



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

Radicación número: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)

Actor: HUGO ARMANDO GRANJA ARCE

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: MEDIO DE CONTROL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

Temas: MEDIO DE CONTROL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS – LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS – Elementos en el juicio de responsabilidad por la amenaza y/o vulneración de derechos e intereses colectivos – conceptualización de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público – La carencia actual de objeto por hecho superado – La competencia del juez penal con función de control de garantías, en el marco del control de legalidad, para pronunciarse sobre la aplicación del principio de oportunidad frente a delitos cuya sanción penal proteja bienes jurídicos colectivos.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 8 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual fueron negadas las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y sus fundamentos fácticos y jurídicos

El 17 de febrero de 2017, el señor Hugo Armando Granja Arce, en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, presentó demanda¹ contra la Fiscalía General de la Nación (*en adelante también la Fiscalía*), con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

¹ Folios 1 a 19, c. 1.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

“PRIMERA.- Que se declare que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN está vulnerando los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y a la moralidad administrativa al aceptar el pago de USD \$11.000.000 o COP \$32.000.000.000 como condición para solicitar ante el juez de control de garantías la aplicación del principio de oportunidad en beneficio de los funcionarios de la empresa ODEBRECHT S.A.

“SEGUNDA.- Que como consecuencia, se ampare los derechos a la defensa del patrimonio público y a la moralidad administrativa y se ordene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a llegar a un nuevo acuerdo con los empleados y exempleados de la empresa ODEBRECHT S.A. vinculados en las investigaciones penales, como condicionante para la aplicación del principio de oportunidad, en el cual se establezca que el monto de la reparación integral a favor del Estado Colombiano que conlleve a restablecer el patrimonio afectado como víctima, contendrá como mínimo lo siguiente:

“- El daño emergente correspondiente a todos los valores que la empresa ODEBRECHT S.A. haya obtenido sobre las ganancias en los contratos estatales que le fueron adjudicados en Colombia desde el año 2009 hasta el 2014 mediante la estrategia de soborno y actos de corrupción hacia funcionarios públicos colombianos, los cuales, según las propias declaraciones de esa empresa en el PLEA AGREEMENT ante la United State District Court Eastern District of New York y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, corresponde a USD \$50.000.000 o COP \$142.790.000.000 con la tasa de cambio a corte 6 de febrero de 2017.

“- El daño emergente correspondiente a los perjuicios económicos que ya se generaron al Estado Colombiano al ser condenado al pago de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales como consecuencia de laudos arbitrales de tribunales de arbitramento que la empresa ODEBRECHT S.A. y/o sus filiales o subsidiarias, han reclamado mediante demanda durante la ejecución de los contratos que esta empresa obtuvo mediante actos de corrupción y soborno a funcionarios públicos colombianos desde el año 2009 hasta el 2014.

“Esto corresponde sólo hasta el día de hoy, al caso en el cual ODEBRECHT S.A., y/o sus filiales o subsidiarias en Colombia, a través del Consorcio Canoas del cual formó parte, en el marco de la ejecución del Contrato de Obra bajo la modalidad de llave en mano No. 1-01-25500-1115-2009 el cual le fue adjudicado el 30 de diciembre de 2009, interpuso demanda ante tribunal de arbitramento el 18 de septiembre de 2013 en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB, por supuestos incumplimientos contractuales. El tribunal de arbitramento que decidió el caso, mediante laudo arbitral de 14 de agosto de 2016 condenó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB al pago de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales y demás costos adicionales por valor de COP \$12.271.448384,93 a favor de ODEBRECHT.

“- El lucro cesante correspondiente al ahorro para el patrimonio público de Colombia que se hubiera podido lograr en el caso de que no se hubieran dado las acciones de soborno de ODEBRECHT S.A., y/o sus filiales y subsidiarias en Colombia y consecuentemente hubiera ganado la propuesta de otro de los oferentes que mejores condiciones económicas le propusieron al Estado Colombiano, dentro del marco de todos los procesos de contratación en los cuales ODEBRECHT S.A., y/o sus filiales o subsidiarias en Colombia ganaron gracias a sobornos a funcionarios públicos colombianos entre los años 2009 a 2014, los cuales corresponden según los años mencionados a: i) Contrato de Obra bajo la modalidad de llave en mano No. 1-01-25500-1115-2009 el cual le fue adjudicado el 30 de



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

diciembre de 2009, suscrito entre el Consorcio Canoas del cual forma parte y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB; ii) Contrato de Asociación Público Privada No. 001 del 13 de septiembre de 2014 suscrito entre la sociedad Navelena S.A.S., de la cual forma parte y CORMAGDALENA y; iii) Contrato de Concesión No. 001 del 14 de agosto de 2014 suscrito entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. de la cual forma parte y el entonces Instituto Nacional de Concesiones – INCO , hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

“- El lucro cesante por todos los perjuicios económicos futuros que se generarán si el Estado Colombiano es condenado al pago de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales como consecuencia de las demandas ante tribunales de arbitramento que la empresa ODEBRECHT S.A. y/o sus filiales o subsidiarias en Colombia, han reclamado durante la ejecución de los contratos que esta última obtuvo mediante actos de corrupción y soborno a funcionarios públicos colombianos desde el año 2009 hasta el 2014.

“Esto corresponde solo hasta el día de hoy, al caso en el cual ODEBRECHT S.A., y /o sus filiales o subsidiarias en Colombia, a través de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de la cual forma parte, en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2014 interpuso una primer demanda el 6 de agosto de 2015 en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, por supuestos incumplimientos contractuales y sobrecostos, cuyas pretensiones ascienden a la suma de COP \$645.148.000.000 y una segunda demanda interpuesta en el año 2016 por valor de COP \$349.502.000.000 en desarrollo del mismo contrato. Estas dos demandas fueron acumuladas en un solo tribunal de arbitramento, el cual aún no ha fallado en laudo arbitral.

“- El daño moral, que corresponde a la magnitud al buen nombre y a la buena reputación del Estado Colombiano que las acciones de soborno de ODEBRECHT S.A., le hayan causado frente a sus ciudadanos y a la comunidad internacional. Según el artículo 97 de la Ley 599 de 2000 – Código Penal Colombiano –, y a la interpretación que del mismo artículo le dio la sentencia C-916 de 2002 de la Corte Constitucional, el cual corresponde a un valor de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de decir, COP \$737.717.000 a corte 2017.

“- Los intereses que se puedan causar sobre los valores anteriormente señalados por parte de ODEBRECHT S.A. y/o sus filiales o subsidiarias en Colombia. Esto teniendo en cuenta que debe calcularse la rentabilidad que se causó al dinero debido al Estado Colombiano por parte de la mencionada empresa bajo el principio según el cual si un deudor de una obligación dineraria no paga a tiempo, debe indemnizar, no sólo sobre la obligación principal debida, sino también sobre la accesorial incumplida, en virtud de que el capital inicial es objeto de variaciones periódicas y progresivas al integrarse a él sus frutos, productos o réditos, los que a su vez generan intereses. En estos términos, el artículo 1617 del Código Civil plantea que ‘Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por mora está sujeta a las reglas siguientes: 1) se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. El interés legal se fija en seis por ciento anual. 2) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo. 3) Los intereses atrasados no producen interés. 4) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas’.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

“TERCERA. Que mientras se cumple con la pretensión anterior, solicito se ordene como medida preventiva o cautelar para la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, suspender cualquier acuerdo económico con los empleados o ex-empleados de la empresa ODEBRECHT S.A., y/o sus filiales o subordinadas en Colombia tendiente a solicitar ante el juez de control de garantías la aplicación del principio de oportunidad en beneficio de estas personas”.

Como fundamento fáctico de la demanda, en resumen, la parte actora narró los hechos que se sintetizan a continuación:

– El 21 de diciembre de 2016, el Departamento de Justicia de los E.E.U.U., con ocasión del proceso WMP/DK:JN/AS F. # 2016R00709, tramitado ante la Corte de Distrito de los E.E.U.U. para el Distrito Este de Nueva York, en el que fungieron como partes la Sección de Fraudes de la División Penal del Departamento de Justicia y la Oficina del Fiscal de los E.E.U.U. para el Distrito Este de Nueva York *versus* la empresa ODEBRECHT S.A. (*en adelante también ODEBRECHT*), emitió los documentos *“Plea Agreement”* e *“Information”*, en los que se alude, respectivamente, a los acuerdos económicos y de otra índole a los que llegaron dichas partes, como consecuencia de los actos de corrupción de esa empresa en diferentes países del mundo, incluido Colombia, y al análisis del esquema de corrupción realizado por aquella y la descripción de la forma en la que ODEBRECHT, a través de su División de Operaciones Estructuradas, sobornó a funcionarios públicos de esos países para obtener contratos públicos.

– En el caso colombiano, en el punto 51, titulado *“Entidades e Individuos relevantes”*, de la Declaración de los Hechos, del Anexo B del documento *“Plea Agreement”* y en el párrafo 52 del sub-punto C del punto VI, titulado *“Pagos Corruptos a Funcionarios Extranjeros y Partidos Políticos en Otros Países”* del documento *“Information”*, no solo quedaron establecidos los acuerdos de corrupción a los que ODEBRECHT o sus filiales y subsidiarias en Colombia llegaron con funcionarios públicos colombianos, entre los años 2009 a 2014, sino que también se admite que dicha empresa transfirió más de USD \$11'000.000 en pagos de corrupción para obtener contratos con el Estado, a partir de los cuales obtuvo ganancias por más de USD \$50'000.000. De manera específica, por ejemplo, se indicó que entre 2009 y 2010, ODEBRECHT, a través de la División de Operaciones Estructuradas, realizó pagos usando fondos sin registrar, en efectivo o por depósitos en cuentas bancarias de los beneficiarios o intermediarios, a un funcionario público del gobierno colombiano, por la suma de



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

USD \$6'500.000 para que le fuera adjudicado a la empresa un proyecto de construcción.

– El 12 de enero de 2017, a raíz de los hechos antecedentes, la Fiscalía General de la Nación comunicó en su página web, entre otras cosas, que, en un marco de confidencialidad similar al de la justicia de países como Brasil, E.E.U.U. y Suiza, ODEBRECHT le había solicitado a dicha entidad un principio de oportunidad, con el fin de colaborar en el proceso penal y obtener inmunidades en el marco del sistema acusatorio, y que la Fiscalía había condicionado la concesión del referido principio al pago de una reparación integral del daño causado a la administración pública colombiana, que estimó en la suma de COP \$32.000'000.000, cifra que había sido aceptada.

– Como resultado de la acción de soborno de ODEBRECHT a funcionarios públicos colombianos, para obtener la adjudicación de contratos del Estado entre los años 2009 y 2014, a título de reparación integral se deben indemnizar al Estado colombiano los daños que incorpora la pretensión segunda de la demanda y que superan dicha suma de COP \$32.000'000.000 o USD \$11'000.000.

– El 19 de enero de 2017, el actor popular radicó una petición ante la entidad demandada, en la que solicitó esencialmente lo que pretende en la presente demanda, entidad que, a través de la Fiscalía 80 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, el 8 de febrero de 2017, mediante oficio No. 021-F800DTSB, respondió la petición e indicó que, tratándose del proceso adelantado con fundamento en los hechos que relacionan a ODEBRECHT, las autoridades colombianas están sujetas a una cláusula de confidencialidad en el manejo de la actividad investigativa, compromiso que precisamente realizó para adelantar la investigación con la reserva que amerita el caso, en orden a contar con el apoyo que le estaban brindando las autoridades extranjeras a Colombia, por lo que era imposible que se hicieran publicaciones de las actividades investigativas que se venían desarrollando, sin perjuicio de lo cual, una vez cumplido el término de la confidencialidad, serían publicadas las actividades realizadas, se informaría detalladamente lo acontecido y se conocería que la actuación se adelanta con el respeto al debido proceso y por la protección del Estado como víctima.

De acuerdo con la respuesta anterior, para el actor popular la Fiscalía no atendió la reclamación de protección de derechos colectivos invocados en la petición, pretextando la confidencialidad en el desarrollo de las investigaciones penales.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

2. La contestación de la demanda

Al encontrarse reunidos los requisitos legales, mediante auto de 2 de marzo de 2017², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó no solo la notificación personal de la parte demandada, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sino también la vinculación y notificación personal de la Contraloría General de la República.

El 17 de abril de 2017, la Fiscalía contestó la demanda³ e indicó que las pretensiones deben ser negadas. En particular argumentó, por una parte, que el medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos es un mecanismo judicial improcedente para plantear lo pretendido por la parte actora, porque el procedimiento legal y reglamentario que rige el principio de oportunidad establece controles idóneos para evitar la vulneración de derechos constitucionales; y, por otro lado, que el acceder a las pretensiones de la demanda desconocería el debido proceso penal, por vulneración del principio del juez natural.

En relación con lo primero, advirtió que, para el momento de la contestación de la demanda, la etapa de acercamientos y conversaciones, a cargo del fiscal de conocimiento, había iniciado a partir de una solicitud formulada por algunas de las personas investigadas, solicitud que no era vinculante, de acuerdo con la Resolución No. 4155 de 29 de diciembre de 2016. Además, dada esa etapa inicial, la aplicación del principio de oportunidad no había superado ninguna de las etapas subsiguientes del proceso penal, específicamente se refirió a: **i)** la verificación, por parte del fiscal de conocimiento, del cumplimiento de las condiciones legales para la aplicación de la causal específica de dicho principio; el análisis de aspectos tales como el mínimo de prueba que permite inferir la autoría o participación, la definición de la modalidad del principio de oportunidad (*suspensión, interrupción o renuncia*) y la posible participación de las víctimas y la afectación de sus derechos con la aplicación del instrumento de política criminal; **ii)** la presentación de una solicitud de aplicación al Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa, al que le corresponde realizar un primer control a la solicitud; **iii)** la presentación de esa solicitud al Fiscal General de la Nación para que realice un juicio de legalidad y ponderación del instrumento en cuestión; y **iv)** el

² Folios 680 a 682, c. "Anexo 3".

³ Folios 700 a 721, c. "Anexo 3".



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

sometimiento de la solicitud al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

Sostuvo también que, en el proceso penal, en el que se dieron los acercamientos y conversaciones de las que informó la Fiscalía a través de la nota de prensa, solo se está investigando penalmente la conducta punible de cohecho por la adjudicación del contrato de concesión del tramo II de la Ruta del Sol. En ese contexto, la parte actora parecería erróneamente suponer que el principio de oportunidad implica una inmunidad general frente a cualquier tipo de responsabilidad distinta a la penal y que la referida investigación incluye todas las actividades realizadas por ODEBRECHT desde el 2009, desconociendo que la Fiscalía está adelantando 14 investigaciones adicionales, las que se encuentran en diferentes etapas y en las que no ha habido acercamientos ni propuestas para aplicar principios de oportunidad o preacuerdos.

Advirtió que el medio de control ejercido era improcedente, no solo porque la aplicación del principio de oportunidad está subordinada a un procedimiento reglado, en el que se garantiza la protección de los intereses del Estado, la sociedad y los intervinientes, sino también porque, en este caso, la demanda desconoce el principio del juez natural, ya que tanto la Constitución Política como la Ley 906 de 2004 erigen, en cabeza del juez de control de garantías, la competencia para ejercer el control de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad.

Finalmente solicitó que, en caso de que se concluya que el medio de control ejercido resulta procedente, se declare que la Fiscalía no ha vulnerado ninguno de los derechos colectivos invocados en la demanda.

3. La audiencia de pacto de cumplimiento

El 12 de junio de 2017⁴ se llevó a cabo la audiencia especial de pacto de cumplimiento, la que se declaró fracasada y en la que se abrió el proceso a pruebas.

⁴ Folios 754 a 757, c. “Anexo 3”. En esta audiencia fueron decretadas como pruebas: ● informe de la Fiscalía en el que indique si existe un preacuerdo, su valor en caso de existir y la forma en la que se llegó a esa suma; ● informe de la empresa ODEBRECHT sobre las ganancias netas percibidas por el contrato 001 de 2010; y ● el traslado de copia de los documentos relacionados con la demanda que cursa ante tribunal de arbitramento, en relación con el contrato Ruta del Sol y de las copias de las propuestas de otros oferentes (*estas se decretaron con calidad de reservadas*), que se debían trasladar del expediente 25000-23-41-000-2017-00083—00, correspondiente a otro medio de control para la protección de derechos e intereses colectivos que cursaba en el mismo despacho del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

Habiéndose surtido todas las etapas procesales y recaudado todas las pruebas decretadas, mediante auto de 25 de septiembre de 2018⁵ se dio traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que presentara concepto, oportunidad en la cual la parte actora guardó silencio y los demás sujetos procesales se pronunciaron así:

– La Fiscalía⁶, en esencia, reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y manifestó que, para la fecha en que dichos alegatos fueron presentados, es decir, el 2 de octubre de 2018, no se había autorizado ningún principio de oportunidad.

– El Procurador 135 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá⁷ conceptuó que las pretensiones debían negarse, dado que no se logró acreditar que las actuaciones u omisiones de la Fiscalía, al anunciar la posibilidad de llegar a un posible preacuerdo para solicitar, ante el juez de control de garantías, el beneficio del principio de oportunidad a favor de funcionarios y exfuncionarios de ODEBRECHT y sus subsidiarias y filiales en Colombia, vulneraron o amenazaron los derechos e intereses colectivos relacionados con la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

Empezó por precisar que, de acuerdo con la audiencia de pacto de cumplimiento, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca circunscribió el medio de control únicamente frente a los hechos de corrupción relacionados con la Ruta del Sol II, lo que resultaba importante clarificar, ya que las pretensiones de la demanda parecían suponer que se incluyen todas las actividades realizadas por ODEBRECHT en el país desde 2009 y que el posible principio de oportunidad incluiría una inmunidad general.

Resaltó que, tal y como fuera planteado en la demanda, el medio de control se interpuso con base en una nota de prensa publicada por la Fiscalía en su página web el 12 de enero de 2007, lo que implica que para ese momento solo se tenía conocimiento de dicha noticia sobre una solicitud de parte de ODEBRECHT y del condicionamiento de la Fiscalía para llegar a un preacuerdo sobre la presentación de un principio de oportunidad, de lo cual no se tiene prueba para la fecha de presentación del concepto.

⁵ Folio 979, c. "Anexo 4".

⁶ Folios 981 a 993, c. "Anexo 4".

⁷ Folios 994 a 1004, c. "Anexo 2".



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

Señaló que coincidía con la Fiscalía en que en el sistema penal colombiano el principio de oportunidad está completamente reglado, es de competencia de dicha entidad, tiene causales claramente determinadas y un control judicial de legalidad que es obligatorio, automático y se realiza en audiencia, en la que las víctimas y el Ministerio Público pueden participar, ser oídas y controvertir las pruebas aducidas por la Fiscalía.

Concluyó e indicó que del análisis de las pruebas se evidenciaban unos acercamientos entre los investigados de ODEBRECHT y la Fiscalía para explorar la posibilidad de llegar a un preacuerdo, por lo que no se probó la posible acción u omisión de parte de la Fiscalía, tampoco se puede establecer si se ha ocasionado un daño, peligro, vulneración o amenaza de los derechos colectivos invocados en la demanda, ni mucho podría hablarse de una relación de causalidad entre la acción y omisión y la afectación de dichos derechos.

5. La sentencia impugnada⁸

El 8 de noviembre de 2018 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda. La decisión en cuestión tuvo como fundamento las siguientes consideraciones:

- La aplicación del principio de oportunidad corresponde a una facultad exclusiva de la Fiscalía, ejercida según las causales del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y que debe ser aplicada por razones de política criminal, atendiendo la reglamentación que expida el Fiscal General de la Nación, contenida en las Resoluciones 4155 de 29 de diciembre de 2016⁹ y 011 de 2017¹⁰. En este contexto, indicó que la sentencia C-095 de 2007 de la Corte Constitucional reconoció al Fiscal cierto margen de discrecionalidad al evaluar la aplicación del referido principio.

⁸ Folios 1.006 a 1.023, cuaderno de segunda instancia. En esta decisión se resolvió (se transcribe de forma literal, con errores inclusive):

“PRIMERO.- NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

“SEGUNDO.- sin costas en esta instancia.

“TERCERO.- En firme esta providencia, por Secretaría, ENVÍESE copia de la misma al Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo, de conformidad con el artículo 80 de la Ley 472 de 1998 y archívese el expediente, previas las constancias y anotaciones del caso”.

⁹ *“Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se deroga la Resolución No. 2370 de 2016”.*

¹⁰ *“Por medio de la cual se adopta dentro del proceso de ‘Investigación y Judicialización’ el Procedimiento de Aplicación del Principio de Oportunidad”.*



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

- La aprobación del acuerdo que aplica el principio de oportunidad está sujeta al control de legalidad de un juez de la República, en una audiencia en la cual la víctima y el Ministerio Público pueden intervenir y controvertir las pruebas aportadas por la Fiscalía y las determinaciones que allí se adopten y en la que, por demás, se garantiza la protección de los derechos de la víctima y la reparación integral, cuando a ello haya lugar.
- La única prueba que obra en el proceso que da cuenta de los acercamientos de la Fiscalía y funcionarios y exfuncionarios de ODEBRECHT, sobre una posible aplicación del principio de oportunidad, es la nota de prensa publicada en la página web de 12 de enero de 2017, en la que se indica que esa entidad la condicionó al pago de la suma de \$32.000'000.000.00, sin que hasta la fecha de la sentencia se hubiera autorizado ninguna aplicación de dicho principio que haya ocasionado alguna vulneración de carácter económico que permitiera hablar de una lesión a los derechos colectivos invocados en la demanda.
- Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación del principio de oportunidad no puede considerarse, por sí misma, como una medida que amenaza o vulnera el derecho colectivo a la moralidad administrativa, puesto que se trata de una figura procesal constitucional y legal que está acorde con los fines del Estado.
- No está configurado el elemento objetivo o infracción normativa necesario para acreditar la vulneración o amenaza del derecho colectivo a la moralidad administrativa como consecuencia de un principio de oportunidad que, por una parte, su aplicación no está probada frente a los confesos hechos de corrupción que rodearon la adjudicación del contrato de concesión No. 001 de 2010 y, por otro lado, atañe a una facultad exclusiva y discrecional de la entidad titular de la acción penal, es decir, la Fiscalía, dentro de los límites de la Constitución, la Ley 906 de 2004 y la Resolución No. 4155 de 29 de diciembre 2016.
- No está probada la amenaza o vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, al no estar acreditado que la persona encargada del cuidado del patrimonio público (*sujeto cualificado*) no lo haya salvaguardado debidamente ni que la destinación del patrimonio público no hubiera atendido a lo previsto en la normativa y que en virtud de ello se produjera su mengua.

6. La apelación



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, en el cual expresó los siguientes desacuerdos y planteamientos¹¹:

– Si bien para cuando se presentó la demanda no existía todavía un principio de oportunidad consolidado entre las partes y autorizado por el respectivo juez de control de garantías, para la fecha de interposición del recurso de apelación sí existen pruebas documentales sobre un intento de aplicación de dicho principio e hizo referencia a una específica nota periodística y a un concreto boletín informativo de la Fiscalía, que por ahora son la única fuente a través de la que los ciudadanos pueden conocer de actuaciones judiciales que son reservadas para el público en general. Ese intento supone una amenaza inminente de vulneración de los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, amenaza que no fue valorada por el *a quo*, que se enfocó en la inexistencia de dicha vulneración al no haberse consolidado un acuerdo aplicativo de dicho principio.

– La existencia de la referida amenaza comporta, por una parte, que sí se encuentra acreditado el elemento objetivo de la infracción normativa que echó de menos el *a quo*, tratándose del derecho colectivo relacionado con la moralidad administrativa; y, por otro lado, sí se presenta la amenaza del derecho colectivo relacionado con la defensa del patrimonio público, en la medida en que han habido intentos de la Fiscalía para que jueces de control de garantías aprueben principios de oportunidad con respecto a acuerdos a los cuales esta llegó con funcionarios y exfuncionarios de ODEBRECHT, condicionando el pago de \$14.000 millones de pesos como indemnización integral de perjuicios al Estado colombiano en calidad de víctima.

– Si bien existe una carga probatoria en el actor popular, existen hechos imposibles de probar sin la actividad del juez, como sucede con la imposibilidad de aquel para acceder a los expedientes reservados de las investigaciones penales a cargo de la Fiscalía, con respecto a los delitos cometidos por los funcionarios y exfuncionarios de ODEBRECHT y a los documentos de los acuerdos a los que llegaron.

No obstante las limitaciones probatorias, señala que solicitó al *a quo* oficiar a la Fiscalía para que aportara, por una parte, el acuerdo escrito al cual llegó con ODEBRECHT o, si se trataba de un documento confidencial, para que informara si

¹¹ Folios 1.035 a 1.042 y 1.045 a 1.048, cuaderno de segunda instancia.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

efectivamente llegó a un acuerdo con dicha empresa, en aplicación del principio de oportunidad; y, por otro lado los soportes documentales que llevaron a la Fiscalía a establecer que el monto a pagar por reparación integral en el marco del acuerdo para solicitar el principio de oportunidad ascendió a la suma de USD \$11'000.000 o COP \$32.000'000.000. Agregó que estas pruebas fueron negadas por el *a quo*.

– En relación con el derecho colectivo relacionado con la moralidad administrativa, sostuvo que la Fiscalía no está considerando la normativa colombiana aplicable a la reparación integral de las víctimas (*artículo 324 de la Ley 909 de 2004*), omisión que obedece a querer favorecer los intereses de terceras personas, específicamente los funcionarios y exfuncionarios de ODEBRECHT, puesto que no tendrán que pagar las sumas reales de dinero relativas al daño económico y extrapatrimonial sufrido por el Estado. En particular se refirió al daño emergente, lucro cesante y daño moral, de acuerdo con las cifras que expresó en la demanda.

– Junto con el escrito del recurso de apelación aportó copia simple de dos (2) notas periodísticas, una del diario “*El Tiempo*” de 20 de febrero de 2018, en la que se afirma que la Juez Sexta de Control de Garantías de Bogotá negó el principio de oportunidad que la Fiscalía estaba negociando con Eleuberto Antonio Martorelli; y otra de la Fiscalía, contenida en el Boletín 23446 de 20 de febrero de 2018, en la que se evidencia que dicha entidad apeló la decisión que había negado el referido principio de oportunidad.

Además, la parte actora solicitó las siguientes pruebas (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“1. Me permito solicitar como prueba documental que el Honorable Despacho oficie a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a fin de que esta entidad pública, aporte todos y cada uno de los acuerdos a los cuales ha llegado con funcionarios y exfuncionarios de Odebrecht S.A., y que han sido sometidos a control de legalidad antes jueces de garantías para la adopción del principio de oportunidad.”

“2. Me permito solicitar como prueba documental que el Honorable Despacho oficie al Juzgado Sexto de Garantías de Bogotá, a fin de que aporte todos y cada uno de los documentos que tiene en su poder, frente a la solicitud de aprobación del principio de oportunidad al cual querían llegar la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el expresidente de Odebrecht en Colombia, Eleuberto Antonio Martorelli.”

“3. Me permito solicitar como prueba documental que el Honorable Despacho oficie a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a fin de que esta entidad pública informe cuál es la cuantía total en que todos y cada uno de



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

los funcionarios y exfuncionarios de Odebrecht S.A., se comprometieron a pagar a favor del Estado Colombiano, como reparación integral de víctimas, a fin de que les sea aprobado el principio de oportunidad”.

7. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público en segunda instancia

Esta Corporación admitió el recurso de apelación mediante auto de 17 de octubre de 2019¹², providencia a través de la cual decretó los oficios solicitados como pruebas en el recurso de apelación. De los documentos allegados por las entidades destinatarias de dichos oficios se corrió traslado a las partes mediante auto de 30 de julio de 2021¹³. Posteriormente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por auto de 16 de septiembre de 2021 y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹⁴, oportunidad en la que:

- La parte actora¹⁵, luego de transcribir apartados de las actas de las audiencias de 15 de febrero de 2018, llevada a cabo ante el Juzgado 6º Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá D.C., 23 de marzo de 2018, llevada a cabo ante el Juzgado 14 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, la Resolución No. 0110 de 30 de enero de 2018 y el oficio No. 132-F3 DEEC de 25 de noviembre de 2019, provenientes ambos de la Fiscalía General de la Nación, concluyó que en este caso está acreditada una amenaza de los derechos colectivos invocados en la demanda, puesto que la parte demandada pretendía que se aplicara el principio de oportunidad a favor del señor Eleuberto Antonio Martorelli o de cualquier otro ex directivo de ODEBRECHT.
- La Fiscalía General de la Nación¹⁶ reiteró los planteamientos de la contestación de la demanda y de la sentencia impugnada, con base en los cuales solicitó declarar la improcedencia de la acción popular y que dicha entidad no ha vulnerado los derechos colectivos invocados en la demanda.
- El Ministerio Público¹⁷ solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, al no encontrarse acreditada la amenaza o vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda.

¹² Folios 1.079 a 1.080, cuaderno de segunda instancia.

¹³ Archivo “13_250002341000201700224011autodetraslado20210731151543.doc”.

¹⁴ Archivo “36_250002341000201700224011autodetraslado20210916084628.doc”.

¹⁵

“39_RECIBEMEMORIALES POR CORREO ELECTRONICO_ALEGATOS DE CONCLUSI.pdf”.

¹⁶

“41_ALEGATOS DE CONCLUSIÓN O INTERVENCIONES_ALEGATOS DE CONCLUSI.pdf”.

¹⁷ Archivo “42_Memorial Web_Concepto.pdf”.

Archivo

Archivo



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

Señaló que, si bien se pudo comprobar que la Fiscalía, mediante la Resolución No. 0110 de 30 de enero de 2018, acordó los lineamientos de un principio de oportunidad con el señor Eleuberto Antonio Martorelli, esa decisión fue clara en indicar que el término de la suspensión de la acción penal sólo empezaría a correr una vez se legalice el acuerdo respectivo, lo que no ocurrió, puesto que este no fue avalado por el juez de control de garantías en ninguna de las dos instancias, a cargo de los Juzgados 6 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y 14 Penal del Circuito con Función de Conocimiento.

Explicó que, por sí misma, la aplicación del principio de oportunidad no puede considerarse una medida que amenace o vulnere los derechos colectivos alegados por la parte actora, puesto que una concepción así, además de que desconoce el principio del juez natural radicado en el juez de control de garantías y no en el juez popular, ignora que se trata de una figura procesal constitucional y legal, acorde con los fines del Estado y sometida a un procedimiento reglado en la actualidad en la Ley 906 de 2004, que contempla actividades y controles previo a someter la medida al control de legalidad de un juez. En este punto destacó cómo dicho procedimiento hace énfasis en la necesidad de proteger los derechos e intereses de las víctimas, quienes en el presente caso, representadas por la Contraloría General de la República, se opusieron al acuerdo al considerarlo no representativo de los daños padecidos.

Agregó que no se encuentra probado, por una parte, el elemento objetivo de infracción normativa necesario para considerar acreditada la vulneración o amenaza del derecho colectivo relacionado con la moralidad administrativa y, por otro lado, tampoco se probaron conductas que no propendan por la salvaguarda del derecho colectivo relacionado con la defensa del patrimonio público. Subrayó que la parte actora parece suponer erróneamente que la investigación incluye todas las actividades realizadas por ODEBRECHT desde el año 2009, cuando lo cierto es que sólo se está investigando el cohecho por la adjudicación del contrato de concesión del Tramo II de la Ruta del Sol.

Finalmente, sostuvo que las decisiones de los Juzgados 6 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y 14 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, en el sentido de no aprobar el principio de oportunidad a favor del señor Eleuberto Antonio Martorelli, permiten deducir que no se consumó la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda. Sin perjuicio de lo anterior y frente a la preocupación expresada por la parte actora en sus



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

alegatos de conclusión, en cuanto a que la Fiscalía pueda volver a solicitar el control de legalidad frente a la aplicación del principio de oportunidad a favor del mismo u otro(s) ex directivos de ODEBRECHT, señaló que se trata de una hipótesis sin respaldo probatorio, lo que impide una valoración hasta tanto no se presenten y conozcan los términos de la solicitud respectiva.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia para conocer de la sentencia apelada

Dado que se trata de la apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por un tribunal administrativo, relativa al medio de control para la protección de derechos e intereses colectivos tramitado en vigencia del CPACA, de conformidad con los artículos 150¹⁸ y 152¹⁹ de dicho estatuto, esta Corporación es competente para su conocimiento por haber sido decidido en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Además, por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 080 de 12 de marzo de 2019 –*compilatorio del reglamento del Consejo de Estado*– que distribuyó el reparto de los distintos asuntos con base en criterios de especialización y volumen de trabajo, a la Sección Tercera le corresponde el conocimiento de las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa, derecho que fue invocado en la demanda.

2. Los motivos de la apelación

Para la parte actora, el intento de ejercicio que hizo la Fiscalía de la facultad legal para la aplicación del principio de oportunidad para los hechos objeto del presente proceso, en los términos que dedujo del boletín informativo de la Fiscalía y de notas periodísticas que, para el 17 de febrero de 2017, motivaron la interposición

¹⁸ “CPACA. Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

“(…)”.

¹⁹ “CPACA. Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

“(…)”

” 16. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas”.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

de la demanda, supone una amenaza de vulneración de los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en particular porque, si bien se estaba condicionando el otorgamiento de dicho principio al pago de una indemnización integral al Estado, en su condición de víctima, el monto de aquella lo considera insuficiente.

Cuestiona el hecho de que se le imponga una carga probatoria imposible, dada la reserva de las investigaciones penales a cargo de la Fiscalía, no obstante lo cual solicitó al *a quo* que decretara como prueba el documento contentivo del acuerdo con funcionarios y/o exfuncionarios de ODEBRECHT o que se informara sobre la existencia de aquel, así como los soportes que llevaron a la Fiscalía a establecer el monto a pagar por concepto de reparación integral en el marco de dicho acuerdo, solicitud que fue negada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación²⁰, el juez de segunda instancia debe abordar el estudio de los derechos e intereses colectivos cuya amenaza y/o vulneración encuentre acreditada, así como también de aquellos que se plantean en la demanda como transgredidos por los hechos invocados, todo con el objeto de proteger en mejor medida tales derechos. En el presente caso la Sala no encuentra mérito para abordar en esta instancia el análisis de derechos colectivos distintos de los invocados en la demanda, según se desprende de lo acreditado en el proceso y que se analizará más adelante.

3. Lo probado y que resulta relevante en el análisis del caso concreto

– A raíz de los actos de corrupción expresamente aceptados por directivos y representantes de ODEBRECHT ante la justicia norteamericana y que involucraron, entre otros países, a Colombia, en donde, entre los años 2009 y 2014, aquella realizó el pago de sobornos por más de US\$11.1 millones, con el fin de obtener la adjudicación de contratos para la realización de obras de infraestructura vial, en particular la denominada “Ruta del Sol Fase II” (US\$6.5 millones) y la adición de la ruta “Ocaña-Gamarra” (US\$4.6 millones), empleados

²⁰ Esta Corporación, en materia de acciones populares, ha señalado que cuando el juez de segunda instancia advierta o encuentre probada una vulneración de los derechos colectivos o una deficiente protección por parte del juez de primera instancia, debe apartarse de lo planteado en el recurso de apelación y proferir un fallo más allá o por fuera de lo pedido, con el objetivo de proteger en la mejor medida posible los derechos constitucionales afectados y siempre que se guarde relación con el hecho generador del daño planteado en la demanda y en términos generales con la *causa petendi*. Sala Especial de Decisión 6. Sentencia de 5 de junio de 2018 [Radicado 15001-33-31-001-2004-01647-01(SU) (REV-AP)]. MP: Carlos Enrique Moreno Rubio; y Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2007 [Radicado 25000-23-25-000-2003-01252-02(AP)]. MP: Alier Eduardo Hernández Enríquez.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

de dicha compañía, el 5 de enero de 2017, comenzaron un proceso de colaboración con la justicia colombiana²¹, en virtud del cual entregaron a la Fiscalía relatos²² y documentación preliminar respecto de las actividades y pagos orientados al desarrollo de gestiones ante funcionarios públicos de la ANI, los Ministerios de Transporte y de Hacienda y Crédito Público y el DNP, para la realización de las obras antedichas.

– La investigación preliminar, circunscrita a las obras de infraestructura vial antedichas, de acuerdo con la información y evidencias aportadas por los empleados de ODEBRECHT, condujo a que la Fiscalía²³ no solo efectuara las primeras capturas de algunos funcionarios públicos y los judicializara *–en relación con quienes ya existen sentencias condenatorias que se cumplen en centros de reclusión–*, sino que también abriera otras líneas de investigación relacionadas con la financiación de campañas políticas, contratos ficticios, proyectos estatales y otros aspectos, vinculados con los actos de corrupción en Colombia, conocidos a través de la justicia norteamericana.

– El 16 de febrero de 2017²⁴, el señor Eleuberto Antonio Martorelli *–otrora presidente de ODEBRECHT–* y su apoderado, suscribieron acta de acercamiento con la Fiscalía, para efectos del trámite del principio de oportunidad, comprometiéndose a entregar información acerca del pago de US\$4.6 millones al señor Otto Nicolás Bula Bula, relacionado con el otrosí 6 (*trayecto Ocaña – Gamarra*) que adicionó el contrato Ruta del Sol Sector 2.

– El 23 de febrero de 2017²⁵, en virtud del referido compromiso, fue suministrada información sobre la trazabilidad de los giros realizados para el referido pago, y, el 27 de abril de 2017, el señor Eleuberto Antonio Martorelli rindió ante la Fiscalía declaración jurada en el que suministró mayores detalles sobre la relación con el señor Otto Nicolás Bula Bula, lo que condujo a que dicha entidad formulara contra este imputación por los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y cohecho por dar u ofrecer, y a que le fuera impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

²¹ Folios 1.138 a 1.154 y 1.104 a 1.129, cuaderno de segunda instancia.

²² En la sentencia el 23 de marzo de 2018 del Juzgado 14 Penal del Circuito de Bogotá con función de conocimiento, se alude, por ejemplo, a la declaración del señor Yezid Arocha, de 5 de enero de 2017, en la que relató las circunstancias en las que el señor Eleuberto Antonio Martorelli realizaba la contratación y el pago de los recursos no contabilizados a un lobista (el señor Otto Nicolás Bula Bula), para la obtención de obras de construcción y la concesión del tramo Ocaña–Gamarra.

²³ Folios 1.095 a 1.096, cuaderno de segunda instancia.

²⁴ Folios 1.138 a 1.154, cuaderno de segunda instancia.

²⁵ Folios 1.138 a 1.154, cuaderno de segunda instancia.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

– El 26 de enero de 2018²⁶, el señor Eleuberto Antonio Martorelli suscribió con la Fiscalía un acta de compromiso, con el fin de dar trámite a la solicitud de aplicación del principio de oportunidad, contexto en el cual, el 29 de enero de 2018, el Fiscal 7 Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, obrando como fiscal de apoyo de la Fiscalía 80 Delegada ante esa misma corporación, presentó solicitud de aplicación de dicho principio, invocando la causal 5ª del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, en la modalidad de suspensión de la acción penal por el término de dos (2) años, por el delito de tráfico de influencias de particular, el cual se encontraba en etapa de indagación bajo la noticia criminal 110016000101201600130.

– El 30 de enero de 2018²⁷, la Fiscalía, mediante Resolución 00110²⁸, invocando la causal 5 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y habiendo considerado adecuado autorizar la aplicación del principio de oportunidad, en la modalidad de suspensión de la acción penal, por el delito indagado dentro de la investigación radicada con el número 110016000101201600130, resolvió (se transcribe de forma literal, con errores inclusive):

“ARTÍCULO PRIMERO: APLICAR el principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la acción penal a favor de ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI, identificado con documento de identidad No. 2221704 de Recife Pernambuco–Brasil, bajo inmunidad total por el delito de tráfico de influencias de particular (art. 411A del C.P.) dentro de la investigación No. 110016000101201600130, que adelanta la Fiscalía 80 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, de conformidad con lo establecido en la causal 5ª del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1312 de 2009 y adicionado por la Ley 1474 de 2011.

“Este principio de oportunidad no se extiende a hechos diferentes a los descritos en la presente resolución, indagados dentro de la noticia criminal 110016000101201600130²⁹.

“El principio de oportunidad a que se refiere la presente resolución se aplica sin perjuicio de las acciones (distintas de la acción penal) que, por los mismos hechos, corresponda adelantar a los entes de control o a las autoridades administrativas o jurisdiccionales, derivadas de su competencia constitucional y legal. En especial, el

²⁶ Folios 1.138 a 1.154, cuaderno de segunda instancia.

²⁷ Folios 1.138 a 1.154, cuaderno de segunda instancia.

²⁸ “Por la cual se aplica un principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la acción penal”.

²⁹ Según se deduce de los antecedentes de la resolución en cuestión, los hechos allí indagados conciernen al imputado Otto Nicolás Bula, por los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y cohecho por dar u ofrecer, dentro la noticia criminal 1100116000101201600130, que generó la ruptura en la noticia criminal 1100116000000201700078. En dichos antecedentes, en particular referidos a la documentación entregada por ODEBRECHT y la declaración jurada del señor Eleuberto Antonio Martorelli, se alude esencialmente al pago de recursos, no contabilizados, al señor Otto Nicolás Bula, como lobista, para que influenciara de forma ilícita a los agentes públicos de la ANI, los Ministerios de Transporte y de Hacienda y Crédito Público y DNP, beneficiando a ODEBRECHT en la obtención de obras de construcción y la concesión del tramo Ocaña–Gamarra.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

otorgamiento del principio de oportunidad no afecta la acción real de extinción del derecho de dominio, ni la acción de responsabilidad fiscal, a que hubiere lugar, con ocasión del pago de Cuatro Millones Seiscientos Mil Dólares Americanos (USD \$4.600.000.00) entregados por la empresa Odebrecht S.A. a OTTO NICOLÁS BULA BULA para obtener la adición del tramo Ocaña – Gamarra.

“En virtud de lo anterior, el indiciado deberá cumplir el compromiso de fungir como testigo de cargo para demostrar la responsabilidad penal de la persona involucrada en los hechos investigados, ante todas las autoridades judiciales en las que se adelanten las respectivas investigaciones penales.

“ARTÍCULO SEGUNDO: FIJAR como término para la suspensión de la acción penal, el término de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la fecha en que se legalice esta decisión.

“ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR a la Fiscal 80 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá y/o al Fiscal 7 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá como fiscal de apoyo, intervenir en la audiencia de control judicial sobre el principio de oportunidad, según lo dispuesto en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

“ARTÍCULO CUARTO: ORDENAR a la Fiscal 80 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá y/o al Fiscal 7 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá como fiscal de apoyo, citar a las víctimas y al Ministerio Público para la respectiva audiencia de control de legalidad, conforme a lo previsto en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

“ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a la Fiscal 80 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá y/o al Fiscal 7 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá como fiscal de apoyo, que una vez vencido el término previsto en el artículo segundo de la presente resolución, proceda a rendir un informe evaluativo a este Despacho indicando si el indiciado cumplió satisfactoriamente los compromisos adquiridos con la Fiscalía General de la Nación.

“ARTÍCULO SEXTO: ORDENAR al Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa, que proceda a enviar copia del presente pronunciamiento a la fiscalía solicitante, para los fines correspondientes.

“ARTÍCULO SÉPTIMO: ORDENAR a la Fiscal 80 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá y/o al Fiscal 7 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá como fiscal de apoyo, que proceda a comunicar el presente pronunciamiento a ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI, para su conocimiento”.

– Como consecuencia, el 20 de febrero de 2018³⁰, el Juzgado Sexto Penal Municipal de Bogotá³¹ con función de control de garantías, en primera instancia, además de que no impartió aprobación a la aplicación de dicho principio “(...) entre otras razones, por no cumplirse con los principios de eficacia y celeridad, no se realizó una ponderación completa por parte de la Fiscalía y en cuanto al punto

³⁰ Folios 1.088 a 1.092, cuaderno de segunda instancia.

³¹ El 12 de noviembre de 2019, la Jueza Sexta Penal Municipal de Bogotá, en respuesta al oficio decretado en el presente medio de control, indicó que corrió traslado de dicho oficio al Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao, en virtud de lo cual, este allegó al expediente copia de la diligencia realizada el 15 de febrero de 2018 por el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías y el fallo confirmatorio de la providencia del Juzgado Sexto Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

de la reparación no estuvo de acuerdo³²”, frente a los recursos de reposición y apelación³³ interpuestos por la Fiscalía y el abogado defensor del señor Eleuberto Antonio Martorelli, confirmó su decisión en relación con los primeros y concedió los segundos en el efecto devolutivo. La decisión fue confirmada por sentencia el 23 de marzo de 2018³⁴ del Juzgado 14 Penal del Circuito de Bogotá con función de conocimiento³⁵.

– La Fiscalía, a través de los Fiscales 3 y 80 Delegados ante el Tribunal – Grupo Delitos Transnacionales³⁶, corroboró otro frente derivado de las investigaciones preliminares (se transcribe de forma literal, con errores inclusive):

“De forma preliminar se identificaron dos contrataciones en las cuales la firma ODEBRECHT S.A. COLOMBIA, realizó estos comportamientos corruptos. (i) Durante los años 2009 a 2010, la empresa habría pagado la suma de 6.5 millones de dólares a un funcionario público para la adjudicación del contrato denominado RUTA DEL SOL 2 a cargo del antiguo INCO. (ii) Este contrato fue

³² Del texto de la providencia se destaca “Por su parte el señor Representante de víctimas (Contraloría de la República), se opone a la solicitud efectuada por el Ente Investigador. Argumentos como quedaron registrados en la grabación

“Al concederle el uso de la palabra al señor Procurador y defensa principal, coadyuvaron la solicitud del Ente Fiscal. Argumentos que quedaron registrados en la grabación”.

³³ Del fallo de 23 de marzo de 2018 del Juzgado 14 Penal del Circuito con función de conocimiento, se destacan las siguientes razones de la apelación “4) La Contraloría General de la República no ha determinado que exista ningún tipo de responsabilidad fiscal de la Constructora Odebrecht, y pese a ello, se impuso como requisito para la aplicación del principio de oportunidad, que se procediera con la indemnización, y se habilita además para el inicio de cualquiera de las acciones posibles por parte de las entidades estatales.

5) La reparación integral a las víctimas se contempla solo para la causal dieciocho que contempla el artículo 324 de la ley 906 de 2004, y es ahí donde se entran a demostrar el daño emergente, lucro cesante, perjuicios materiales y morales mas no para la causal quinta, lo que no implica que se haya dejado de lado a la víctima, ya que como ya se indicó se pactó una indemnización equivalente al valor pagado por Odebrecht más los intereses, inclusive”.

³⁴ Folios 1.104 a 1.129, cuaderno de segunda instancia. De esta providencia, se destaca el siguiente apartado: “(...) si bien para la causal quinta del artículo 324, no se prevé como condición que las víctimas hayan sido reparadas o que deban serlo, si es primordial que se tengan en cuenta los intereses de los afectados, y que se garantice el derecho de contradicción frente a la determinación de aplicación del principio de oportunidad, y eso es lo que constató el Despacho que fue por lo que veló el a-quo al darle traslado de la solicitud al Contralor designado para el asunto, quien desde luego ejerció la garantía a ser escuchado y manifestar su inconformismo frente a los términos, las condiciones, y el monto que propuso reconocer el indiciado, para acceder a la prerrogativa en comento, ya que aunque no sea un presupuesto sin el cual no pueda de manera discrecional dar cabida a ese precepto, fue una de las condiciones que impuso para resarcir de forma voluntaria e integral el daño causado, y su finalidad era la de reparar a las víctimas reconocidas en la investigación adelantada por el ente acusador, y así se consignó en la resolución que dio aplicación al principio de oportunidad, frente a lo que es lógico que se presenten discrepancias, máxime cuando se estimó la cuantía de la reparación por el mismo valor pagado por el indiciado para lograr la adjudicación del contrato, las mejoras, y todo lo que esto conllevó en la ruta Ocaña – Gamarra, sin más reparos.

“Coincide el Despacho en que se trata de una suma considerable, como así lo señaló el delegado Fiscal y el defensor, pero no por eso han de entenderse superados los presupuestos de verificación de legalidad del principio de oportunidad, y es que además los intereses de las víctimas no son solamente económicos, sino que se impone también el derecho a que la sociedad conozca la verdad sobre lo acaecido y que se administre justicia, todo dentro del marco de la política criminal del Estado, que se reitera implica que se adopten medidas ante las conductas que merecen reproche y que causen perjuicio social”.

³⁵ Folio 1.101, cuaderno de segunda instancia.

³⁶ Folios 1.095 a 1.096, cuaderno de segunda instancia.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

adicionado por la ANI, en donde se incluyó la ruta OCAÑA GAMARRA, en el mes de marzo de 2014, adición por la que pagaron 4.6 millones de dólares.

“Como consecuencia de las dos investigaciones mencionadas, la Fiscalía General de la Nación, efectuó capturas y, en particular, la judicialización de los responsables, según la información y evidencia aportada por los empleados y directivos de la compañía ODEBRECHT, hoy con sentencias condenatorias que se cumplen en los respectivos centros de reclusión asignados por los jueces de conocimiento como consecuencia de la disposición y colaboración de los empleados y directivos de la compañía multinacional ante la justicia colombiana.

“De las mismas investigaciones citadas, se derivaron otras líneas de investigación relacionadas con financiación de campañas políticas, contratos ficticios, proyectos estatales y otros aspectos, vinculados con los mismos hechos de corrupción conocidos a nivel mundial y que a la fecha se encuentran en manos de la justicia colombiana.

inv

“Consecuencia del antecedente enunciado, como fiscales del **caso fuimos destacados para adelantar la investigación relacionada con el pago de los 6.5 millones de dólares antes citados**, y que, particularmente, tiene que ver con el requerimiento del Consejo de Estado que estudia la acción popular propuesta por razones del recurso de apelación interpuesto, allegado a estos despachos.

“En virtud de la colaboración de los representantes brasileros de ODEBRECHT, la Fiscalía dio paso al inicio de los trámites correspondientes para otorgar un principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la acción penal, **única y exclusivamente, a favor de los señores LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES, y sobre el hecho corrupto relacionado con el pago de un soborno que ascendió a 6.5 millones de dólares a un directivo del Estado a cambio de obtener la adjudicación del Proyecto Vial RUTAL DEL SOL FASE II.**

(...)

“El principio de oportunidad fue otorgado en la modalidad de **suspensión de la acción penal** a las personas mencionadas, el cual, a la fecha, se encuentra en fase de cumplimiento de las condiciones señaladas en el mismo, a fin de que al finalizar los tiempos concedidos, la Fiscalía evalúe el cumplimiento de las obligaciones³⁷, y, si es del caso, acuda ante los jueces de control de garantías para sustentar la solicitud de renuncia a la acción penal en contra de las 3 personas a quienes se ha concedido la figura jurídica del principio de oportunidad por el soborno de 6.5 millones de dólares pagados por la multinacional ODEBRECHT, como se ha anotado.

“Con base en el antecedente expuesto y en cuanto al requerimiento objeto de esta respuesta, respetuosamente, queremos manifestarle, que la **indagación** penal de los brasileros de ODEBRECHT, BUENO JUNIOR, DA ROCHA ROARES y MAMERI, a la fecha se encuentra suspendida por efectos del mismo principio de oportunidad, y a la espera de su debido cumplimiento” (subrayado y negrilla del texto).

³⁷ <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/juez-avaloprinicipio-deoportunidad-a-empresarios-brasilenos-de-odebrecht/>

De acuerdo con el boletín 25224 publicado por la Fiscalía en su página web, el 11 de enero de 2019, el Juzgado 30 Penal de Bogotá con función de garantías aprobó el principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la acción penal, por el término de dos (2) años, a los señores Luiz Antonio Bueno Júnior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares, por el delito de cohecho por dar u ofrecer, quienes, entre otras cosas, aceptaron la devolución de cerca de 18.900 millones de pesos, o su equivalente a los 6.5 millones de dólares que fueron dados como sobornos para la adjudicación del contrato concerniente al proyecto Ruta del Sol II.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

4. Los derechos colectivos amenazados y/o vulnerados invocados en el proceso

4.1. Aspectos generales del juicio de responsabilidad por la amenaza y/o vulneración de derechos e intereses colectivos

Antes de abordar el análisis del contenido de cada uno de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, es importante hacer una aproximación introductoria al juicio que atañe a la responsabilidad derivada de su amenaza o vulneración, el cual requiere, no solo de la convergencia de los supuestos o requisitos que la jurisprudencia³⁸ ha colegido de los artículos 9 y 14 de la Ley 472 de 1998³⁹, sino también que estos aparezcan demostrados de manera idónea. Los referidos requisitos son los siguientes:

- **Una acción u omisión de la parte demandada**

En relación con este primer requisito, vale destacar que, cuando se trata de la omisión de autoridades públicas, la amenaza y/o vulneración de los derechos e intereses colectivos cabe endilgársela a la autoridad cuyas funciones están vinculadas a su protección⁴⁰, contexto en el cual, si el medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos se dirige contra una autoridad sin ninguna competencia para velar por su defensa, esa circunstancia devendrá tanto en la imposibilidad de imputarle a esta última la amenaza y/o vulneración respectiva, como en que el juez no pueda acceder a las pretensiones de la demanda por ausencia de legitimación material en la causa por pasiva⁴¹.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-235/11. MP. Luis Ernesto Vargas Silva; Sección Primera. Sentencias de 3 de agosto de 2006 [Radicado 68001-23-15-000-2002-01106-01(AP)]. MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; 18 de marzo de 2010 [Radicado 25000-23-25-000-2004-01513-01(AP)], 28 de marzo de 2014 [Radicado 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP)] y 5 de marzo de 2015 [Radicado 15001-23-33-000-2013-00086-01(AP)]. MP. Marco Antonio Velilla Moreno; 11 de agosto de 2016 [Radicado 17001-23-33-000-2012-00309-01(AP)] y 8 de junio de 2017 [Radicado 88001-23-33-000-2014-00040-01] y 19 de julio de 2018 [Radicado 76001-23-31-000-2011-00212-01(AP)]. MP. Roberto Serrato Valdés; Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 27 de enero de 2016 [Radicado 76001-23-31-000-2010-01987-01(AP)]. MP. Hernán Andrade Rincón.

³⁹ “Ley 472/98. Artículo 9. Procedencia de las acciones populares. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”.

“Ley 472/98. Artículo 14. Personas contra quienes se dirige la acción. La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos”.

⁴⁰ Sección Tercera. Sentencia de 22 de noviembre de 2001 [Radicado 25000-23-24-000-2000-0097-01(AP-264)]. MP. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

⁴¹ Sección Quinta. Sentencias de 14 de junio de 2002 [Radicado 25000-23-25-000-2001-0128-01(AP-447)] y 13 de septiembre de 2002 [Radicado 13001-23-31-000-2000-9008-01(AP-575)]. MP. Darío Quiñones Pinilla.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

No está de más indicar que el análisis de responsabilidad por la amenaza y/o vulneración de derechos e intereses colectivos se circunscribe al marco competencial de esas autoridades⁴², razón por la cual, si en la regulación del respectivo derecho se le atribuye a una o más de ellas competencias asociadas con su protección en forma concurrente, coordinada y subsidiaria, será preciso determinar cómo incide esa eventual interrelación en la configuración de este primer requisito⁴³.

Lo anterior tiene fundamento en los artículos 209 y 288 de la Constitución Política de 1991 que establecen, respectivamente, los deberes de las autoridades administrativas de coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado⁴⁴ y el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, de conformidad con la tríada de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad⁴⁵ en los términos que establezca la ley⁴⁶.

⁴² Sección Primera. Sentencia de 5 de marzo de 2015 [Radicado 15001-23-31-000-2012-00074-01(AP)]. MP. María Claudia Rojas Lasso.

⁴³ A modo de ejemplo de la incidencia de dicha interrelación, en una acción popular en la que se vieron comprometidos los tres (3) principios, esta Corporación si bien reconoció la responsabilidad en cabeza de un municipio carente de presupuesto, en orden a evitar que el fallo fuese inocuo y *non liquet*, extendió dicha responsabilidad al departamento del que aquel hacía parte, advirtiendo que así procedía no para castigarle incuria o negligencia alguna sino para blindar la decisión sustancial con el fin de que se cumplieran los referidos principios constitucionales. Sección Primera. Sentencia de 17 de noviembre de 2017 [Radicado 05001-23-33-000-2014-00498-02(AP)]. MP. María Elizabeth García González. Este planteamiento ha llevado a la misma Sección a aplicar la tríada de principios para coadyuvar a los municipios en búsqueda de la satisfacción de los cometidos que les competen, dictando específicas ordenes, en el marco de las funciones que el ordenamiento jurídico prevé, no solo respecto de los departamentos sino de otras autoridades del Estado, como las corporaciones autónomas regionales. Ver entre otras: Sección Primera. Sentencias de 8 de febrero de 2018 [Radicados 68001-23-31-000-2010-00835-01(AP) y 85001-23-33-000-2015-00146-01(AP)]. MP. Hernando Sánchez Sánchez y Roberto Augusto Serrato, respectivamente, y 19 de julio de 2018 [Radicado 76001-23-31-000-2011-00212-01(AP)]. MP. Roberto Augusto Serrato.

⁴⁴ Desde antaño la Corte Constitucional ha indicado que cuando una norma constitucional se refiera al “Estado”, y le imponga un deber, o le confiera una atribución, debe entenderse *prima facie* que la norma constitucional habla genéricamente de las diversas autoridades estatales, puesto que el Estado, como ente abstracto, representa a todos los colombianos y a las distintas autoridades. Sobre el particular pueden consultarse las sentencias T-445/16. MP. Jorge Iván Palacio Palacio, C-066/99, C-272/98 y C-221/97. MP. Alejandro Martínez Caballero, entre otras. Lo anterior sin perjuicio de que el mismo tribunal, en otras oportunidades, como en la sentencia C-628/03. MP. Jaime Araujo Rentería, en un contexto específico –*la propiedad del subsuelo y los recursos no renovables*–, le dio ese mismo alcance al concepto de “Nación”, indicando que esta y el Estado debían tomarse como palabras equivalentes.

⁴⁵ De acuerdo con la posición de la Corte Constitucional en las sentencias C-1051/01. MP. Jaime Araujo Rentería y C-983/05. MP. Humberto Antonio Sierra Porto, el principio de subsidiariedad implica la posibilidad de una entidad territorial de apelar a niveles superiores (*en el caso del municipio al departamento y/o la Nación*), para que éstos asuman el ejercicio de sus competencias cuando no pueda ejercer determinadas funciones en forma independiente y es el principio que con mayor intensidad se relaciona con el tema de la descentralización.

⁴⁶ Tratándose de la coordinación, concurrencia y subsidiariedad, según lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-983/05. MP. Humberto Antonio Sierra Porto, su condición de principios comporta que estén lejos de poder ser descritos de modo definitivo y exhaustivo, sin perjuicio de que tanto su aplicación práctica como las tensiones y conflictos que plantean hayan llevado a la jurisprudencia a sentar criterios para su interpretación. En la misma oportunidad, dicho tribunal admitió también que la distribución de competencias entre la nación y las entidades



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

Téngase presente también que, tratándose del medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos, la finalidad implícita del artículo 88 de la Constitución Política y de la Ley 472 de 1998 es que las autoridades antedichas ejerzan efectivamente sus competencias –*si lo que se reprocha son sus omisiones*– o que cesen y/o adecúen su conducta –*si lo que se cuestiona son sus acciones*–. De hecho, aún si se diera una situación en la que, por razones justificadas, una o varias autoridades no hayan podido proteger de ninguna manera o incluso de forma satisfactoria los derechos colectivos vinculados a sus funciones, ello no significa que en tales casos aquellas puedan invariablemente desentenderse del cumplimiento individual y/o coordinado de tales funciones.

Precisamente, frente a las autoridades cuyas funciones estén vinculadas con la protección de los derechos e intereses colectivos, la acción u omisión que se reprocha y permite deducir su responsabilidad por la amenaza y/o vulneración de aquellos es la que se aparta de la medida razonable de sus posibilidades, lo cual puede plantear eventualmente diversas valoraciones frente a la oportunidad inmediata o progresiva en la que cada autoridad ejerce sus funciones individual y/o coordinada o concurrentemente con otra(s).

Así, por ejemplo, de acuerdo con la jurisprudencia, lo exigible es que las autoridades con competencias vinculadas a la protección de los derechos e intereses colectivos actúen de oficio⁴⁷, sin que para el ejercicio de tales competencias se requiera que la ciudadanía esté informándoles de las situaciones particulares en las que tales derechos se ven amenazados y/o vulnerados⁴⁸. Lo dicho demanda un monitoreo constante o fiscalización permanente de la realidad a cargo de las entidades competentes, dentro de un marco de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁹, pues tampoco cabe imponer a la Administración obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales.

territoriales constituye una materia compleja que involucra intereses muchas veces contrapuestos, motivo por el cual se trata de un asunto incompleto y en permanente proceso de elaboración.

⁴⁷ Sección Primera. Sentencia de 24 de mayo de 2001 [Radicado 13001-23-31-000-2000-0007-01(AP-074)]. MP. Alejandro Ordóñez Maldonado.

⁴⁸ Así, por ejemplo, desde el año 2007, en el seno de la Sección Primera de esta Corporación, el criterio reiterado ha sido considerar que la omisión del deber de recuperación del espacio público no requiere que los ciudadanos les informen a las autoridades municipales sobre situaciones que estén vulnerando dicho derecho colectivo. Véase: Sección Primera. Sentencia de 15 de febrero de 2007 [Radicado 25000-2326-000-2004-02596-01(AP)]. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁹ En la sentencia de la Sección Primera de 26 de marzo de 2015 [Radicado 15001-23-31-000-2011-00031-01(AP)]. MP. Guillermo Vargas Ayala], se incluyeron algunos antecedentes jurisprudenciales que ilustran el punto que se analiza: • en la sentencia de la Sección Primera de 10 de octubre de 2012 [Radicado 17001-23-31-000-2010-00326-01(AP)]. MP. María Claudia Rojas Lasso] se aludió a un caso en el que se presentaba un problema de inestabilidad de suelos en una localidad, agravados por la realización de obras y el rompimiento de unas redes de acueducto y



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

Aun cuando pudiera discutirse que en ese marco competencial la acción u omisión de una entidad pública que amenaza o vulnera derechos colectivos involucra un reproche implícito a dichas conductas, para efectos de su protección, mal haría el juez popular en adentrarse en los escollos que emergen de los títulos de imputación⁵⁰ que fundamentan la atribución de los daños antijurídicos en la responsabilidad patrimonial del Estado, puesto que lo que aquel debe garantizar es que el contenido del derecho colectivo no peligre o sea restaurado, para lo cual le bastará con establecer si, en la medida de las posibilidades de dichas entidades, están siendo o fueron cumplidas sus competencias vinculadas con la protección de los derechos colectivos de que se trate.

En el caso de los particulares⁵¹, o inclusive de las autoridades cuyas funciones no tengan ninguna vinculación misional con el derecho e interés colectivo del caso concreto de que se trate, serán primordialmente sus acciones las que justifiquen que el juez ordene que estas cesen y/o que se adopten medidas restaurativas cuando se determine que aquellas lo amenazan y/o vulneran. Esto, sin perjuicio de

alcantarillo, situación que pese a estar debidamente identificada y presentarse ante los ojos de la comunidad, no fue solucionada oportunamente por parte de las autoridades responsables; ● en la sentencia de la Sección Quinta de 4 de junio de 2001 [Radicado 44001-23-31-000-2000-0421-01(AP-066). MP. Darío Quiñonez Pinilla] se hizo referencia a un caso en el que se presentaba una red rústica que no llenaba los requisitos técnicos señalados en la regulación vigente que ponía en riesgo la seguridad colectiva, por lo que se impuso la obligación de reponer la red existente por otra idónea y segura y de adoptar medidas de capacitación para prevenir la ocurrencia de desastres en el sitio donde acontecía dicha situación; y ● en la sentencia de la Sección Primera de 23 de mayo de 2013 [Radicado 15001-23-31-000-2010-01166-01. MP. Guillermo Vargas Ayala] se referenció un caso en el que se incumplían los mandatos de adecuación de instalaciones y puntos de servicios a las necesidades de la población sorda y sordo-ciega impuestos por la Ley 982/05, dada la falta de las señales luminosas y auditivas exigidas, lo que se traducía en un riesgo elevado y justificado para dicha población en caso de llegar a presentarse una emergencia o desastre natural.

⁵⁰ En la sentencia de la Sección Quinta de 26 de julio de 2002 [Radicado 25000-23-25-000-2001-0544-01(AP-520). MP. Darío Quiñones Pinilla] se indicó: “(...) en el juicio de imputación de responsabilidad por omisiones administrativas que se efectúa en las acciones populares no se evalúa la causa del daño (títulos de imputación que derivan responsabilidad subjetiva u objetiva) sino el daño mismo, por dos razones principales. De un lado, porque la acción popular no tiene un contenido indemnizatorio sino que busca prevenir, restituir las cosas a su estado anterior y hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos afectados. De hecho, aunque si bien es cierto que el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 dispone que la sentencia podrá condenar al pago de perjuicios en forma in genere, no debe olvidarse que ese pago no puede desligarse del objeto de la acción popular (artículo 2º de esa normativa), por lo que debe entenderse que esa condena se efectúa cuando con esos recursos la entidad pública a cuyo favor se ordena puede restituir las cosas a su estado anterior o para cubrir los costos que debe invertir como consecuencia de la afectación de los derechos colectivos” (subrayado fuera del texto).

⁵¹ La Sección Primera sostuvo que los particulares tienen el deber de contribuir – corresponsabilidad – a la prevención de las situaciones que puedan afectar sus derechos colectivos, absteniéndose de adelantar cualquier actuación que los exponga a un mayor peligro. Sección Primera. Sentencias de 22 de febrero de 2018 [Radicado 17001-23-31-000-2011-00220-01(AP)], 15 de noviembre de 2018 [Radicado 66001-23-33-000-2013-00070-02(AP)], 3 de diciembre de 2018 [Radicado 76001-23-31-000-2011-01493-01], 16 de mayo de 2019 [Radicado 17001-23-33-000-2017-00452-01(AP)] y 26 de septiembre de 2019 [Radicado 68001-23-33-000-2016-00592-01(AP)]. MP. Hernando Sánchez Sánchez.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

que, dependiendo de la regulación respectiva, pueda deducirse que sus omisiones también amenazan y/o vulneran dichos derechos cuando respecto de los particulares alguna norma jurídica establezca la obligación de adoptar específicas conductas.

No sobra indicar que, en el caso del derecho colectivo relacionado con la moralidad administrativa, su propia fenomenología exige que, frente a la acción u omisión que lo amenaza y/o vulnera, se encuentren acreditados no solo los elementos objetivo y subjetivo a los que se ha referido la jurisprudencia de esta Corporación⁵², sino también una causalidad entre estos.

- **Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos**

La protección de los derechos e intereses colectivos amenazados y/o vulnerados exige que el juez popular constate la posibilidad real de daños contingentes y/o la existencia de daños causados a dichos derechos, lo que demanda la tarea de desentrañar el contenido de cada derecho colectivo en orden a determinar, con base en su variada fenomenología, cómo estos pueden resultar afectados.

Buena parte de esa labor pasa por la definición y regulación que de tales derechos realicen la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia, según lo prescribe el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, aspectos que permiten establecer la existencia de una amenaza y/o vulneración del derecho que corresponda.

No sobra recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación⁵³, mientras no se haya producido su reconocimiento legal, no puede considerarse que un interés determinado, así tenga carácter general, revista la naturaleza de colectivo, razón por la cual, la primera condición para que puedan predicarse daños respecto de derechos colectivos estriba en que estos, reuniendo las características propias del interés colectivo, estén reconocidos como tales por la Constitución Política, las leyes o los tratados internacionales.

⁵² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 1 de diciembre de 2015 [Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01]. MP. Luis Rafael Vergara Quintero. La magistrada ponente de esta decisión aclaró su voto en esa oportunidad.

⁵³ Sección Tercera. Sentencias de 29 de junio de 2000 [Radicado AP-001]. MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez; y 15 de julio de 2004 [Radicado 25000-23-26-000-2002-01834-01(AP)]. MP. Germán Rodríguez Villamizar.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

En relación con el alcance de este requisito, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el peligro o amenaza no es el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana⁵⁴ y que corresponderá al juez determinar si se encuentran acreditados hechos fehacientes y cercanos de la existencia real de una conducta de acción o de una omisión, que de manera razonable sea indicativa de la posibilidad casi inmediata del daño contingente o de la efectiva y/o persistente vulneración a derechos e intereses colectivos⁵⁵.

En el caso del daño contingente, la jurisprudencia⁵⁶ ha destacado no solo que debe provenir de hechos concretos y no hipotéticos que amenacen derechos e intereses colectivos, concreción que precisamente le permite al juez popular ordenar la cesación de una conducta, si se trata de acciones, o su realización, si se trata de omisiones; sino, que puede originarse como consecuencia de conductas que dejen entrever la posibilidad de su ocurrencia.

A su turno, la doctrina⁵⁷ ha señalado que, por tratarse de un daño no causado, lo que se busca es evitarlo, al detectarse situaciones de peligro, o inclusive, cuando por la fenomenología del derecho colectivo de que se trate, los efectos lesivos del daño se manifiestan paulatinamente con el transcurso del tiempo, lo que se persigue es obstaculizar su producción en ese período.

Recuérdese que la tarea del juez popular en materia de prevención del daño contingente siempre expondrá la contraposición entre el interés colectivo que se busca proteger y el interés de la persona a quien pueda imputársele peligro, contexto en cuyo seno el alcance de dicha prevención podrá variar dependiendo de la magnitud de la posible afectación del interés colectivo en juego, pues, de lo contrario, una óptica pragmática para todos los casos implicará indefectiblemente el riesgo de opresión de libertades individuales⁵⁸.

⁵⁴ Sección Primera. Sentencias de 3 de agosto de 2006 [Radicado 68001-23-15-000-2002-01106-01(AP)]. MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; 18 de marzo de 2010 [Radicado 25000-23-25-000-2004-01513-01(AP)], 28 de marzo de 2014 [Radicado 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP)] y 5 de marzo de 2015 [Radicado 15001-23-33-000-2013-00086-01(AP)]. MP. Marco Antonio Velilla Moreno; 11 de agosto de 2016 [Radicado 17001-23-33-000-2012-00309-01(AP)] y 19 de julio de 2018 [76001-23-31-000-2011-00212-01(AP)]. MP. Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁵⁵ Sección Tercera. Sentencia de 12 de julio de 2001 [Radicado 73001-23-31-000-2000-1339-01(AP-101)]. MP. María Elena Giraldo Gómez.

⁵⁶ Sección Quinta. Sentencia de 23 de enero de 2003 [Radicado 25000-23-25-000-2001-9305-01(AP-335)]. MP. Mario Alario Méndez.

⁵⁷ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R. Los daños colectivos. 1 Ed. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá. 2009. p. 188.

⁵⁸ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Ed. Bosch. Barcelona. 1975. p. 575 y ss.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

- **La relación de causalidad entre la acción u omisión y la afectación de los derechos e intereses colectivos**

El juez popular debe corroborar si los daños contingentes y/o causados tuvieron origen en la conducta de quienes fungen como demandados⁵⁹ en el respectivo proceso, para que, solo en caso afirmativo, proteja los derechos e intereses colectivos dentro del campo de acción establecido en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

En el caso de la relación causal entre la omisión y el daño, lo decisivo es que la omisión de la conducta debida, de haberse realizado, hubiera interrumpido el proceso causal impidiendo la producción del daño. Lo anterior, en el terreno del medio de control para la protección de derechos e intereses colectivos, supone que la realización de la conducta omitida haya podido interrumpir el proceso causal impidiendo la vulneración de dichos derechos o impedir la configuración de una situación de peligro evitando su amenaza⁶⁰.

Vale la pena también insistir en que la definición y regulación que de dichos derechos e intereses colectivos realicen la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia, puede entrañar valoraciones distintas⁶¹ en torno a la acreditación de este tercer requisito.

4.2. Aspectos generales de los derechos e intereses colectivos cuya amenaza y/o violación se aduce en la demanda

⁵⁹ La Corte Constitucional en la sentencia C-644/11 [MP. Jorge Iván Palacio Palacio] indicó: *“Acorde con el constitucionalismo occidental contemporáneo, las acciones populares proponen optimizar los medios de defensa de las personas frente a los poderes del Estado, de la administración pública propiamente dicha y de los grupos y emporios económicos de mayor influencia, por ser estos sectores quienes, en razón a su posición dominante frente a la mayoría de la comunidad, están en capacidad de afectar o poner en peligro el interés general. Desde esta perspectiva, las acciones populares parten del supuesto de que quienes las ejercen se encuentran en una situación de desigualdad”*.

⁶⁰ Tratándose del carácter preventivo de la acción popular, esta Corporación ha encontrado pertinente que se impartan recomendaciones, conminaciones, exhortaciones o en general cualquier otra decisión preventiva, las cuales no son enunciaciones con mero carácter retórico sino ordenes vinculante de obligatorio cumplimiento cuyo desobedecimiento acarrea la imposición de las sanciones de ley por desacato. Sección Primera. Sentencia de 15 de noviembre de 2012 [Radicado 25000-23-24-000-2011-00474 01]. MP. María Claudia Rojas Lasso.

⁶¹ Así sucede, por ejemplo, con los derechos relacionados con el medioambiente, en particular cuando se trata del daño ecológico puro en el que, según lo anota la doctrina española, la prueba del nexo causal puede constituir una auténtica prueba diabólica, dada la frecuente pluralidad de agentes contaminantes, la eventual lejanía entre la ubicación del agente lesivo y el lugar de producción de los efectos y la manifestación diferida en el tiempo de los daños o de su real alcance. LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario. La relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales. En: Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental. N° 3 de noviembre de 1999. Universidad de Sevilla.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

La Sala realizará inicialmente una delimitación respecto del contenido de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda y, posteriormente descenderá a su análisis para el caso concreto.

4.2.1. El derecho colectivo relacionado con la moralidad administrativa

La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁶² de esta Corporación, en sede del mecanismo de revisión eventual, ha indicado que la delimitación conceptual de la “*moralidad administrativa*”, como derecho colectivo, no puede depender de la idea subjetiva de quien, frente a la actuación cuestionada, decide sobre la observancia, amenaza o vulneración de dicho derecho, sino que está relacionada con la intención o propósito que influye en esa actuación respecto de la finalidad de la ley.

Dentro del contexto antedicho, la Sala advirtió que, dada la imposibilidad de abarcar rigurosamente los supuestos que podrían presentarse frente a esa intención o propósito, en la determinación de la vulneración o no del derecho en cuestión servía considerar como parámetros la desviación de poder, el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa, la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal, la conducta antijurídica o dolosa –*en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función*–.

La misma Sala subrayó que la moralidad administrativa debe guiar el ejercicio de la función “*administrativa*”⁶³, lo que implica que se encuentre acorde con el ordenamiento jurídico y las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Asimismo, se refirió a los

⁶² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 1 de diciembre de 2015 [Radicado 11001-33-31-035-2007-00033-01]. MP. Luis Rafael Vergara Quintero. La magistrada ponente de la presente decisión aclaró su voto en esa oportunidad.

⁶³ Sin perjuicio de la vinculación de la moralidad administrativa con la función “*administrativa*”, en la sentencia de unificación se indicó: “*La Sala Plena no desconoce que existen otros espacios donde tiene manifestación la moralidad, pero tratándose de la moralidad administrativa, la discusión surge al precisar en qué campo se expresa su violación, si es en el ámbito meramente personal del servidor como miembro de una sociedad o en el ámbito de la función administrativa, que es reglada. Si es en el primero, sería complejo determinar si puede darse la violación del derecho colectivo, en la medida en que éste está íntimamente ligado al ejercicio de la función pública, pero que, sin embargo, existe una regulación normativa que sigue al servidor aún por fuera del ejercicio de sus funciones administrativas. Si es en el segundo campo, se piensa que podría darse la violación del derecho colectivo teniendo una fuente extranormativa, en la medida, a título de ejemplo, en que no exista una regulación sobre alguna materia y el funcionario amparado y aprovechándose de ese ‘vacío normativo’ actúe de manera desviada o deshonesto, con el convencimiento de que no se le podrá imputar violación a la ley*”. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 1 de diciembre de 2015 [Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01]. MP. Luis Rafael Vergara Quintero.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

elementos que, en la medida en que se correlacionen, permiten acreditar la configuración de la amenaza o vulneración del referido derecho colectivo, es decir, el quebrantamiento del ordenamiento jurídico (*elemento objetivo*) en cualquiera de sus dos manifestaciones⁶⁴ (*conexidad con el principio de legalidad*⁶⁵ y *la violación de los principios generales del derecho*) y la inmoralidad de la acción u omisión del funcionario (*elemento subjetivo*).

Esta misma Subsección, con fundamento en la sentencia antes referida, ha indicado, además, que el análisis de la configuración del derecho colectivo en cuestión no necesariamente parte del elemento objetivo ni tampoco ambos elementos requieren que se efectúen análisis de manera separada, pues en la medida en que la demanda o la probanza revele el indebido fin para el cual se ha desplegado la función administrativa, el fallador deberá encauzar su indagación y análisis a su verificación en el contexto propio de la actuación administrativa que es objeto de cuestionamiento⁶⁶.

También es importante indicar que esta Corporación, de vieja data⁶⁷, ha sostenido que la amenaza o vulneración del derecho a la moralidad administrativa puede, en algunos casos, comportar conjuntamente la de otros derechos colectivos, como sucede con la defensa del patrimonio público, también invocado por la parte actora en este proceso; situación que ilustra, por regla general y dejando a salvo las excepciones del caso, una relación de conexidad, “*inescindibilidad*”⁶⁸ o de “*causa-*

⁶⁴ La magistrada ponente de esta decisión aclaró su voto frente a la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, considerando (i) que existen casos de inmoralidad en los cuales ni la norma positiva ni los principios llegan, pero la moralidad podrá hacerlo cuando se redefina perfectamente; (ii) que la moralidad administrativa no se reduce al ámbito de la función administrativa sino de la función pública; (iii) que por tratarse de una revisión eventual de una acción popular, la sentencia de unificación debía fijar una postura clara y no realizar una enunciación de providencias proferidas en distintas épocas.

⁶⁵ En relación con una de las manifestaciones de este elemento, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, “(...) no se trata de que el juez popular realice un juicio de legalidad formal, como quedó dicho, pues ello le corresponde al juez de nulidad, sino que propenda por la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público sin los límites de las acciones ordinarias”. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 5 de marzo de 2021 [Rad. 73001-23-31-000-2010-00441-01(AP)]. MP. José Roberto SÁCHICA Méndez.

⁶⁶ Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2020 [Rad. 25000-23-24-000-2010-00717-01(AP)]. MP. José Roberto SÁCHICA Méndez.

⁶⁷ Sección Tercera. Fallo de 17 de junio de 2001 [Rad. AP-166]. MP. Alier Hernández Enríquez. En esta oportunidad se indicó que “*De modo general, tal vez teóricamente pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias; sin embargo, en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros*”.

⁶⁸ Sección Tercera. Sentencia de 12 de octubre de 2006 [Radicado 15001-23-31-000-2004-00857-01(AP)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

*efecto*⁶⁹ entre aquellos, en cuanto atañe a su amenaza o vulneración, como sucede, por ejemplo, cuando se evidencia una falta de “*absoluta honestidad y pulcritud*”⁷⁰ en el manejo de los recursos públicos.

4.2.2. El derecho colectivo relacionado con la defensa del patrimonio público

Al abordar la conceptualización de este derecho colectivo, esta Corporación, desde tiempo atrás⁷¹, ha indicado que el “*patrimonio público*” versa sobre todos los bienes, derechos y obligaciones sobre los cuales el Estado es titular del dominio, titularidad que no en todos los casos se equipara con la del derecho civil⁷² – *como sucede, por ejemplo, con los bienes de uso público*⁷³ en los que se manifiesta una *interconexión con la comunidad en general antes que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial*. Asimismo, ha sostenido que la “*defensa*” de dicho patrimonio se expresa no solo en el mantenimiento de la integridad⁷⁴ de su contenido sino también en su administración y ejecución eficiente, transparente y responsable, de acuerdo con la respectiva normativa aplicable.

5. Análisis del caso concreto

5.1. En relación con la línea de investigación sobre el pago de US\$4.6 millones al señor Otto Nicolás Bula Bula

Frente a las pretensiones del actor popular, la Sala observa que, a través del presente medio de control, el amparo que la demanda persigue de los derechos colectivos en ella invocados se fundamentó en un trámite iniciado por la Fiscalía para la aplicación del principio de oportunidad con funcionarios de ODEBRECHT,

⁶⁹ Sección Quinta. Sentencia de 24 de julio de 2003 [Radicado 73001-23-31-000-2002-0636-01(AP-606)]. MP. Denise Duviau de Puerta; y Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2007 [Radicado 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷⁰ Sentencias de la Corte Constitucional C-06/94 [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz] y de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 15 de abril de 2004 [Radicado 76001-23-31-000-2001-04017-01(AP)]. MP. Alier Hernández Enríquez.

⁷¹ Sección Tercera. Sentencia de 31 de mayo de 2002 [Radicado 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)]. MP. Ligia López Díaz.

⁷² Sección Tercera. Sentencias de 16 de febrero de 2001 [Radicado 16596]. MP. Alier Hernández Enríquez; 21 de febrero de 2007 [Radicado 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez; y 21 de mayo de 2008 [Radicado 76001-23-31-000-2005-01423-01(AP)]. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

⁷³ En la sentencia de 29 de noviembre de 2018 [Radicado 17001-23-33-000-2013-00372-01(AP)] esta Sala tuvo oportunidad de recordar la relación de “*causa-efecto*” o “*género-especie*” que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido en determinados eventos entre algunos derechos colectivos, como sucede, por ejemplo, entre la defensa del patrimonio público y la defensa de los bienes de uso público, sin perjuicio de la regulación autónoma que los mismos puedan tener. En el mismo sentido se puede consultar la sentencia de la Sección Tercera de 18 de junio de 2008 [Radicado 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷⁴ Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008 [Radicado 76001-23-31-000-2005-01423-01(AP)]. MP. Ramiro Saavedra Becerra.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

en unas condiciones económicas comunicadas al público el 12 de enero de 2017, a través de la página de internet de dicha entidad, que, en su opinión, implicaban una reparación no integral de los daños sufridos por el Estado.

En el curso del proceso ante esta jurisdicción, el avance preliminar en el trámite para la aplicación del principio de oportunidad inicialmente se individualizó con el señor Eleuberto Antonio Martorelli, con quien la Fiscalía hizo unos acercamientos en febrero de 2017, que condujeron a la entrega de información y la rendición de una declaración jurada, particularmente en relación con la línea de investigación que dicha entidad venía adelantando sobre el pago de US\$4.6 millones al señor Otto Nicolás Bula Bula, relacionado con el otrosí 6 (trayecto Ocaña – Gamarra) que adicionó el contrato Ruta del Sol Sector 2.

Posteriormente, en enero de 2018 y encontrándose activa la etapa de indagación, la continuación del trámite para la aplicación del principio de oportunidad frente al señor Eleuberto Antonio Martorelli se materializó en la solicitud que presentó la Fiscalía ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías, en la modalidad de suspensión por dos (2) años de la persecución penal frente al delito de tráfico de influencias en que aquel habría incurrido, solicitud que se fundamentó en la causal quinta del artículo 324 de la Ley 906 de 2004⁷⁵. Según se acreditó en el proceso, el Juzgado Sexto Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías no le impartió aprobación a la aplicación de dicho principio, decisión que fue confirmada en sede de apelación por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Bogotá con función de conocimiento.

Los hechos precedentes evidencian que, en lo que concierne a la línea de investigación circunscrita al pago de US\$4.6 millones al señor Otto Nicolás Bula Bula, frente a la aplicación del principio de oportunidad en beneficio del señor Eleuberto Antonio Martorelli, en los términos que inicialmente habían sido comunicados al público por la Fiscalía, se configura una carencia actual de objeto, según pasa a explicarse.

⁷⁵ “Ley 906/04. Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...) 5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

“En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

“(...)”.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

De acuerdo con lo que ha indicado esta misma Subsección⁷⁶ en cuanto atañe al fenómeno de la carencia actual de objeto, en el medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos debe determinarse, con base en las pruebas obrantes en el proceso, si las acciones y/u omisiones que se cuestionan como constitutivas de la amenaza y/o la vulneración de derechos colectivos –*no solo las invocadas en la demanda sino también otras que puedan deducirse de lo acreditado en el proceso*– (1) persisten o (2) desaparecieron (“*hecho superado*”), o inclusive (3) sus efectos son material y jurídicamente irreversibles (“*daño consumado*”).

No obstante que en los dos últimos eventos la jurisprudencia de esta Corporación⁷⁷ ha indicado que existe el deber del juez de realizar un análisis de fondo frente al alcance de los derechos colectivos que ya fueron amenazados y/o violados, en todo caso no puede desplegar⁷⁸ las consabidas finalidades preventiva (*evitar el daño contingente*), suspensiva (*hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio*) o restaurativa⁷⁹ (*restituir las cosas a su estado anterior*) del medio de control en cuestión. No sobra indicar que en el primer evento el análisis de fondo y las referidas finalidades del medio de control se encuentran totalmente justificados.

La configuración de la carencia actual de objeto en relación con las supuestas acciones y/u omisiones circunscritas a la línea de investigación anteriormente referida, se justifica entonces en que la no aprobación de la aplicación del principio de oportunidad frente al señor Eleuberto Antonio Martorelli conllevó que aquellas

⁷⁶ Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 14 de junio de 2019 [Radicado 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP)].

⁷⁷ El “*deber*” de realizar el análisis de fondo lo ha dictaminado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación de 4 de septiembre de 2018 [Radicado 05001-33-31-004-2007-00191-01(AP)SU]. MP. Stella Conto Díaz del Castillo, únicamente para el caso de los hechos superados, sin perjuicio de que las razones que sustentaron ese mismo “*deber*” sean extensivas para el caso de los daños consumados. No sobra destacar en este punto que, según lo anota el magistrado Alberto Yepes Barreiro en su salvamento de voto a la sentencia en cuestión, en presencia del fenómeno de la carencia de objeto por hecho superado, no existe una justificación para un tratamiento diferencial entre las reglas de la acción de tutela y las de la acción popular. Esta consideración se fundamentó en que, para el susodicho magistrado disidente, en la sentencia de unificación pareciera erigirse como regla general el que se realice el análisis de fondo cuando se configura el hecho superado, mientras que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en particular las sentencias T-011/16, SU-225/13 y T-612(09), “*(...) cuando se presenta el fenómeno del hecho superado, la obligación del juez de tutela no es la de pronunciarse de fondo, sino solo cuando estime necesario hacer observaciones sobre los hechos que originaron la acción de tutela, con el propósito de resaltar su falta de conformidad constitucional, condenar su ocurrencia y conminar a que se adopten las medidas necesarias para evitar su repetición, so pena de las sanciones pertinentes*” (subrayado fuera del texto).

⁷⁸ La figura de carencia actual de objeto tiene como característica que el operador judicial no puede impartir órdenes que concreten las finalidades preventiva, suspensiva o restaurativa de la acción popular. Sección Primera. Sentencia de 19 de julio de 2018 [Radicado 27001-23-31-000-2011-00179-02(AP)]. MP. Hernando Sánchez Sánchez.

⁷⁹ Sentencias C-622/07 [MP. Rodrigo Escobar Gil] y C-630/11 [MP. María Victoria Calle Correa].



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

constituyeran un hecho superado, en la medida en que el trámite, al no poder avanzar hacia la ejecución de lo acordado, obligaba indefectiblemente a la Fiscalía al menos a desestimar las condiciones en que se había negociado el respectivo acuerdo.

En gracia de discusión, la no aprobación de la aplicación del principio de oportunidad desacredita cualquier aptitud de amenaza y/o vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda, puesto que el acuerdo que suscribió la Fiscalía con el señor Eleuberto Antonio Martorelli no podía generar ningún efecto mientras el juez de garantías, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, no le impartiera aprobación y esa decisión adquiriera firmeza.

En virtud de lo anterior, y frente a lo que específicamente se encuentra probado en el proceso y que concierne al trámite para la aplicación del principio de oportunidad con el señor Eleuberto Antonio Martorelli, la Sala observa que no existe ni existió una acción y/u omisión actual de la Fiscalía que amenace o vulnere los derechos colectivos invocados en la demanda, razón por la cual declarará parcialmente configurado el fenómeno de la carencia actual de objeto.

5.2. En relación con otras líneas de investigación no individualizadas en este proceso y en relación con las cuales está abierta la eventual posibilidad de aplicar el principio de oportunidad

Cabe recordar que, según lo reconoció la Fiscalía, la investigación preliminar de los actos de corrupción aceptados por directivos y funcionarios de ODEBRECHT ante la justicia norteamericana implicó la apertura de distintas líneas de investigación en la justicia colombiana, en relación con las cuales, la que culminó con la no aprobación de la aplicación del principio de oportunidad en favor del señor Eleuberto Antonio Martorelli, es la que se encuentra acreditada en este proceso.

Ahora bien, frente a los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el actor popular, la Sala observa que la fundamentación de la supuesta amenaza de los derechos colectivos invocados por aquel se hace consistir esencialmente en un intento de aplicación del principio de oportunidad, lo que evidencia un giro parcial en las pretensiones de la demanda y su fundamento, puesto que al desconocerse no solo los nuevos términos de las condiciones económicas de las distintas negociaciones que puedan ocurrir en las diversas líneas de investigación sino



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

también la(s) causal(es) que fundamente(n) dicha aplicación, los cuestionamientos del popular actor parecerían asentarse en un ejercicio legítimo de las competencias de la Fiscalía en la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, más allá del conocimiento de las condiciones económicas y jurídicas de los acuerdos que suscriba la Fiscalía con algún(os) investigado(s), y que se orienten a la reparación integral del Estado por los daños que entrañaron los actos de corrupción de ODEBRECTH en territorio colombiano, para la Sala es claro que será el juez penal con funciones de control de garantías, en el marco del procedimiento penal y en particular del control de legalidad a su cargo, al que le corresponderá asegurar la observancia de los derechos de las víctimas, entre las que se encuentra el Estado como víctima de lo colectivo, cuando la aplicación del principio de oportunidad verse sobre delitos en los que hayan incurrido los investigados beneficiarios de aquel, cuya sanción penal proteja bienes jurídicos de naturaleza colectiva.

En este punto, debe recordarse que, en el marco de la política criminal del Estado, en el sistema penal acusatorio introducido en el Acto Legislativo 3 de 2002⁸⁰, la regulación del principio de oportunidad desarrollada por la Ley 906 de 2004⁸¹ implementó un control judicial de legalidad automático y obligatorio que condiciona su excepcional aplicación, dirigida a la suspensión⁸², interrupción⁸³ o renuncia⁸⁴ a

⁸⁰ En la sentencia C-067/21 [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado] la Corte Constitucional recordó que el Acto Legislativo 03/02 modificó la estructura del proceso penal en Colombia, al pasar del modelo mixto de tendencia inquisitiva, al de tendencia acusatoria con "(...)" especial énfasis en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado para la consecución de la verdad y la realización efectiva de la justicia, y que busca privilegiar también los derechos de las víctimas" y estableció que las finalidades del nuevo modelo procesal penal consistieron, entre otras cosas, en instituir el principio de oportunidad a cargo de la Fiscalía y crear la figura del juez de control de garantías, a quien corresponde ejercer un control previo y posterior de legalidad de las actividades y diligencias realizadas por la Fiscalía en el ejercicio de su actividad investigativa.

⁸¹ "Constitución Política. Artículo 250. Modificado por el art. 3 del Acto Legislativo 03/2002. Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. "(...)"

⁸² "Resolución 4155/16. Artículo 10. Modalidad de suspensión. Esta modalidad se presenta cuando, en aplicación del principio de oportunidad, se imponen determinadas condiciones al procesado y, para permitir su cumplimiento, se suspende la persecución penal por un tiempo determinado. Una vez verificado dicho cumplimiento, la Fiscalía podrá renunciar al ejercicio de la acción penal. "Parágrafo 1. La aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión será preferente respecto de las causales 4, 5 y 7 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1312 de 2009.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

la persecución penal, contexto en el cual el juez de control de garantías debe realizar una revisión de los presupuestos y requisitos establecidos en ese código, en especial la verificación de las causales legales con fundamento en las que la Fiscalía aplique dicho principio.

El artículo 327 de la Ley 906 de 2004⁸⁵, en consonancia con el inciso primero del artículo 250 de la Constitución Política, estableció que, tratándose la Fiscalía General de la Nación, el ejercicio de su competencia para la aplicación del principio en cuestión está sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

La comprensión del término “control de legalidad” sobre la aplicación del principio de oportunidad, de acuerdo con la Corte Constitucional⁸⁶, implica no solo un control material sobre las garantías constitucionales del imputado y de las víctimas⁸⁷ sino también “emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal

“Parágrafo 2. En el transcurso de la suspensión se podrán modificar las condiciones impuestas o imponer otras, siempre que se lleven a cabo siguiendo los mismos requisitos exigidos para la aplicación del principio de oportunidad y se sometan a la respectiva autorización por parte del juez de control de garantías.

“Parágrafo 3. La aplicación preferente del principio de oportunidad, de que trata el artículo 174 de la Ley 1098 de 2006, podrá incluir la modalidad de suspensión del procedimiento a prueba, con observancia de las exigencias propias de la justicia restaurativa previstas en el libro VI de la Ley 906 de 2004.”

⁸³ *“Resolución 4155/16. Artículo 9. Modalidad de interrupción. Esta modalidad se presenta cuando no se impone condición alguna al procesado para la aplicación del principio de oportunidad”.*

⁸⁴ *“Resolución 4155/16. Artículo 11. Modalidad de renuncia. La modalidad de renuncia se presenta cuando la Fiscalía General de la Nación desiste definitivamente de la persecución penal de uno o varios hechos que configuran uno o más delitos. Su aplicación tiene como consecuencia la extinción de la acción penal respecto de estos hechos, en los términos del artículo 329 de la Ley 906 de 2004.”*

⁸⁵ *“Ley 906/04. Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. Modificado por el art. 5 de la Ley 1312/09. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.*

“Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano.

“La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

⁸⁶ Sentencias C-979/05. MP. Jaime Córdoba Triviño y C-095/07. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁷ En la sentencia C-095/07 [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra] la Corte Constitucional indicó que cada una de las causales del artículo 324 de la Ley 906 de 2002 no admiten una lectura aislada sino **armónica** junto a otras disposiciones de esa misma normativa, en particular, en lo que a las víctimas se refiere, “(...) la necesaria interpretación armónica del artículo 324 en sus distintos numerales y párrafos, junto con lo dispuesto en los artículos 11, 137 y 326 y siguientes de la Ley 906 de 2004 (...) los artículos 11, 137, 326, 327, 328 y 329 claramente se refieren a los derechos de las víctimas frente a esta posibilidad, señalando que en ese momento procesal el fiscal debe considerar sus intereses, que la decisión que tome al respecto debe serles informada, y que adicionalmente tendrán el derecho de ser oídas ante el juez de garantías y de interponer recursos ante el juez de conocimiento; derechos estos que son expresamente reconocidos en el artículo 11 y reiterados en el 327. De otro lado, conforme al artículo 326, la suspensión en el ejercicio de la acción penal también se condiciona a la reparación de las víctimas”.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

aplicada”, control que, parafraseando a esa misma Corporación⁸⁸, es concreto y efectivo en el ejercicio de dicho principio, en el sentido de que su aplicación no queda al completo arbitrio de la Fiscalía.

La Sala subraya lo atinente a las garantías de las víctimas, en la medida en que el principio de oportunidad no se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano para ser aplicado a costa de ellas, y es que aun cuando esa aplicación pueda llegar a implicar efectos tan definitivos como la renuncia a la persecución penal –y *con ello su consecuente extinción*–, en todo caso la Fiscalía y el juez con funciones de control de garantías se encuentran en el deber de asegurar, respecto de las víctimas de delitos, lo que la Corte Constitucional⁸⁹ ha denominado como “*garantías procesales de carácter instrumental*”, es decir, las adoptadas como medio para asegurar la eficacia de sus derechos sustanciales (*verdad, justicia y reparación*). No sobra recordar en este punto que, de acuerdo con el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, para los efectos de ese Código de Procedimiento Penal, “*Se entiende por víctimas (...) las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto*” (subrayado fuera del texto).

A su turno, el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, también en consonancia con el inciso primero del artículo 250 de la Constitución Política, estableció varias causales⁹⁰ para la aplicación del principio de oportunidad, instaurado como una excepción⁹¹ a la regla general de la imposibilidad de suspender, interrumpir y renunciar al ejercicio de la acción penal; causales que, de acuerdo con la Corte Constitucional, evidencian que en el ordenamiento jurídico colombiano se “*acogió la fórmula del principio de oportunidad reglada, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado*⁹² (...)”.

⁸⁸ C-673/05. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸⁹ C-095/07. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁰ A título pedagógico se observa la existencia de publicaciones de la Fiscalía en las que las causales del artículo 324 se han clasificado, dependiendo de la motivación que las inspira, así: (i) interés nacional: numerales 2, 3 y 8; (ii) Colaboración con la justicia y desarticulación criminal: numerales 4, 5 y 18; (iii) derecho penal como intervención mínima: numerales 6, 9, 10, 11, 12 y 15; y (iv) reparación de las víctimas y justicia restaurativa. Ver: Principio de Oportunidad. Nociones y procedimiento. Fiscalía General de la Nación – Departamento de Justicia (DOJ) – Office of Overseas Prosecutorial Development Assistance and Training (OPDAT). 2017.

⁹¹ En la sentencia C-673/05 [MP. Clara Inés Vargas Hernández], la Corte Constitucional recordó que “(...) *el Estado realiza su pretensión penal sin consideración a la voluntad del ofendido, salvo en los delitos querrelables, interviniendo en la investigación de todos los hechos punibles de que tenga noticia siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo*”. En consecuencia, le está vedado a la Fiscalía suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal”.

⁹² En materia de política criminal, la Sala destaca que las sentencias C-979/05 [MP. Jaime Córdoba Triviño] C-095/07 [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra], recordó que “*la Ley penal desarrolla una política criminal del Estado*”.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

De acuerdo con el artículo 3 de la Resolución 4155 de 29 de diciembre de 2016⁹³ de la Fiscalía, las referidas causales son los supuestos de hecho con base en los cuales se aplica el principio de oportunidad y son taxativas, autónomas e independientes, razón por la cual no es posible deducir la existencia de nuevas causales aduciendo la combinación entre ellas y los párrafos del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

Cabe recordar que, en materia penal, la consagración legal de cada delito se justifica en la protección de determinado(s) bien(es) jurídico(s) que para el legislador goza(n) de mayor relevancia en el ámbito de esa específica rama del derecho, razón por la cual, tratándose de la afectación de dicho(s) bien(es) jurídico(s), el radio de protección que se persigue con la sanción penal de cada delito no está abierto a una libre definición de cualquier agente público o privado, sino que entra en la órbita de la competencia atribuida a los jueces especializados en dicha materia, consideración a la que no escapa la aplicación reglada del principio de oportunidad que, frente a la comisión de delitos, permite la suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal contra algún(os) responsable(s).

En particular, la Sala destaca, cómo en el ordenamiento jurídico y frente a delitos cuya sanción penal se oriente a proteger bienes jurídicos colectivos, la causal del numeral 13 se refiere explícitamente a las hipótesis “[c]uando se afecten mínimamente bienes⁹⁴ colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse”, causal⁹⁵ que hace parte de aquellas en relación con las que la Corte Constitucional⁹⁶ reconoció que, dada

⁹³ “Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se deroga la resolución 2370 de 2016”.

⁹⁴ El hecho de que la norma se haya referido a “bienes” y no a “derechos” ni “intereses” no tiene mayor incidencia, puesto que, la Corte Constitucional, en el contexto del principio de oportunidad, ha destacado una dimensión colectiva del derecho de reparación, al advertir que involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas [Sentencia C-209/07. MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

⁹⁵ Aunque la Corte Constitucional se refirió al numeral 14 del artículo 24 de la Ley 906 de 2004, leído su contenido se observa claramente que se trata del mismo numeral 13, lo que se explica en que, para el momento de la sentencia de dicha Corporación, el referido artículo 24 no había sido modificado por la Ley 1312 de 2009.

⁹⁶ Sentencia C-209/07. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre el particular destaca la Sala el siguiente apartado de la providencia “El artículo 27 de la ley parcialmente acusada expresamente alude a la necesidad de ponderar en la aplicación de las normas del código, para evitar, entre otras cosas, ‘excesos contrarios’ a la función de la justicia que afecten desproporcionadamente derechos fundamentales. Cabe señalar que dicha valoración implica sopesar los derechos de las víctimas, así como los fines públicos que justifican, según los casos previstos en la ley, aplicar el principio de oportunidad. **En varias causales la estructura de las mismas incluye la necesidad**



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

la estructura con la que fueron configuradas por el legislador, *“incluye(n) la necesidad de sopesar los intereses y derechos relevantes previstos”*.

En ese sentido, tratándose de conductas que afecten derechos e intereses colectivos y de las que razonablemente pueda inferirse⁹⁷ su realización, adecuación típica y la participación de la(s) persona(s) investigada(s) y a quienes se pretende aplicarles el principio de oportunidad, al juez con funciones de control de garantías, al momento de decidir si imparte o no aprobación a dicha aplicación, le corresponde valorar:

- La existencia de una afectación mínima de los derechos e intereses colectivos, lo que implica la posibilidad de que se apruebe un acuerdo que involucre conductas que amenacen y violen esos derechos e intereses con ese grado de afectación, calificación que, en concepto de la Sala, hace parte de esas expresiones que la Corte Constitucional⁹⁸ ha indicado que resultan imposibles de reducir a concretas y muy precisas fórmulas legales, puesto que la naturaleza de las cosas hace que no sea factible prever de manera general, impersonal y abstracta, pero al mismo tiempo completamente precisa y determinada, el amplísimo espectro de hipotéticas situaciones.

En este punto vale tener presente que esa afectación se predica de la conducta delictiva investigada respecto de la persona a quien se aplica el

de sopesar los intereses y derechos relevantes previstos en la misma causal. Así, por ejemplo, el numeral 1 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 admite la aplicación del principio de oportunidad en relación con delitos sancionados con pena privativa de la libertad inferior a 6 años siempre que se haya ‘reparado integralmente a la víctima.’ Igualmente, el numeral 14 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, señala que se podrá aplicar el principio cuando se trate de delitos que afecten mínimamente derechos colectivos, ‘siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.’ En sentido similar, el numeral 15 autoriza la aplicación del principio cuando ‘la persecución penal de un delito comporte problemas sociales significativos,’ y siempre y cuando se produzca ‘una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.’ El hecho de que en otras causales no se incluya específicamente algún derecho de las víctimas no significa que estos no deban ser ponderados puesto que, en virtud de la regla general mencionada, siempre deben ser tenidos en cuenta, es decir, sopesados jurídicamente” (subrayado y negrilla fuera del texto).

⁹⁷ En la sentencia previamente referida, la Corte Constitucional advierte que “(...) la aplicación de cualquiera de las causales del artículo 324, exige un principio de verdad respecto de la autoría y la tipicidad de la conducta, como quiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, para que el fiscal sopesa la pertinencia de aplicar el principio de oportunidad. Al respecto, es imposible exigir la convicción que sólo puede resultar después de concluido el juicio. El propio artículo 327 establece que para la aplicación del principio de oportunidad es necesario que haya ‘un mínimo de pruebas que permita inferir la autoría o la participación en la conducta y su tipicidad’. De lo contrario, no se respetaría la presunción de inocencia que el mismo artículo prohíbe ‘comprometer’. De otro lado, exigir certeza sobre la autoría y la tipicidad plantearía el dilema de adelantar la investigación y el proceso penal hasta un momento tal que el principio de oportunidad perdería su razón de ser”.

⁹⁸ C-095/07. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

principio de oportunidad en cada caso concreto, no de las conductas delictivas de terceras personas a quienes aquel no les resulte extensivo, cuestión que guarda lógica y coherencia, puesto que precisamente se debe establecer si la conducta penal en que incurrió la persona beneficiaria de la aplicación de ese principio afecta mínimamente derechos colectivos, lo que necesariamente dependerá, se reitera, de si los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por dicha conducta son o no colectivos.

- La confirmación de que la(s) persona(s) investigada(s), beneficiada(s) por la aplicación del principio de oportunidad, reparará(n) integralmente a las víctimas de los distintos derechos afectados, entre otros y para los efectos de la causal del referido numeral 13, la colectividad.
- La deducción razonable y seria de que no se presentará ninguna reincidencia en la conducta por parte de la(s) personas(s) investigada(s).

En síntesis, en el marco de la libre configuración normativa⁹⁹, cuando la aplicación del principio de oportunidad involucra delitos cuya sanción penal hubiera sido instituida para la protección de bienes jurídicos colectivos, el legislador erigió al juez con funciones de control de garantías como garante para que dicha aplicación no desconozca los derechos del Estado, como principal víctima de lo colectivo. Precisamente, en el presente caso consta que en varias de las rupturas procesales a que han dado lugar las investigaciones a cargo de la Fiscalía, la Contraloría General de la República ha sido reconocida por el juez competente como víctima¹⁰⁰ y, en el caso del Ministerio Público, como representante de la

⁹⁹ En la sentencia C-828/02 [MP. Eduardo Montealegre Lynett], la Corte Constitucional indicó que “(...) la libertad de configuración del legislador se encuentra sometida a ciertos límites establecidos por la propia Constitución, de tal forma que no se trata de una libertad omnímoda o de una discrecionalidad sin controles.

“La conceptualización de dichos límites admite dos ópticas una en sentido amplio y otra en sentido estricto. Se puede entonces afirmar que en sentido amplio, tales límites están definidos por los demás principios constitucionales. Esta situación se presenta cuando el principio de libertad de configuración entra en necesaria tensión con los principios de igualdad, debido proceso, distribución funcional de competencias y acceso a la administración de justicia; los cuales deben ser considerados por el Congreso al momento de adelantar el ejercicio de sus funciones legislativas.

“A su vez, se puede afirmar que en sentido estricto, los límites a la libertad de configuración normativa están determinados por las normas en las que el Constituyente estableció directamente competencias a ciertos órganos del Estado. Casos en los que la garantía constitucional del juez natural actúa como límite, como ocurre con la facultad de suspender provisionalmente los actos administrativos atribuida privativamente a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 238), o con la facultad de conocer de las acciones por inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos con fuerza formal de ley atribuida privativamente a la Corte Constitucional (artículo 241 numeral 4), por citar sólo algunos ejemplos”.

¹⁰⁰ En la Resolución 00110 de 30 de enero de 2018 de la Fiscalía, a manera de ejemplo se citaron, las noticias criminales 2016-00130 y 2017-00077 respecto del procesado Gabriel García Ignacio



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

sociedad, de acuerdo con la letra b) del numeral 2. del artículo 111, tiene la función de *“Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan”*.

En ese contexto, el ejercicio del medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos del artículo 144 del CPACA no puede implicar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo condicione no solo el ejercicio que haga la Fiscalía en la aplicación del principio de oportunidad sino también su respectivo control de legalidad a cargo del juez con funciones de control de garantías, lo que en efecto ocurriría en el caso de que, al amparo de dicho medio de control, se fomentaran decisiones que casuísticamente calificaran si, tratándose de los delitos del investigado beneficiado con la aplicación de dicho principio, la respectiva sanción penal está o no instituida para proteger bienes jurídicos colectivos.

De conformidad con lo que se ha expuesto, en el sistema penal acusatorio de la Ley 906 de 2004, en el marco de la aplicación del principio de oportunidad y de los delitos en general *–incluyendo aquellos cuya sanción penal está instituida para proteger bienes jurídicos colectivos–*, las garantías procesales del procedimiento penal, que sirven de fundamento a las sustanciales, permiten que, entre otros, la víctima de derechos colectivos sea reivindicada en sus intereses y derechos, tanto en las actuaciones de la Fiscalía¹⁰¹, como en el control de legalidad obligatorio del juez penal con funciones de garantías. En relación con este último, tampoco se puede olvidar que para la mayor efectividad de su labor contribuyen la(s) víctima(s) y el Ministerio Público¹⁰², que pueden participar en la audiencia especial para el control judicial de legalidad del respectivo acuerdo y quienes pueden

Morales; 2017-00995 respecto del procesado Juan Sebastián Correa; y 2017-00078 respecto del procesado Otto Nicolás Bula Bula.

¹⁰¹ *“Resolución 4155/16. Artículo 9. Derechos de las víctimas. En virtud de lo establecido en los artículos 327 y 328 de la Ley 906 de 2004, el fiscal de conocimiento que solicite la aplicación del principio de oportunidad deberá tener en cuenta los derechos de las víctimas. Por consiguiente, en la audiencia de legalización deberá acreditar que la víctima o su representante tienen conocimiento acerca de su celebración, sus efectos y su contenido, así como informar sobre su posición frente a la aplicación del principio de oportunidad. Lo anterior le permitirá llevar a cabo la mencionada audiencia de control, incluso en los casos excepcionales en que la víctima no comparezca”*.

¹⁰² Tratándose de los derechos colectivos, de acuerdo con el artículo 111 de la Ley 906 de 2004, el Ministerio Público, en la indagación, investigación y el juzgamiento, como representante de la sociedad, tiene entre otras funciones, la de *“Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan”*.



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

controvertir la prueba aducida por la Fiscalía para sustentar la decisión de aplicar ese principio.

De conformidad con lo expuesto, cuando en el contexto del procedimiento penal, la aplicación del principio de oportunidad se cuestione por constituir una amenaza y/o vulneración de derechos e intereses colectivos, la garantía y protección de estos le corresponde asegurarla primordialmente a los jueces con funciones de control de garantías, dadas las competencias que el ordenamiento jurídico les atribuye en materia penal y que prevalecen sobre la jurisdicción general a que se refiere el artículo 15 de la Ley 472 de 1998 sobre las acciones u omisiones de entidades públicas y personas privadas que desempeñan funciones administrativas que amenacen y/o vulneren dichos derechos.

En virtud de lo anterior y frente a las líneas de investigación en curso que se encuentra adelantando la Fiscalía y frente a las que no exista un pronunciamiento en firme del juez penal con función de control de garantías sobre el respectivo control de legalidad, las pretensiones de la demanda no prosperan.

6. Costas

Desde la óptica del actor popular, el ejercicio del medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos entraña que se ventile un interés público, de acuerdo con el artículo 188 del CPACA, lo cual no obsta para que si su demanda no prospera y se acredita que la presentó temerariamente o de mala fe, pueda condenársele a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, en los términos del artículo 38 de la Ley 472/98.

En este caso, pese a que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no prosperó y con ello tampoco la demanda¹⁰³, la Sala no la condenará en costas a favor de la Fiscalía, dado que no está acreditado que aquella hubiera la presentado temerariamente o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹⁰³ "CGP. Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: "1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código "(...)" (subrayado fuera del texto).



Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(63434)
Actor: Hugo Armando Granja Arce
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de 8 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que operó parcialmente la carencia actual de objeto por hecho superado en relación con la vulneración de los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Sin costas.

QUINTO: En firme esta sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Con Aclaración de Voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Con impedimento aceptado

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF