual permita a la jurisdicción constitucional controlar la validez de esos fallos. Además, no puede perderse de vista que las sentencias judiciales, en tanto expresiones de las competencias institucionales del juez y, para el caso objeto de examen derivadas a la función constitucional de unificación de jurisprudencia, se presumen válidas y su juridicidad solo puede ser desvirtuada, como se ha insistido, ante la comprobación de las causales aludidas.

En el asunto de la referencia ha quedado evidenciado que la situación jurídica particular del actor, esto es, la referida a la aplicación del principio de favorabilidad con el fin de decretar la ineficacia de la condena penal que conforma la inhabilidad para ejercer cargos públicos, fue objeto de decisión por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este Tribunal, en síntesis, concluyó que era necesario modificar su precedente al respecto⁶⁴ y señalar que

⁶⁴ El precedente anterior estaba contenido en la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, C.P. Roberto Medina López, del 19 de julio de 2002, número de radicación 11001-03-28-000-2000-00047-01(2452) y 11001-03-28-000-2001-00015-01(2483). En este caso, la Sección Quinta del Consejo de Estado verificó que la conducta que dio lugar a la sanción penal por la comisión del delito de peculado por aplicación oficial diferente, de conformidad con la antigua estructura de este tipo penal consagrada en el derogado Código Penal (artículo 136 del Decreto-Ley 100 de 1980), no demostró cumplir con el elemento adicional que exige el actual tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente, descrita en el vigente artículo 399 de Código Penal.

En efecto en esta providencia de la Sección Quinta, verificó que quien había sido elegido como Gobernador de Boyacá para el periodo 2001- 2003; pese a haber sido condenado por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, mediante sentencia penal condenatoria de marzo de 1986, no estaba incurso en inhabilidad alguna debido a la aplicación de la nueva norma que describe dicho delito (art. 399 Código Penal), la cual resultó más favorable al mencionado ciudadano. Sostuvo pues el Consejo de Estado que en el análisis hecho por el juez penal en su momento, no se demostró que la afectación de la inversión social, salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos; es decir, no se configuró el elemento adicional exigido por la

el principio de favorabilidad no resultaba predicable respecto de la evaluación sobre la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, en tanto ese escenario es ajeno al del derecho sancionador y se inscribe, en contrario, en la garantía de la transparencia y probidad en el ejercicio de la función pública.

34. Esta circunstancia impide a la Corte aceptar las pretensiones del actor, puesto que una alta corte se ha pronunciado sobre el problema jurídico planteado y respecto del caso particular y concreto del ciudadano Murillo Urrutia, decisión judicial que está amparada para presunción de juridicidad y respecto de la cual no se ha formulado acción de tutela. Así, cualquier tipo de decisión que adoptase la Corte en el asunto objeto de examen tendría como consecuencia alterar el sentido de la decisión o los efectos del fallo aludido, lo cual no es viable debido a que uno de los presupuestos esenciales para la procedencia de la acción de tutela contra decisiones de altas cortes es la existencia de una acusación constitucional concreta contra el fallo correspondiente, lo que no concurre en el presente caso. De allí que la acción deba declararse improcedente y, en consecuencia, deban confirmarse los fallos objeto de revisión.

Sin embargo, también encuentra la Sala que contra esta decisión concurren dos tipos de objeciones que deben ser analizadas. En primer lugar, es posible identificar decisiones de la Corte en que han dejado sin efectos decisiones judiciales, a pesar que no se formuló acción de tutela particular y concreta contra las mismas, lo que desvirtuaría la tesis antes planteada. En segundo término, la jurisprudencia de esta Corte ha concluido, en el marco de la evaluación sobre inhabilidades para el ejercicio de cargos y funciones públicas, que los cambios normativos que dejen sin sustento jurídico la sanción impuesta restan eficacia a la inhabilidad correspondiente. Por ende, como en el caso planteado el actor expone una situación análoga, debe aplicarse ese mismo precedente. Pasa la Sala a resolver estas objeciones.

Improcedencia de la acción de tutela por error inducido o *vía de hecho por consecuencia*

35. La jurisprudencia constitucional ha llegado a la conclusión que es posible que a través de una acción de tutela, en casos excepcionales y ante la necesidad imperativa de otorgar eficacia a los derechos fundamentales, dejar sin efectos una decisión judicial, sin que haya sido cuestionada de manera específica mediante la acción de amparo. Ello cuando se trate de decisiones que fueron adoptadas a partir de la actuación irregular de otras autoridades del Estado, diferentes al juez, la cual tiene como efecto distorsionar el ejercicio de la

norma vigente para la comisión del delito de peculado por aplicación oficial diferente. En otras palabras, se demostró el fenómeno de atipicidad sobreviniente: una conducta penalizada que en aplicación del principio de favorabilidad se analiza a la luz de la norma posterior que se considera más favorable, y el resultado que arroja dicho análisis consiste en que la conducta ya no resulta típica en atención –justamente– al contenido de la nueva norma.

actividad judicial. De allí que la jurisprudencia en comento inscriba a esa hipótesis como una variante de la denominada *vía de hecho por consecuencia*.

Ejemplo de este precedente es la sentencia T-1216/05. En esa oportunidad se declaró la existencia de una vulneración al derecho al debido proceso, en razón de la concurrencia de un defecto procedimental, puesto que la presunta compañera permanente de un pensionado fallecido, no fue llamada al proceso laboral que definió acerca de la asignación de la pensión de sobrevivientes y que fue promovido por la cónyuge sobreviviente. A su vez, en razón de ese proceso, el juez que conoció del proceso promovido por la presunta compañera, con el fin de obtener la misma prestación, negó la solicitud en razón que se estaba tramitando otra condena, por la misma causa y por el monto total de la pensión del causante.

Esta circunstancia llevó a que la afectada promoviera acción de tutela contra la decisión del primer juez, el cual, al no haber integrado adecuadamente el contradictorio, había vulnerado su derecho al debido proceso, en su componente de contradicción y defensa. La Corte, en sede de revisión, concluyó que esa vulneración sí había tenido lugar, por lo que dejó sin efecto la sentencia que había concedido la pensión de sobrevivientes a la cónyuge.

Con todo, la Sala de Revisión encontró que lo decidido solo afectaba la sentencia proferida por uno de los jueces, mas no el fallo que había negado la prestación ante la concurrencia de procesos judiciales. A su vez, también evidenció que el segundo juez había intentado la notificación del proceso a la accionante mediante comisionado, la cual estuvo a cargo precisamente del primer juez el cual, a pesar que tenía bajo su conocimiento el proceso promovido por la cónyuge sobreviviente, no adelantó la notificación correspondiente, lo cual llevó a que el segundo juez tuviera que hacer uso de la figura del curador *ad litem*.

