

**Preclusión fundamentada en falta de mérito para acusar por aplicación del  
Principio de Oportunidad**

**LINA FERNANDA AGUIRRE MONTES  
ESTUDIANTE ESPECIALIZACION PROCESAL PENAL**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES  
2017**

## **Preclusión fundamentada en falta de mérito para acusar por aplicación del Principio de Oportunidad**

### **Introducción**

El Principio de Oportunidad es una categoría procesal penal, intrínsecamente relacionado con la proliferación del delito y sus secuelas, admitido en el sistema judicial por el prurito de la política criminal. Justamente por lo particular de la figura ha sido objeto de muy poco uso, de desconcierto y equívocos en su interpretación y aplicación tanto doctrinal como jurisprudenciales, y que no decir de aquellos que tienen la función de hacerlo eficaz.

En el contexto colombiano, tan sólo mediante la reforma Constitucional del 2002 - acto legislativo 03- que transformó el sistema de persecución penal, en virtud del cual se propuso introducir el llamado sistema acusatorio, trajo una Fiscalía General de la Nación menos protagonista judicial, trasladándole esta función a un Juez de Control de Garantías.

Justamente el Principio de Oportunidad se introdujo en el art. 2 del mencionado acto legislativo al acuñar que la Fiscalía:

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 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.

En dicho sentido la regla sigue siendo la obligatoriedad de la acción penal y el Principio de Oportunidad tan sólo surge para cuando la misma ley – art. 324 del C de

P.P.- lo autorice mediante las casuales allí enlistadas. Desde luego, el Fiscal deberá estar soportado en criterios absolutamente razonables de política criminal, y siempre con control judicial posterior.

Al principio de legalidad se opone el Principio de Oportunidad...el *iuspuniendi* no debe ser satisfecho en todos los casos en que concurren los presupuestos al efecto, sin que se conceden márgenes más o menos amplios de discrecionalidad a los sujetos públicos – generalmente al ministerio Fiscal- para desarrollar sus funciones, ya sea bajo condiciones específicamente señaladas en la ley llamada oportunidad reglada), ya sea de manera más amplia. La vigencia del Principio de Oportunidad permite así, a título de hipótesis, que se persigan o no conductas aparentemente delictivas, que se formule y/o sostenga la acusación o que se acuerden con las partes los diferentes elementos de la acción penal o la imposición de la pena. (Armenta, S.F., p.40)

Sin embargo, el Principio de Oportunidad advierte un oscuro panorama desde el punto de vista conceptual y de discernimiento, pues en la actualidad carece de utilidad y de aplicabilidad, empero, en las pocas veces que se aplica a su renuncia no basta, como lo dispone la Constitución y la Ley, con la aprobación del Juez de Control de Garantías sino que algunos además recurren al Juez de Conocimiento bajo la figura de la PRECLUSIÓN so pretexto de darle el matiz de cosa juzgada.

Ahí se encuentra la justificación del presente ensayo, que procura resolver el siguiente cuestionamiento:

- ¿Será necesario solicitar al Juez de Conocimiento la Preclusión de la investigación por falta de mérito para acusar, cuando un Juez de Garantías ha avalado la renuncia de la acción penal en aplicación del Principio de Oportunidad?

El objeto de este estudio es, entonces, conceptual y busca ante todo analizar tan sugestiva propuesta, que de verdad en la praxis judicial de la comarca viene siendo aplicada por algunas autoridades.

La estructura del ensayo surge a partir del análisis normativo y jurisprudencial realizado, del que se concluyó que en el articulado del Código Procedimental Penal que regula lo concerniente al Principio de Oportunidad, en ningún aparte hace referencia a la obligación de parte de la Fiscalía o alguna otra parte o interviniente de acudir ante un Juez de Conocimiento, por el contrario reza que será el Juez con Función de Control de Garantías quien realizará el control material y formal de la solicitud impetrada por el ente fiscal y ordenará el archivo de las diligencias. No obstante, quienes acuden a la figura de la preclusión han considerado, que cuando se invoca como casual la contenida en el numeral primero del artículo 332 del Catálogo Adjetivo Penal l- imposibilidad de iniciar o continuar con la acción penal-, debe hacerse una remisión normativa a lo regulado en los artículos 77 y 78 del mismo, que establece que el hecho generador de la extinción penal debe ser expuesto ante el Juez de conocimiento quien determinará la procedencia de decretar la preclusión.

Es precisamente en consideración a lo anterior, que se ve constantemente como se activa el aparato jurisdiccional para que sea el Juez con Función de Conocimiento quien decrete la preclusión de la acción penal cuando se ha aplicado el Principio de Oportunidad, actividad procesal que en cierta medida entorpecen el cumplimiento de las labores encomendadas a los operadores judiciales, puesto que la idea que se defiende en este documento, no contribuye en nada a la eficacia y la economía procesal que son pilares de la administración de justicia.

Con base en las consideraciones antes nombradas, se realizará un estudio fundamentado en la Ley 906 del año 2004 y los diferentes pronunciamientos realizados por las Altas Cortes en materia de Principio de Oportunidad y Preclusión, para determinar la necesidad de pronunciamiento del Juez de Conocimiento.

## **Resumen**

El presente ensayo analiza el Principio de Oportunidad, regulado por el articulado del Código Procedimental Penal, a partir de sus aspectos normativos y jurisprudenciales. Tal investigación se emprendió sin desconocer que dicho principio sugiere cierta ambigüedad desde el punto de vista conceptual dada su manifiesta falta de practicidad ya que carece de utilidad y de aplicabilidad, salvo contadas excepciones. De ahí el ánimo por traer a colación los diferentes pronunciamientos de las Altas Cortes sobre la Preclusión y el principio anotado y poder determinar la necesidad de pronunciamiento del Juez de Conocimiento en estos casos. En consonancia con lo anterior, el propósito de este escrito estriba en la resolución del siguiente interrogante: ¿será necesario solicitar al Juez de Conocimiento la Preclusión de la investigación por falta de mérito para acusar, cuando un Juez de Garantías ha avalado la renuncia de la acción penal en aplicación del Principio de Oportunidad? En el transcurso del documento se expondrán diversas razones en pro de una respuesta razonada para tal pregunta y se mostrarán algunas conclusiones extraídas al respecto.

**Palabras clave:** Principio de Oportunidad, Preclusión, Juez de Conocimiento, Juez de Garantías, Fiscalía.

## **Abstract**

This essay analyzes the Principle of Opportunity, regulated by the articles of the Criminal Procedural Code, based on its normative and jurisprudential aspects. This research was undertaken without ignoring that this principle suggests some ambiguity from the conceptual point of view given its manifest lack of practicality since it lacks utility and applicability, with few exceptions. Hence the spirit to bring up the different pronouncements of the High Courts on the Preclusion and the annotated principle and to be able to determine the need for pronouncement of the Judge of Knowledge in these cases. In accordance with the foregoing, the purpose of this brief is to resolve the following question: will it be necessary to ask the Judge of Knowledge to preclude the investigation for lack of merit to accuse, when a Judge of Guarantees has endorsed the resignation of the Criminal action in application of the Opportunity Principle? In the

course of the paper, several reasons will be presented for a reasoned answer to this question and some conclusions will be drawn.

**Key words:** Principle of Opportunity, Preclusion, Judge of Knowledge, Judge of Guarantees, Prosecutor's Office

### **Antecedentes**

Como ya se dijo, el Principio de Oportunidad es una figura legal establecida por el Legislador que faculta al Fiscal General de la Nación para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, no obstante, existir tipicidad objetiva y subjetiva para adelantarla. Esta figura fue incluida en la legislación colombiana por medio del Acto Legislativo 03 del año 2002 y modificada por las Leyes 1312 del año 2009, 1098 de 2006 – artículo 174- y 1474 de 2011 – arts. 13 y 40. Se encuentra regulada a partir del artículo 321 del Estatuto Procesal Penal, en el que se establece que el Principio de Oportunidad es una excepción a la obligación que tiene la Fiscalía General de la Nación de perseguir a los autores y partícipes de los hechos tipificados como delito, con fundamento en el principio de legalidad que tiene su génesis en el sistema procesal acusatorio de tendencia europeo-continental. Así mismo, en los artículos 323 y 330, la ley 906 dispone que el Principio de Oportunidad debe ser aplicado con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal general de la Nación y sometido a control de legalidad ante el juez de garantías.

Evidentemente, muchas han sido las modificaciones internas que ha realizado el ente persecutor de la acción penal en este sentido, pues cada fiscal ha emitido su propia resolución<sup>1</sup>. Incluso, ahora mediante la 4155 del 29 de diciembre de 2016 el actual Fiscal Dr., Néstor Humberto Martínez Neira, acaba de hacer una importante modificación al trato jurídico que debe dársele internamente a la figura del Principio de Oportunidad.

Así mismo, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la aplicación del Principio de Oportunidad entre otras sentencias C-673 de 2005, C-984 de 2005, C-979 de 2005, C-095 de 2007 y C-936 de 2010 y justamente en 095 del año 2007 señaló:

---

<sup>1</sup>- La resolución 2370 de 2016 derogó las similares 6657 y 6658 de 2004, las que habían sido modificadas y adicionadas por la 6618 de 2008, 3884 de 2009, 0692 de 2012, 0919 de 2014 y 1168 de 2014.

Finalmente, en el Acto Legislativo 03 de 2002 se dispuso que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por una de las siguientes vías: denuncia, petición especial, querrela o de oficio, “siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo”. En consecuencia, a la Fiscalía no podrá suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción 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.

En tal sentido, el Principio de Oportunidad presenta las siguientes características ( i ) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; ( ii ) las causales de aplicación del Principio de Oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; ( iii ) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; y, ( iv ) su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.[9]

La aplicación del Principio de Oportunidad estará siempre supeditada al cumplimiento de las causales taxativas establecidas por el Legislador, como fue señalado por la Corte Constitucional en la sentencia precedente. Fue así como en el Artículo 324 del Código Procesal Penal, se establecieron las siguientes causales para su aplicación:

...Artículo 324. *Causales*. Modificado por el art. 2, Ley 1312 de 2009, Modificado por el art. 40, Ley 1474 de 2011. El Principio de Oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

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



8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.
9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.
11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.
12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.
16. INEXEQUIBLE. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o

trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas. Corte Constitucional Sentencia C-673 de 2005

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

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

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

Ya se dijo que en el artículo 330, el legislador encomendó en cabeza de la Fiscalía General de la Nación adoptar un reglamento que establezca el procedimiento al interior de la misma Institución para dar aplicación al Principio de Oportunidad atendiendo la política criminal<sup>2</sup> que se establezca en cada gobierno.

...Artículo 330. Reglamentación. El Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del Principio de Oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley.

---

<sup>2</sup>La noción de “política criminal” ha sido definida por la Corte, como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que: “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”. Así mismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma”. Sentencia C-936-10.

El reglamento expedido por la Fiscalía General de la Nación deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado...

De ahí que actualmente el manual empleado se encuentre reglamentado en la Resolución Nro. 4155 del 29 de diciembre del año 2016, que frente al procedimiento aplicable estableció:

...ART. 31. —Procedimiento para la aplicación directa y la delegación especial. Cuando se trate de casos de aplicación directa o de delegación especial, se procederá de la siguiente forma:

1. El fiscal del caso remitirá al grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa el formato de aplicación debidamente diligenciado y, simultáneamente, informará a quien desempeñe funciones de jefe o coordinador de la unidad o dirección a la que se encuentre adscrito.

La remisión al jefe o coordinador de la unidad se efectuará únicamente con fines informativos. De considerar que se trata de un caso de relevancia, el jefe o coordinador respectivo lo deberá informar inmediatamente al grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa.

2. Si el grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa considera que se trata de un caso de relevancia, podrá solicitar información adicional y dispondrá el envío de los anexos para consultar al Fiscal General de la Nación sobre la procedencia del ejercicio del poder preferente.

3. El grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa revisará la documentación y emitirá la validación por el medio más expedito posible en un plazo no superior a cinco (5) días. Cumplido este trámite, el fiscal del caso podrá continuar con el control de legalidad.

4. Realizada la validación, el fiscal del caso deberá solicitar la audiencia de control de legalidad ante el juez de control de

garantías en los términos del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

5. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la realización de la audiencia el fiscal del caso deberá remitir copia del acta de control de legalidad al grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa...

En lo que respecta con el objeto de análisis aquí trazado, debe advertirse que la aplicación del Principio de Oportunidad deberá ser sometida a control judicial ante el Juez de Control de Garantías, según lo preceptuado en el Artículo 327 del C.P.P que reza:

*...Artículo 327. Control judicial en la aplicación del Principio de Oportunidad. Modificado por el art. 5, Ley 1312 de 2009 El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al Principio de Oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal. (...) 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. (...) La aplicación del Principio de Oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán 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...*

Si se realiza una simple lectura al artículo anteriormente transcrito indefectiblemente se concluye, que el control Judicial de la aplicación del Principio de Oportunidad debe realizarlo un Juez con Función de Control de Garantías, quien en audiencia pública deberá determinar la legalidad de aplicar dicho fenómeno procesal para dar por terminada la persecución penal, decisión que puede ser objeto de recurso. Dicha

exigencia se encuentra además contemplada en la Resolución 4155 del año 2016, que fue relacionada con antelación.

Respecto de la figura procesal en comento, esto es, el Principio de Oportunidad, la Corte Constitucional en sentencia C 326 del año 2016, refirió:

...Ahora bien, en el año 2004, a partir de la habilitación constitucional a que atrás se hizo referencia, se expidió la Ley 906 de ese año, por la cual se adoptó el nuevo Código de Procedimiento Penal, la cual hizo un amplio desarrollo del tema, en el Título V de su Libro Segundo (artículos 321 a 330), normativa que, entre otros aspectos, incluye: i) la reiteración del mandato de general aplicación del principio de legalidad y la excepcionalidad de su opuesto, que es el Principio de Oportunidad; ii) el señalamiento de las causales que darían lugar a su aplicación; iii) las etapas procesales durante las cuales puede tomarse esta decisión; iv) los compromisos a que debe someterse el imputado o acusado, a quien se conceda este beneficio; v) la obligación de tener en cuenta el interés de las víctimas y de escuchar, antes de decidir, a aquellas que se hubieren hecho presentes durante la actuación, y vi) los principales efectos de esta decisión. Algunos años después, esta normativa fue modificada, en varios aspectos, por la Ley 1312 de 2009, que buscó ampliar las posibilidades de dar aplicación al Principio de Oportunidad. (...) Al analizar la preceptiva antes referida, la Corte ha destacado las principales cualidades del Principio de Oportunidad, siendo la primera de ellas su carácter excepcional y restrictivo, pues en virtud del principio de legalidad, que, por regla general, impera en relación con las tareas investigativas a cargo de la Fiscalía General de la Nación, en principio, corresponde a ésta adelantar la investigación de todas las conductas constitutivas de delito, de las que tenga conocimiento. Ese carácter excepcional requiere, entonces, la probada ocurrencia de al menos una de las causales

previstas en la ley, para el caso del Código de Procedimiento Penal, en su artículo 324, varias veces analizado por esta corporación[18]...Ahora bien, las causales que dan lugar a la aplicación de este beneficio, aunque relativamente heterogéneas, tienen en común el hecho de constituir situaciones excepcionales, que aunque de escasa o infrecuente ocurrencia, ameritan ser tomadas en cuenta, en varios casos para un más efectivo logro de la justicia material, y en todos ellos, para racionalizar el trabajo de los operadores judiciales, quienes ante la apremiante realidad de una gran cantidad de hechos punibles y conflictos sociales diversos y de disímil gravedad, y ante la frecuente imposibilidad de investigar todos y cada uno de ellos, deben concentrar sus esfuerzos en la persecución de los de mayor resonancia e impacto colectivo. La jurisprudencia ha reconocido, entre esas posibles razones globales: i) la menor, e incluso ínfima, importancia social de determinados hechos punibles, lo que haría innecesaria la intervención del Estado frente a aquellos en los que realmente no hay lesión, ni potencial afectación antijurídica; ii) la reparación integral y la satisfacción plena de la víctima, sobre todo en delitos de contenido económico; iii) la culpabilidad disminuida del autor, y, (iv) la revaluación del interés público en la persecución de la conducta. Cualquiera de estas que sea la razón que origina esta importante decisión, se busca, ante todo, evitar el grave efecto criminógeno de las penas de privación de libertad, que no dejan de tener tal carácter ni aun cuando se apliquen por períodos muy cortos, así como estimular la pronta reparación a la víctima y otorgar al responsable una valiosa oportunidad de reinserción social, que de otro modo no tendría[19]...Los efectos de la aplicación del Principio de Oportunidad pueden ser, como lo anticipa el artículo 250 constitucional, la simple suspensión o interrupción de la acción penal, o incluso la renuncia a la misma, lo que trae consigo su extinción, decisiones que una vez en firme, tendrán fuerza de cosa juzgada. El artículo 329 de la Ley 906 de

2004 distingue, respecto de los efectos de esta decisión, entre aquellas causales referidas a la particular situación de uno solo de los infractores (en caso de que sean varios), evento en el cual, solo éste resulta beneficiado por la decisión, y aquellas que tienen que ver con la falta de interés del Estado en la persecución penal, escenario en el cual todos se hacen acreedores a esta medida... De otra parte, precisamente por su trascendencia para el procesado, el Estado, y en su caso las víctimas, según lo establece también el artículo 250 superior, las decisiones sobre la aplicación de este principio estarán siempre sujetas al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, quien naturalmente podrá negar la aprobación de esta medida, si no concurre(n) con claridad la(s) causal(es) invocada(s), o aún en presencia de aquellas, si considera que el otorgamiento de este beneficio resulta desproporcionado o inconveniente frente a las particulares circunstancias del caso... De otra parte, esta decisión podrá ser impugnada, según resulta de lo decidido por la sentencia C-209 de 2007, que declaró inexecutable algunos apartes del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal (en su versión original de 2004) en razón a que la regla sobre la general improcedencia de recursos, desconocía el interés de las víctimas en pronunciarse sobre esta decisión, que, sin duda, y pese a su justificación constitucional, afectaría negativamente sus derechos...

Es importante concluir, como ya se había anunciado con antelación que conforme el artículo 322 del CPP, la Fiscalía General de la Nación, no está en la obligación de perseguir a los autores o partícipes de una conducta punible que llegue a su conocimiento cuando se materializa al Principio de Oportunidad; que la aplicación de ese principio está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante Juez de Garantías.

Ahora bien en la práctica judicial en los diferentes juzgados penales, se ve comúnmente, cómo los representantes de la Fiscalía solicitan la Preclusión de la investigación penal cuando tienen el control de legalidad del Juez con Función de Control de Garantías para la aplicación del Principio de Oportunidad, siendo este, la génesis del problema aquí planteado.

Dicha preclusión la sustentan en la causal primera del artículo 332 del Estatuto Procedimental Penal, esto es, “...1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal...” dicha causal de extinción es de carácter objetiva, en el sentido que una vez se da cumplimiento a los requisitos de existencia y validez jurídica, acatamiento que previamente es corroborado por Juez con función de garantías, al Juez con función de conocimiento solo le restaría avalarla.

La causal invocada, se fundamenta en una remisión normativa a lo preceptuado en el artículo 77 del Código Procesal Penal: “...Artículo 77. Extinción. La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del Principio de Oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley...”

Es precisamente en consideración a lo anterior, como los representantes del ente persecutor solicitan la preclusión fundamentada en la extinción de la acción penal, que los imposibilitan para continuar con la misma, en cumplimiento de lo prescrito en el Artículo 78 del C.P.P, que a su vez, fue respaldado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida dentro del radicado Nro. 39679 en la que adujo:

...Dicha causal se refiere a los eventos donde concurre alguno de los supuestos fácticos de extinción de la acción, pues son ellos los que impiden el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por tanto, esa preceptiva remite a los artículos 77 de la Ley 906 de 2004 y 82 del Código Penal por tratarse de las normas que establecen los motivos por los cuales, en un evento particular, fenece el *iuspuniendi*.



Así, son circunstancias objetivas que imposibilitan iniciar o continuar la acción penal: la muerte del imputado o acusado, la prescripción, la aplicación del Principio de Oportunidad, el desistimiento, la amnistía, la oblación, la caducidad de la querrela, el desistimiento, el pago, la indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley...

Es procedente en esta instancia, hacer un análisis de los dos fenómenos descritos, la Preclusión y el Principio de Oportunidad, de los cuales, se tiene significada diferencia, veamos:

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-920-07 ha definido la Preclusión como:

...una institución procesal, de amplia tradición en los sistemas procesales, que permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación. Implica la adopción de una decisión definitiva, por parte del juez de conocimiento, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y por ende, se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada...

Por su parte en la Sentencia C-387-14 definió el Principio de Oportunidad ha sido como:

...una institución nuclear del sistema penal de tendencia acusatoria que consiste en la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, atendiendo diversos factores inmersos en la política criminal del Estado. Constituye una excepción a la regla general que recae sobre la fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito, siempre que tercién

suficientes motivaciones y circunstancias fácticas que permitan advertir la existencia del mismo...<sup>3</sup>

En el mismo sentido Roxin (2000) dice:

...este principio autoriza a la Fiscalía a decidir entre la formulación de acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible. (p.53)

Resulta diáfano que la principal y más notoria diferencia suscitada entre ambas figuras es que, mientras en la preclusión no existe mérito para llevar a término una acusación, ya sea porque no es posible demostrar la responsabilidad del procesado en el hecho investigado o por atipicidad del mismo, etc.; en el Principio de Oportunidad si existe mérito para llevar a feliz término el proceso penal adelantado, es decir, existe fundamento suficiente para adelantar la persecución penal, pero que por razones de Política criminal la Fiscalía General de la Nación puede suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella.

La segunda diferencia que resulta plausible, es que la preclusión por falta de mérito debe estar sujeta a control de legalidad por parte del Juez de Conocimiento, en cambio, la legalidad del Principio de Oportunidad será determinada por el Juez de garantías quien realiza un control formal y material, como reiteradamente se ha señalado. Siendo ello así, el Juez que desempeña las funciones de Control de Garantías, deberá vigilar porque en la audiencia en la que se determine la aplicación del Principio de Oportunidad, se exhiba prueba mínima en relación con la autoría y tipicidad del comportamiento, ya que de faltar la misma, deberá declararse incompetente, siendo entonces, el Juez de Conocimiento por medio de la Preclusión quien deba pronunciarse al respecto.

Se trata entonces, de dos figuras que se anteponen entre sí, no existiendo, en principio, motivo alguno que lleve a interpretar la necesidad de que el Juez de

---

<sup>3</sup>Sentencia de Constitucionalidad C-387-14. MP. Luis Ernesto Vargas Silva

Conocimiento precluya una investigación a la cual ya le fue realizado el control de legalidad del Principio de Oportunidad. Además, las decisiones que tomen estos Jueces de Garantías y de Conocimiento tienen efectos diferentes, ya que, si se da por terminado el proceso por aplicación del Principio de Oportunidad la misma está fundamentada en razones de política criminal, que no implica la inexistencia de la conducta o la no responsabilidad del sindicado, en contraposición con la Preclusión que termina por prueba de no responsabilidad penal o falta de mérito para acusar; de dichas decisiones se determinaría una posible responsabilidad en materia civil.

Sobre la Preclusión la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Instancia con radicado Nro. 39679. Magistrada Ponente Dra. María del Rosario González Muñoz dijo:

...En ese orden, el instituto procesal de la preclusión de la investigación comporta la terminación de la actuación penal sin agotar todas las etapas procesales ante la ausencia de mérito para formular cargos en contra del indiciado o imputado. Se trata, por tanto, de una determinación de carácter definitivo adoptada por el juez con funciones de conocimiento, por cuyo medio se ordena cesar la persecución penal respecto de los hechos materia de investigación.

De esta manera, en el nuevo esquema procesal penal la definición del proceso está adscrita al juez mediante el control de la aplicación del Principio de Oportunidad, la declaratoria de la preclusión del proceso, o la sentencia.

Los artículos 331 a 335 del citado estatuto regulan la preclusión de la investigación estableciendo que puede ser decretada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal, a instancias de la Fiscalía, incluso antes de la formulación de la imputación, cuando encuentre acreditada una de las situaciones contempladas en el canon 332:

- “1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código”.

También procede la preclusión en cualquier etapa del trámite cuando se verifique la configuración de los motivos de extinción de la acción penal del artículo 77 del Código Penal, a saber: muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento. Y en los previstos en el artículo 82 del Código Penal que, adicional a los anteriores, prevé el pago, la indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley.

Las causales 1 y 3 del canon 332, relativas a la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, también pueden ser solicitadas por el Ministerio Público o por la defensa en la etapa de juzgamiento. Adicionalmente, según decisión de la Corte Constitucional<sup>4</sup>, es posible, una vez incoada la preclusión por la Fiscalía, que la

---

<sup>4</sup>Sentencia C-648 del 24 de agosto de 2010, por cuyo medio se declaró inexecutable la expresión “en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”, del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, así: “En efecto, la expresión “en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”, del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, si bien tiene sentido en relación con las víctimas y el Ministerio Público, constituye una medida de intervención desproporcionada del legislador en el ejercicio del derecho de defensa del procesado, por cuanto no busca la consecución de ningún fin constitucionalmente admisible. Sin lugar a dudas, permitirle a la defensa tan sólo una intervención limitada, excepcional y poco consecuente con su actuación en el curso de una audiencia de petición de preclusión, es una medida que no apunta a (i) racionalizar un proceso penal de corte acusatorio; (ii) tampoco constituye un rasgo definitorio o esencial de aquél, ni (iii) mucho menos atenta contra los derechos y las garantías de las demás partes e intervinientes

defensa coadyuve la petición, invoque una causal no esbozada y controvierta los argumentos de los demás intervinientes, con lo cual el juez tendrá más elementos de juicio al momento de decidir acerca de la procedencia de la solicitud...

En relación con la hipótesis planteada en el presente ensayo, es claro que el Principio de Oportunidad no se tiene como una de las causales enlistadas en el artículo 332 de la ley 906 del año 2004, que faculta al Fiscal para solicitar la preclusión de la investigación, sino que de manera indirecta, se da aplicación a la causal primera de imposibilidad de continuar con la acción penal, que como se dijo, es sustentada en las causales de extinción de la acción penal.

Sin embargo, respetando criterios en contra, no es procedente jurídicamente acudir a la figura de la Preclusión por imposibilidad de continuar con la acción penal con ocasión del Principio de Oportunidad, ya que la Constitución, la Ley, la jurisprudencia constitucional, la doctrina y la regulación interna así lo prevé:

Resolución 4155 del 29 de diciembre de 2016 art. 8: El Principio de Oportunidad se aplica en las modalidades de interrupción, suspensión y renuncia, previa autorización del juez de Control de Garantías.

Art. 11. Modalidad de Renuncia: se presenta cuando la Fiscalía 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.

Esto es, la única autoridad judicial autorizada para permitir la extinción de la acción penal por renuncia de la Fiscalía lo es el Juez de Control de Garantías, no el Juez de Conocimiento. Quizá la entelequia utilizada por quienes acuden a la Preclusión surge ante el pronunciamiento de la decisión de la Corte atrás anotada, pero lo que dice la Corte

---

en el proceso. Por el contrario, facultar al defensor del imputado para que interviniera no sólo en caso de oponerse a la petición del fiscal, sino además cuando desee desplegar otras actuaciones más acordes con su papel en el proceso penal, tales como (i) coadyuvar a la solicitud de la Fiscalía; (ii) alegar una causal de preclusión distinta de la planteada por la órgano investigador; o (iii) controvertir los argumentos de los demás intervinientes, le permitirá al juez de conocimiento contar con más elementos de juicio al momento de decidir acerca de la procedencia de petición de preclusión”.

es que una de las causales de extinción de la acción penal es el Principio de Oportunidad, pero eso no significa per se que la figura para ello es la Preclusión. Por el contrario, mientras que una prescripción, un desistimiento, una conciliación, la caducidad, la muerte son razones que imposibilitan iniciar o continuar con la acción penal. Por el Principio de Oportunidad se renuncia a ella y en uno y otro caso para el funcionario judicial son bien diferentes, entendiendo que en aquel se encuentra el Juez de Conocimiento y en éste el Juez de Garantías, con figuras procesales igualmente disímiles pero con una misma solución: la extinción de la acción penal.

### **De las víctimas**

Con la vigencia del actual sistema procesal penal, también tuvo una renovada importancia satisfacer los intereses de las víctimas. Estas tienen derechos que se deben garantizar y que se resumen en la triada: verdad, justicia y reparación consagrada por la guardiana de la Constitución en la Sentencia hito C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-516 de 2007, SU-254 de 2013 y C-936 de 2010 y C-387 de 2014.

El derecho de las víctimas, implica reconocerles esa condición a que se les reconstruya lo ocurrido, que ellas participen, conozcan y comprendan el contexto. Así mismo, la reparación debe presentar diferentes matices, puede ser simbólica, económica, asistencial o bien ofrecer garantías de no repetición.

Ahora, si el asunto es eminentemente económico, fácilmente las víctimas pueden acudir al derecho privado para procurar los perjuicios. Luego, la renuncia de la acción implica que el Estado no podrá adelantar el ejercicio de la acción penal, más no que la víctima no obtenga la reparación.

Obsérvese, por el contrario, que la figura de la Oportunidad procura la participación de la víctima y el victimario en la solución del conflicto. Así lo establecen las causales 1 y 7. Es más, la reparación de las víctimas es requisito indispensable para aplicar las causales 1,7,13,14, pero por mandato constitucional debe gestionarse en todas las causales.

A manera de ejemplo, la causal primera exige reparación integral a la víctima y en este caso se deben considerar perjuicios materiales (Daño emergente y Lucro cesante),

perjuicios morales y asistencia psicológica y jurídica. Es más, si la pretensión de la víctima es irrisoria el Fiscal debe verificar que la misma haya sido informada y asesorada.

Con fundamento en las elucubraciones esbozadas, se concluye que la práctica que ha llevado a la solicitud de Preclusión cuando fue respaldada por un Juez de Garantías la aplicación del Principio de Oportunidad va en detrimento de la administración de justicia, ya que se exige un pronunciamiento posterior de un Juez de Conocimiento, que en pocas palabras, sólo le resta realizar un *checklist* es decir, verificar que se haya ordenado por el Juez de Garantías del Principio de Oportunidad, sin que le sea dable hacer un pronunciamiento directo y de fondo a las consideraciones expuestas por su antecesor en la toma de la decisión, ya que la misma hace tránsito a cosa juzgada.

Establecido como está, que el Juez de Conocimiento no debe realizar ningún control sobre la aplicación del Principio de Oportunidad, su pronunciamiento puede ser soslayado, y así lo interpretó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el proceso Nro. 30978 y aprobado mediante acta Nro. 260 del 27 de julio del año 2011:

...Luego de que un juez de control de garantías imparte legalidad a la renuncia de la persecución penal, por virtud de la aplicación el Principio de Oportunidad, y esta determinación adquiere la firmeza del caso, bien por la no interposición de recursos o la decisión favorable de los mismos en segunda instancia, de conformidad con el parágrafo del artículo 326 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 4° de la Ley 1312 de 2009, el fiscal está en la obligación de solicitar el “archivo definitivo” ...Esta figura, dentro del prurito técnico utilizado por la Ley 906 de 2004, solamente aparece citada como motivo para dar por terminada la actuación judicial a consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad y luego de que sea declarada la legalidad de la renuncia a la persecución penal...Quiere decir lo anterior, acorde con la voluntad del legislador plasmada en el citado artículo 326, que la solicitud la debe hacer el fiscal al propio juez de control de garantías que conoce del asunto y en la misma audiencia en la cual se discute la legalidad de la posición

del ente acusador, como consecuencia jurídico procesal lógica al hecho de declararse la presencia de una causal de extinción de la acción penal, pues, se sabe que la aplicación del Principio de Oportunidad está señalada como tal en el artículo 77 del C. de P.P... Ahora, si se trata de una causal de extinción, el artículo 78 de la misma obra, señala que ante la presencia de la situación generadora de la extinción de la acción penal, es deber de la Fiscalía General de la Nación manifestarla al juez de conocimiento, demandando de éste la preclusión . ... Sin embargo, la legalidad declarada por el juez de control de garantías en la aplicación del Principio de Oportunidad, señalado en el artículo 327 del C. de P.P, y su consecuente orden de archivo definitivo, se convierte en una excepción a la obligación que por virtud de la presencia de la causal de extinción de la acción penal deba acudir al juez de conocimiento para solicitar preclusión de investigación. En otras palabras, la aplicación del Principio de Oportunidad por razón de la renuncia a la persecución penal, es una causal de extinción de la acción penal, pero su trámite no sigue el procedimiento de las demás causales, sino que se torna especial y sui generis, pues no necesita llevarse preclusión ante el juez de conocimiento, en la medida que para terminar el trámite, basta que el juez de control de garantías ordene el “archivo definitivo”... Entonces, quien debe ordenar el archivo definitivo es el juez de control de garantías a petición de la fiscalía, o en su defecto, puede declararse de oficio, pues no sólo se ha decidido renunciar a la persecución penal, sino que se ha declarado la legalidad de tal acto.

### **Conclusiones**

- El Principio de Oportunidad por mandato del artículo 250 Constitucional regula un control de legalidad especial con atribución de competencia específica y exclusiva en cabeza del Juez de Control de Garantías.



- La decisión del Juez con Función de Control de Garantías cuando ejerce ese control formal y material y aprueba la aplicación del Principio de Oportunidad tiene efectos preclusivos, que lo eximen de un pronunciamiento posterior por parte del Juez de Conocimiento.
- Se debe, entonces, entenderse que la extinción de la sanción penal por aplicación del Principio de Oportunidad no sigue la suerte de las demás causales de extinción que exigen la preclusión ante el Juez de Conocimiento, y es bastante lógica dicha apreciación, en la medida, en que como insistentemente se ha referido en esta exposición, quien realiza el control de legalidad en la aplicación del Principio de Oportunidad es el Juez con Funciones de control de Garantías y una vez en firme esta, no es resorte del Juez de conocimiento hacer pronunciamiento alguno al respecto, convirtiéndose entonces, el auto que precluye la investigación en un mero auto de trámite que finiquita el procedimiento y ordena el archivo, que no debe olvidarse, debió ser ordenado por el Juez de Garantías.
- Evidentemente, como lo sostienen los 77 y 82 el Principio de Oportunidad es una causal de extinción de la acción penal, lo que de contera no significa que el procedimiento para hacerlo efectivo sea la preclusión pues tiene una reglamentación absolutamente claro para aplicarlo el Fiscal y aprobarlo, si es del caso, el Juez con Función de Garantías.
- Es indispensable unificar los criterios de la Fiscalía General de la Nación y de los Jueces Penales, para que en aras de efectivizar la aplicación de justicia y por economía procesal, se prescinda del pronunciamiento del Juez de Conocimiento, en razón a que basta con el control ejercido por el Juez con Función de Garantías, que además, no constituye un mero capricho de esta ensayista, sino que, ha sido analizado por la Corte Constitucional. Atendiendo lo anterior y en consideración a la carga laboral de los diferentes despachos judiciales, que es un hecho notorio, resulta inocuo que se realicen trámites innecesarios, que se convierten en un obstáculo para el principio de eficiencia que debe prevalecer en las actuaciones judiciales.

- Por último, las víctimas pueden acudir a plurales formas de reparación, incluso varias de las causales (1,7,13,14) exigen para su aplicación la reparación. Sin embargo, como todo delito produce un daño, y el Principio de Oportunidad parte de la base de un hecho típico objetiva y subjetivamente bien se puede acudir a el derecho privado.

### **Bibliografía**

Armenta, T. (S.F.) *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Marcial Pons.

Código de Procedimiento Penal.

Código Penal.

Código Procesal Penal.

Ley 906 de 2004.

Ley 1312 de 2009.

Ley 1474 de 2011.

Resolución Nro. 4155 del 29 de diciembre del año 2016.

Roxin, C. (2000). *Derecho procesal Penal*. Editores del Puerto: Buenos Aires. Sentencia C-228 de 2002.

Sentencia C-673 de 2005.

Sentencia C-979 de 2005.

Sentencia C-454 de 2006.

Sentencia C-209 de 2007.

Sentencia C-516 de 2007.

Sentencia C-920 de 2007.

Sentencia SU-254 de 2013.

Sentencia C-648 2010.