En ese orden de ideas, la Corte concluyó que el segundo juez había adoptado la decisión basado en un error inducido por el primer juez, lo que hacía posible dejar sin efecto lo actuado en ese proceso, a pesar que no fue objeto de acusación en sede de tutela. Esto debido a que se configuraba el supuesto de tutela contra sentencias de error inducido o *vía de hecho por consecuencia*, defecto que se estructura cuando el juez adopta una decisión contraria a los derechos fundamentales, en razón de la actuación irregular de un tercero, la cual afecta el criterio del funcionario judicial. Para concluir a ese respecto, la sentencia T-1216/05 señaló lo siguiente:

“40.- Frente a la existencia de un defecto procedimental por consecuencia la garantía de los derechos constitucionales en el presente caso, no se logra con la confirmación del fallo de tutela de primera instancia, por medio del que se declaró la nulidad de lo actuado a partir

de la sentencia en el proceso ante el Juez Segundo Laboral del Circuito de Neiva, con el fin de ordenar la integración en debida forma del contradictorio, sino con la declaratoria de nulidad de los dos procesos a partir del auto admisorio, por haber incurrido ambos, respectivamente, en los mencionados defectos. Así, mediante la presente sentencia de revisión se corregirá la vulneración del derecho al debido proceso y de defensa de ambas solicitantes, procurando la protección del principio de seguridad jurídica.

41.- Para el Juez constitucional, la imposibilidad que una de las interesadas en ser declarada titular del derecho pensional pretendido, no haya sido llamada al proceso que para ello se adelantó, es una clara vulneración del derecho de defensa, tal como se ha dicho a lo largo de esta sentencia. Ahora bien, dejar vigente la orden de otro Juez resolviendo el mismo asunto, sin tener en cuenta que los procesos se llevaron simultáneamente, implica pasar por alto que junto a la correcta implementación de los procedimientos para garantizar el derecho de defensa, existe la necesidad de guardar la eficacia real de las ordenes de los jueces.

Esto es, el principio de seguridad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico, supone no sólo que los fallos judiciales procuren el punto final de los asuntos que deciden (efecto de Cosa Juzgada) y produzcan el efecto material respectivo (eficacia), sino también busca la seguridad para que dichos resultados se hayan llevado a cabo de conformidad con las regulaciones preestablecidas por el legislador para ello. La seguridad implica precisamente eso: que conocidas las reglas por todos, los procedimientos se deben adelantar de conformidad con ellas, y cualquier desviación socava la confianza que los ciudadanos tienen en éstos, luego genera inseguridad.

42.- Como se expuso anteriormente, en el presente caso la sola existencia de una pretensión sobre un mismo derecho personal, en cabeza de dos interesadas distintas, traslada el análisis procedimental a la figura de la acumulación de procesos. Ésta es la que brinda seguridad en estos casos, en razón a que regula procedimientos con el fin de evitar dos fallos contradictorios por los mismos hechos, lo cual es fuente también de inseguridad.

El desvío del procedimiento adecuado cuando hay identidad de pretensiones, configuró en el presente caso una situación de incertidumbre en la que un juez declaró a la señora LOSADA CLAROS como beneficiaria del derecho pensional pretendido y excluyó de dicho beneficio a la señora COLLAZOS CADENA, mientras el otro juez declaró justamente lo contrario.

Por ello, la nulidad que declarará esta Sala de Revisión se extenderá tanto a los dos procesos como al momento de la admisión de las demandas. No de otra manera se podría brindar la oportunidad a las partes de participar en igualdad de condiciones en la determinación del titular del derecho pensional, así como de proponer la acumulación de los procesos en aras del respeto por el principio de seguridad jurídica.

43.- De otro modo, si la Corte sólo decidiera en la sentencia de revisión sobre la existencia de una vía de hecho judicial en uno de los procesos, no se garantizarían los principios constitucionales vulnerados. Por ello la Sala de Revisión analizó el problema constitucional en términos de establecer las condiciones para que las interesadas en el derecho pensional en comento, trabaran el proceso judicial para dicho fin en atención a las reglas procedimentales vigentes. De ahí, - se insiste - que la Sala Revisión abordara el estudio del proceso que no fue demandado en tutela.”

35. A reglón seguido, la Sala de Revisión asumió el argumento según el cual la declaratoria de nulidad de la actuación del segundo juez constituiría un exceso en la competencia de la Corte, puesto que se trataba de un trámite judicial que no había sido cuestionado específicamente por la accionante. Al respecto, la sentencia en comento consideró que la acción de tutela no estaba limitada por el principio procedimental dispositivo, lo cual permitía al juez constitucional que se pronunciara sobre todos los extremos del debate jurídico, en cuanto estuvieran relacionados con la solución del problema de fondo, que para el caso era el acceso a la administración de justicia de la accionante, con miras a resolver acerca de la titularidad de la pensión de sobrevivientes. Para fundamentar esta conclusión, la sentencia T-1216/05 expresó los argumentos siguientes:

48.- En procura de lo anterior, se debe tener en cuenta que el problema jurídico al que se enfrenta la Sala en el presente caso, no se agota en la determinación de un defecto procedimental en el proceso impugnado por tutela, que se adelantó en Neiva. Pues, dicha vulneración repercutió en la imposibilidad que se asignara mediante un procedimiento ajustado a derecho, un derecho pensional personal pretendido por dos personas; las cuales, dentro de las actuaciones que adelantaron con este fin, pusieron en marcha dos procesos judiciales ante jueces diferentes. Ahora bien, como quiera que la impugnación de uno de ellos por vía de tutela tiene como fundamento - precisamente -, el logro de la solución de la controversia acerca de la titularidad del derecho en comento; no puede escapar al análisis del caso, el proceso judicial que no ha sido impugnado, pues éste formó parte de la solución pretendida.

Si triunfa la impugnación de una sentencia judicial en sede de tutela, por vulneración del derecho al debido proceso, la conclusión obligada es que el propósito con el cual se instauró el proceso judicial, se logró quebrantando la ley y la Constitución. Esto es, que la determinación de una infracción al procedimiento judicial debido, de tal magnitud que el fallo soportado en ella resulte violatorio de la Constitución, perturba inevitablemente todo aquello que se buscaba con la sentencia judicial. De ahí que abstraer de la infracción a los rituales procesales constitucionales y legales, aquello que se pretende resolver jurídicamente de fondo, no resultaría acorde con las medidas que se toman para subsanar dicha infracción.

49.- Lo buscado en el fallo judicial subjudice, es la determinación, - mediante una decisión judicial- de la titularidad de una pensión de sustitución. En ese sentido, el fin en comento enmarca el estudio constitucional del procedimiento adelantado para ello. Es por ello que la revisión de esta Corporación se extiende a todas las actuaciones judiciales incoadas en esta dirección. El conjunto de éstas conforman el procedimiento seguido, y es el mencionado conjunto el que la Corte encuentra adelantado al margen de los principios constitucionales. En especial, al margen del principio de seguridad jurídica y del derecho al debido proceso, tal como se explicó más arriba.”

36. Así, conforme con la decisión expuesta, la Corte ha considerado que es viable pronunciarse, en sede de tutela, sobre la validez constitucional de procesos judiciales que no fueron objeto de acusación concreta, en aquellos casos que (i) versen sobre el mismo problema jurídico materia de análisis por parte del juez de tutela; y (ii) se compruebe que la actuación de uno de los jueces incidió en lo decidido por los demás funcionarios judiciales, de modo que la providencia judicial resultante, en virtud del error al que se indujo al juez, vulnere los derechos fundamentales de las partes.

Llevadas estas condiciones al caso analizado, la Sala concluye que la decisión adoptada por el Consejo de Estado no cumple con tales presupuestos. Así, si bien existe identidad de problemas jurídicos, en lo que respecta a la aplicación del principio de favorabilidad para la extinción de los efectos inhabilitantes de la condena penal, en ningún caso puede plantearse que el alto tribunal haya adoptado su decisión inducido en error alguno o en razón del hecho de un tercero. En contrario, para la Sala Plena es absolutamente claro que el Consejo de Estado se formó un criterio particular y genuino acerca de la necesidad de modificar su jurisprudencia sobre la materia, en el sentido de concluir que el principio de favorabilidad no es aplicable frente a las inhabilidades para el ejercicio de cargos y funciones públicas. Al margen de las potenciales críticas que pudiesen expresarse frente a esa postura, es evidente que su planteamiento no obedece al error, sino que constituye un ejercicio funcionalmente legítimo

de la competencia de unificación jurisprudencial que, como se ha explicado en esta sentencia, tiene fundamento en la Constitución.

Sobre este particular debe insistirse en que, con independencia de las decisiones adoptadas por el Juzgado de Ejecución de Penas de Quibdó y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, el Consejo de Estado adoptó un criterio jurisprudencial propio, conforme al cual los asuntos referidos al principio de favorabilidad penal no inciden en la eficacia de las inhabilidades antes mencionadas. Así, como el alto tribunal adoptó dicho criterio en ejercicio de su competencia constitucional de definición de jurisprudencia, el cuestionamiento sobre su validez tiene como requisito sustancial previo una acción de tutela particular y concreta, la cual demuestre que las nuevas reglas jurisprudenciales planteadas son incompatibles con la Constitución, al vulnerar derechos fundamentales. Esto conforme a las premisas fijadas por la Sala en los fundamentos jurídicos anteriores.

37. A su vez, la Sala también considera necesario resaltar que lo decidido por la Corte en este pronunciamiento no niega ni limita la eficacia constitucional del principio de favorabilidad penal, garantía que también cubre *in genere* a las distintas modalidades del derecho sancionador. En cambio, la imposibilidad jurídica de la evaluación de ese aspecto en el asunto objeto de análisis radica en el incumplimiento de un requisito sustancial de la acción de tutela contra sentencias, como es la existencia de una acusación concreta y específica, que busque cuestionar la validez constitucional de la decisión judicial. Este deber, como se ha señalado en apartes anteriores, debe ser evaluado a partir de un estándar estricto cuando se trata de acciones de tutela contra sentencias proferidas por altas cortes, puesto que tales fallos son expresión de la competencia que la Constitución les adscribe para la unificación jurisprudencial y la interpretación autorizada de las normas legales.

En el asunto de la referencia, el Consejo de Estado adoptó, en ejercicio de las mencionadas competencias y sin que mediara ninguna circunstancia externa que afectase su independencia judicial, la sentencia en que varió su jurisprudencia sobre la materia y concluyó que el principio de favorabilidad penal no era aplicable frente a la vigencia de inhabilidades. Para cuestionar la validez constitucional de esa decisión, es imprescindible contar con una acción de tutela que identifique los vicios en que incurriría esa sentencia y que, a su vez, demuestre que los mismos son de una entidad tal que hace que el fallo judicial desborde la competencia que tienen las altas cortes para unificar su jurisprudencia. Ninguno de estos análisis ha sido puesto de presente ante la jurisdicción constitucional, lo que impide a la Corte adoptar un pronunciamiento frente a la decisión del Consejo de Estado, sin que con ello se desconozca el estándar exigido por la jurisprudencia constitucional.

El precedente sobre pérdida de eficacia de las inhabilidades no es aplicable al caso analizado

38. En cuanto a la segunda objeción a la improcedencia de la presente acción de tutela, se advierte que la Sala ha concluido que en tanto el ejercicio de cargos y funciones públicas es un derecho político de raigambre constitucional, cuando concurre un cambio normativo que quita sustento jurídico a la causal de inhabilidad para dicho ejercicio, debe primar la eficacia del derecho fundamental.

Esta fue la regla fijada por la Corte en la reciente sentencia SU-515/13. En este caso, una ciudadana que había ejercido el cargo de Diputada le fue declarada la pérdida de investidura, en segunda instancia, por el Consejo de Estado. Ello debido a que se había configurado la incompatibilidad prevista en el artículo 31 de la Ley 617 de 2000, toda vez que la inscripción como candidata se había llevado a cabo dentro de los 24 meses posteriores a su designación como Gobernadora encargada, función que había desempeñado por un día, el 30 de noviembre de 2005.

La actora consideró que la decisión del Consejo de Estado configuraba un defecto sustantivo, puesto que desconocía el carácter taxativo del régimen de incompatibilidades para el ejercicio de cargos de elección popular. Negada la acción de tutela, el asunto fue escogido para revisión por parte de la Corte. Igualmente, durante el trámite de revisión la actora puso de presente ante este Tribunal que había ocurrido un cambio normativo frente a la Ley 617/00, el cual había reducido el plazo previo a la inscripción de la candidatura, de modo que en su caso particular no se estructuraría la causal de incompatibilidad, conforme a la nueva legislación. Por lo tanto, con base en la aplicación del principio de favorabilidad, la pérdida de investidura no podría continuar produciendo efectos.

En el fallo de unificación mencionado y luego de exponer el precedente constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, entre ellas las proferidas por las altas cortes, la Sala adelantó el estudio sobre el régimen jurídico de la pérdida de investidura. A partir de ese análisis concluyó que *“...la entidad del castigo, así como los contenidos constitucionales que se encuentran en juego, a él le son aplicables la totalidad de garantías del debido proceso sancionatorio, dentro de las cuales tiene una importancia categórica los principios de reserva legal, taxatividad y favorabilidad.”* Así, a partir de esa premisa la Sala analizó cada uno de las censuras planteadas por la actora contra el fallo del Consejo de Estado. En dicho análisis, la Corte concluyó que no había tenido lugar el defecto sustantivo por desconocimiento del carácter taxativo de las causales de pérdida de investidura. En cambio, la sentencia cuestionada había interpretado adecuadamente la legislación aplicable y de forma válida frente a los derechos

políticos a elegir y ser elegido, así como las reglas superiores que definen los requisitos y condiciones para el acceso a los cargos de elección popular. Al respecto, puso de presente que “...conforme al mandato Superior que exige que no exista un régimen de inhabilidades menos estricto que el establecido para los congresistas en la Carta Política (art. 299 C.P.), esta Sala concluye que aunque el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no era aplicable al caso de la señora Perdomo Andrade, sí existe un fundamento jurídico para derivar la pérdida de su investidura por haber desempeñado el cargo de Gobernadora dentro de la misma circunscripción (art. 183-1 C.P.). Si a la trasgresión de la prohibición aplicable a los mandatarios departamentales no se derivara dicha sanción, se estaría desconociendo la Constitución al aplicar una consecuencia más benigna a los Diputados que a los parlamentarios, en contravía de lo expresamente ordenado por el artículo 299 superior.” Agregó, sobre el mismo particular, que la tesis planteada por la actora no resultaba acertada, puesto que en caso que se aceptase que “...la inhabilidad genérica para inscribirse como Diputado sólo se aplica a quienes hubieren desempeñado el cargo de Gobernador en calidad de elegido popularmente o designado por el Presidente, estaría desconociendo el alcance de la norma constitucional citada en virtud del artículo 299 superior. En efecto, atendiendo que el marco mínimo aplicable a los miembros de las Asambleas Departamentales debe ser, al menos, el mismo de los congresistas, se debe comprender que no puede ser miembro de esa corporación territorial quien como empleado público haya ejercido autoridad política, civil, administrativa o militar en la circunscripción respectiva, durante el lapso que defina la ley o que –como límite menor- defina la Carta Política.”.

La Corte concluyó, en suma, que la sentencia adoptada por el Consejo de Estado no tenía ningún reproche constitucional. Sin embargo, también encontró que la ejecución actual de la sanción derivada de la pérdida de investidura resultaría incompatible con el principio de favorabilidad, puesto que posterioridad a la expedición de la sentencia el artículo 32 de la Ley 617 de 2000 fue modificado por el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, con lo cual la inhabilidad de 24 meses había sido reducida a 12 meses anteriores a la elección.

Para la Corte, la aplicación del principio de favorabilidad obligaba en el caso concreto a restituir a la actora en el ejercicio de sus derechos políticos, puesto que la conducta que dio lugar a la pérdida de investidura no era constitutiva de inhabilidad conforme a la legislación actual. Esta circunstancia objetiva, por ende, restaría validez a la permanencia en el tiempo de la prohibición de acceso a los cargos y funciones públicas. Para fundamentar esta conclusión, la Corte recapituló su precedente sobre el contenido y alcance del principio de favorabilidad y concluyó lo siguiente:

“En el presente caso a la peticionaria le fue decretada la pérdida de su investidura como Diputada en razón a haber ejercido las funciones de Gobernadora del Huila el 30 de noviembre de 2005, es decir, 20 meses y 8 días antes de su inscripción como candidata (08 de agosto de 2007) y 22 meses y 20 días antes de las elecciones (28 de octubre del mismo año). Recuérdese que para la época en que se dictó la sentencia estaba vigente una inhabilidad para quienes hubieran desempeñado el cargo en mención que se extendía por 24 meses.

Sin embargo, las normas que soportaron esa sanción (artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000) fueron modificadas por la Ley 1475 de 2011. A su vez, esta disposición, puntualmente el párrafo 3° del artículo 29, resulta más benéfica respecto del juzgamiento, en la medida en que el término de inhabilidad aplicable a quienes hubieran desempeñado el cargo de Gobernador se redujo y ahora solo comprende los 12 meses anteriores a la fecha de elección. En otras palabras, dentro de la regulación del régimen político imputable a los Departamentos, el legislador decidió variar las condiciones bajo las cuales se garantiza el proceso democrático así como el ejercicio digno y objetivo de los cargos de elección popular.

De esa manera, al día de hoy la conducta por la que fue sancionada la señora Perdomo Andrade, esto es, haberse desempeñado como mandataria departamental 20 meses antes a la inscripción como candidata a la Asamblea, no está prohibida ni puede ser reprochada y, por tanto, no existe razón para que se mantengan las consecuencias derivadas de la pérdida de su investidura.

Como consecuencia, la Sala concluye que la base de la sanción proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado perdió su fundamento jurídico a partir del 14 de julio de 2011 ya que desde la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011 esa inhabilidad sólo comprende los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

Esto constituye una circunstancia que impide que el fallo se siga ejecutando⁶⁵; de otra forma, ello implicaría el desconocimiento del

⁶⁵ Véase sentencia SU-195 de 2012, en la que la Corte aplicó el principio de favorabilidad a partir del cambio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En esta providencia se afirmó lo siguiente: “En ese orden de ideas, es evidente que la Corte Suprema varió su posición respecto de la aplicación del aumento punitivo consagrado en la Ley 890 de 2004, para aquellos procesos que se guíen por los presupuestos de la Ley 600 de 2000, como ocurre con los congresistas. Por tanto, encuentra este Tribunal Constitucional que en el caso sometido a examen existe una nueva postura por parte de la Sala de Casación Penal, que implica su valoración en torno a la decisión sobre este asunto. (...) Por tanto, en aras de garantizar la efectividad, la celeridad y la eficiencia en la administración de justicia, especialmente cuando involucra los protección de los derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso, máxime si se tiene en cuenta que de no adoptarse una pronta decisión, la providencia objeto de impugnación en tutela adquiriría plena vigencia y obligaría a su cumplimiento, aún cuando ella contenga una decisión desfavorable atendiendo la nueva postura del ente accionado, se hace imperativo remitir inmediatamente el presente asunto a la Sala

principio de favorabilidad, específicamente el derecho del sancionado a la aplicación de la retroactividad de la ley más benigna respecto de la inhabilidad permanente que en su momento generó la sentencia de pérdida de su investidura.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala reafirma la aplicabilidad del principio de favorabilidad respecto de la sentencia dictada contra la señora Flora Perdomo Andrade, atendiendo que la sanción de pérdida de investidura continúa produciendo efectos, ya que ella incluye la inhabilidad permanente para desempeñar cargos públicos de elección popular.

Como consecuencia, la Corte Constitucional concluye que la decisión adoptada por la Sección Primera del Consejo de Estado no incurrió en defecto alguno pero que prolongar sus resultados sí implicaría configurar el desconocimiento del principio de favorabilidad. En esta medida procederá a cesar de manera inmediata y a partir de la presente sentencia los efectos de la sanción surgida de ese fallo y ordenará que sean actualizados los registros o bases de datos públicas correspondientes, de manera que se garantice su derecho a postularse a cualquier cargo de elección popular.”

39. En criterio de la Corte, el precedente antes explicado no resulta aplicable al caso del ciudadano Murillo Urrutia, al menos por tres tipos de razones: (i) la falta de una acusación particular y concreta contra la decisión del Consejo de Estado; (ii) la inexistencia de un cambio normativo o un hecho sobreviniente que afecte la sentencia adoptada por dicho alto tribunal; y (iii) la ausencia de carácter objetivo de la causal alegada para modificar el supuesto jurídico que dio lugar la inhabilidad para el ejercicio de cargos y funciones públicas.

39.1. En cuanto a lo primero, debe insistirse en que el presente caso no se formuló ningún reproche constitucional contra la decisión adoptada por el Consejo de Estado, como si sucedió en el caso precedente. En cambio, en la sentencia SU-515/13 sí tuvo lugar una acusación de constitucionalidad, concreta y específica contra lo decidido por el Consejo de Estado, la cual pretendía poner en cuestión la validez constitucional, en términos de eficacia de los derechos fundamentales, de lo allí decidido. De forma contraria, en el caso que nos ocupa tal acusación es inexistente, por lo que no se cumple con el requisito sustancial de procedencia de la acción de tutela contra sentencias tantas veces mencionado.

39.2. Frente al segundo aspecto, la Sala encuentra que los supuestos fácticos y normativos de la decisión adoptada por el Consejo de Estado se mantienen

de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que adopte la decisión que corresponda en observancia de la aplicación de la posición más beneficiosa e igualdad en las decisiones judiciales.”

inalterados en el caso presente, sin que posterioridad al fallo se hayan presentado modificaciones del orden legal aplicable u otra circunstancia que afectase lo decidido. Incluso, debe resaltarse que la modificación del tipo penal de peculado por apropiación diferente tuvo lugar mucho antes que se proferiera la sentencia por parte de la Sección Quinta.

Por lo tanto, no hay lugar a considerar circunstancias que hagan desproporcionada o irrazonable la eficacia de dicha providencia judicial. Asunto distinto es que pueda válidamente considerarse que dicha sentencia pueda analizarse a la luz de la vigencia del principio de favorabilidad penal. Sin embargo, como se ha insistido, este estudio requiere de la existencia de una acción de tutela específica, la cual demuestre que el Consejo de Estado actuó al margen de la vigencia de los derechos fundamentales. Como una acusación de ese carácter no concurre en el caso analizado, no es viable que la jurisdicción constitucional adelante un examen de esas características.

39.3. Finalmente, en cuanto al tercer aspecto y al margen de la necesidad de contar con una acusación concreta contra el fallo del Consejo de Estado, la Sala advierte *prima facie* que no hay circunstancias objetivas sobrevinientes que justificasen la pretendida ineficacia de dicha decisión.

En efecto, la argumentación central del actor consiste en considerar que la modificación del tipo penal tornó atípica la conducta cometida y que, por lo mismo, la inhabilidad para ejercer cargos y funciones públicas perdería sustento normativo. En criterio de la Corte, en tanto se trata de una modificación del tipo penal de peculado por destinación diferente y no su derogatoria, la corrección del anterior argumento dependería de demostrar que a partir de la nueva regulación, la conducta por la cual el ciudadano Murillo Urrutia fue condenado penalmente no sería actualmente punible. Esta labor escapa de la competencia de la jurisdicción penal, puesto que corresponde a los jueces penales.

En tales circunstancias, el precedente contenido en la sentencia SU-515/13 no es aplicable, puesto que en esa oportunidad sí pudo acreditarse una circunstancia de índole objetivo, como es la reducción por mandato legal del término de incompatibilidad entre el ejercicio del cargo de Gobernadora y la inscripción como candidata a la Asamblea Departamental. Además, en cualquier caso se trata de asuntos que fueron decididos por una sentencia proferido por una alta corte y que no ha sido cuestionada en sede de tutela, lo que pide mayores análisis sobre su compatibilidad con los derechos fundamentales. Por ende, el segundo tipo de objeciones tampoco encuentra asidero, lo que lleva a resolver de manera negativa el primero de los problemas jurídicos expresados en el fundamento jurídico 16 de esta sentencia.

Conclusión

40. Los argumentos planteados han demostrado que el problema jurídico base de la acción de tutela fue decidido por la Sección Quinta del Consejo de Estado y que, a su vez, esta sentencia no ha sido objeto de reproche de constitucionalidad.

A partir del análisis de decisiones precedentes de esta Corte, la Sala concluye que la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales tiene carácter excepcional y está sometida al cumplimiento de condiciones genéricas de procedibilidad, así como la comprobación de vicios materiales que hagan a la sentencia incompatible con la Constitución, en tanto vulnera derechos fundamentales. Este escrutinio es mucho más estricto cuando el amparo se dirige contra una decisión adoptada por una alta corte, pues en esos casos el ejercicio de la función judicial de unificación jurisprudencial, así como de interpretación autorizada de las normas legales, es de estirpe constitucional. Esto obliga a que la validez de fallos de esa índole solo pueda ser rebatida mediante un estudio profundo y específico, que permita demostrar el exceso en el ejercicio de dicha competencia constitucional.

41. En el caso objeto de examen, la Sección Quinta del Consejo de Estado adoptó sentencia en la que declaró la nulidad de la elección del actor como Gobernador del Departamento del Chocó. Para ello, reformuló su precedente en el sentido de concluir que la aplicación del principio de favorabilidad penal no tenía como efecto modificar la vigencia de las inhabilidades para el ejercicio de cargos y funciones públicas. Dicha acción no fue objeto de cuestionamiento ante la jurisdicción constitucional.

En es orden de ideas, la Sala encuentra que la evaluación sobre la aplicación del principio de favorabilidad pasa por determinar si bajo la luz de la actual regulación penal, la conducta cometida por el ciudadano Murillo Urrutia, continúa siendo punible. Esta evaluación no corresponde, de manera general, a la Corte Constitucional, sino que está reservada a la jurisdicción penal, puesto que es a ella a la que corresponde definir tales asuntos de responsabilidad por la comisión de delitos.

Adicionalmente, resulta para la Corte imperativo enfatizar que cualquier decisión que llegase a adoptarse sobre la comprensión del principio de favorabilidad en el caso analizado, afectaría necesariamente los argumentos presentados en la sentencia adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, pues precisamente varios de los elementos que fundamentan ese fallo refieren al contenido y alcance del mencionado principio. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela es un mecanismo excepcional, el cual exige para su procedencia que la autoridad judicial haya incurrido en un defecto mayúsculo, incompatible con los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Esta evaluación, como se

ha señalado, se torna más exigente cuando se trata de cuestionar decisiones adoptadas por los tribunales de cierre, en tanto la Constitución les asigna no solo un estatus superior en la estructura judicial, sino que también les confiere la función de unificación de jurisprudencia e interpretación autorizada de las normas legales, en este caso de aquellas de índole electoral.

Cuestionar una decisión de ese carácter exige, cuando menos, que exista una acusación concreta y particular, la cual demuestre por qué la sentencia contradice los derechos fundamentales mencionados. La Corte, en ese sentido, no puede en modo alguno ejercer el control oficioso de las sentencias adoptadas por las altas cortes, puesto que ello contradeciría el carácter excepcional de la tutela contra sentencias, la vigencia de los derechos de contradicción y defensa de los que es titular el tribunal que adopta la decisión, así como la presunción de legalidad y constitucionalidad que tienen las sentencias judiciales.

42. Por lo tanto, ante la existencia de estas decisiones, que se insiste no han sido cuestionadas a través de la acción de tutela, la Corte tiene vedado adoptar una decisión que desconozca sus efectos, así como proferir órdenes que determinen adoptar nuevos fallos. En tal sentido, como el asunto sobre la aplicación del principio de favorabilidad en beneficio del ciudadano Murillo Urrutia ha sido actualmente decidido por el Consejo de Estado en el marco de la acción de nulidad electoral y, a su vez, esta decisión no fue objeto de acción de tutela, la Sala Plena no está habilitada para poner en cuestión tales sentencias, según se ha explicado.

Con base en lo expuesto, la Sala Plena concluye la improcedencia de la acción de tutela interpuesta.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: LEVANTAR la suspensión de los términos para fallar la presente acción de tutela.

Segundo: CONFIRMAR, exclusivamente por las razones expuestas en esta sentencia, la decisión de tutela adoptada el 5 de julio de 2012 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Tercero: Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto

2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Con Salvamento de Voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con Salvamento de Voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Con Salvamento de Voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con Salvamento de Voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ
A LA SENTENCIA SU917/13**

DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL-Finalidad (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL-Constitución no establece diferencia alguna entre normas sustantivas y normas procesales, en lo referente a la aplicación de este principio (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL-Aplicación excepcional por parte del juez de tutela (Salvamento de voto)

Magistrado Ponente:
Luis Ernesto Vargas Silva

Referencia: Expediente T-3.574.025

Con el acostumbrado respeto, me permito salvar el voto en relación con el fallo adoptado mayoritariamente por esta Corporación en la sentencia de la referencia, según las razones que expongo a continuación:

1.- La Constitución Política en el artículo 29 dispone que: *“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”*. Como lo ha señalado la jurisprudencia y la doctrina, el citado precepto consagra el denominado principio de favorabilidad como un elemento fundamental del debido proceso en materia penal⁶⁶, cuyo propósito es regular los efectos que se derivan del tránsito normativo que existe en la legislación penal, acorde con el principio de la dignidad humana y la garantía constitucional de la libertad personal.

En criterio de esta Corporación, el mencionado principio opera como una norma rectora del derecho punitivo y como un derecho fundamental de aplicación inmediata⁶⁷, por lo que toda persona, en un contexto de tránsito normativo, sin perjuicio de lo previsto de la ley, tiene derecho a acogerse a las disposiciones que le resulten menos gravosas frente a la limitación o restricción de sus derechos fundamentales, a partir del ejercicio de la potestad punitiva del Estado⁶⁸.

⁶⁶ Sentencia C-200 de 2002.

⁶⁷ Sentencia T-704 de 2012.

⁶⁸ Así, por ejemplo, el pronunciarse sobre las relaciones que existen entre la Ley 906 de 2004 y el artículo 29 del Texto Superior, esta Corporación señaló que: *“(i) el principio de favorabilidad como parte integrante del cuerpo*

En este contexto, en términos generales, la aplicación preferente de una norma permisiva constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, pues los principios *pro homine* y *favor libertatis*, exigen optar por la alternativa normativa más favorable y benigna no sólo frente a la libertad del imputado o del condenado, sino también –como ya se dijo– en relación con otras medidas que restrinjan o limiten el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

La aplicación del principio de favorabilidad responde a una larga tradición en el derecho colombiano, como lo demuestra su inclusión en los artículos 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, conforme a los cuales:

“ARTÍCULO 44. En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito.

Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena.

ARTÍCULO 45. La precedente disposición tiene las siguientes aplicaciones:

La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación.

Si la ley nueva minora de un modo fijo la pena que antes era también fija, se declarará la correspondiente rebaja de pena.

Si la ley nueva reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado.

Si la ley nueva disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la ley antigua.

Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna.”

En todo caso, como lo ha admitido esta Corporación, el Texto Superior no establece diferencia alguna entre las normas sustantivas y las normas procesales,

dogmático de la Constitución, conserva pleno vigor y aplicabilidad respecto de la Ley 906 de 2004, no obstante las normas de vigencia que ella consagra, orientadas a reafirmar el principio general de irretroactividad de la ley penal, el cual no es excluyente sino complementario de la favorabilidad; (ii) el principio de favorabilidad conserva su vigor en todo el territorio nacional, no obstante el método progresivo elegido para la implantación gradual del nuevo sistema; (iii) el principio de favorabilidad rige también situaciones de coexistencia de regímenes legales distintos, siempre que concurren los presupuestos materiales del principio de favorabilidad, lo que implica que no pueda ser aplicado frente a instituciones estructurales y características del nuevo sistema y como tales sin referente en el anterior; (iv) la aplicación del principio de favorabilidad reclama un estudio particularizado de cada caso a fin de determinar el impacto de las normas en conflicto sobre la situación del procesado.” Sentencia T-091 de 2006.

en lo referente a la aplicación del principio de favorabilidad⁶⁹, pues la posibilidad de que las leyes se excluyan entre sí como consecuencia del tránsito normativo, no sólo tiene ocurrencia en relación con la descripción típica, sino también con respecto a la forma como el Estado torna efectivo el ejercicio del *ius puniendi*.

Finalmente, aun cuando la aplicación del principio de favorabilidad es una tarea que le compete al juez ordinario, en casos excepcionales, su examen puede estar a cargo del juez de tutela, ya sea (i) porque la autoridad competente al resolver sobre su procedencia incurre en un defecto sustantivo, procedimental, etc., que haga viable el amparo constitucional contra una providencia judicial⁷⁰; o (ii) porque al estar de por medio la existencia de un perjuicio irremediable, como lo sería el caso en el que se presenta una privación injusta de la libertad, su naturaleza de derecho fundamental de aplicación inmediata exija la adopción de una medida transitoria de defensa judicial.

2.- En el asunto *sub-judice*, y a diferencia de lo expuesto por la mayoría, considero que los jueces penales que resolvieron sobre la solicitud de aplicar el principio de favorabilidad presentada por el señor Murillo Urrutia, lo hicieron con base en apreciaciones que resultan incompatibles con el alcance del citado principio constitucional, por las razones que a continuación expongo:

2.1.- El artículo 38 de la Ley 906 de 2004 consagra como atribuciones de los jueces de penas y medidas de seguridad, la obligación de aplicar el principio de favorabilidad (i) cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a la reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal (numeral 7°); o (ii) cuando se presente una hipótesis de ineficacia de una sentencia condenatoria, como respuesta al hecho de que la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia (numeral 9).

2.2.- En el asunto sometido a decisión, el accionante solicita la aplicación de las citadas hipótesis, en la medida en que con la expedición de la Ley 599 de 2000, se adoptó una estructura distinta del delito de peculado por aplicación oficial diferente, por el que se le impuso una condena de seis meses de prisión, interdicción en derechos y funciones públicas por el término de un año y multa de un mil pesos. En efecto, el derogado artículo 136 del Decreto Ley 100 de 1980 establecía que incurría en la citada conducta punible el servidor público “*que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste*”, mientras que el artículo 399 del Código Penal actualmente vigente (Ley 599 de 2000), además de lo anterior, exige que la distinta aplicación de los recursos acontezca “*en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores*”.

⁶⁹ Sentencia T-272 de 2005.

⁷⁰ Sentencias T-091 de 2006, T-713 de 2007 y T-402 de 2008.

En criterio del actor, al haber sido condenado por la realización de una reparación locativa de una escuela y ante el hecho de presentarse un cambio en la tipicidad del delito, en virtud del principio de favorabilidad, era innegable que se tornaba ineficaz la sentencia condenatoria proferida en su contra, pues bajo ninguna circunstancia el uso de \$ 5.000.000 millones de pesos con destino a la actividad previamente expuesta afectó la inversión social, como nuevo elemento normativo de la conducta punible. Al respecto, vale la pena precisar que los recursos originalmente estaban destinados al programa denominado “*saneamiento ambiental en zonas mineras del Departamento del Chocó*”.

Finalmente, el accionante puso de presente que la declaratoria de ineficacia de la sentencia penal condenatoria repercutía directamente en sus derechos políticos, ya que al haber sido elegido popularmente como Gobernador del Chocó, se encontraba incurso en una inhabilidad, en los términos del inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, conforme al cual: “*Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado (...)*”.

2.3.- Como respuesta a la citada pretensión, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Quibdó, en providencia del 8 de julio de 2011, señaló que el principio de favorabilidad es de interpretación restrictiva y que la pretensión de aplicarlo en este caso resultaba improcedente, ya que imponía la carga de realizar un nuevo juicio de adecuación típica contrario a la prohibición del *non bis in ídem*. Por su parte, el Tribunal Superior de Quibdó, en sentencia del 11 de noviembre de 2011, consideró que en aquellas hipótesis en las que se extinga la condena penal, no es posible realizar un pronunciamiento sobre la favorabilidad, en respeto del principio de seguridad jurídica.

2.4.- Con base en las consideraciones expuestas, en mi opinión, la acción de tutela estaba llamada a prosperar, en la medida en que los fallos cuestionados incurrieron en una violación directa de la Constitución, por una parte, porque restringieron de modo contrario al Texto Superior el principio de favorabilidad previsto en la Carta y, por la otra, porque la condena impuesta continua produciendo efectos lesivos para el solicitante con grave afectación de su derecho de participación política.

En este sentido, a diferencia de lo señalado por los jueces penales, al ser una norma rectora del derecho punitivo, el principio de favorabilidad tiene plena exigibilidad y su lectura –por el contrario– debe hacerse conforme con los principios *pro homine* e *in dubio pro reo*. Adicionalmente, su aplicación no se restringe exclusivamente a los efectos que directamente se derivan de la condena penal, como lo son las sanciones que impone el juez de conocimiento, sino también a aquellas otras limitaciones o restricciones que afecten el goce efectivo de sus derechos fundamentales, cuyo origen devenga del marco jurídico vigente.

Por esta razón, estimo que, en el caso concreto, la Corte debió invalidar las anteriores decisiones, pues operó un fenómeno de atipicidad sobreviniente, comoquiera que el nuevo tipo penal del peculado por destinación oficial diferente incorpora, como elemento nuevo, la exigencia de que la conducta se produzca con afectación de la inversión social. Si bien cabe admitir, en gracia de discusión, que toda partida de saneamiento minero ambiental puede ser considerada como una inversión de tal tipo, una interpretación *pro homine* de la nueva estructura de la conducta punible, a la luz del principio de favorabilidad, imponía una solución distinta, conforme a la cual sólo cuando el cambio de destino de los recursos públicos conduce a que el gasto se realice por fuera del ámbito general de lo que se considera una inversión social, pueda entenderse configurado el delito.

Así las cosas, como en este caso, el nuevo destino de los recursos permanecía en el campo de la inversión social, dado que los mismos se emplearon para la reparación de una escuela, no puede decirse que la conducta, examinada a la luz de la normatividad vigente, se adecue al tipo penal del peculado por destinación oficial diferente. Por tal razón, a partir de la propia exigibilidad que desde la Constitución Política tiene el principio de favorabilidad y dado que la condena todavía repercute directamente en el goce de los derechos del actor, considero que la Corte debió conceder el amparo y rehabilitar al señor Murillo Urrutia en el ejercicio de sus derechos políticos.

2.5.- Ahora bien, en criterio de la mayoría de la Sala, la tutela resultaba improcedente, básicamente porque al existir de por medio una decisión del Consejo de Estado en la que se negó la posibilidad de proceder al examen del principio de favorabilidad en un juicio de nulidad electoral, por el carácter excepcional que tiene la procedencia de la acción de tutela contra órganos judiciales de cierre, lo que se exige, cuando menos, es “que exista una acusación concreta y particular” contra dicha decisión, en la medida en que no es procedente un control de oficio de las sentencias adoptadas por las altas cortes, puesto que ello constituiría una actuación contraria a “la vigencia de los derechos de contradicción y defensa de los que es titular el tribunal que adopta la decisión, así como la presunción de legalidad y constitucionalidad que tienen las sentencias judiciales”.

A mi juicio, la posición adoptada por la mayoría de la Sala desconoce los principios básicos que rigen el juicio de amparo y el debido proceso constitucional, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque le niegan al accionante el derecho de acceso a la administración justicia, en sede de amparo constitucional, en cuanto a partir de un hecho distinto referente a la existencia de un juicio coetáneo de nulidad electoral, esta Corporación injustificadamente se abstiene de determinar si se vulneró o no un principio constitucional y derecho fundamental de aplicación inmediata, como lo es la favorabilidad en materia penal. En mi criterio, la existencia del citado proceso administrativo en nada afectaba la procedencia de

la acción de tutela, ya que la materia objeto de controversia eran los fallos proferidos por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

En segundo lugar, la finalidad del juicio de amparo es asegurar la protección de los derechos fundamentales, cuando se observe que existe una violación o amenaza frente a los mismos. Como en innumerables ocasiones lo ha señalado esta Corporación, los requisitos de procedencia no pueden ser interpretados de forma amplia, pues ello supondría un sacrificio desmedido del *principio pro actione*. En este caso, la mayoría enfocó el examen del asunto *sub-examine*, en el hecho de entender que al existir un pronunciamiento de la máxima autoridad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo respecto del caso particular y concreto del ciudadano Murillo Urrutia, dicha decisión judicial está amparada por la presunción de juridicidad, respecto de la cual no se ha formulado acción de tutela. Así, cualquier tipo de decisión que adoptarse la Corte tendría como consecuencia alterar el sentido del fallo del Consejo de Estado, “lo cual no es viable debido a que uno de los presupuestos esenciales para la procedencia de la acción de tutela contra decisiones de altas cortes es la existencia de una acusación constitucional concreta contra el fallo correspondiente, lo que no concurre en el presente caso. De allí que la acción deba declararse improcedente y, en consecuencia, deban confirmarse los fallos objeto de revisión”.

No obstante, en mi opinión, se pasa por alto que la citada autoridad judicial se abstuvo de pronunciarse sobre la aplicación del principio de favorabilidad, al entender que era ajeno al carácter rogado de los juicios de nulidad, por lo que –como bien se sostiene en la Sentencia SU-917 de 2013– la evaluación acerca de su procedencia corresponde a la jurisdicción penal, “puesto que es a ella a la que corresponde definir tales asuntos de responsabilidad por la comisión de delitos”. Como las autoridades penales se pronunciaron con base en apreciaciones que resultan incompatibles con el alcance constitucional del aludido principio y al no existir una decisión sobre la materia en el juicio de nulidad electoral⁷¹, era obligación del juez constitucional asegurar la protección del derecho constitucional invocado y salvaguardar el carácter prevalente del Texto Superior.

- Finalmente, si bien una eventual decisión de amparo tenía la virtualidad de repercutir sobre los efectos del fallo adoptado por el Consejo de Estado en el juicio de nulidad, dicha circunstancia no implicaba la necesidad de vincular al proceso a la mencionada autoridad, ni tampoco de cuestionar la validez de su sentencia. Así, por ejemplo, en la reciente Sentencia SU-515 de 2013, al momento de asegurar la aplicación del principio de favorabilidad en el tránsito

⁷¹ Al respecto, se sostuvo que: “[Los] procesos que se adelantan por virtud de una acción pública, como la de nulidad electoral, no plantean un litigio en estricto sentido pues proponen un control sobre la legalidad de un acto administrativo. El ordenamiento jurídico consagra la acción electoral como mecanismo judicial que permite realizar el control de legalidad en abstracto del acto de elección, que es lo que, en realidad, pretende la parte demandante. En suma, el contencioso de nulidad electoral se instituyó con el propósito de revisar la **mera legalidad objetiva o juridicidad del acto demandado**, este es, aquel declarativo de una elección, **pero nunca como un examen de la conducta desplegada por el candidato que resultó elegido**. Así, la nulidad de un acto electoral no se concibe como una sanción, y por lo tanto en esta disciplina no resulta admisible la aplicación del principio de favorabilidad para determinar la configuración de inhabilidades”. Subrayado por fuera del texto original.

normativo de un juicio referente a la violación de inhabilidades constitutivas de pérdida de investidura, a pesar de que la Corte concluyó que en la decisión adoptada por los jueces administrativos no se incurrió en defecto alguno, sus efectos sí implicaban configurar un desconocimiento del principio de favorabilidad. En este orden de ideas, la orden se tradujo en “*cesar de manera inmediata y a partir de la [citada] sentencia los efectos de la sanción surgida*” con ocasión del fallo cuestionado. Una medida de tal tipo pudo adoptarse en el asunto sometido a revisión, sin sacrificar el valor normativo de la Constitución y los derechos políticos del accionante.

Fecha ut supra,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
MAURICIO GONALEZ CUERVO
A LA SENTENCIA SU917/13**

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL-Un estudio completo sobre la aplicación de este principio hubiera permitido dilucidar la eventual vulneración de derechos por los jueces de ejecución de penas en el caso concreto, sin interferir en la cosa juzgada que cobija la sentencia del Consejo de Estado (Salvamento parcial de voto)

Me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la Sala Plena en la Sentencia SU - 917 del 5 de diciembre de 2013, que confirmó el fallo adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que negó la tutela promovida por el ciudadano Luis Gilberto Murillo Urrutia contra el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Quibdó y la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de la mencionada ciudad, por los siguientes motivos:

1. En primer lugar, comparto la decisión mayoritaria de tener como improcedente el análisis por violación del derecho al debido proceso del actor, a causa de la Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, pues esta (i) no fue objeto de reproche de constitucionalidad, es decir, no existió contra ella una acusación concreta por violación de derechos fundamentales, y (ii) por no corresponder a la Corte el ejercicio un control oficioso de sentencias cobijadas por el principio de la cosa juzgada.
2. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el ciudadano Murillo dirigió su argumentación contra las providencias de los jueces de ejecución de penas competentes frente a su caso, providencias que no se estudiaron por la Corte a la luz de la aplicabilidad del principio de favorabilidad en materia penal.

Dicho análisis resultaba relevante y necesario pues, a mi juicio, las decisiones de los jueces tutelados desconocieron el derecho fundamental al debido proceso al aducir que su competencia para examinar la solicitud de favorabilidad, desaparece a partir del cumplimiento de la pena. En mi criterio, el juicio de favorabilidad como garantía ciudadana y derecho fundamental, procede no solo frente a la pena principal, sino también en relación con otros efectos de la sentencia condenatoria. En este sentido, la existencia de una pena accesoria, cuyos efectos se prolongan más allá del cumplimiento de la pena principal, da lugar a la intervención del juez para valorar la solicitud de aplicación del principio de favorabilidad, no obstante la pena principal se hubiese cumplido.

Un estudio completo de la aplicabilidad del principio de favorabilidad en materia penal hubiera permitido dilucidar la eventual vulneración de derechos por los jueces de ejecución de penas en el caso concreto, sin interferir con ello en la cosa juzgada que cobija la Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado que, como se dijo, fue acertadamente excluida del análisis.

De esta manera, me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la Sala haciendo las claridades antes expuestas.

Respetuosamente,

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado