

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DEL NUEVO SISTEMA  
PENAL ACUSATORIO Y SU APLICACION EN LA CIUDAD  
DE MANIZALES**

**MAURICIO TORRES QUIRAMA**

**DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES  
FACULTAD DE DERECHO  
MANIZALES  
2006**

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DEL NUEVO SISTEMA  
PENAL ACUSATORIO Y SU APLICACION EN LA CIUDAD  
DE MANIZALES**

**MAURICIO TORRES QUIRAMA  
DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO**

**TRABAJO DE GRADO**

**PRESIDENTE**

**Doctor ARISTIDES BETANCUR CIUFFETELLI  
Docente Facultad de Derecho**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES  
FACULTAD DE DERECHO  
MANIZALES  
2006**

## **PAGINA DE ACEPTACIÓN**

El trabajo de investigación titulado “**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DEL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SU APLICACIÓN EN LA CIUDAD DE MANIZALES**” elaborado por **MAURICIO TORRES QUIRAMA y DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO**, cumple con los requisitos establecidos por el Consejo Académico mediante la Resolución No. 038 del 25 de septiembre de 1985, la cual reglamentó la elaboración, presentación, evaluación y sustentación de los trabajos de grado para la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales.

---

**Doctor JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**  
**Jurado**

---

**Doctor JAIRO ALBERTO GOMEZ FLOREZ**  
**Jurado**

---

**Doctor ANCIZAR RAMÍREZ TORO**  
**Jurado**

## DEDICATORIA

*“Seis honrados servidores me enseñaron cuanto sé; sus nombres son: cómo, cuándo, dónde, qué, quién y por qué”. Rudyard Kipling.*

Este trabajo de investigación es parte de mi existencia y el comienzo de una etapa profesional, por tal motivo lo dedico a todos aquellos que me ayudaron a conseguir este logro:

A **Dios Todopoderoso** creador del universo y dueño de mi ser, que me permite vivir y construir el buen camino.

A mi esposa y amiga **Orlivia Londoño Rios**, por su apoyo, sacrificios y por su amor incondicional. Por creer en mí y ser la razón e inspiración de mi vida.

A mi padre **Miguel Alfredo Torres Castaño** quien estudió únicamente hasta tercero de primaria y que gracias a su trabajo como campesino y jornalero, en labores llenas de sudor bajo el sol y agua empuñando un azadón o un machete labrando la tierra, me brindó a mí y a sus hijos la herramienta para poder salir adelante en la vida: la educación que él nunca tuvo. A mi madre **Amparo Quirama García** quien nunca pudo asistir a la escuela, sin embargo aprendió a leer y escribir y a conocer la letra “O” gracias a la forma redonda de las roscas de pandequeso. sin los dos no hubiese podido hacer realidad este sueño.

A mis hermanos **Adriana María Torres Quirama y Hector Mario Torres Quirama**, amigos inseparables y ejemplo de superación.

A mi compañero de carrera y gran amigo **Luis Alberto Gómez Gómez** (Q.E.P.D.) quien con su entereza y deseo de superación me enseñó cosas muy valiosas para mi vida.

A mi profesor de matemáticas y física en la secundaria **Oscar Herrera Vélez**, persona que siempre se ha preocupado por el futuro de sus estudiantes e impulsado a los jóvenes de la provincia, para que puedan ingresar a la educación superior.

Mauricio Torres Quirama

En el presente trabajo quiero agradecerle a la **Divina Providencia** por dispensarnos licencia para él.

En memoria de mis padres **Mariano y Fanny** que me legaron su tesón y capacidad de hacer las cosas.

A mi esposa **Hilda Nora** por aguantarme el genio y figura.

A mis hijos **Santiago, Andrés y Mariano**, por quitarles tantas horas de juegos y creatividad.

A los **docentes** por cuan valiosa enseñanza.

Al doctor **Aristides Betancur Ciuffuetelli** por su comprensión; a los doctores **Jairo Ernesto Escobar Sanz, Ancizar Ramírez Toro, Jairo Alberto Gómez Flórez** por su sapiencia y colaboración; a los doctores **Ancizar Londoño Henao y Guillermo León Aguilar González**, por su incondicional colaboración.

A **don Pablo y doña Teresa** por todo lo que me han dado.

A mis hermanos **Stella y Hernán** por privarlos de mi cercanía.

A mis **compañeros** por entender mis inquietudes.

Al Doctor **John Jairo Gómez Cardona** y la Universidad de Manizales, por permitirme haber realizado un sueA mis compañeros de trabajo por ser tan permisivos y a todos los que de una u otra manera han rodeado mi existencia. A todos mil y mil gracias y que el Todopoderoso les compense con creces sus bondades.

Dario Alonso Aguirre Palomino.

## AGRADECIMIENTOS

Al Doctor **John Jairo Gómez Cardona**, por su colaboración e interés.

A la Doctora **Gloria Judith Peláez Torres** y al Doctor **Benjamín Gallo Loaiza**, por su valiosa orientación y en especial por el apoyo bibliográfico brindado al presente trabajo de grado.



## **TABLA DE CONTENIDO**

**PAG.**

### **CAPITULO PRIMERO “TRABAJO DE GRADO”**

<b>1.</b>	<b>DESCRIPCION DEL AREA PROBLEMÁTICA.....</b>	<b>21</b>
<b>2.</b>	<b>JUSTIFICACIÓN.....</b>	<b>24</b>
<b>3.</b>	<b>OBJETIVOS O PROPÓSITOS DEL ESTUDIO.....</b>	<b>26</b>
<b>4.</b>	<b>FORMULACION DE HIPÓTESIS.....</b>	<b>27</b>
<b>5.</b>	<b>METODOLOGÍA EMPLEADA PARA EL LOGRO DE LOS OBJETIVOS.....</b>	<b>28</b>

### **CAPITULO SEGUNDO REFORMA AL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

<b>2.1</b>	<b>REFORMA AL SISTEMA PENAL COLOMBIANO.....</b>	<b>31</b>
------------	---	-----------

<b>2.2</b>	<b>EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>32</b>
------------	---	-----------

**CAPITULO TERCERO**  
**CAMBIOS PRODUCIDOS CON EL ACTO LEGISLATIVO 03**  
**DE 2002 EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.**

<b>3.1</b>	<b>ARTICULO 116.....</b>	<b>37</b>
<b>3.2</b>	<b>ARTICULO 250.....</b>	<b>41</b>
<b>3.3</b>	<b>ARTICULO 251.....</b>	<b>47</b>

**CAPITULO CUARTO**  
**CONSTITUCION Y DERECHO PENAL**

<b>4.1</b>	<b>CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PENAL.....</b>	<b>55</b>
<b>4.2</b>	<b>PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....</b>	<b>60</b>
	<b>4.2.1 Noción.....</b>	<b>63</b>
<b>4.3</b>	<b>GARANTIAS.....</b>	<b>64</b>
	<b>4.3.1 Garantías Sustantivas, Procesales y de Ejecución Penal.</b>	<b>64</b>

4.3.2	Garantías Sustantivas o conjunto de privilegios.....	64
4.3.3	Garantías Procesales.....	66
4.3.4	Garantías de Ejecución Penal.....	67
4.4	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Contradicción o Complementación.....</b>	<b>67</b>
4.5	<b>LA PENA.....</b>	<b>73</b>
4.5.1	<b>Función de la Pena y Teorías.....</b>	<b>74</b>
4.5.1.1	<b>Teorías Absolutas.....</b>	<b>74</b>
4.5.1.2	<b>Teorías Relativas.....</b>	<b>76</b>
4.5.1.2.1	<b>Prevención general negativa.....</b>	<b>76</b>
4.5.1.2.2	<b>Prevención general positiva.....</b>	<b>76</b>
4.5.1.2.3	<b>Prevención Especial.....</b>	<b>77</b>
4.5.1.3	<b>Teorías de la Unión.....</b>	<b>77</b>
4.5.1.4	<b>Teorías Funcionales.....</b>	<b>78</b>

**CAPITULO QUINTO  
POLÍTICA CRIMINAL Y ESTADO**

<b>5.1</b>	<b>POLITICA CRIMINAL.....</b>	<b>81</b>
------------	-------------------------------	-----------

## **CAPITULO SEXTO JUSTICIA RESTAURATIVA**

<b>6.1</b>	<b>CONCEPTO.....</b>	<b>92</b>
<b>6.2</b>	<b>TIPOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN COLOMBIA.....</b>	<b>94</b>
	<b>6.2.1 CONCILIACIÓN PREPROCESAL.....</b>	<b>94</b>
	<b>6.2.1.1 Caducidad.....</b>	<b>97</b>
	<b>6.2.2 CONCILIACIÓN PROCESAL EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL.....</b>	<b>97</b>
	<b>6.2.2.1 Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral.....</b>	<b>98</b>
	<b>6.2.2.2 Caducidad.....</b>	<b>98</b>
	<b>6.2.2.3 Procedencia.....</b>	<b>98</b>
	<b>6.2.3 LA MEDIACIÓN.....</b>	<b>99</b>
	<b>6.2.3.1 Procedencia.....</b>	<b>99</b>

6.2.3.2 Caducidad.....	99
6.2.3.3 Solicitud y Competencia.....	100
6.2.3.4 Efectos.....	100

## **CAPITULO SÉPTIMO OPORTUNIDAD PENAL**

7.1	CRISIS DE LA JUSTICIA.....	103
7.2	LA OPCION DE DESCRIMINALIZAR.....	105
7.2.1	Descriminalización.....	105
7.2.2	Despenalización o adopción de medidas menos severas.....	105
7.2.3	Medidas en Derecho Penal o Derecho Procesal.....	106
7.2.3.1	En Derecho Penal.....	106
7.2.3.2	En Derecho Procesal.....	106
7.2.4	En Derecho Administrativo.....	107
7.2.5	En Derecho Civil.....	107

<b>7.3</b>	<b>CONSIDERACIONES PRELIMINARES ACERCA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....</b>	<b>107</b>
<b>7.4</b>	<b>EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....</b>	<b>109</b>
<b>7.5</b>	<b>CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....</b>	<b>111</b>
<b>7.6</b>	<b>CLASIFICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....</b>	<b>112</b>
	<b>a) De acuerdo al grado de discrecionalidad.....</b>	<b>112</b>
	<b>b) De acuerdo a la etapa procesal.....</b>	<b>114</b>
<b>7.7</b>	<b>FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....</b>	<b>115</b>
<b>7.8</b>	<b>OBJETIVOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....</b>	<b>115</b>
	<b>7.8.1 Descriminalización.....</b>	<b>116</b>
	<b>7.8.2 Resarcimiento a la víctima.....</b>	<b>116</b>
	<b>7.8.3 Eficiencia del sistema penal.....</b>	<b>116</b>

## **CAPITULO OCTAVO**

### **EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA**

<b>8.1</b>	<b>ORIGEN.....</b>	<b>117</b>
------------	--------------------	------------

<b>8.2</b>	<b>CARACTERISTICAS.....</b>	<b>120</b>
<b>8.3</b>	<b>DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....</b>	<b>124</b>
<b>8.4</b>	<b>TIPOS PENALES SUSCEPTIBLES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....</b>	<b>126</b>
	<b>8.4.1 Delitos que requieren querella.....</b>	<b>126</b>
	<b>8.4.1.2 Aquellos delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis años.....</b>	<b>127</b>
	<b>8.4.2 Otros delitos.....</b>	<b>128</b>
<b>8.5</b>	<b>ANALISIS DE LAS CAUSALES PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, CONTEMPLADAS EN EL ARTICULO 324 DE LA LEY 906 DE 2004.....</b>	<b>131</b>
<b>8.6</b>	<b>SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA.....</b>	<b>160</b>
	<b>8.6.1 Condiciones.....</b>	<b>161</b>
<b>8.7</b>	<b>CONTROL JUDICIAL.....</b>	<b>163</b>
<b>8.8</b>	<b>PARTICIPACION DE LAS VICTIMAS.....</b>	<b>163</b>
<b>8.9</b>	<b>EFFECTOS.....</b>	<b>164</b>
<b>8.10</b>	<b>APLICACIÓN.....</b>	<b>164</b>

<b>8.11</b>	<b>REGLAMENTACION.....</b>	<b>164</b>
<b>8.12</b>	<b>TRAMITE.....</b>	<b>169</b>

## **CAPITULO NOVENO ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

<b>A.</b>	<b>JURISPRUDENCIA ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002</b>	
<b>9.1</b>	<b>SENTENCIA C-966 DE 2003.....</b>	<b>171</b>
<b>9.2</b>	<b>SENTENCIA C-1092 DE 2003.....</b>	<b>175</b>
<b>9.3</b>	<b>SENTENCIA C-1200 DE 2003.....</b>	<b>183</b>
<b>B.</b>	<b>JURISPRUDENCIA LEY 906 DE 2004</b>	
<b>9.4</b>	<b>SENTENCIA C-480 DE 2005.....</b>	<b>194</b>
<b>9.5</b>	<b>SENTENCIA C-673 DE 2005.....</b>	<b>199</b>
<b>9.6</b>	<b>SENTENCIA C-979 DE 2005.....</b>	<b>210</b>

## **CAPITULO DECIMO**

## **EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

<b>10.1 REFORMAS DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES EN AMERICA LATINA.....</b>	<b>223</b>
<b>10.1.1 Reformas Procesales.....</b>	<b>225</b>
<b>10.1.2 Reformas Orgánicas.....</b>	<b>227</b>
<b>10.2 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>228</b>
<b>10.2.1 Estructura de Ministerios Públicos: Chile, Bolivia, Argentina, Ecuador y Venezuela.....</b>	<b>230</b>
<b>10.2.2 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN BOLIVIA.....</b>	<b>232</b>
<b>10.2.3 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN PARAGUAY.....</b>	<b>236</b>
<b>10.2.4 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN CHILE.....</b>	<b>242</b>
<b>10.2.5 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN VENEZUELA.....</b>	<b>245</b>
<b>10.2.6 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN PERU.....</b>	<b>249</b>
<b>10.2.7 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ALEMANIA.....</b>	<b>250</b>
<b>10.2.8 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ESTADOS UNIDOS.....</b>	<b>255</b>

10.2.9 NIVELES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LATINOAMÉRICA.....	259
10.3 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y REPARACIÓN ECONOMICA.	260

## **CAPITULO DECIMOPRIMERO LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)**

11.1 CONCEPTO.....	262
11.2 NATURALEZA JURÍDICA.....	266
11.3 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA CPI.....	267
11.4 COLOMBIA Y LA CPI.....	273

## **CAPITULO DECIMOSEGUNDO OTRAS FORMAS DE EXTINGUIR LA ACCION PENAL**

12.1 PRECLUSION.....	275
12.2 PRESCRIPCION.....	276
12.3 OBLACION.....	277

<b>12.4</b>	<b>CADUCIDAD DE LA QUERELLA Y DESISTIMIENTO.....</b>	<b>277</b>
<b>12.5</b>	<b>AMNISTIA.....</b>	<b>278</b>
<b>12.6</b>	<b>INDULTO.....</b>	<b>284</b>
<b>12.7</b>	<b>DIFERENCIAS ENTRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y OTRAS FIGURAS PROCESALES</b>	
<b>12.7.1</b>	<b>Amnistía y Principio de Oportunidad.....</b>	<b>285</b>
<b>12.7.2</b>	<b>Indulto y Principio de Oportunidad.....</b>	<b>286</b>
<b>12.7.3</b>	<b>Prescripción y Principio de Oportunidad.....</b>	<b>287</b>
<b>12.7.4</b>	<b>Preclusión y Principio de Oportunidad.....</b>	<b>288</b>
<b>12.7.5</b>	<b>Oblación y Principio de Oportunidad.....</b>	<b>289</b>
<b>12.7.6</b>	<b>Conciliación y Principio de Oportunidad.....</b>	<b>290</b>
<b>12.7.7</b>	<b>Desistimiento y Principio de Oportunidad.....</b>	<b>291</b>
<b>12.7.8</b>	<b>Querella y Principio de Oportunidad.....</b>	<b>292</b>
<b>12.7.9</b>	<b>Allanamiento a cargos y Principio de Oportunidad.....</b>	<b>293</b>
<b>12.7.10</b>	<b>Reparación Integral y Principio de Oportunidad.....</b>	<b>294</b>

12.7.11 Archivo de diligencias y Principio de Oportunidad.....	295
--	-----

**CAPITULO DECIMOTERCERO  
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA CIUDAD DE  
MANIZALES**

13.1 PORCENTAJE DELITOS INGRESADOS AL SISTEMA PENAL PENAL ACUSATORIO DURANTE EL AÑO 2005.....	296
13.2 PORCENTAJE DE APLICACIÓN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA CIUDAD DE MANIZALES Y CASOS EN QUE SE APLICÓ.....	299
13.3 PROBLEMAS SURGIDOS EN EL PAIS EN RELACION CON EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	308
CONCLUSIONES.....	310
BIBLIOGRAFÍA.....	318
ANEXOS.....	324

# **CAPITULO PRIMERO**

## **“TRABAJO DE GRADO”**

### **1. DESCRIPCION DEL AREA PROBLEMÁTICA**

La Constitución de 1991, creó La Fiscalía General de la Nación, distinta en sus funciones a la manera como el ente acusatorio era entendido en otras naciones. En tal sentido, además de las tareas de instrucción, investigación y acusación, se le dio la facultad de decisión sobre la libertad y bienes de los sindicados. Esta dualidad era extraña en el contexto internacional y mal percibida entre los entendidos y expertos en derecho penal, quienes abogaban por eliminar esta última función.

Como resultado de un proceso democrático, se acogió en ese entonces lo que hoy en día se denomina “Proceso Acusatorio a la Colombiana”; en él, la Fiscalía tomaba decisiones propias de los jueces desplazándolos del rol protagónico que deben tener en un esquema procesal penal.

En toda la historia del régimen penal patrio, ha coexistido una legislación en la que prevalecen las cuestiones formales con sujeción a unos procedimientos y medios de actuación demasiado lentos. El proceso escrito o dictado, es la regla general y la oralidad es la excepción. Se hacen cambios a las normas positivas en forma desordenada y poco ajustada a la realidad nacional y judicial, particularmente, en el ámbito penal. No existe una política criminal definida. Muchas facultades de Derecho gradúan profesionales sin suficientes competencias para administrar justicia, y aún para el ejercicio mismo de la abogacía. Y, para completar, la sociedad colombiana está desmotivada y desencantada con su sistema de justicia y con el grado de impunidad reinante.

Con la expedición del acto legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>1</sup>, se introdujo una modificación al artículo 250 de la Constitución de 1991, el cual cambia el sistema procesal penal en Colombia y se introduce el Principio de Oportunidad:

Artículo 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

**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. (Negritas y subrayas fuera de texto).

Con la adopción de este principio se busca que el sistema penal acusatorio tenga unos criterios de selectividad para el ejercicio de la acción penal; –no tenerlos determinaría el fracaso del mismo sistema–. Este principio no se contrapone a otro gran principio: el de legalidad, es la excepción.

Esto permite al ente acusador de acuerdo con la ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>2</sup>, la no persecución de ciertos tipos penales que siendo delictuales, con base a la política criminal no van a juicio.

---

<sup>1</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

<sup>2</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

En el contexto social colombiano se presenta un alto índice del fenómeno delictivo, sobre todo el relacionado con la pequeña criminalidad. El ordenamiento procesal penal se encuentra regido por el Principio de Legalidad. Sin embargo, **con la introducción de los Criterios de Oportunidad se verán alteradas algunas de sus manifestaciones, sobre todo las vinculadas con las facultades que la ley asigna al Fiscal para el inicio del proceso**, como es el caso del Principio de Obligatoriedad, conforme al cual la Fiscalía está obligada a ejercitar la acción penal ante toda *notitia criminis* que llega a su conocimiento. Asimismo, el instituto de Oportunidad repercute en el carácter indisponible de la misma, cuya base teórica se identifica con el Principio de Legalidad.

Estamos, pues, ante un contexto jurídico en el cual el Principio de Obligatoriedad y el carácter indisponible de la acción penal, se mantienen como una regla general en el actuar de la Fiscalía. Con la **introducción de los Criterios de Oportunidad** se han fijado legalmente los casos en que la regla de la obligatoriedad –que ya no debe entenderse en forma estricta– puede ser dejada de lado por el fiscal y, además, circunscribir la disponibilidad de la acción punitiva tratándose de delitos de escasa relevancia social.

De lo expuesto surge la siguiente pregunta de investigación **¿Cómo ha aplicado la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Manizales, el PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD regulado en la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>3</sup>, en el período de enero a diciembre del año 2005?**

---

<sup>3</sup> Ibid.

## 2. JUSTIFICACION

La experiencia de la reforma procesal latinoamericana muestra distintas facetas que conviene revisar con detenimiento. En varios de los países donde se ha adoptado el nuevo modelo para la administración de justicia en materia penal, han surgido unas largas listas de dificultades y deficiencias en la práctica.

En Colombia, la reforma procesal puesta en marcha, no es sólo una reforma más en el sumario que al respecto tiene nuestro sistema penal. Esta reforma tiene impresas connotaciones especiales que la convierten en el punto de quiebre de la historia del procedimiento penal colombiano.

El objetivo de la inclusión del principio de oportunidad en el sistema acusatorio, es el de disminuir las cifras de congestión judicial, fenómeno que conduce a un desgaste innecesario. Por lo tanto, se pretende resolver conflictos menores que se presentan con gran frecuencia y que en la mayoría de los casos no alcanzan a vulnerar materialmente el bien jurídico protegido por el legislador.

Indudablemente, el espíritu del principio de oportunidad está cimentado sobre la necesidad de simplificar, de acelerar y de hacer eficiente la administración de justicia en el país. Esto se logra despenalizando algunos comportamientos de la denominada “criminalidad de poca monta”.

En esta medida, y teniendo en cuenta que otrora las reformas no tuvieron un impacto real en los problemas de impunidad, retardo e ineficiencia del aparato judicial; se hace del interés para la comunidad académica contar con un documento expositivo, explicativo y demostrativo, que de manera confiable

profundice en el tema que, sin duda, se convertirá en uno de los primeros documentos de relacionados con el objeto de investigación y análisis de las implicaciones y eficacia del **Principio de Oportunidad** en la ciudad de Manizales.

Dado que el tema es nuevo en el ámbito del ordenamiento jurídico –tenemos la certeza que son pocos los estudios al respecto en nuestro país–, nuestro trabajo investigativo es uno de los primeros de los que se realicen tanto en Colombia como en la ciudad de Manizales.

### **3. OBJETIVOS O PROPOSITOS DEL ESTUDIO**

#### **3.1 General**

- Identificar las consecuencias favorables y desfavorables que sobre el proceso penal, tendrá la aplicación del Principio de Oportunidad implementado en la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>4</sup> en la ciudad de Manizales.

#### **3.2 Específicos**

- Contribuir con el debate académico que se genera en la ciudad y en el país, en relación con la implementación del principio de oportunidad, a través de un documento de investigación.
- Determinar estadísticamente el impacto que ha tenido el principio de oportunidad en el proceso penal en la ciudad de Manizales.
- Crear un texto de consulta, que sirva de referencia para la comunidad académica en relación con el Principio de Oportunidad.

---

<sup>4</sup> Ibid.

## **4. FORMULACION DE HIPOTESIS**

### **4.1 Hipótesis Principal**

- La complejidad de la aplicación del Principio de Oportunidad del Sistema Penal Acusatorio en los procesos penales de la ciudad de Manizales, producirá su poca operatividad.

### **4.2 Hipótesis Auxiliares**

- El Gobierno Colombiano no ha generado las condiciones necesarias en educación, infraestructura y medios logísticos para garantizar la efectividad de la aplicación del principio de oportunidad.
- Cuando se implementan cambios estructurales al sistema penal, que impliquen la introducción por primera vez de figuras jurídicas, su implementación, aplicabilidad y eficacia al comienzo de su vigencia es reducida.

## 5. METODOLOGIA EMPLEADA PARA EL LOGRO DE LOS OBJETIVOS

El presente trabajo de tesis como requisito para optar al título de abogado, posee una orientación crítica-hermenéutica porque su construcción está respaldada en interpretaciones normativas constitucionales y legales, doctrinales y jurisprudenciales del ordenamiento jurídico colombiano y del derecho comparado en torno del Principio de Oportunidad.

➤ Con el propósito de construir el nivel descriptivo de la investigación, se realizó el correspondiente rastreo bibliográfico<sup>5</sup> en varias etapas, que proporcionó los elementos teóricos del tema objeto de investigación:

1. Bibliotecas de la ciudad de Manizales: Universidad de Manizales, Universidad de Caldas, Banco de la República, y el cual desafortunadamente no arrojó resultados positivos, porque en las bibliotecas locales no existe ninguna clase de material al respecto.
2. Bibliotecas otras ciudades<sup>6</sup>: Bogotá y Medellín: Universidad Nacional, Universidad del Rosario, Universidad Externado, Universidad Libre, Universidad Javeriana y la Universidad de Antioquia, que arrojó como resultado la identificación de un importante aunque escaso material de apoyo, el cual se recopiló.

---

<sup>5</sup> Es decir que el plano operativo de la investigación, parte desde un método deductivo general proporcionado por elementos teóricos aportados por el material bibliográfico hacia lo particular y sus implicaciones. El carácter de la investigación debido a que el objeto de estudio no es susceptible de ser controlado de forma técnica es del tipo no experimental.

<sup>6</sup> Esta consulta se realizó a través de las respectivas páginas web de las universidades.

3. Por último, ante la ausencia de literatura sobre el Principio de Oportunidad en nuestro país, buscamos bibliografía extranjera a través de la Internet; en la red encontramos un libro publicado en Argentina por la editorial Ad Hoc, texto del que obtuvimos la versión completa e impresa. También ésta búsqueda produjo gran cantidad de documentos –alrededor de 200– que una vez realizado el correspondiente proceso de “filtro de información” no alcanzaron a superar cinco documentos útiles para los fines y lineamientos de la presente investigación.

- En consideración al interrogante objeto de la investigación, se utilizó un estudio descriptivo sustentado por un trabajo de campo de observación directa y estadística, el cual nos permitió examinar desde diferentes puntos de vista –implementación, aplicabilidad, características, etc– una figura jurídica nueva en el país y su aplicabilidad por parte de la Fiscalía en la ciudad de Manizales. Igualmente, se abordó el conocimiento objeto de investigación a través de asesorías personalizadas de especialistas en derecho penal y la asistencia a conferencias organizadas por la Fiscalía General de la Nación.
- Lo anterior conduce a establecer las posibles relaciones y dicotomías entre el mencionado principio y algunos principios constitucionales; sobretodo, el principio de legalidad e igualdad y analizar de una manera crítica su incidencia en el nuevo sistema penal. Estos elementos de contexto son necesarios para estudiar la introducción del principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico colombiano y, en particular, su incidencia en la ciudad de Manizales, desde aspectos muy amplios y variados como su naturaleza, características, consagración, controles, etc.

- Este trabajo no pretende influir en el objeto de investigación dado que la fuente principal y la población es documental.

- Observación directa y muestreo:

Para ésta investigación, es necesario un trabajo de campo presencial y directo, que nos permita llegar a un nivel de profundización y esto se posibilita acudiendo a los estamentos oficiales pertinentes, solicitando a través del Derecho de Petición la información que se requiera.

El análisis de la muestra se orientó hacia los parámetros establecidos por el objeto y el planteamiento del problema de investigación, de manera tal que las conclusiones a las que se llegó fueran acordes con los objetivos específicos y generales.

- Las conclusiones son una parte del aporte final y el resultado arrojado con la investigación a través de una construcción teórica-crítica, sin olvidar que también están reflejadas en las diferentes partes del trabajo de investigación.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **REFORMA AL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

#### **2.1 REFORMA AL SISTEMA PENAL COLOMBIANO**

En el año 2002, en el oficio de remisión al entonces Presidente de la República, Doctor Andrés Pastrana Arango, del proyecto que pretendía reformar la Constitución Política de 1991, el ente acusador resaltó que en las normas propuestas se estructura un sistema en el cual la libertad y los bienes de los sindicados solo pueden afectarse en virtud de disposición judicial.

Por otra parte, la acusación aceptada origina la controversia y promueve efectivamente la acción penal. Se garantiza, de esta manera, la imparcialidad del juzgador y se fortalece la capacidad investigativa de la Fiscalía.

La necesidad de implementar un sistema penal de tendencia acusatoria, está justificada con base en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad e incluso en la misma Constitución Política de 1991 que contiene imperativos al respecto.

En cuanto a la parte funcional era evidente que los procesos se instruían con un mínimo sustento probatorio en razón a la diversidad de funciones: dirigir la investigación, titularidad de la acción penal, etc. Expresado de otra manera, en una sola entidad se conjugaban las funciones de acusador, defensa y juez, con lo cual se dificultaba y obstruía la función investigativa.

Despojar a la Fiscalía de actuaciones judiciales para que su actividad sea únicamente investigar y acusar ante un juez. Lo anterior halla sustento en el cambio de un sistema inquisitivo –que gira en torno a la investigación– hacia un proceso acusatorio caracterizado por un juicio público, oral, contradictorio y concentrado.

El sistema acusatorio tendría muchas ventajas con respecto al modelo anterior. Se permitiría, por ejemplo, que un juicio fuera el escenario indicado para desarrollar un debate probatorio, concebido como la contienda entre dos sujetos procesales – defensa Vs. Acusador– ubicados en un mismo plano de igualdad ante un tercero imparcial: el juez.

## **2.2 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: DERECHOS HUMANOS**

Acerca del tema de los Tratados de Derechos Humanos, la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia doctrina en torno a los artículos 93 y 94 de la Carta Política de 1991 denominado “Bloque de Constitucionalidad”.

En la Constitución Política de 1991, a través del bloque de constitucionalidad, se inserta el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial. Principio que se afectaba, ya que anteriormente cuando un fiscal tomaba una decisión judicial – decretar pruebas, practicarlas y valorarlas, profería medidas de aseguramiento, ordenaba capturas, etc– comprometía la imparcialidad del juzgador. Sobre el particular destaca la Corte Constitucional:

La imparcialidad judicial se afecta en la medida en que el funcionario que investiga tenga facultades de juez, porque él está interesado en el resultado de la investigación. Su función primordial es investigar los delitos y acusar a los presuntos transgresores de la ley penal ante los

jueces de la República, lo cual es incompatible con la función de garantizar las libertades del procesado. Si a una misma persona se le asignan las funciones de investigar y proferir providencias de contenido judicial cumplirá en forma ineficiente ambas tareas, por que ellas se contraponen<sup>7</sup>.

El proceso mixto vigente hasta la reforma permitía la realización de juicios con dilaciones injustificadas. En el entonces proyecto de Acto Legislativo radicado en la Cámara con el número 237, se registran estadísticas aportadas por la Fiscalía en las cuales se indicaba que alrededor de 1.100.000 procesos permanecían dentro del sistema para su investigación y el número crecía a una tasa anual del cinco por ciento (5%). También que 330.000 investigaciones quedaban inactivas anualmente. Esto representaba el 36% del total de salidas de la etapa acusatoria para 1996, el 40% para 1997 y 1998 y el 34% para 1999.

De la misma manera el proyecto de Acto Legislativo mencionaba cifras de una investigación realizada en Bogotá, por la Corporación Excelencia en la Justicia, denominada *Actualización de tiempos procesales penales*. Tal estudio demostró que el mayor problema en el aparato judicial se presentaba en la etapa de juicio, en donde el promedio de días para proferir un fallo era de 297. Período muy por encima del legal.

Todo lo cual expresa la ineficiencia y poca eficacia en la persecución penal; la congestión de los despachos; el retraso y demora en las decisiones judiciales.

En conclusión, el sistema procesal penal vigente en las últimas décadas en Colombia y, en especial, el modelo que rigió desde la Constitución de 1991 desconocía abiertamente mandatos constitucionales y tratados internacionales

---

<sup>7</sup> Sentencia C-760 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

sobre derechos humanos ratificados por nuestro país. Entre los preceptos constitucionales desconocidos figuran los siguientes:

**ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; **a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas**; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

**ARTICULO 93. (Adicionado por Acto Legislativo 02 de 2001<sup>8</sup>)**

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

---

<sup>8</sup> Diario Oficial No. 44.506 del 1 de agosto de 2001.

**Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.**

***Acto Legislativo 2 de 2001<sup>9</sup>, Artículo 1°. Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política con el siguiente texto:***

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

**ARTICULO 94.** La enunciación de **los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes**, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

**ARTICULO 228.** La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. **Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado.** Su

---

<sup>9</sup> Ibid.

funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

**CAPITULO TERCERO**  
**3. CAMBIOS PRODUCIDOS CON EL ACTO LEGISLATIVO 03**  
**DE 2002<sup>10</sup> .**

**3.1 ARTICULO 116. (Modificado. Acto Legislativo 3 de 2002. Artículo 1)**

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

La novedad que introduce esta modificación constitucional, radica en la posibilidad de que los particulares puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la **condición de jurados en las causas criminales**.

---

<sup>10</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

Los defensores del jurado de conciencia afirman su bondad en los siguientes puntos:

1. Es uno de los pilares sobre los cuales se asienta la democracia
2. Es fiel intérprete de conciencia pública
3. El jurado, mientras juzga, mantiene atención concentrada sobre todo el desarrollo del proceso y es, por consiguiente correctivo de errores judiciales
4. El jurado es factor de justicia<sup>11</sup>

Aunque no es tema del presente trabajo de grado, es necesario referirse a algunas consideraciones que posibilitan una reflexión sobre el jurado de conciencia.

En términos absolutos, no es cierto que el jurado de conciencia sea un pilar de la democracia, pues en países con regímenes dictatoriales se han instituido tribunales populares, como ocurrió, por ejemplo, en la desaparecida Unión Soviética.

Es cierto que la institución de los jurados nació en Estados democráticos y tuvo sus antecedentes históricos en Grecia, en la Carta Magna inglesa y desarrollos importantes con la Revolución Francesa. Es cierto, también que los jurados de conciencia implican radicar funciones judiciales en cabeza los ciudadanos. Sin embargo, de tales proposiciones no se sigue necesariamente que deba atribuírsele un carácter político –que la asocia con un fuero popular–, en tanto lo que realmente caracteriza a una democracia es la separación de los poderes legislativo, judicial y ejecutivo.

---

<sup>11</sup> QUINTERO OSPINA, Tiberio. *Anatomía del jurado de conciencia*. Bogotá : Venus, 1977. p. 7 – 17.

En cuanto al segundo punto, surge una pregunta: ¿es siempre, en todos los casos, el jurado fiel intérprete de la conciencia ciudadana? No. Aunque aun falta reglamentar sobre este tema, es probable que la selección de los jurados se realizará a través de un sorteo aleatorio. ¿Qué tan fiable puede ser elegir tres, cinco o más personas de un gran total de una comunidad? ¿cuáles serán las condiciones de esas personas elegidas? ¿se tendrá en cuenta sólo a las que tienen una mejor formación? ¿qué pasará con aquellas personas iletradas que disponen de un buen sentido común y un concepto de justicia válido que les posibilita una mejor interpretación de un caso? Es muy posible que no siempre un jurado represente el sentimiento de justicia de un país.

En cuanto al tercer punto, se parte de la acusación implícita de que los jueces, por ejercer una función permanente, ponen poca atención en lo que se debate en su presencia. Que son técnicos y mecánicos en el manejo de expedientes y en la interpretación de la ley. En resumen, para los detractores, los jueces son personas indiferentes a la suerte del implicado en un juicio.

Sin embargo, si bien es cierto que algunos jueces son mecánicos en los procedimientos e indiferentes a la suerte de los procesados, no es lógico afirmar que eso ocurra con todos los jueces y mucho menos inferir que por la conducta de algunos operadores jurídicos se deba admitir que los jurados tengan mayor interés en el desarrollo del proceso y que, por lo tanto, se conviertan en *correctivos de errores judiciales*. Es difícil aceptar la validez de estos presupuestos, pues dada la complejidad de nuestra legislación penal, nadie es más competente para juzgar y determinar las consecuencias jurídicas que una persona que tiene la preparación académica que aquella que nunca ha tenido las bases mínimas para hacerlo.

Esto se puede ilustrar con el pensamiento de sentido común. En un proceso penal se está discutiendo el derecho fundamental del hombre a la libertad –con las

implicaciones teóricas que ésta tiene— ¿Quién sería más indicado para decidir la cuestión sino aquellas personas que se han dedicado y se han formado en la disciplina del Derecho? No sabemos cuando se reglamentará la participación de los jurados en el proceso penal. Sin embargo, sería muy complejo impedir que las decisiones no estén influenciadas por prejuicios, simpatías hacia un acusado, emociones personales y maneras de percibir las cosas.

Dados estos factores subjetivos, ¿resulta correcto afirmar que las decisiones tomadas por un jurado son factor de justicia? esto podrá probarse cuando asistamos ante un juez de conocimiento y varios jurados tengan la potestad de emitir un veredicto de culpabilidad o inocencia.

Esos factores subjetivos impondrían, además, otras dinámicas. Las facultades de Derecho deberán impartir formación no sólo en técnicas de argumentación, sino, también, en habilidades histriónicas porque el deber del abogado no será convencer a un juez con argumentos jurídicos, pues su preocupación se centrará en impresionar a un jurado: sugestionarlo hasta llegar a conmoverlo y no producir una persuasión. Como bien lo sintetiza el profesor Quintero: “por eso se dirige al sentimiento y no a la razón. Por eso sus argumentaciones no son dechado de tecnicismo, objetividad y lógica, sino expresión de emociones, excitación de afectos, representación teatral y espectacular”<sup>12</sup>.

La justicia colombiana padece muchas falencias. Entre ellas cabe señalar la corrupción, el influjo de los dineros del dinero del narcotráfico, la delincuencia de cuello blanco, la politización de la rama justicia, etc. Si se aplica el modelo de jurados, es muy probable que aumenten los problemas, porque tendríamos a unas personas particulares investidas transitoriamente de la función de administrar justicia.

---

<sup>12</sup> Ibid.

Es mas fiable ejercer controles por medio de mecanismos procesales establecidos en la ley, que dejar la justicia en manos del aleas o azar. Uno de los más grandes penalistas, Francisco Carrara afirmaba que “la justicia penal se está convirtiendo en una lotería, pues se quita la balanza de las manos de la justicia, para reemplazarla por una urna”.

### **3.2 ARTICULO 250. (Modificado. Acto Legislativo 3 de 2002. Artículo 2º)**

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.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, [al solo efecto de determinar su validez]. [Frase entre corchetes declarado inexecutable Sentencia C-1092/2003]

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito

para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

**PARAGRAFO.** La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la

## Constitución Nacional.

Dentro de las modificaciones que realizó el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>13</sup>, sin duda, la más importante es la que atañe a este artículo, que establece las funciones de la Fiscalía General de la Nación:

- 3.2.1 Desaparecen las expresiones “juzgados y tribunales competentes” y se incluyen dos nuevas figuras: juez de control de garantías y juez de conocimiento.
- 3.2.2 La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal, es decir posee un monopolio exclusivo de realizar la investigación y la acusación en todos los delitos sin excepción y, bajo ninguna circunstancia legal puede atribuirse o crearse un ente para la investigación y acusación de delitos específicos. Excepto los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio.
- 3.2.3 Anteriormente la Fiscalía en la investigación –en calidad de acusador– descubría, admitía, practicaba y recaudaba las pruebas, y a la vez hacía un juicio valorativo de las mismas, –en calidad de juez–.

Se establece una separación de funciones que siempre fueron incompatibles con el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de neutralidad o imparcialidad que debe caracterizar a un juez<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

<sup>14</sup> Ello se explica con un ejemplo: Juan comete un homicidio en la persona de Pedro. El Fiscal del caso, bajo el sistema anterior, podía detener, acusar, descubrir y recaudar todo el material probatorio desfavorable a Juan que demostrara su culpabilidad; y por lo tanto debía quebrar o desvirtuar la presunción de inocencia. Es decir que, desde el principio, el fiscal miraba al encartado

Aunque el ente acusador goza de amplias facultades –tomar medidas necesarias— para que el procesado comparezca al proceso, la libertad, que es el bien más importante del procesado, la resuelve un juez de control de garantías que avala los procedimientos realizados por la Fiscalía a través del control de legalidad.

- 3.2.4 El Fiscal debe presentar escrito de acusación ante un juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías:

Juicio público y sin dilaciones injustificadas impuesto por la Constitución Política de 1991 en el artículo 29, esto se ve reflejado en los procesos en donde ninguno de los sujetos procesales –juez, fiscal, defensor, etc– debe atentar contra los mismos.

Principio de la oralidad unido estrechamente con el principio de publicidad y contrario a los formalismos del papel escrito, beneficia el uso de la palabra por las partes, hace menos extensos y concentrados los procesos.

La prueba practicada directamente en el juicio ante el juez de conocimiento le permite hacer una verdadera inmediación de la misma y ser imparcial, muy diferente a la prueba documental recaudada en el anterior sistema y dirigida por los fiscales o en muchas ocasiones recibidas por otra clase de funcionarios como secretarios, escribientes, citadores, etc.

---

como un criminal y después como un juez mesurado evaluaba la prueba junto con los medios de defensa utilizados por el acusado, sin inclinar la balanza para determinar si adelantaba la acusación ante el juez respectivo.

- 3.2.5 Sólo el juez de conocimiento, por solicitud de la Fiscalía, puede decretar la preclusión de una investigación –que es una función judicial– cuando no hubiere mérito para acusar.
- 3.2.6 Inclusión del Principio de Oportunidad como excepción al principio de legalidad.
- 3.2.7 Cuando la Fiscalía requiera aplicar medidas adicionales que impliquen la afectación de derechos fundamentales, debe ser autorizada por el juez de control de garantías.
- 3.2.8 Cuando la Fiscalía efectúe registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, exige un control de legalidad por parte del juez de control de garantías, con lo cual se protegen derechos fundamentales como la libertad y la intimidad.
- 3.2.9 Por regla general no corresponde a la Fiscalía, asegurar la comparecencia de los infractores al proceso –adoptando las medidas de aseguramiento pertinentes– ahora las debe solicitar al juez de control de garantías.
- 3.2.10 La Fiscalía debe asegurar los elementos materiales probatorios, para lo cual debe garantizar la cadena de custodia mientras se realiza la contradicción de las pruebas.
- 3.2.11 Las medidas judiciales necesarias para asistir a las víctimas de un delito, el restablecimiento del derecho y la reparación integral, no corresponde tomarlas ya al ente acusador sino que deben ser solicitadas al juez de conocimiento.

### **3.3 ARTICULO 251. (Modificado. Acto Legislativo 3 de 2002. Artículo 3°)**

Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.
2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.
3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.
4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.
5. Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.
6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

Con la reforma introducida se busca reivindicar el papel investigativo y acusador, permitiéndole al Fiscal orientar una gestión eficaz. Para ello se requiere de una estructura jerarquizada y, en función del principio de unidad de gestión para una coherencia institucional.

En la cúspide de la pirámide del ente investigador se encuentra el más alto funcionario: el Fiscal General de la Nación. Lo natural es que tenga la facultad de desplazar y asumir directamente las investigaciones, ya que un subalterno –un fiscal– recibe las funciones por delegación de su superior y una característica de tal figura es la posibilidad de que el delegante reasuma las funciones. Esto es connatural con el principio de subordinación, que implica que debe existir una dependencia y de esta manera hay unidad de gestión.

Respecto al modelo de Fiscalía, asumido a través del acto legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>15</sup>, en salvamento de voto a la Sentencia C-888-04<sup>16</sup>, el magistrado Jaime Araújo Rentería expresó que:

El Acto Legislativo número 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>17</sup> contiene la peor forma de contradicción; esto es una contradicción interna, consigo mismo, lo que los lógicos denominan *contradictio in seipso*....

Es incoherente porque no escogió un sistema definido de Fiscalía, con todas sus virtudes y defectos, sino que mezcló lo peor de todos los sistemas de Fiscalía existentes en el mundo y creó un *frankenstein* jurídico y un demonio que pone en peligro la libertad de los ciudadanos. Por ejemplo, quiso imitar el sistema norteamericano de fiscalía administrativa pero se le olvidó que en ese sistema la fiscalía no puede privar de la libertad, ni realizar registros, allanar o interceptar sin autorización del juez,

---

<sup>15</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

<sup>16</sup> M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>17</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

de manera que si un fiscal quiere registrar, capturar o allanar, debe previamente presentar pruebas ante el juez para que éste las evalúe y determine si en realidad se puede capturar, registrar, allanar o interceptar.

Tampoco escogió un sistema de fiscalía judicial, como por ejemplo, el italiano donde por pertenecer a la rama judicial se aplican todas las características y garantías del sistema judicial, como es la independencia de los jueces, y donde los fiscales no pueden recibir órdenes ni instrucciones de otros fiscales, ni siquiera del Fiscal General y donde no existe jerarquía sino competencias diversas. En un sistema de fiscalía judicial cada fiscal es autónomo para decidir qué pruebas practica y cuales no, si priva de la libertad o no priva de ella y no puede recibir órdenes o instrucciones de cómo debe fallar o someter a un superior sus proyectos de fallo de detención y lo que es más importante, no pueden existir fiscales a dedo porque esto viola la garantía constitucional del juez natural.

La función legislativa es el desarrollo inmediato de la Constitución. La función ejecutiva y jurisdiccional son desarrollo mediato de la Constitución e inmediato de la Ley, ejecución de la Ley. Lo que diferencia estas dos formas de ejecución de la ley, es que en la rama ejecutiva, el órgano de superior jerarquía puede darle órdenes al de inferior jerarquía (la administración pública es jerarquizada), en cambio, en la rama jurisdiccional lo típico es precisamente lo contrario: que el órgano de superior jerarquía (el juez superior), no puede dar órdenes al inferior, no puede decirle que aplique la ley de tal o cual manera. El juez sólo está atado a la ley: en el Estado de derecho el juez es independiente en un doble sentido: en el sentido de que la rama jurisdiccional no está bajo las órdenes de otra rama del poder público y de que el juez al fallar sólo está atado a la ley.

La jurisprudencia Constitucional con anterioridad, ha definido este concepto y limitado su aplicación siempre y cuando no se vulneraran los principios de autonomía e independencia de los funcionarios judiciales. En la Sentencia C-558<sup>18</sup> de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, se pronunció en relación con el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Fiscalía General de la Nación; los deberes de independencia e imparcialidad que deben acompañar la administración de justicia fueron caracterizados en la sentencia C-037<sup>19</sup> de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa de donde se concluye que ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias. En Sentencia C-543<sup>20</sup> de 1992, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y, más recientemente en Sentencia C-873 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, quien escribió:

---

<sup>18</sup> “existen algunas que son eminentemente jurisdiccionales, tales como la expedición de medidas de aseguramiento que restringen la libertad del investigado, como la detención, la conminación, la caución, para asegurar su comparecencia en el proceso; la facultad para resolver la situación jurídica del indagado, la potestad para calificar el mérito del sumario; la atribución de dictar resoluciones de acusación ante los jueces al presunto responsable de un hecho punible, etc., de manera que cuando los fiscales ejercen estas actividades cumplen una función jurisdiccional, y por tanto, actúan como verdaderos jueces. Siendo así, son aplicables a los fiscales los artículos 228 y 230 de la Carta, que consagran la independencia y autonomía de los jueces, quienes en sus providencias, solamente están sometidos al imperio de la ley”

<sup>19</sup> “como principios esenciales para lograr el propósito central de la función jurisdiccional, como lo es el de impartir justicia; en tal oportunidad, se definió la independencia como la ausencia de presiones ejercidas sobre los funcionarios, esto es, que quienes administran justicia no se vean sometidos a “insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial... la independencia se predica también... respeto de los superiores jerárquicos dentro de la rama judicial”. Por su parte, la imparcialidad fue descrita como consecuencia del derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley, en particular ante la administración de justicia, y manifestación de la rectitud del juez”.

<sup>20</sup> “el principio democrático de la autonomía funcional del juez, hoy expresamente reconocido en la Carta Política, busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta. Aún cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia apelada o consultada (art. 31 de la Constitución), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se ajusta a las prescripciones legales pero sin imponer su criterio personal”.

De allí se deduce que, por virtud de lo dispuesto en los artículos 228 y 230 de la Constitución, los fiscales, en tanto ejercen funciones judiciales y a su cargo se encuentra la instrucción de procesos penales en un sistema con las características del creado en 1991, son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, y deben cumplir con el mandato de imparcialidad para preservar los derechos del investigado al debido proceso y la igualdad; en consecuencia, ni siquiera el Fiscal General puede intervenir en el desarrollo específico de las investigaciones asignadas a cada fiscal, puesto que ello equivaldría a inmiscuirse indebidamente en un ámbito constitucionalmente resguardado de autonomía en el ejercicio de la función jurisdiccional. Como consecuencia, el ejercicio de atribuciones tales como las que tiene el Fiscal General de reasignar procesos o asumir directamente el conocimiento de una investigación desplazando al fiscal competente, debe permitirse únicamente en hipótesis excepcionales, en las cuales se presenten circunstancias de peso que así lo justifiquen – las cuales deben quedar claramente plasmadas en la decisión correspondiente, para permitir el derecho de defensa de los afectados.

Lo anterior no obsta para que, en ejercicio de sus poderes generales de dirección y orientación de las actividades de investigación penal, el Fiscal General de la Nación trace políticas generales aplicables a las distintas actividades desarrolladas por los funcionarios de la Fiscalía; tales políticas pueden estar referidas a aspectos fácticos o técnicos del proceso de investigación, así como a asuntos jurídicos generales de índole interpretativa, y pueden fijar prioridades, parámetros o criterios institucionales para el ejercicio de la actividad investigativa, así como designar unidades especiales para ciertos temas. Esto implica que el Fiscal General sí puede orientar en términos generales el funcionamiento de la Fiscalía en tanto institución unitaria, así como llevar a cabo

actividades de seguimiento y evaluación sobre el desempeño general de la entidad; pero todo ello debe realizarse *en general*, sin que se invoquen dichas facultades de orientación y definición de políticas para incidir sobre la investigación o apreciación de casos concretos por parte de los fiscales que tienen a su cargo la instrucción, ni sobre la forma en que se debe interpretar y aplicar la ley penal frente a situaciones particulares que ya son de competencia de dichos fiscales. Los lineamientos, pautas y políticas que trace el Fiscal General de la Nación deben ser, así, de carácter general, como también lo deben ser aquellos parámetros o criterios adoptados por los Directores Nacional o Seccionales de Fiscalías en cumplimiento de sus funciones, para respetar los mandatos constitucionales de independencia, imparcialidad y autonomía en la administración de justicia. En el nuevo sistema, el principio de jerarquía adquiere unas connotaciones especiales, distintas a las que tenía bajo el esquema original de 1991, que no entra la Corte a precisar en esta oportunidad.

Es decir que las facultades asignadas al Fiscal, al Director Nacional de Fiscalías y a los Directores Nacionales, les permiten hacer una orientación general acerca del funcionamiento del ente investigador como institución, realizar actividades de seguimiento, evaluación pero sin que ello les dé la facultad de interferir directamente.

Sin embargo, tales principios se podrían ver amenazados por la nueva reforma que establece una dirección más vigorosa y de gran autoridad en relación con los subalternos, contrario a lo que sucedía antes. Ahora el principio de jerarquía no puede ser interpretado restrictivamente a asuntos disciplinarios, administrativos y funcionales, sino que se establece una posibilidad de injerencia en las decisiones que deban tomar los fiscales en desarrollo de la actividad investigativa y

acusadora, o de señalarle criterios relacionados con la forma de resolver casos a cargo e interpretar la ley.

Se debe acudir al concepto, de qué se entiende por funciones jurisdiccionales y administrativas de la Fiscalía. El mismo artículo 251 delimita el principio de jerarquía a “*fijar una posición*” y todo lo que no esté encaminado a tal propósito no puede ser objeto de injerencia.

Jaime Bernal Cuéllar, afirma que: “La afectación de derechos fundamentales no guarda relación directa, aunque sí indirecta, con la necesidad de fijar la posición de la Fiscalía. Esta posición se manifiesta en la dirección y orientación de las investigaciones; esto es, en el señalamiento de cuáles evidencias deben conducir y orientar las investigaciones”<sup>21</sup>.

De lo anterior se concluye que el principio de jerarquía sólo puede ser aplicado por el Fiscal General de la Nación, en aquellos asuntos que impliquen las facultades de una dirección única radicada en su cabeza. Tales competencias son criterios y pautas que han de seguirse en una investigación –por ello esta facultado para establecer políticas generales–, con las cuales posee un control sobre los avances y resultados.

En contraposición, no tiene funcionalidad el principio de jerarquía en los asuntos en que se vean involucrados la afectación de derechos fundamentales en tanto que revisten la característica de ser un acto jurisdiccional protegido por el principio de autonomía e independencia de los funcionarios judiciales. Por ello, nunca el Fiscal General de la Nación o un superior de un funcionario judicial del ente

---

<sup>21</sup> BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal*. 5 ed. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo I, p. 321.

investigador puede sugerir u ordenar que se adopten determinadas medidas restrictivas de los derechos fundamentales.

Existen unos parámetros bajo los cuales el principio de jerarquía debe ser entendido. En un Estado Social de Derecho no puede concebirse que tal facultad no esté sometida a unos criterios de razonabilidad, como lo son la eficacia y eficiencia en la investigación. Al decir de Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, “con ello se evita que con ocasión del ejercicio de facultades discrecionales los poderes de investigación de la Fiscalía se desvíen hacia la persecución de intereses particulares del superior o de terceros”<sup>22</sup>.

Los autores citados mencionan también otros principios, el de intermediación que se manifiesta “en la necesidad de preservar, en cuanto sea posible, a la persona que ha tenido contacto inmediato con el desarrollo y resultados del proceso”<sup>23</sup>. que aplica tanto para la fase de investigación y el juicio; y el de la unidad de gestión con base en el cual el principio de jerarquía “no puede conducir a la desarticulación de la gestión de la entidad”<sup>24</sup>.

En definitiva la principal modificación, fue la introducida en el numeral 3, a través del cual el Fiscal General de la Nación tiene la potestad constitucional de asumir directamente la conducción de investigaciones y procesos penales, sea cual fuere la etapa procesal en la cual se encuentren; asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos penales que éstos lleven, y determinar, en aplicación de los principios institucionales de unidad de gestión y jerarquía, el criterio y la posición de la Fiscalía, *sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.*

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 322.

<sup>23</sup> Ibid., p. 323.

<sup>24</sup> Ibid., p. 323.

## **CAPITULO CUARTO**

### **4. CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL**

#### **4.1 CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PENAL**

En la Constitución Política de 1991 está consagrado un catalogo de garantías mínimas imperativas inherentes al proceso penal y esto se plasma a través de mecanismos, acciones, recursos y procedimientos que garantizan la justicia en tanto valor supremo.

Así se establece que el derecho a la vida es inviolable y por lo tanto no habrá pena de muerte (Artículo 11); nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Artículo 12); todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (Artículo 13); nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (Artículo 28); El debido proceso debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, nadie puede ser juzgado sino conforme a ley preexistente al acto que se le imputa y ante juez o tribunal competente y con

observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, en materia penal la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior se aplica preferentemente a la ley restrictiva o desfavorable, toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable, quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento, a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso (Artículo 29); quien estuviere privado de su libertad y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas (Artículo 30); toda sentencia judicial puede ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley y el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único (Artículo 31); el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona (Artículo 32); nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (Artículo 33); se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (Artículo 34); la extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y en su defecto la ley, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior considerados como tales en la legislación penal colombiana, la extradición no procede por delitos políticos ni por delitos cometidos con anterioridad al 16 de diciembre de 1997 fecha en que se promulgó el Acto Legislativo 01 de 1997<sup>25</sup>.

Con respecto a la consagración en la Constitución Política de 1991 del procedimiento penal, Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett expresan:

---

<sup>25</sup> Diario Oficial No. 43.195 del 17 de diciembre de 1997.

Se presenta la consagración constitucional del procedimiento penal cuando en una carta política se le reconocen a toda persona, entre otros derechos, los siguientes: a que su causa sea pública, se surta dentro de un plazo razonable y por un tribunal independiente e imparcial; a que se presuma inocente hasta que su responsabilidad haya sido legalmente declarada; a que se le informe de la naturaleza y el motivo de la acusación formulada; a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; a ser asistida por un defensor; a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra, y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor<sup>26</sup>.

Sobre el significado del carácter normativo de la Constitución Política de 1991, señalan:

No es una simple declaración o discurso político. La consagración y el reconocimiento en el texto constitucional de principios, derechos y libertades obligan al poder público en ejercicio del ius puniendi no sólo a abstenerse frente a posibles violaciones de los derechos como el de la libertad, sino a actuar positivamente para garantizar el debido respeto y eficacia de aquellos derechos que en la práctica pueden ser vulnerados en los procesos penales.

En tal virtud, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos constitucionales a sus relaciones con los asociados; el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos constitucionales en el proceso público; y el Estado investigador, acusador

---

<sup>26</sup> BERNAL, Op. cit., p. 23.

y el juez deben interpretar el Derecho siempre a través de la óptica de los derechos constitucionales<sup>27</sup>.

Los efectos que conlleva elevar a rango constitucional las garantías que deben observarse en un proceso penal son evidentes y, para empezar, obligan a una sujeción inmediata a las normas constitucionales, que son de aplicación inmediata y directa –son enumerados en el artículo 85 de la Constitución Política de 1991– pues no requieren desarrollo legislativo. De allí que una norma contraria a la Carta Política de 1991 debe ser inaplicada por el juez, o ser demanda por un ciudadano a través de la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, según lo establece el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución ó solicitar la nulidad de un acto ante la jurisdicción contencioso administrativa por violación de la Constitución Política de 1991.

Del mismo modo faculta a los ciudadanos para que a través del mecanismo judicial de la Acción de Tutela, establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, mediante un procedimiento preferente y sumario solicite la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Obligan en virtud de lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Política de 1991, acerca de que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno e igualmente a que los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

---

<sup>27</sup> Ibid., p. 27 - 28.

Por último, un mecanismo poco utilizado por los jueces, pero que es una consecuencia de las normas procedimentales de la Constitución Política de 1991, es la posibilidad de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en virtud de lo establecido en el artículo 4. En él se define la Constitución como norma de normas, que brinda la posibilidad que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se deben aplicar las disposiciones constitucionales. La Corte Constitucional en su jurisprudencia expresa que es un deber obligatorio y en particular para los jueces cuando adviertan *prima facie* tal incompatibilidad.

La Constitución de 1991 posee unas normas que inciden en la política criminal. Existe un sistema de garantías de los derechos fundamentales y la estructura básica del sistema penal ostentan rango constitucional, lo cual desencadena en consecuencias importantes:

Por un lado, se ha despojado al legislador de importantes oportunidades para diseñar la política criminal. Al regularse en el plano constitucional una serie de instancias y elementos procedimentales y definirse actores y sujetos dentro del proceso penal, tales asuntos se sustraen del ámbito de configuración legislativa. Al legislador le corresponderá la tarea de desarrollar tales elementos, a partir de los contornos, abiertos, que establece la Constitución. De otra parte, dicha regulación constitucional implica la transformación de ciertos elementos en derechos constitucionales fundamentales, sujetándose, por lo mismo, su interpretación y aplicación a los criterios que la dogmática constitucional ha construido. También existe un proceso de desplazamiento en la discusión teórica de dichos elementos. Antes estos asuntos estaban reservados para las disciplinas penales y procesales, y sujetos a sus estructuras conceptuales, mientras que ahora será el derecho constitucional quien defina los contornos dentro de los cuales han de

realizarse dichos estudios. Finalmente, en el plano de la dogmática constitucional, se pasa, de un momento en el cual sólo interesa aplicar los principios, valores y derechos constitucionales a la estructura del proceso penal y, en general, a la política criminal, a un modelo en el cual la política criminal está inserta en la Constitución misma, lo que demanda mayores esfuerzos de armonización<sup>28</sup>.

## 4.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

*“... sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”.*

*Beccaria.*

El principio de legalidad es un límite al *ius puniendi*, que está en relación con todo el sistema penal en su conjunto. Cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, ya sea de aplicación y de ejecución de la misma está formalizado por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley. “Los ámbitos garantistas del principio de legalidad comprenden la garantía criminal y penal referida a la creación de normas penales (incriminación primaria); la garantía jurisdiccional y procesal referida a la aplicación de las normas y la garantía de ejecución referida a la ejecución de la pena (incriminación secundaria)”<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Ibid., p. 114.

<sup>29</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Valladolid : Trotta, 1999. Vol. 1, p. 80.

En la creación de normas el principio se manifiesta a través de la necesidad de la pena, la protección de bienes jurídicos y la dignidad humana. Esto da validez material a la norma; la validez formal se obtiene por medio de una ley promulgada de acuerdo con la Constitución Política.

Es uno de los postulados contenido en un catalogo de axiomas conocido como normas rectoras:

Supone un largo camino del género humano en la lucha por la consolidación de una sociedad mejor, en la cual sean posibles la dignidad humana, la seguridad jurídica y la convivencia civilizada. Desde luego, como enseñan repetidas experiencias históricas, ninguna garantía jurídica puede sostenerse exclusivamente sobre las normas y ningún derecho fundamental puede sobrevivir concretamente sin el apoyo y la búsqueda de su efectiva realización por parte de sus titulares, así como de la solidaridad con ella de fuerzas políticas y sociales; es claro, pues, que un sistema jurídico por sí solo así sea el más perfecto desde el punto de vista técnico no puede garantizar nada. Por ello puede afirmarse que, en la historia del hombre, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los textos constitucionales. Todos son fruto de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios y sufrimiento<sup>30</sup>.

La consagración es producto del modelo garantista demoliberal, y debe entenderse como “lo que debe ser” el derecho penal, es fruto del pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, concebido como principio político, moral o natural de limitación del poder absoluto.

---

<sup>30</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal : Parte General*. 3 ed. Bogotá : Temis, 1994. p. 259.

Al respecto Ferrajoli explica que:

No expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones de un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa<sup>31</sup>.

El principio de legalidad es una garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal, y se remonta a la Carta Magna<sup>32</sup> de 1215, la primera Constitución de los Estados Unidos –Constitución de Maryland<sup>33</sup> de 1776– y finalmente alcanza su cúspide en la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano<sup>34</sup> de 1791.

---

<sup>31</sup> Ibid., p. 259 – 260.

<sup>32</sup> Carta Magna...: “Art. 24. Ningún sheriff (corregidor), constable (capitán) o coroner (alguacil) o bailío podrá celebrar juicios que competan a los jueces reales.”; “Art. 38. En lo sucesivo ningún bailío llevará a los tribunales a un hombre en virtud únicamente de acusaciones suyas, sin presentar al mismo tiempo a testigos directos dignos de crédito sobre la veracidad de aquellas.” ; “Art. 39. Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.”; “Art. 40. No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.”

<sup>33</sup> Constitución de Maryland...: “Art. 1. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad...”; “Art. 5. Que los poderes legislativo y ejecutivo del estado deben ser separados y distintos del judicial; que a los miembros de los dos primeros les sea evitado el ejercicio de la opresión a base de hacerles sentir las cargas del pueblo y de hacerles participar en ellas...”; “Art. 7. Que todo poder de suspender leyes, o la ejecutoria de las leyes, por cualesquiera autoridad, sin consentimiento de los representantes del pueblo, es injurioso para sus derechos, y no se debe ejercer.”; “Art. 8. Que en todo juicio capital o criminal, un hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de la acusación, a ser confrontado con los acusadores y testigos, a solicitar pruebas a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime, no puede ser declarado culpable; ni tampoco se le puede obligar a presentar pruebas contra sí mismo; que ningún hombre sea privado de su libertad, salvo por la ley de la tierra o el juicio de sus pares.”; “Art. 10. Que las ordenes judiciales, por medio de las cuales un funcionario o agente puede allanar un sitio sospechoso sin prueba de hecho cometido, o arrestar a cualquier persona o personas no mencionadas, o cuyo delito no está especialmente descrito o probado, son opresivas y crueles, y no deben ser extendidas.”

<sup>34</sup> Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano...: “Art. 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o

En estas se introdujeron aspectos alusivos al juez natural, la presunción de inocencia y la irretroactividad de la ley, derecho a la igualdad y acceso a la justicia, el principio de legalidad entre otros.

En Alemania con el ascenso del fascismo, se propinó un gran golpe al principio de legalidad, al ser eliminado del Código Penal y en su lugar se consagró la frase “el sano sentir del pueblo alemán”, dos criterios directrices que conllevaron a la arbitrariedad por todos conocida.

Después de la Segunda Guerra Mundial, algunos países que defendían el principio de legalidad –Estados Unidos e Inglaterra, entre otros–, lo desconocieron abiertamente a través de la conformación del Tribunal Penal Internacional ad hoc de Nürnborg, encargado de juzgar a los criminales de guerra. En el juzgamiento hubo aplicación retroactiva de la ley –se aplicaron normas ex post facto–; también se ampliaron los términos prescriptivos. Otro tanto ocurrió con las guerras en la antigua Yugoslavia y Ruanda.

Existen varias tesis en torno al fundamento del principio de legalidad y la preeminencia en el sistema penal. En lo fundamental aluden a la dignidad del hombre, la culpabilidad, como consecuencia de la organización democrática, postulados del Estado de derecho, la separación de poderes, etc.

**4.2.1 Noción.** Para cumplir con la tarea de persecución penal de las conductas punibles, el Estado acude a los medios más severos de que dispone el ordenamiento jurídico, interviniendo de manera drástica en elementales derechos

---

aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia.”; “Art. 8. La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son evidentemente necesarias; y nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada.”; “Art. 9. Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido convicto. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona.”

del hombre; por eso es indispensable buscar un principio cuya tarea sea controlar el poder punitivo del Estado, confinando su aplicación dentro de límites excluyentes de toda arbitrariedad y exceso por parte de los detentadores del poder, de tal manera que, de la mano de la tradición liberal ilustrada, el ciudadano tenga la certeza de que sólo es punible lo que está expresamente señalado en la ley y de que será tratado en igualdad de condiciones<sup>35</sup>.

De lo anterior se desprende una característica fundamental: la libertad, en tanto garantía de la existencia de una esfera intangible, entendida como el conocimiento de lo punible y lo prohibido: lo que la ley no prohíbe está permitido.

### **4.3 GARANTIAS**

#### **4.3.1 Garantías Sustantivas, Procesales y de Ejecución Penal**

El principio de legalidad está comprendido en el enunciado *nullum crimen nulla poena nulla mensura sine lege scripta, stricta, praevia et certa*, contiene las características inherentes a la reserva de ley, la exigencia de la taxatividad, la certeza y la irretroactividad.

**4.3.2 Garantías Sustantivas o conjunto de privilegios.** La reserva de ley –*nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta*–. Esta prohibición es una consecuencia del mandato, de que la punibilidad de una conducta sólo puede ser establecida por ley. “Con esta prohibición no sólo se hace referencia a la exclusión de la costumbre como fuente del derecho penal, sino también de los principios

---

<sup>35</sup> VELÁSQUEZ, Op. cit., p. 260.

generales del derecho y de la jurisprudencia, que pueden ser en otros ámbitos jurídicos fuente del derecho”<sup>36</sup>.

La exigencia de taxatividad y certeza *–nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta–*. Con ella se rechaza la analogía, esto es, los supuestos en que se somete a una ley penal, un hecho que según su tenor literal queda fuera de ella. Pero no sólo eso, sino también las llamadas cláusulas generales y las leyes penales en blanco inconstitucionales. “La prohibición de analogía significa su rechazo como fuente creadora de delitos. Es una afirmación del imperio de la ley y un límite a la actividad judicial: el juez no puede crear delitos. En caso contrario se transformaría en legislador y el ciudadano quedaría totalmente inerte frente al poder judicial”<sup>37</sup>.

En otras palabras, el intérprete no puede llenar los vacíos, acudiendo a una norma semejante con la excusa: donde no existe la misma razón debe regir la misma disposición, con esto crea figuras y consecuencias jurídicas. Con excepción la ley penal admite la analogía únicamente la que es favorable al reo.

La exigencia de irretroactividad *–nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia–*. Implica la irretroactividad de la ley penal. La prohibición de retroactividad tiene diversos alcances:

En primer término prohíbe que un hecho que no era punible en el momento de su comisión sea juzgado por una ley posterior. En segundo lugar, que un hecho que en el momento de su comisión tenga prevista una determinada pena, le sea aplicada otra pena cualitativamente diferente y más grave contemplada en una ley posterior. En tercer lugar, que un hecho que en el momento de su comisión tenga prevista una

---

<sup>36</sup> BUSTOS, Op. cit., p. 81.

<sup>37</sup> Ibid., p. 82.

determinada cantidad de pena, se le aplique la mayor cantidad de pena prevista en la ley posterior<sup>38</sup>.

Lo anterior, no es óbice para que la retroactividad sea absoluta, pues admite una excepción –el principio de favorabilidad– consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, el cual establece que *en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*.

El principio de legalidad además de estipularse constitucionalmente, está establecido en el artículo 6 del Código Penal<sup>39</sup>, que consagra que *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco*.

*La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”*.

**4.3.3 Garantías Procesales.** También denominadas instrumentales –*nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege*– aforismo que indica que nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal y la norma penal solo puede ser aplicada por los órganos y los jueces instituidos por la ley, de ahí se desprende naturalmente el debido proceso y el juez natural.

---

<sup>38</sup> Ibid., p. 82.

<sup>39</sup> Ley 599 de 2000. Modificado por Ley 890 de 2004.

**4.3.4 Garantías de Ejecución Penal.** *–Nulla poena, nulla mensura sine regimene legale, sine humanitae, sine resocializatione–*, traduce: que no hay pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, sin tratamiento humanitario sin resocialización.

Son las prerrogativas que deben rodear la ejecución penal, bien sea una pena o una medida de seguridad. Por ello deben estar presididas de un tratamiento penitenciario y asistencial, ya que el Estado está en la obligación de proteger a los individuos con el fin de no degradar su condición de seres humanos. El tratamiento brindado a un infractor de la ley debe perseguir su rehabilitación; a curarlo si padece trastornos físicos o mentales, para su reincorporación a la sociedad.

#### **4.4 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Contradicción o Complementación?**

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos la consagración del principio de legalidad, en la Constitución Política de 1991 y en la ley penal:

El Artículo 29 Constitución Política de 1991 establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

El Artículo 6 del Código Penal<sup>40</sup>, consagra que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

---

<sup>40</sup> Ibid.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados y que la analogía sólo se aplicará en materias permisivas

El artículo 6 de la ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>41</sup> a su vez, determina que nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Y que las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal, se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

El artículo 250 de la Constitución Política de 1991, le asigna a la Fiscalía General de la Nación la obligación de 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.

El principio de legalidad es el deber que tiene el Estado de perseguir y sancionar **TODA** conducta punible a través del ejercicio obligatorio de la acción penal correspondiente.

---

<sup>41</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

Con la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>42</sup>, se establece la posibilidad para que la Fiscalía interrumpa, suspenda o renuncie a la acción penal en virtud del Principio de Oportunidad.

En salvamento de voto a la Sentencia T-466 de 2002<sup>43</sup>, Eduardo Montealegre Lynett afirmó que el punto nodal del principio de legalidad es la prohibición de la disposición de la acción penal. Siguiendo al autor es claro que el principio de oportunidad es una excepción al principio de legalidad, porque por disposición constitucional el ente acusador está obligado a ejercitar la acción penal:

...(b) los *poderes* atribuidos a quienes participan en el proceso fueron objeto de una regulación constitucional expresa que modificó su alcance en varios aspectos:

....

El poder de *disposición del proceso* también fue modificado en cuanto a su alcance por el constituyente derivado de 2002, ya que se consagró a nivel constitucional el *principio de oportunidad*, por oposición al principio de legalidad. El principio de oportunidad ha sido reconocido en múltiples ordenamientos penales del mundo, y se basa en el postulado de que la acusación penal requiere no sólo que exista suficiente *mérito* para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que no existan razones de *oportunidad* para archivar el proceso, esto es, razones válidas por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una determinada conducta, en los “casos que establezca la ley” y “dentro del marco de la política criminal del Estado”. Se trata de una previsión constitucional de las hipótesis en las cuales procede archivar la

---

<sup>42</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

<sup>43</sup> M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

investigación, las cuales serán reguladas en detalle por la ley<sup>44</sup>.

El principio de legalidad es el principio espiritual (alma) del Estado, el cual tiene implicaciones importantes en el procedimiento penal, así la Fiscalía está obligada a adelantar la investigación de hechos que indiquen la comisión de un delito y promover la acusación cuando se cumplan determinados requisitos.

En la actualidad la política criminal ha puesto de presente un problema antiquísimo, y es la imposibilidad del aparato estatal de darle respuesta efectiva a todas las *notitia criminis*. Por lo tanto no se puede desconocer tal problema y se hace necesario flexibilizar tanto materialmente como formalmente el concepto de legalidad.

Bernal Cuéllar, afirma al respecto: “En consecuencia, la flexibilización del principio de legalidad por razones de política criminal no excluye la discusión de nociones que han sido clásicas en el constitucionalismo moderno, como son la igualdad en la aplicación de la ley”<sup>45</sup>.

Por cuenta del principio de legalidad, el ciudadano sabe que conductas son punibles y cuales no; es decir, sabe que está tipificado en la ley como delito, el procedimiento a aplicar en caso de quebrantamiento o infracción y la cantidad y grado de sanción.

El artículo 66 de la ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>46</sup>, establece la titularidad y obligatoriedad de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, y por lo tanto está obligada a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a

---

<sup>44</sup> Sentencia C-873 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>45</sup> BERNAL, Op. cit., p. 182.

<sup>46</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política de 1991 y en Código de Procedimiento Penal.

El artículo 324 de la mencionada ley, establece las causales bajo las cuales procede el principio de oportunidad; algunas de ellas son vagas e imprecisas, como se expondrá en el capítulo octavo.

A manera de ejemplo considérese el numeral 1 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal establece, que 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.

Las expresiones subrayadas violan el principio de legalidad y, sobre todo, el principio de taxatividad –también denominado principio de certeza, de determinación–, el cual hace referencia al supuesto de hecho que regula la ley e indica que no puede existir un supuesto de hecho –llámese delito o contravención– pena o medida de seguridad sin ley previa.

Por tal motivo, “el legislador cuando redacta los tipos penales debe usar un lenguaje claro, preciso, asequible al nivel cultural medio de los ciudadanos, valiéndose preferiblemente de los llamados elementos descriptivos (estados o procesos del mundo real, corporal o anímico que cualquiera está en capacidad de conocer sin esfuerzo, como “matarse”, “daño”, “lesiones”<sup>47</sup>.

Por lo tanto, las expresiones subrayadas del numeral 1 del artículo 324, desconocen el principio de taxatividad por ser manifestaciones imprecisas,

---

<sup>47</sup> VELÁSQUEZ, Op. cit., p. 259.

amplias y ambiguas que aún para las personas que tienen vínculos con el mundo del Derecho, les produce cierto grado de dificultad. ¿cómo “puede determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado”? ¿qué es manera objetiva? ¿cuándo hay interés del Estado o no por la persecución penal? Son elementos que deben estar determinados en la ley, que no se debe permitir que estén regulados por mecanismos que no tienen el rango de ley –las directrices del Gobierno y otros entes estatales que formulan de la política criminal que debe seguir el Estado–.

¿Dónde queda la previsibilidad de las actuaciones de los funcionarios judiciales? si el ciudadano encuentra que la misma ley es ambigua. Si comete un delito se halla ante una de dos posibilidades: a) que su infracción tenga consecuencias jurídicas —sea castigado—; b) que al Estado no le importe su conducta –no sea penalizado–.

En tal sentido se expresa Von Litz:

El principio de oportunidad se enfrenta a la legalidad en el sentido de desigualdad en la aplicación del Derecho, inconsistencia en el tratamiento punitivo y hasta engaño “en efecto, la aplicación de normas procesales penales de manera selectiva conduce al peligro de restar importancia a la separación de poderes, desprecia el juicio oral por intereses que no corresponden a la órbita de la justicia y amenaza la publicidad y la transparencia de los procedimientos por la inevitable tendencia a buscar acuerdos para utilizar las vías de la oportunidad<sup>48</sup> .

La Corte Constitucional, considera el Principio de Oportunidad como un “evidente desarrollo del principio de legalidad, pues la decisión de interrumpir, suspender o

---

<sup>48</sup> GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. *Estudios Procesales 2*. Bogotá : Procuraduría General de la Nación, 2004. p. 48. (Colección de Pensamiento jurídico ; No. 11).

renunciar al ejercicio de la acción penal debe producirse dentro de los marcos impuestos por la Constitución y la ley”<sup>49</sup>.

No compartimos esta apreciación, pues para tal afirmación se parte del concepto de oportunidad reglada, conforme al cual la Fiscalía puede prescindir del ejercicio de la acción penal únicamente en los casos establecidos en la ley, es decir que tal decisión se produce en los marcos impuestos por la Constitución Política de 1991 y la ley –lo cual es cierto–.

Pero, la renuncia a la persecución penal se produce en el marco de conductas que son típicas, antijurídicas y culpables. Por consiguiente, la Fiscalía acepta que está ante una conducta punible, pero se abstiene de ejercitar la acción penal por disposición legal. De donde se puede concluir, que el Principio de Oportunidad es una excepción al principio de legalidad y de ninguna manera puede entenderse como parte o desarrollo del mismo.

#### **4.5 LA PENA**

La norma penal a diferencia de otras trae una consecuencia jurídica –pena o medida de seguridad– “la pena es un mal que impone el legislador por la comisión de un delito; o la consecuencia asignada a la persona que ha realizado la conducta punible”<sup>50</sup>.

En torno a la justificación de la pena existen dos posiciones: las doctrinas justificadoras y las doctrinas abolicionistas.

---

<sup>49</sup> Sentencia C-979 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>50</sup> VELÁSQUEZ, Op. cit., 113.

Las posturas justificadoras consideran que las penas tienen diferente fundamentación: se impone para mantener el orden jurídico, que es la condición para asegurar la convivencia. Sin la pena se perdería el carácter coercitivo y el derecho penal se transformaría en una recomendación no vinculante –concepto jurídico-político–, satisfacción de la venganza –concepto psicológico-social–, expiación como actividad autónoma –concepto ético–.

Las doctrinas abolicionistas conciben que las penas no tienen justificación y debe abolirse el derecho penal, porque las ventajas son inferiores a los costos. “Sin embargo, más allá de explicaciones, es evidente que la pena se justifica en aquellos eventos en los cuales el comportamiento prohibido perjudica de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no resultan adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicocriminales menos radicales”<sup>51</sup>.

**4.5.1 Función de la Pena y Teorías.** La función actual de la pena, debe ser cuestionada y debatida desde la misma atribución que le asignamos al Derecho como forma de convivencia social.

**4.5.1.1 Teorías Absolutas.** Es una concepción moral utilitarista. En ella la pena se justifica por que se utiliza como medio para promover la felicidad general –desanima al infractor y a otras personas a no delinquir en el futuro; estimula para que no se cometan delitos o disminuyan–. No es, por lo tanto, un fin en sí misma, sino un medio para alcanzar un propósito.

Kant se opone a ésta concepción. El filósofo alemán no considera a la pena un medio de disminución del número de delitos futuros sino que la concibe como respuesta a un mal pasado:

---

<sup>51</sup> Ibid., p. 114.

La pena jurídica... no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable por la sola razón de que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otros ni ser contado en el número de las cosas como objeto de Derecho real.

Para Kant el hombre no es una cosa, algo que pueda ser usado como un simple instrumento, sino que debe ser considerado en sus acciones siempre como fin en sí mismo. Por eso el autor de la *Critica de la razón pura* niega que la pena sirva de instrumento para proteger a la sociedad y prevenir delitos. Esto supondría que se castiga al delincuente en beneficio de la humanidad, produciendo una instrumentalización del individuo.

El sentido de la pena va más allá. Es la retribución moral fundada en el principio de culpabilidad entendido como la libertad de voluntad o el libre albedrío. Dado que el hombre es libre puede optar por lo bueno o lo malo. Cuando comete un delito se hace culpable y por ende en justicia acreedor a una pena, a título de retribución logrando el imperio de la justicia.

Kant concebía, además, que si una sociedad se disolviera de mutuo acuerdo, antes debería ser ejecutado el último asesino encarcelado porque si ello no sucediera la sociedad sería cómplice de la vulneración pública de la justicia.

Hegel, en cambio, entendía la pena en tanto réplica. Como reacción ante lo sucedido –la negación de la negación–, el Derecho efectivo es la superación de la lesión y por lo tanto se debe enfatizar que el delito no tiene vigencia. Es una retribución jurídica porque el delito niega el derecho y la pena como negación del delito se convierte en la afirmación del Derecho: “con el delito el infractor expresa un consentimiento al declarar con su actuar la imposición de su ley particular, así

cuando comete un homicidio el delincuente expresa que en general está permitido asesinar”.

**4.5.1.2 Teorías Relativas.** Consideran la pena una reacción a un hecho sucedido. De allí que el fundamento real de la pena –la culpabilidad– reposa en el pasado; su fundamento final –lo que quiere lograr y alcanza– sucede en el futuro con la prevención de los delitos.

Los fines de la pena son: el efecto intimidatorio –prevención general negativa–, la corrección –prevención especial positiva–, volver al autor inofensivo –prevención especial negativa–

Esto surge por la comprensión del derecho como fenómeno social. La pena debe cumplir, entonces, una función social.

Feurbach pensaba que en la pena existe implícito un motivo psicológico para no cometer un delito, ya que con posterioridad al mismo le sigue un mal mayor. En tal sentido, tiene un efecto intimidatorio, disuade no con la pena misma sino con la amenaza.

**4.5.1.2.1 Prevención general negativa.** Se utiliza como mecanismo de intimidación para motivar al ciudadano a no lesionar el bien jurídico.

**4.5.1.2.2 Prevención general positiva.** Fundamentada en el efecto del aprendizaje pedagógico-social transmitido y aprendido por la toma de conciencia, no por temor. La pena refuerza, entonces, la conciencia de la sociedad. Para Jakobs sería el ejercicio del reconocimiento de la norma. La pena produce un

fortalecimiento en la convicción acerca de la intangibilidad de los bienes jurídicos y esto se cumple porque el derecho penal protege valores ético-sociales.

**4.5.1.2.3 Prevención especial.** El efecto no se dirige a toda la comunidad sino al delincuente. Persigue prevenir los delitos de una persona determinada o apartar al autor de futuros delitos. Posee dos aspectos: el negativo y el positivo. A través del primero protege a la sociedad e intimida al delincuente por medio de la reclusión. En su aspecto positivo se encuentra la resocialización del infractor.

Von Litz afirmaba que la pena “es coacción contra la voluntad del delincuente. La pena es una forma de adaptar al delincuente en sociedad mediante la corrección, la intimidación o secuestrándolo... La naturaleza postra en la cama a aquel que le ha faltado, el Estado los envía a prisión”.

...como coacción, la pena tiene doble sentido:

1- Coacción indirecta, mediata, psicológica, o motivación: brinda al infractor los motivos que le faltan (corrección y/o intimidación) en contra del delito, adapta al infractor a la sociedad.

2- Coacción directa, inmediata, mecánica, o violencia: es secuestrar al delincuente temporal o permanentemente, es una especie de selección artificial de individuos no aptos socialmente

**4.5.1.3 Teorías de la Unión.** Une características de las diferentes teorías de la pena –tanto las que se refieren a la prevención general y especial– es el de que el propósito de la pena es la retribución –sirve de límite al ius puniendi–, ya que permite determinar la medida o cantidad de la pena de acuerdo con el grado de culpabilidad. En tal sentido, la prevención es general cuando vela por los

intereses de la comunidad, manteniendo las sanción dentro de límites razonables. Es especial cuando procura que el infractor lleve en el futuro una vida sin delito y se resocialice.

**4.5.1.4 Teorías Funcionales.** Jakobs afirma que el derecho penal encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente. La norma es un modelo general de orientación en el contrato social:

- ejercicio de confianza en la norma: confirmar la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción.
- ejercicio de la fidelidad del Derecho: el aprendizaje de no aceptar los comportamientos contrarios a la norma dadas sus consecuencias desfavorables.
- ejercicio en la aceptación de las consecuencias: mediante la imposición se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus consecuencias.

Sobre los receptores del castigo dice Jakobs “la pena no se dirige principalmente a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones, sino que tiene más bien por destinatarios a todos los ciudadanos para confirmar en ellos la vigencia de la norma infringida”

Para Jakobs el fundamento de la pena reside en la necesidad social de impedir que el hecho contrario a la norma pueda ser entendido como máxima alternativa de conducta hacia el futuro.

La Corte Constitucional afirma que para hacer frente a las dificultades del momento, la respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas en forma apresurada<sup>52</sup>.

A manera de conclusión –sin entrar a un análisis crítico de las teorías–, consideramos el valor de verdad de las siguientes tesis: a) la imposición de un mal sobre otro mal no produce un bien; b) aunque existen autores que buscan la abolición no existe una posición sostenible y viable en el momento histórico actual, que permita prescindir de la pena en tanto función de orientación de la conducta humana.

En Colombia la pena tiene como fin asegurar la convivencia pacífica, mediante la protección de bienes jurídicos. Se ha consagrado, asimismo, para castigar al sujeto activo del delito, procurar su readaptación y para prevenir las conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su ocurrencia.

En Sentencia C-430<sup>53</sup> de 1996 se afirma que:

La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como una amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la

---

<sup>52</sup> Sentencia C-559/99, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>53</sup> M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.

Entre las normas de Derecho Internacional encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado mediante la Ley 74 de 1968<sup>54</sup>. En su artículo 10 numeral 3 establece: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

El Código Penitenciario y Carcelario –Ley 65 del 19 de agosto 1993<sup>55</sup>– establece en su artículo 10 la finalidad del tratamiento penitenciario: “alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”.

Contrasta el sentido de la norma con la realidad colombiana. Ni siquiera en países desarrollados que cuentan con toda la infraestructura y recursos económicos logran los fines antes mencionados.

Hoy en día, nuestras cárceles son el lugar donde se degrada a los delincuentes en su dignidad humana; son los sitios desde los cuales siguen delinquirando, ya que no ofrecen posibilidades de rehabilitación y resocialización.

---

<sup>54</sup> Diario Oficial No. 32.681

<sup>55</sup> Diario Oficial No. 40.999 del 20 de agosto de 1993.

## **CAPITULO QUINTO**

### **POLÍTICA CRIMINAL Y ESTADO**

*“No se puede prevenir lo que no se conoce, o lo que se conoce de una manera deformada, parcializada y desconectada de la realidad donde surge”.*

*Rosa Del Olmo.*

#### **5.1 POLITICA CRIMINAL**

Algunos autores estiman que el concepto surge en Alemania a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX por parte de Kleinshrod "La política criminal es el conocimiento de los medios que puede encontrar el legislador según la disposición esencial de cada Estado para impedir los delitos y proteger el derecho natural de sus sujetos" y otros se lo atribuyen Feuerbach "La política criminal es la sapiencia del Estado legislador".

Sin embargo ha existido numerosos autores y doctrinas que han tratado de definir el concepto de política criminal, que se pueden agrupar en dos grandes grupos:

1. Limitan la concepción a los aspectos analíticos de las causas de la criminalidad, a la forma como deben ser sancionados los delitos y a los intereses que deben ser protegidos, sin incluir como parte de ella los instrumentos a través de los cuales se concreta dicha política.

2. Incluyen como parte de la política criminal no sólo los aspectos analíticos y de decisión política, sino también los medios jurídicos a través de los cuales se ponen en práctica las orientaciones fundamentales, lo cual comprende los instrumentos penales, procesales y penitenciarios.

La política criminal es aquel aspecto del control penal, que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal:

El carácter social del Estado no sólo lo legitima para intervenir, sino que lo obliga a intervenir en los procesos sociales en general y en la solución de conflictos en particular. Frente a un conflicto social, el Estado social y democrático de derecho debe antes que nada desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero sólo en último término, optar por definirlo como criminal. Cuando así lo hace está ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto<sup>56</sup>.

En un sentido amplio, puede entenderse la política criminal como la política jurídica en el ámbito de la justicia penal. Y en sentido estricto, como la disciplina que se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad; se fija, por ello, en las causas del delito e intenta comprobar la eficacia de las sanciones penales, pondera los límites hasta donde puede extender el legislador el derecho penal para coartar lo menos posible la libertad y las garantías ciudadanas; además, discute cómo deben redactarse los tipos penales de manera correcta, y

---

<sup>56</sup> BUSTOS, Op. cit., p. 29.

comprueba si el derecho penal material se halla construido de tal manera que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal.

En el preámbulo de la Constitución Política de 1991, establece que la promulgación de la misma es asegurar a todos los integrantes: la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad, la libertad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo y en el Título de los principios fundamentales consigna que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana.

Lo anterior conlleva a que el Estado Colombiano, tiene prohibido establecer y definir una política criminal que vaya en contravía de los postulados anteriores.

La función de definir la política criminal, según la Constitución Política de 1991, es una atribución descentralizada porque no está radicada en cabeza exclusiva del Fiscal o del ejecutivo o legislativo, así pues diferentes órganos concurren al diseño porque poseen la facultad de presentar proyectos de ley sobre materias de su competencia, los cuales pueden guardar relación con algún aspecto de la política criminal: El Consejo Superior de la Judicatura presentando proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales (artículo 257-4), el Congreso de la República con la competencia para expedir códigos en todas las ramas de la legislación incluida la penal (artículo 150-2), el Gobierno Nacional al concurrir al proceso de formación legislativa (artículos 189-4 y 200-1), la Corte Suprema de Justicia que tiene iniciativa legislativa (artículo 156), el Procurador General de la Nación (artículo 278-3), el Defensor del Pueblo que tiene iniciativa legislativa en cuestiones relativas a su competencia, para la protección de los derechos fundamentales como el debido proceso y el habeas corpus y para la organización y dirección de la defensoría pública (artículo 282-1, 3, 4 y 6), y finalmente los ciudadanos que pueden

presentar proyectos de ley en ejercicio de la iniciativa legislativa popular (artículos 40-5 y 103).

De acuerdo al tipo de Estado, así va orientada su política criminal, no es lo mismo la política criminal vigente en un Estado autoritario como por ejemplo Cuba y China, a la de un Estado Social de Derecho como España y Alemania.

Así por ejemplo en el Estado liberal contrario al absolutismo que lo antecedió, la política criminal se caracterizó por la aparición de códigos penales en los que prevalecía la protección de los bienes jurídicos, que dieron origen a la lucha y derrocamiento del rey absolutista, tales como la protección de la vida, la libertad y el patrimonio y por ende el fin de la pena en su concepción pasa de ser una expiación para convertirse en retribución para restablecer el orden jurídico y con una finalidad preventivo general.

El Estado intervencionista (positivista) se caracterizó en su política criminal, por defender el orden social establecido (*status quo*) entendido como perfecto y, por ende el infractor del mismo era visto como una persona enferma, defectuosa y peligrosa sobre la cual debían tomarse medidas en defensa de la sociedad.

En el Estado Autoritario característico de los años 30 y 40 en Europa, los máximos dirigentes que son considerados “caudillos”, “ducce” o “führer” como su nombre lo indica centralizan todo el poder en sus manos y asumen la representación del pueblo. La política criminal está concebida en torno a que el delito es identificado como una traición al jefe del Estado, por lo tanto todo está centrado en el delito político y el delincuente es concebido como un traidor.

En el Estado Bienestar la política criminal, está centrada en el objetivo de obtener un consenso por medio de un sistema de valores, es decir que el infractor de la

norma debe ser recuperado y reincorporado a la sociedad y por tal motivo la pena impuesta debe posibilitar estos dos cometidos.

Con el desarrollo de la sociedad moderna, irrumpen en el escenario de las conductas delictuales nuevas categorías definidas como delitos, pues se hace necesario intervenir en la sociedad para equilibrar ciertas desigualdades, y aparecen tipos penales que protegen intereses colectivos de la comunidad (criminalización de delitos económicos y abuso de posición dominante, etc). En este sentido la Corte Constitucional, expresa:

...Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, es apropiado definir la política criminal en un sentido amplio. Es ésta 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. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito<sup>57</sup>.

La política criminal también puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para

---

<sup>57</sup> Sentencia C-641 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente puede ser administrativa, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive puede ser tecnológica, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico, para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica.

La función principal de la política criminal es establecer modelos de prevención y lucha contra el crimen. En Colombia ante los cuestionamientos constantes de la sociedad acerca del papel que deben cumplir los organismos encargados del control social en torno a la seguridad, se han centrado en reaccionar con represión penal a la coyuntura “donde los sujetos son vistos como objetos del sistema penal al ser la finalidad de los programas de acción, la seguridad de sus potenciales víctimas y no la seguridad de sus derechos”<sup>58</sup>.

En un Estado Social de Derecho, como el nuestro la política criminal contrario a lo que sucede, debería estar orientada más hacia el papel social que debe cumplir en la solución de problemas (trabajo, educación, salud, etc) que actuarían y favorecerían una prevención temprana de las manifestaciones delictivas y no convertir al derecho penal en garante de la seguridad ciudadana, a través de la ampliación de la intervención punitiva (creación de nuevos tipos penales, aumento de penas, convertir contravenciones en delitos, etc) sin importar las consecuencias sobre todo en los sectores más desprotegidos socialmente.

Estudios en varios países demuestran que el exceso de rigor penal no es un mecanismo eficaz en la lucha contra la delincuencia, porque no hay

---

<sup>58</sup> WACQUANT, Loic . *Las Cárceles de la Miseria*. Madrid : Alianza Editorial, 2000, p. 12.

correspondencia entre el grado de represividad y las tasas de criminalidad (aumento de pena no produce disminución de delincuentes).

Tradicionalmente en Colombia lo predominante en política criminal, es lo que se ha denominado por la doctrina “política de apaciguamientos” o “política de reflejos condicionados”<sup>59</sup>. Es una respuesta condicionada al principio de acción-reacción a la coyuntura del momento, es decir es impulsiva ante sentimientos provocados por una tragedia aislada, ejemplos hay muchísimos pero merece especial recordación cuando miembros del narcotráfico ordenaron el asesinato del entonces Ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla. La reacción natural del presidente Belisario Betancur, fue implementar la extradición de colombianos requeridos por otros países por el delito de narcotráfico.

Después el narcotráfico, reaccionó con actos de terrorismo (asesinatos, explosión avión de avianca, atentado contra el edificio del DAS en Bogotá, secuestros de importantes dirigentes políticos, etc), hechos que se produjeron hasta poco antes de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991 y que doblegaron a la clase política e hicieron que el Gobierno cediera ante las presiones y al clamor de la opinión pública que permitieron incluir en el artículo 35 de nuestra Carta Política, la prohibición de extradición de colombianos por nacimiento. Posteriormente el 16 de diciembre de 1997 mediante el Acto Legislativo 01<sup>60</sup> se volvió a incluir tal figura.

En años mas recientes el Presidente Alvaro Uribe Vélez, ante la decisión de un juez de ejecución de penas de la ciudad de Tunja de ordenar la libertad de los hermanos Rodríguez Orejuela y, en apoyo al Ministro de ese entonces Fernando Londoño manifestó, en medio de la polémica que era necesario el endurecimiento de la política criminal, seria y respetable con el propósito de derrotar el crimen y no

---

<sup>59</sup> TOCORA, Fernando. *Política Criminal Contemporánea*. Bogotá : Temis, 1997, p. 17 y ss.

<sup>60</sup> Diario Oficial No. 43.195 del 17 de diciembre de 1997.

permitir que mediante esguinces formalistas se mantuviera la impunidad. Para ello se requería una legislación estable y adecuada a los imperativos internacionales, capaz de evitar que detrás de un pretendido garantismo se eludiera la acción punitiva.

Será esto cierto? cuando aparece una noticia en un periódico que un asesino y violador de una niña condenado a 45 años de prisión, quedó libre después de pagar 10 años de prisión o, cuando el paramilitar conocido con el alias de “Vladimir” responsable de horribles masacres en el Magdalena medio, salió libre recientemente al pagar una pena ínfima de prisión. Igual sucederá con el delincuente “Garavito” quien confesó haber violado y matado más de ciento ochenta niños, cumplirá una pena efectiva de 15 años de prisión (más o menos 30 días por cada niño asesinado) y eso sí que ni se le ocurra al Papa Benedicto XVI venir a Colombia, porque lo beneficiaría otra rebaja de pena. Por otro lado muy recientemente la justicia más exactamente el Tribunal Superior de Bogotá, acaba de enviar un duro mensaje a los abusivos al condenar a un mensajero en la ciudad de Bogotá a cuatro años de prisión por tocarle las nalgas a una mujer, le hubiera ido mejor si comete una masacre.

Hoy en día está en boca de todo el mundo el abuso y maltrato contra los menores de edad, ya en el Congreso se propuso el aumento de penas y la no excarcelación para este tipo de delitos, mañana será otro delito contra el que se reaccionará inmediatamente, olvidando que el delincuente no le teme a la pena la cual considera que no le afectará o que escapará a la misma, sino lo que realmente le da miedo al delincuente es que el sistema penal sea eficaz contra la impunidad y sea descubierto .

Eso demuestra que nuestra política criminal depende de un hecho, en la cual se actúa sin discusión y planeación que pueden tener las medidas adoptadas sobre el orden social, solo se encaminan a apaciguar los ánimos de los ciudadanos y

tratar de impresionarlos con normas penales para crear la sensación de que el Estado combate efectivamente las conductas antisociales, cuando en la realidad y los ejemplos de los tres criminales anteriores demuestra que el crimen sí paga, porque según estadísticas el 90% de los delincuentes tiene la posibilidad de no ser juzgados y cuando lo son las penas de prisión que cumplen son irrisorias.

Nuestra política criminal merece algo más que una simple respuesta a la opinión pública encolerizada a través de normas penales, en la cual se dividen las víctimas pertenecientes a las clases sociales privilegiadas y los victimarios son las personas de las clases sociales bajas (marginales y peligrosos), lo que realmente necesitamos es una acción del Estado frente a los grandes problemas sociales que son la raíz de la criminalidad.

## **CAPITULO SEXTO**

### **JUSTICIA RESTAURATIVA**

En nuestra época, existen numerosas situaciones originadas por conflictos interpersonales<sup>61</sup> que constituyen una gran sobrecarga en la administración de justicia. Dado que los Estados no están en capacidad de impartir, en todos los casos, justicia con celeridad, oportunidad y eficacia, se produce desconfianza en las personas que buscan una solución a sus problemas por intermedio de los procesos judiciales.

De allí que en el ámbito internacional, hayan tomado auge los medios alternativos de solución de conflictos, en particular en aquellos asuntos en los cuales es indispensable una solución no punitiva, a lo que tradicionalmente ha sido encomendado al derecho penal. Esto conlleva a la perspectiva de una negociación<sup>62</sup> y a un abandono sistemático de la violencia que genera la represión estatal a través del *ius puniendi*, como la única manera para enfrentar problemas sociales para posibilitar una sociedad solidaria.

Existen unos límites del *ius puniendi*: Por un lado, la función primordial del Estado no es generar violencia a través del sistema penal sino, por el contrario, evitarla; por el otro, se encuentra el bien jurídico tutelado que debe corresponder a una exigencia social de protección y convivencia.

---

<sup>61</sup> Conflictos que no requieren para su solución de las formalidades propias de un juicio, sino más bien la intervención de un tercero imparcial que propicie un acuerdo entre las partes involucradas.

<sup>62</sup> Caracterizada por su horizontalidad, contrario sensu a la verticalidad que ofrece el sistema penal y sus leyes, que en ocasiones limitan la participación de la víctima.

Esto ocasiona, a su vez, dos obligaciones: “La de llevar al sistema sancionatorio sólo aquellas conductas que verdaderamente resulten lesivas para las bases mismas del sistema y la de no producir violencia ni vulnerar bienes jurídicos cuando ejercita esa potestad sancionatoria”<sup>63</sup> en concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos y la misma Constitución Política .

En nuestro país y en América Latina, se han implementado soluciones restaurativas –en un comienzo de forma rudimentaria y no institucionalizada– a problemas de frecuente ocurrencia y de menor entidad.

La Constitución Política de 1991 avanzó en este campo. El artículo 116 permite investir transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. También, en idéntico sentido, el artículo 250, numeral 7, que delega en la ley la fijación de los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

En desarrollo de tales preceptos constitucionales se han expedido la Ley 23 del 21 de marzo de 1991<sup>64</sup>, Ley 446 del 7 de julio de 1998<sup>65</sup>, Ley 640 del 5 de enero de 2001<sup>66</sup> y el actual Código de Procedimiento Penal<sup>67</sup> –que abre la puerta para implementar una verdadera justicia restaurativa– en el cual la víctima ocupa un papel preponderante como centro gravitatorio del proceso penal.

---

<sup>63</sup> EL KHOURY, Henry. *Solución Alternativa de Conflictos Penales : Una Propuesta de Marco Teórico*. En: Revista de Ciencias Penales. San José, s.f.

<sup>64</sup> Diario Oficial No. 39.752 del 21 de marzo de 1991.

<sup>65</sup> Diario Oficial No. 43.335 de julio 8 de 1998.

<sup>66</sup> Diario Oficial No. 44.282 del 5 de enero de 2001.

<sup>67</sup> Ley 906 del 31 de agosto de 2004, publicada en el Diario Oficial No. 45.658 del 1 septiembre de 2004.

Con la modificación del sistema procesal penal a través del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>68</sup>, le asignó diversas responsabilidades al ente acusador con relación a las víctimas: a) solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para la protección de la comunidad, en especial de las víctimas; b) solicitar al juez de conocimiento las medidas judiciales indispensables para asistir a las víctimas y disponer el restablecimiento del derecho así como la reparación integral a los afectados; c) velar por la protección de las víctimas<sup>69</sup>. La regulación constitucional de las facultades de la Fiscalía en el tema de víctimas, debe ser interpretada de conformidad con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, consagrados en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

## **6.1 CONCEPTO**

Proceso en que las partes, víctima e imputado, acusado o sentenciado, querellante y querellado, o sus representantes legales, con la ayuda imparcial de un facilitador, conciliador o mediador, por mutuo consentimiento y para propender un resultado restaurativo; resuelven proporcionalmente, las consecuencias del delito y de esta manera logran que se repare, indemnice, devuelva, reintegre, retracte o rectifique los perjuicios causados con el delito, para así obtener una pronta y adecuada administración de justicia<sup>70</sup>.

La justicia restaurativa es una reacción contra el carácter represivo y retributivo del derecho penal y el fracaso resocializador de los infractores. Se concibe en beneficio de la misma sociedad; sirve para la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario, pues desplaza el centro gravitacional acto delictivo-

---

<sup>68</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

<sup>69</sup> Antes dichas medidas eran tomadas directamente por la Fiscalía General de la Nación.

<sup>70</sup> FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal*. Bogotá : 2005. p. 150.

infractor por una especial consideración hacia víctima-daño. Así lo entiende la jurisprudencia constitucional al señalar:

Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad, debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica<sup>71</sup>.

La Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>72</sup>, consagra este mecanismo en el Libro VI (Artículos 518 a 527). El artículo 518 define los conceptos de programa de justicia restaurativa y resultado restaurativo:

**Programa de justicia restaurativa.** Todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

**Resultado restaurativo.** El acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

El artículo 519 establece las reglas generales bajo las cuales se rige<sup>73</sup>; el artículo 520 fija las condiciones para la remisión a los programas de justicia restaurativa<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Sentencia C-979 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>72</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

## 6.2 TIPOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN COLOMBIA

Los mecanismos de justicia restaurativa son: la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

**6.2.1 CONCILIACION PREPROCESAL.** La conciliación es una respuesta a la resolución de conflictos –autocomposición– en ella, las propias partes confrontadas, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, son las que resuelven sus diferencias, ya sea de manera directa o a través de un tercero imparcial, que cumple el papel de facilitador. Llegan, de tal modo, a compromisos recíprocos orientados a superar el conflicto. Es obligatoria como requisito de procedibilidad en todos aquellos delitos querellables<sup>75</sup> –admiten desistimiento– para acudir al ejercicio de la acción penal y se rige en lo pertinente por la Ley 640 del 5 de enero de 2001<sup>76</sup>.

Es un mecanismo que persigue un interés público, mediante la solución negociada entre las partes, con la intervención de un tercero que puede ser un funcionario

---

<sup>73</sup> “Art. 519. REGLAS GENERALES. Los procesos de justicia restaurativa se registrarán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas: 1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación. 2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito. 3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. 4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena. 5. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto. 6. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.”

<sup>74</sup> “Art. 520. CONDICIONES PARA LA REMISIÓN A LOS PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA. El fiscal o el juez, para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa, deberá: 1. Informar plenamente a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión. 2. Cerciorarse que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los haya inducido a hacerlo por medios desleales.”

<sup>75</sup> Art. 74 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>76</sup> Diario Oficial No. 44.282 del 5 de enero de 2001.

perteneciente a la rama judicial o a la administración y, excepcionalmente, los particulares. La conciliación puede ser llevada a cabo por el fiscal<sup>77</sup> correspondiente, en un centro de conciliación o ante conciliador reconocido como tal. Si hubiere acuerdo entre las partes se procede a archivar las diligencias; en caso contrario, se ejercita la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes puedan acudir al mecanismo de la mediación.

La jurisprudencia acerca de las características e importancia de la conciliación como mecanismo alternativo de conflictos, puede resumirse de la siguiente manera:

De conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por la Corte, la conciliación se caracteriza por ser (i) un instrumento de **autocomposición** de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes; (ii) una **actividad preventiva**, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia; (iii) **no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial** ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora; (iv) es un mecanismo **útil** para la solución de los conflictos, porque ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial; (v) constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el **criterio pacifista** que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad;

---

<sup>77</sup> Mediante Sentencia C-591-05 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, se declaró ajustada a la Constitución tal atribución que no tiene ninguna oposición con el nuevo esquema procesal penal.

( vi ) es un instrumento que busca lograr la **descongestión de los despachos judiciales**, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones; ( vii ) tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos **conflictos susceptibles**, en principio, **de ser negociados**, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico; ( viii ) es el resultado de una **actuación** que se encuentra **reglada** por el legislador; ( ix ) no debe ser interpretada solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de **participación** de la sociedad civil en los asuntos que los afectan; ( x ) se trata de un mecanismo de **estirpe democrática**, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social; ( xi ) se enmarca dentro del movimiento de reformas para garantizar el acceso a la justicia; ( xii ) puede ser judicial o extrajudicial; y ( xiii ) el legislador ha optado por regular en norma especial la conciliación en **materia penal**, dada la naturaleza de la acción penal, el tipo de conflictos que dan lugar a la investigación penal, las consecuencias frente al derecho a la libertad personal que conlleva este tipo de responsabilidad y el interés público en ella involucrado, entre otros factores.<sup>78</sup>

Siguiendo el Código de Procedimiento Penal –Ley 906 del 31 de agosto 2004<sup>79</sup>–, se concluye que la conciliación solo puede ser procesal y preprocesal, ya que

---

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

puede darse en la indagación si hubo lugar a la misma o antes de que se formule la imputación<sup>80</sup>, caso último en que se entiende la existencia del ejercicio de la acción penal<sup>81</sup>.

**6.2.1.1 Caducidad.** De acuerdo con el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>82</sup>–, no hay lugar a la conciliación preprocesal cuando no se presentó la respectiva querrela dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses e igualmente cuando ocurra cualquier otra causal que extinga la acción penal.

**6.2.2 CONCILIACION PROCESAL EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL.** Es el mecanismo de justicia restaurativa que tiene como propósito

---

<sup>80</sup> “Otra razón adicional para indicar que la conciliación preprocesal tiene su ámbito durante la indagación o, en cualquier caso, en momentos anteriores a la formulación de imputación, lo denota la disposición señalada cuando prevé que si se produce el acuerdo, el fiscal procederá a archivar las diligencias, actitud que sólo puede asumirse antes de la formulación de imputación, pues, de lo contrario, el fiscal debería solicitar preclusión al juez de conocimiento.

La norma en cuestión indica que, si no se produce la conciliación o acuerdo, el fiscal deberá ejercitar la acción penal correspondiente, *sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación*. En estos términos legislativos, resulta claro que sólo se previó la conciliación preprocesal y, si ésta falla, sólo queda como mecanismo de justicia restaurativa la mediación.

Ahora bien, lo dicho no obsta para que, tratándose de delitos querellables, a pesar de haberse iniciado la acción penal (formulación de la imputación), querellante y querellado puedan acudir a una conciliación extraprocésal.... y, posteriormente, el primero haga una manifestación procesal de desistimiento de la querrela, verbalmente o por escrito. En este evento, será el juez de conocimiento quien, después de escuchar la opinión del fiscal delegado que conoce del caso, y previa verificación de que la decisión del querellante es libre, voluntaria, e informada, quien determine si acepta o no el desistimiento lo cual hará en audiencia preliminar de preclusión.”

<sup>81</sup> Además de la investigación de unos hechos, se produce la vinculación de personas interrumpiéndose el término de prescripción de la acción penal.

<sup>82</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

preferente la reparación del daño ocasionado con el delito, así como disminuir a favor del responsable del mismo las consecuencias de la pena<sup>83</sup>.

**6.2.2.1 Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral.** De acuerdo con el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>84</sup>–, emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.

Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

**6.2.2.2 Caducidad.** Según del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>85</sup>–, la solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haberse anunciado el fallo de responsabilidad penal.

**6.2.2.3 Procedencia.** Son susceptibles de conciliación dentro del incidente de reparación, los efectos civiles o patrimoniales generados por el delito cuyo pago, reparación, indemnización, devolución o reintegro, puedan amortizar, conmutar o disminuir parcialmente la tasación de las sanciones impuestas al declarado penalmente responsable<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> FISCALIA, Op. Cit., p. 155.

<sup>84</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> FISCALIA, Op. Cit., p. 155.

**6.2.3 LA MEDIACION.** El artículo 523 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>87</sup>–, la define como el mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

**6.2.3.1 Procedencia.** La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón (Art. 523 inciso 2).

Es aplicable en aquellos delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda los cinco años y en los delitos querellables, es opcional porque existe el requisito de procedibilidad de la conciliación preprocesal.

**6.2.3.2 Caducidad.** La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa.

En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción. En este caso es

---

<sup>87</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

procedente acudir a la aplicación del principio de oportunidad artículo 324 numerales 1 y 8 del Código de Procedimiento Penal.

Igualmente, las partes en etapas diferentes del proceso pueden acudir a la mediación extraprocesal.

**6.2.3.3 Solicitud y Competencia.** Puede solicitarla la víctima o el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, proceda a designar el mediador.

En los casos de menores, inimputables y víctimas incapaces, sus representantes legales deberán participar en la mediación.

**6.2.3.4 Efectos.** Según el artículo 526 del Código de Procedimiento Penal – Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>88</sup>–, la decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia. Los términos no se suspenden cuando se acude al mecanismo de la mediación.

Las sesiones que se adelanten en el transcurso de la mediación, tienen el carácter de reservadas o privadas y por lo tanto el mediador no puede divulgar la información, testificar en juicio o procedimiento judicial. También las partes deben

---

<sup>88</sup> Ibid.

respetar la confidencialidad de la misma y no pueden utilizar ningún aspecto de lo discutido, reconocido, documentación, etc para ser utilizado como prueba en el mismo proceso objeto de la mediación o en otro diferente.

Tanto a nivel internacional y jurisprudencial, en lo referente a los derechos humanos, se ha definido el alcance y el contenido que deben buscar los mecanismos restauradores:

Así se tiene que en el ámbito del derecho internacional las cuatro principales formas de reparación son la restitución, la indemnización, la rehabilitación, y la satisfacción y garantía de no repetición, las cuales son complementarias entre sí, a fin de lograr la reparación adecuada.

La restitución, se realiza a través de acciones orientadas a devolver, en la medida de lo posible, a la víctima a la situación que se encontraba antes de ser afectada por el ilícito, tiene un alcance que trasciende lo meramente pecuniario en cuanto atañe al restablecimiento de todos sus derechos que le permitan continuar con una vida normal en su entorno social, familiar, de ciudadanía, laboral y económico.

La indemnización, se identifica con las medidas orientadas a lograr el resarcimiento de los daños generados por el ilícito y que sean cuantificables económicamente (daños físico y mental; la pérdida de oportunidades de desarrollo; los daños materiales y la pérdida de ingresos incluido el lucro cesante; el daño a la reputación o a la dignidad, las disminuciones patrimoniales).

La rehabilitación, corresponde al conjunto de acciones que se orientan a proporcionar a la víctima la atención y asistencia que requiera desde el punto de vista médico, psicológico, social y jurídico.

La satisfacción y las garantías de no repetición, atañen a aquellas acciones dirigidas, de una parte a deshacer el agravio inferido a la víctima, y de otra, a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectaron sus derechos, las cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Sentencia C-979 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

## **CAPITULO SEPTIMO**

### **OPORTUNIDAD PENAL**

#### **7.1 CRISIS DE LA JUSTICIA**

La administración de justicia está en crisis desde hace varias décadas, tanto en Colombia como en otros países. Este ha sido el aserto que sirve para justificar las continuas reformas, bien ante el fracaso legislativo o el de los operadores jurídicos –funcionarios judiciales como jueces y fiscales, etc–. El problema es complejo y en lo concerniente al sistema es peligroso, pues está en juego el bien máspreciado del ser humano: la libertad.

Por eso, en Europa y Estados Unidos han implementado mecanismos que les posibilitan una simplificación de la justicia penal. Con ello se ha obtenido un equilibrio entre eficacia y garantía, que no desconoce las prerrogativas constitucionales como el debido proceso y el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas.

Sin embargo, ante el incremento cualitativo y cuantitativo del crimen en el mundo, no se han aumentado los recursos humanos y técnicos; tampoco se han adoptado modelos de enjuiciamiento que contrarresten la criminalidad.

Al respecto, el Consejo de la entonces Comunidad Económica –hoy Unión Europea– formuló, hace varios años, algunas recomendaciones, entre las que se destacan: la adopción de un sistema acusatorio, la introducción de procesos monitorios o abreviados y la ampliación del principio de oportunidad.

Cuando los delitos considerados de menor gravedad aumentan desproporcionadamente inciden sobre:

1. la sobrecarga en la administración de justicia, principalmente en los casos, también más frecuentes, en que la regulación procesal-penal ha sido elaborada sin pensar en este tipo específico de delitos.
2. La falta de proporción de la pena, que resulta excesiva en la mayoría de los casos, sin que se cuente con los elementos correctivos que la adecuen.
3. La desvalorización del derecho penal en cuanto, de un lado, dichos delitos por su habitualidad pueden afectar a una inmensa mayoría de ciudadanos, impidiendo una reacción intimidatoria y, de otro, porque restando la inmensa mayoría de los mismos por descubrir, el efecto amenazador de la pena queda prácticamente eliminado; y
4. La protección del bien jurídico, ya que, por más que se argumente la falta de importancia del delito bagatela tomado en su individualidad, el hecho es que, de forma masificada, acaba convirtiéndose en cualquier cosa menos “una bagatela”<sup>90</sup>.

Para solucionar lo anterior, se plantean varias alternativas. Algunas de ellas son:

a) la disminución de los términos procesales;

b) la participación de órganos diferentes a los jurisdiccionales en la solución;

---

<sup>90</sup> ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad : Alemania y España*. Barcelona : Promociones y publicaciones universitarias, 1991. p. 24.

- c) la protección de todos los bienes jurídicos a través de la ley e, incluso,
- d) descriminalizar y despenalizar, tendencia que se observa en muchos países ante la incapacidad de los mismos.

## **7.2 LA OPCION DE DESCRIMINALIZAR**

Son muy diversas las alternativas de descriminalización; es posible clasificarlas del siguiente modo:

### **7.2.1 Descriminalización**

- a) Descriminalización General. Se estipulan en la ley hasta el más mínimo detalle del hecho delictual, sin dejar ninguna posibilidad al operador jurídico de un grado de discrecionalidad.
- b) Descriminalización Particular. Su aplicación se produce en casos particulares (uno por uno) a través de normas que le permiten al operador jurídico tener la posibilidad de decidir si aplica o no la sanción por considerarla conveniente o por lo innecesaria.

### **7.2.2 Despenalización o adopción de medidas menos severas**

- a) suprimiendo tipos penales o
- b) sancionarlos de una manera menos rigurosa y fuera del ámbito penal.

### 7.2.3 Medidas en Derecho Penal o Derecho Procesal

#### 7.2.3.1 En Derecho Penal

- a) Inclusión de cláusulas acerca del no merecimiento de la pena ante casos que la sociedad considera de poca importancia o lesividad.
- b) Restringir el campo de acción del tipo penal a los delitos más graves.
- c) Incremento del número de delitos que exigen querrela.

**7.2.3.2 En Derecho Procesal.** Bien sea con estricta sujeción al principio de legalidad o por intermedio del principio de oportunidad.

- a) A través del Principio de Legalidad. Por medio de procesos que permitan mayor celeridad y eficacia, es decir son procesos abreviados o cortos: “en este sentido destacan en Alemania dos procedimientos: el acelerado y el llamado “*por orden penal*” y, en Francia e Italia, el proceso de “*L’ordonance penale*” y “*Per decreto penale*”, respectivamente<sup>91</sup>.

Siguiendo a la doctora Armenta Deu, el procedimiento acelerado está limitado a delitos leves cuya pena sea un año, se contempla para casos, que por su sencillez, permiten una tramitación especialmente rápida, donde el Tribunal examina la solicitud (oral) del Fiscal y si la considera adecuada la aprueba, entre sus características se destaca que la solicitud es oral, no es necesario abrir al procedimiento principal, no se necesita presentar escrito de acusación, el plazo de citación es máximo de 24 horas.

---

<sup>91</sup> Ibid., p. 28.

En el proceso por orden penal (*strafbefehrfahren*) es el proceso monitorio es decir que avisa o amonesta y que se caracteriza por la existencia de una orden penal que se ejecuta si no hay oposición del afectado, aquí solo se pueden imponer penas de carácter pecuniario y accesorio. El inculpado no tiene necesidad de asistir a la audiencia pues el Fiscal presenta ante un Juez la orden solicitando una pena concreta y si la aprueba se dicta la correspondiente orden por parte del Juez y se notifica al inculpado para que la cumpla inmediatamente.

b) Principio de Oportunidad. Aplicando criterios de oportunidad (seleccionar) como excepción al principio de legalidad determinando las causas para su aplicación.

**7.2.4 En Derecho Administrativo.** Existe otra manera de darle tratamiento a los delitos que congestionan la justicia penal y, son las soluciones del derecho administrativo atribuyéndole a este la competencia de asuntos que afectan los intereses generales de la comunidad y sancionables a través de una multa.

**7.2.5 En Derecho Civil.** Finalmente se puede acudir al derecho civil, a través de la conciliación.

### **7.3. CONSIDERACIONES PRELIMINARES ACERCA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.**

Nuestro ordenamiento jurídico está fundado en la supremacía del principio de legalidad. Empero, dentro de las modificaciones introducidas con el Acto

Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>92</sup>, se implementó, de forma explícita, el Principio de Oportunidad, el cual se venía aplicando en virtud de la Ley 600 del 24 de julio de 2000<sup>93</sup> en el artículo 39, en la preclusión a través de providencia interlocutoria. Tal figura consiste en que en cualquier momento de la investigación en que apareciera demostrado que la conducta no existió, que el sindicado no la cometió, atípica, demostración de una causal de exclusión de responsabilidad, imposibilidad de haber iniciado la actuación o proseguirla, el Fiscal podía declarar precluida la investigación en cualquier momento de la misma mediante providencia interlocutoria o juez en la etapa de juicio bajo las mismas causales declaraba la cesación del procedimiento.

Algunos autores afirman que son formas de aplicación del Principio de Oportunidad: la conciliación, la indemnización integral, el desistimiento, la transacción; la sentencia anticipada y la audiencia especial. Sin embargo, consideramos que tal concepción es errada y más bien estas figuras procesales pertenecen a lo que la doctrina denomina salidas alternativas al juicio oral.

Con la inclusión del Principio de Oportunidad se genera la posibilidad de terminar o suspender el trámite de algunos procesos de poca relevancia y de permitir que la justicia penal se ocupe de delitos de mayor entidad.

Esta tesis se deriva del siguiente hecho: la gran congestión del sistema judicial la producen los delitos menores, muchos de los cuales no alcanzan a vulnerar materialmente el bien jurídico haciendo innecesaria la intervención por parte del Estado.

Según se puede observar en la exposición de motivos acerca de la conveniencia de adoptar el principio de oportunidad y su filosofía “radica en la necesidad de

---

<sup>92</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

<sup>93</sup> Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000.

simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; y, en contraprestación, se evitarían efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad, estimula la pronta reparación a la víctima; y, se le otorga otra posibilidad de inserción social al que cometió la conducta punible”.

El Principio de Oportunidad constituye una excepción al principio de legalidad y un medio seleccionador del sistema penal. Esto se logra mediante la facultad que se le asigna a la Fiscalía de abstenerse de perseguir determinadas conductas punibles, en atención a la política criminal.

#### **7.4. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

Uno de los marcos de referencia para implementar el Principio de Oportunidad fue el derecho Alemán y Estadounidense. En este último, el fiscal está vinculado a la rama ejecutiva y no a la judicial. Disfruta de una responsabilidad política, ya que es elegido popularmente o designado con el beneplácito de la comunidad. También tiene una alta discrecionalidad, tanta que podría afirmarse que aquella es la regla y el principio de legalidad, la excepción.

En el sistema Estadounidense existen dos figuras: el *plea guilty*, que es confesión dirigida a evitar el juicio y el *plea bargaining*, negociación entre el fiscal y el imputado para pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducirla o cambiarla. En ésta el juez sólo decide sobre los términos de la negociación, es decir, que las partes –en especial el fiscal teniendo en cuenta el interés y la utilidad o la conveniencia del ejercicio de la acción penal– pueden disponer del objeto del proceso. La Fiscalía tiene la facultad de renunciar a la

acción penal o revocarla, el inculpado cuando se declara culpable exonera automáticamente al ente acusador de probar el fundamento de la imputación.

En algunos países de Europa se han introducido criterios de oportunidad teniendo como referencia a Alemania, cuyo Estado contempla taxativamente los casos en los cuales se puede suspender el proceso o declinar la persecución punitiva. Las razones son iguales en todas las legislaciones: la alta congestión producida por los delitos de bagatela, el concepto de mínima gravedad, la pena natural, etc.

Desde 1980 hasta nuestros días, una corriente reformativa de los sistemas procesales penales en Latinoamérica, ha sido auspiciada por Estados Unidos, con la supuesta pretensión de que los Estados de la región acojan el sistema acusatorio y el juicio oral en beneficio de los derechos humanos.

En el derecho comparado, existen unos criterios bajo los cuales se hace necesaria la adopción de criterios de oportunidad y, los cuales son recopilados por ROXIN:

1. El reproche es insignificante y no existe interés en la persecución penal: son los llamados casos de insignificancia (absoluta o relativa) en los cuales la justicia tiene interés mínimo persecutorio debido al casi inexistente grado de afectación al bien jurídico.

La insignificancia absoluta está dada en conductas en que el grado de culpabilidad del autor es reducido y la insignificancia relativa, cuando se podría prescindir de la persecución penal, cuando la pena aplicable es menor comparativamente hablando con una pena o medida de seguridad impuesta por el hecho punible como por ejemplo la pena natural.

2. El interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo: El interés del Estado es suplido por condiciones e indicaciones que conduzcan a la reparación.

3. Intereses del Estado prioritarios y opuestos: el caso típico el delito de traición a la patria, el proceso representaría una amenaza para la seguridad nacional.

4. El ofendido debe iniciar persecución penal: para iniciar el procedimiento en cierto tipos de delitos es necesaria la querrela.

5. Estimular reparación a las víctimas: con ello se deja sin efectos la conducta punible.

6. Evitar efectos criminógenos de penas cortas: el ente acusador se puede abstener de investigar y acusar delitos cuya pena es más perjudicial para la sociedad su ejecución que el delito.

7. Procesos de rehabilitación al delincuente: cuando el delincuente por voluntad propia y por sus propios medios se rehabilita.

8. Reintegrar a la sociedad alzados en armas: a través de amnistías e indultos<sup>94</sup>.

## **7.5 CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

Consiste en la facultad discrecional del funcionario que tiene la obligación de investigar, de abstenerse de hacerlo, en presencia de particulares circunstancias

---

<sup>94</sup> ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 90 y ss.

que identifican la ausencia de necesidad de la pena. También tiene aplicación este principio para suspender la misma acción penal o renunciar a su ejercicio. Es sin duda una excepción a la obligación de aplicar una norma que implica la obligatoriedad de investigar y juzgar, por cuanto involucra en ello todo un conflicto social, ya que esa afectación debe trascender la esfera de lo particular para colocarse como contraria a los intereses comunes de la colectividad y solo así justifica la intervención del Estado, que sin ella, genera ahí sí un verdadero conflicto entre un Estado que quiere investigar una infracción inane al orden normativo, desplegando para ello todo su poderío que resultando innecesario se convierte en injusto y arbitrario<sup>95</sup>.

## **7.6 CLASIFICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

### **A) De acuerdo al grado de discrecionalidad:**

**1. Principio de Oportunidad Libre, Flexible o Discrecional.** Se estipulan en el ordenamiento jurídico condicionamientos o pautas pero de una manera general y amplia, permitiendo por lo tanto un margen de interpretación y de decisión al funcionario encargado de aplicarlo.

Tampoco en la norma que habilita al funcionario para aplicar el Principio de Oportunidad, se enuncian taxativamente los tipos penales susceptibles del principio mas bien aparecen elementos o supuestos de interpretación para su aplicación.

---

<sup>95</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Axiología y Deontología del Proceso Penal y El Precedente Judicial*. Bogotá : 2004. p. 31.

Como ejemplo, tenemos el sistema anglosajón: el fiscal tiene la autoridad de seguir o desistir de la acción, la principal característica es la discrecionalidad y son tan amplias que en la práctica él domina por completo el procedimiento.

Estas facultades no se limitan a la posibilidad de desistir libremente de la acusación, sino que también plantear la reducción de los cargos tanto en la etapa anterior al juicio como en el juicio mismo que le permite cambiar la imputación.

Lo anterior conduce a que las decisiones tomadas, con base a criterios político-criminales no pueden ser revisadas o controladas por ningún órgano jurisdiccional, y cuando alguien solicita la revisión de una actuación de la fiscalía que determinó no adelantar la acción penal, los tribunales han destacado la capacidad e idoneidad de estos para tomar estas decisiones.

Sin embargo existe la extralimitación y abuso del poder por parte del fiscal, que son controlados a través de la vía jurisdiccional:

En primer lugar la persecución selectiva que se produce cuando el inculpado es tratado de forma diferente (desconocimiento del derecho a la igualdad) y la acción penal está fundamentada en circunstancias ilegítimas como el color de la piel, la religión, la nacionalidad, etc. En segundo lugar, persecución vindicativa en los casos en que el fiscal inicia la acción penal en contra de alguien que ha ejercido legítimamente sus derechos constitucionales o legales.

**2. Oportunidad Rígida, Reglada.** En la normatividad se establecen una serie de condicionamientos o criterios para su aplicación, es decir que la misma norma procesal define claramente y de forma específica los tipos penales susceptibles del beneficio y, en los cuales se produce una excepción al principio de legalidad.

Por lo tanto, el ente acusador sólo puede disponer de la acción penal, en los casos permitidos y determinados en la ley, por lo general tal decisión está sometida a la aprobación de un órgano jurisdiccional.

Como ejemplo, podemos citar los sistemas de países europeos como Alemania que tienen contemplado este principio desde 1924 y, encontramos en la ordenanza procesal penal alemana una enumeración taxativa de los eventos en que puede prescindirse de la acción, pero siempre con la aprobación del tribunal para el cierre del procedimiento. El fiscal puede disponer de la acción en delitos insignificantes o de bagatela, en casos en que el imputado esté cumpliendo una pena más grave, etc.

## **B) De acuerdo a la etapa procesal**

**1. Extraproceso.** Se presenta en la etapa en que el Fiscal tiene absoluta competencia, es decir no ha realizado formalmente la acusación ante un juez, para que se pueda aplicar debe existir la realización de una conducta punible, el material probatorio que sustente el caso, la causa probable, el consentimiento del imputado y dependiendo el delito se hace necesaria o no la reparación del daño causado a la víctima.

**2. Procesal.** Es decir que su aplicación se presenta en la etapa del juicio y para su procedencia además de las condiciones anteriores, el imputado y/o el fiscal debe elevar una solicitud en tal sentido al juez del caso.

## **7.7 FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

Son muchos los criterios que los doctrinantes esgrimen, pero entre los más destacados podemos citar:

- Escasa relevancia social de la infracción: no existe interés social de punición y pueden ser resueltos por los sujetos de la relación procesal sin poner en marcha el aparato judicial o concluir un proceso iniciado.
- Escasa entidad del daño social producido o en la personalidad del inculpado: que no podría justificarse mediante criterios discriminatorios de índole económico, sociológico o político, ya que los principios constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica podrían ser cuestionados.
- Político: su inclusión legal obedece a la necesidad de darle una solución efectiva a problemas de congestión judicial (número de casos, tiempos procesales) y establecer penas alternativas a la privación de la libertad.
- Consecución de la justicia material en cambio de la justicia formal: con ventajas del derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas, porque permite seleccionar y tratar de forma diferente los hechos más graves de los que tienen un mínimo interés social y en los que la pena carece de significado.

## **7.8 OBJETIVOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

**7.8.1 Descriminalización.** Con relación a conductas punibles, evitando la aplicación del poder punitivo, utilizando otras formas de reacción estatal frente al conducta punible que logren mejores resultados o donde resulte innecesaria la aplicación de una sanción.

**7.8.2 Resarcimiento a la víctima.** El cual debe ser rápido y oportuno, de tal manera que no sea necesario esperar el tiempo que dura un proceso para lograr la reparación y tiene gran importancia porque le permite a ésta contar con los medios económicos necesarios para cesar la perturbación ocasionada.

**7.8.3 Eficiencia del sistema penal.** En aquellas situaciones en las que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento y su dedicación a los delitos considerados graves o de mayor lesividad.

## **CAPITULO OCTAVO**

### **EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA**

#### **8.1 ORIGEN**

El Principio de Oportunidad es la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación de poder suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece el Código de Procedimiento Penal –Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>96</sup>–.

Algunas de las causas que originaron la implementación del Principio de Oportunidad en Colombia son:

De un lado, el desbordamiento de la delincuencia produjo congestión judicial, lo que a su vez obligó a la justicia a concentrarse en ciertos delitos, dejando sin respuesta crímenes que eran denunciados pero no atendidos. El sistema judicial aplicaba de facto el principio de Oportunidad. Entre más limitados fueran los recursos en el país, mayor era el espectro de delitos que no eran investigados. Ello a su vez tenía un impacto sobre la comunidad, que no ponía en conocimiento de la justicia diversos crímenes que presumía que no serían investigados, generando de este modo un círculo vicioso de impunidad. Incorporar el principio de Oportunidad significaría reconocer que en la práctica se efectúa tal selección, y que es mejor que la misma la realice el legislador y no arbitrariamente el sistema judicial. También propendería por la celeridad procesal, al abstenerse de investigar hechos de mínima lesividad.

---

<sup>96</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

Otra consideración, esta vez desde la perspectiva de los derechos del imputado, se esgrimió a favor del principio de Oportunidad. En el caso de delitos de escasa relevancia social o de mínima culpabilidad, debía otorgarse al fiscal la posibilidad de suspender un proceso para no exponer al imputado a una reacción penal injustificada, dado los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, y teniendo en cuenta el principio de Proporcionalidad<sup>97</sup>.

Igualmente en el Proyecto de Acto legislativo 237 de 2002 de la Cámara de Representantes, se observan otras razones a favor de la inclusión del Principio de Oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico:

- ❖ Se trata de un principio que se viene aplicando “*en forma larvada*”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial;
- ❖ Existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica;
- ❖ Constituye “*una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal*”;
- ❖ Ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema americano constituye

---

<sup>97</sup> GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia [base de datos en línea]. Alemania. Disponible en Internet: <<http://menschenrechte.org/beitraege/lateinamerika/oportunidad.htm>>

la regla y se traduce en las figuras del *plea guilty* o confesión dirigida a evitar el juicio, y del *plea bargaining*, es decir, negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado;

- ❖ Es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y
- ❖ bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.

En los debates que se suscitaron en el Congreso, en lo que respecta a la adopción del Principio de Oportunidad, se concluye:

- ❖ La existencia de un alto número de conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que hace innecesaria la intervención estatal –no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica–;
- ❖ Descongestiona y racionaliza la actividad investigativa por parte de los organismos estatales hacia la persecución de delitos que ofrecen mayor impacto social;
- ❖ Los modelos acusatorios americano y europeo consagran dicho principio, aunque en Colombia es diferente por cuanto el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo.

- ❖ En la reparación integral de víctimas, no se justifica seguir adelante con la acción penal, en especial, en delitos de contenido económico.

## 8.2 CARACTERÍSTICAS

**a. Es Excepcional.** Le permite al fiscal, de manera excepcional, suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal: porque en nuestro ordenamiento jurídico está consagrado como principio general el de legalidad en su acepción procesal, que responde a una concepción de retribución absoluta, porque el Estado para conseguir sus fines tiene el deber de investigar y castigar cualquier violación a la ley penal:

Dicho principio, de estirpe liberal, apunta a garantizar que todos los ciudadanos sean tratados por igual, el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, a que exista seguridad jurídica, y a que en últimas, no quede en manos de las autoridades encargadas de adelantar la persecución penal, la decisión de quien debe ser castigado en cada caso concreto. De allí que el proceso penal no sólo sea considerado un instrumento para la aplicación de la ley sustantiva, sino que aquél se torna irrenunciable cuando se produce en la realidad el supuesto de hecho previsto en la ley. Así pues, el inicio del proceso, o la continuación del mismo, no es asunto del que puedan disponer libremente el fiscal, el juez o la víctima.<sup>98</sup>

**b. Es Reglado.** Las causales de aplicación están señaladas por parte del

---

<sup>98</sup> Sentencia C-673 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

legislador de forma clara y precisa: la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>99</sup>, en su artículo 324 señaló las causales y/o condiciones bajo las cuales es procedente el principio de oportunidad.

**c. Aplicación.** debe hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

**d. Control de Legalidad.** Sometido a un control de legalidad por parte del juez de control de garantías, en cualquiera de los tres eventos –interrupción, suspensión y renuncia– sin importar la causal, para determinar su adecuación a la ley y hacer un control material sobre las garantías constitucionales del imputado.

Este fue uno de los puntos más discutidos en el proyecto de Acto legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>100</sup>. Inicialmente la inclusión del principio de oportunidad fue negada en la Comisión Primera del Senado porque, en opinión de los Senadores, en Colombia debía regir el principio de legalidad, ya que no era conveniente que funcionarios tuvieran la potestad de decidir qué delitos se investigaban y cuáles no.

Posteriormente, ante insistencia del Fiscal General de la Nación, se propuso un principio de oportunidad con control judicial. Los Senadores examinaron la posibilidad de que este principio se convirtiera o se asimilara a una preclusión, en la que un fiscal por sí y ante sí tomara decisiones sin tener que someterlas a un control jurisdiccional.

Al respecto, en una intervención en las sesiones del Congreso de la República, el doctor Fernando Arboleda Ripoll manifestó:

---

<sup>99</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

<sup>100</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

... El problema no está en si se adopta el principio de oportunidad o no se adopta, es compatible con el sistema acusatorio el ejercicio de la oportunidad, el problema que se plantea aquí, es la tensión que se genera con la naturaleza judicial de la Fiscalía y el ejercicio del principio de oportunidad, ese es el problema, un problema de estructura constitucional, el ejercicio del principio de oportunidad en los sistemas acusatorios tiene sentido y tiene significancia en la medida en que el Fiscal responde políticamente por el ejercicio que haga de ese poder.

Pero cómo podría el Fiscal y esto ya lo advirtió el señor Defensor del Pueblo [...] cuando caracterizaba un sistema acusatorio puro, cómo podría en el medio colombiano un Fiscal perteneciente al poder judicial que se rige por los principios de independencia y autonomía y que además solamente está sometido al imperio de la ley, responder políticamente, insisto, por el ejercicio, el uso que haga del principio de oportunidad.

Habría que pensar si cuando se habla de principio de oportunidad se le está apostando a un principio de oportunidad pleno, absoluto en los términos en que opera en los sistemas acusatorios puros y eso resultaría incompatible con la naturaleza judicial que se le atribuye a la Fiscalía, para que ello pudiera ser, habría que entonces optar por la propuesta que formulaba el Defensor del Pueblo y es desjudicializar a la Fiscalía y ubicarla como un ente independiente que responda políticamente ante el Congreso por el ejercicio que haga del principio de oportunidad; en este aspecto también quisiera destacar que habría sido deseable que el problema o que la concesión del sistema se hubiera definido en razón de la función y no en razón de la estructura que se le da a los órganos, me parece que habría sido mucho más nítido, habría sido mucho más técnico desde el punto de vista Constitucional, sentar un principio general de que la persecución en materia criminal se haría bajo las características de un

sistema acusatorio y no dentro de la estructuración de la Fiscalía darle unas atribuciones en donde la función de persecución, de acusación y de juzgamiento de los infractores de la ley penal, queda como un derivado del órgano.

...

De suerte que el principio de oportunidad tendría que ser definido exactamente en cualquiera de las variantes que se reconocen, tiempo,(sic) pero en la misma medida esas distintas variantes van a ocasionar consecuencias en la concepción general del proyecto; una oportunidad pura, presupondría definir la Fiscalía como un ente independiente de los órganos o de las ramas, o de los poderes públicos en que actualmente se estructura el Estado en la Constitución vigente; ahora si lo que se quiere es la oportunidad reglada, habría entonces que pensar en los instrumentos que la podrían hacer viable y el nivel normativo en donde esos distintos instrumentos operarían; pero lo que sí veo bastante dificultoso es poder conciliar la naturaleza judicial de la Fiscalía con el ejercicio pleno o con el ejercicio reglado del principio de oportunidad; eso me parece que puede generar bastantes dificultades a la hora de llevar a la práctica de ejecutar y darle desarrollo al proyecto que se está discutiendo.

El sistema de principio de oportunidad, propuesto por la Fiscalía no incluía ningún tipo de control. Esta situación originó oposición en el Congreso, que lo calificó como “supremamente peligroso”, pues originaría una arbitrariedad y absoluta discrecionalidad. Finalmente, se aprobó con la inclusión de un control de legalidad sobre el mismo.

Compartimos esta opinión, porque un principio de oportunidad sin control alguno y una ilimitada discrecionalidad del fiscal en el ejercicio de la acción

penal, producirían un abandono del principio de igualdad y la seguridad jurídica, pues las personas estarían sometidas a los criterios subjetivos del fiscal de turno.

También deben considerarse los altos niveles de impunidad en nuestro país, con un Principio de Oportunidad no sometido a ningún tipo de control, seguramente se hubiera producido un aumento de este fenómeno y la consecuente desconfianza de los ciudadanos frente a la administración de justicia.

### **8.3 DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y LEGAL**

El Principio de Oportunidad se incorporó a través de la reforma a la Constitución Política de 1991, por medio del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>101</sup> en su artículo 2 que modificó el artículo 250 del estatuto superior.

Posteriormente la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>102</sup>, define la titularidad y obligatoriedad de la acción penal en el artículo 66<sup>103</sup>.

El título V, regula todo lo concerniente a dicho principio, comprende los artículos 321 hasta el artículo 330.

---

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

<sup>103</sup> “ARTÍCULO 66. TITULARIDAD Y OBLIGATORIEDAD. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el 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 de control de garantías”.

El artículo 321<sup>104</sup> determina que la aplicación del principio de oportunidad está condicionada a la política criminal del país, es decir que está sujeto a las directrices del ejecutivo en cabeza del Presidente de la república y el Consejo de Política Criminal y el cual junto con el Fiscal General de la Nación determinan las conductas que son prioritarias, graves leves y así establecer cuales delitos se investigan o cuales son susceptibles de aplicar el principio de oportunidad.

Los artículos 322<sup>105</sup> y 323<sup>106</sup> consagran el principio de legalidad como norma general y el principio de oportunidad reglado como excepción.

El artículo 324 establece las 17 causales bajo las cuales es posible aplicar el principio de oportunidad:

- Delitos de criminalidad mínima y media (numeral 1)
- Delitos cometidos por personas entregadas en extradición (numerales 2-4)
- Delitos de competencia de la Corte Penal Internacional (numeral 3)
- Colaboración con la justicia (numerales 5-6)
- Pena natural (numeral 7)
- Culpabilidad disminuida (numerales 12-13-17)
- Suspensión procedimiento a prueba (numeral 8)
- Revaloración interés público en perseguir la conducta (numerales 9-15)
- Infima importancia (numerales numerales 10-11-14)
- Mínima participación (numeral 16)

---

<sup>104</sup> “ARTÍCULO 321. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado”.

<sup>105</sup> “ARTÍCULO 322. LEGALIDAD. La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código”.

<sup>106</sup> “ARTÍCULO 323. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad”.

Los artículos 325 y 326 regulan el procedimiento de suspensión a prueba; el artículo 327 establece el control judicial en aplicación del principio de oportunidad; el artículo 328 impone al Fiscal la obligación de tener en cuenta los intereses de las víctimas y escucharlas antes de aplicar el principio de oportunidad; el artículo 329 establece los efectos de la aplicación del principio de oportunidad y, el artículo 330 establece que el Fiscal General de la Nación debe expedir un reglamento para la aplicación del principio de oportunidad.

#### **8.4 TIPOS PENALES SUSCEPTIBLES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

Como regla general, cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años:

##### **8.4.1 Delitos que requieren querrela** (excepto cuando el sujeto pasivo es un menor de edad caso en el cual son perseguibles de oficio)

**8.4.1.1 Aquellos que no tienen señalada pena privativa de la libertad:** violación de habitación ajena (Artículo 189 C. Penal), violación de habitación ajena por servidor público (Artículo 190 C. Penal), violación de la libertad de trabajo (Artículo 198 C. Penal), violación de los derechos de reunión y asociación (Artículo 200 C. Penal), impedimento y perturbación de ceremonia religiosa (Artículo 202 C. Penal), daños o agravios a personas o a cosas destinadas al culto (Artículo 203 C. Penal), irrespeto a cadáveres (Artículo 204 C. Penal), sustracción de bien propio (Artículo 254 C. Penal), utilización indebida de información privilegiada no divulgada (Artículo 258 C. Penal), falsificación o uso fraudulento de sello

oficial (Artículo 279 C. Penal), circulación y uso de efecto oficial o sello falsificado (Artículo 281 C. Penal), supresión de signo de anulación de efecto oficial (Artículo 283 C. Penal), uso y circulación de efecto oficial anulado (Artículo 284 C. Penal), falsedad para obtener prueba de hecho verdadero (Artículo 295 C. Penal), falsedad personal siempre y cuando no esté previsto como otro delito y sea sancionable con pena mayor a 6 años (Artículo 296 C. Penal), ofrecimiento engañoso de productos y servicios (Artículo 300 C. Penal), pánico (Artículo 355 C. Penal), abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (Artículo 416 C. Penal), abuso de autoridad por omisión de denuncia (Artículo 417 inciso 1 C. Penal), revelación de secreto (Artículo 418 inciso 2 C. Penal), utilización indebida de información oficial privilegiada no divulgada por parte de servidor público (Artículo 420 C. Penal), asesoramiento y otras actuaciones ilegales (Artículo 421 inciso 1 C. Penal), intervención en política (Artículo 422 C. Penal), simulación de investidura o cargo (Artículo 426 C. Penal), perturbación de actos oficiales sin violencia (Artículo 430 inciso 1 C. Penal), utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública no divulgada (Artículo 431 C. Penal), utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de la función pública (Artículo 432 C. Penal), ultraje a emblemas o símbolos patrios (Artículo 461 C. Penal), aceptación indebida de honores (Artículo 462 C. Penal), violación de inmunidad diplomática (Artículo 465 C. Penal).

**8.4.1.2 Aquellos delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis años:** Inducción o ayuda al suicidio (Artículo 107 C. Penal), lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (Artículo 112 incisos 1 y 2 C. Penal), lesiones personales culposas (Artículo 120 C. Penal), omisión de socorro (Artículo

131 C. Penal), violación a la libertad religiosa (Artículo 201 C. Penal ), injuria (Artículo 220 C. Penal), calumnia (Artículo 221 C. Penal), injuria y calumnia indirecta (Artículo 222 C. Penal), injuria por vías de hecho (Artículo 226 C. Penal), injurias recíprocas (Artículo 227 C. Penal), violencia intrafamiliar (Artículo 229 C. Penal), maltrato mediante restricción a la libertad física (Artículo 230), inasistencia alimentaria (Artículo 233 C. Penal), malversación y dilapidación de los bienes de familiares (Artículo 236 C. Penal), hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (Artículo 239 inciso 2 C. Penal), alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (Artículo 243 C. Penal), estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (Artículo 246 inciso 3 C. Penal), emisión y transferencia ilegal de cheques (Artículo 248 C. Penal), abuso de confianza (Artículo 249 C. Penal), aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (Artículo 252 C. Penal), alzamiento de bienes (Artículo 253 C. Penal), disposición de bien propio gravado con prenda (Artículo 255 C. Penal), defraudación de fluidos (Artículo 256 C. Penal), malversación y dilapidación de bienes (Artículo 259 C. Penal), usurpación de tierras (Artículo 261 C. Penal), usurpación de aguas (Artículo 262 C. Penal), perturbación de la posesión sobre inmuebles (Artículo 264 C. Penal), daño en bien ajeno (Artículo 265 inciso 2 C. Penal), falsa autoacusación (Artículo 437 C. Penal), infidelidad a los deberes profesionales (Artículo 445 C. Penal).

**8.4.2 Otros delitos:** Aborto (Artículo 122 C. Penal), lesiones al feto (Artículo 125 C. Penal), lesiones culposas al feto (Artículo 126 C. Penal), abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (Artículo 128 C. Penal), fecundación y tráfico de embriones humanos con finalidad distinta a la procreación (Artículo 134 C. Penal),

constreñimiento ilegal siempre y cuando no esté previsto como otro delito y sea sancionable con pena mayor a 6 años (Artículos 182 y 184 C. Penal), fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar (Artículo 186 C. Penal), , violación ilícita de comunicaciones siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor a seis años (Artículo 192 C. Penal), ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor a seis años (Artículo 193 C. Penal), divulgación y empleo de documentos reservados siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor a seis años (Artículo 194 C. Penal), acceso abusivo a un sistema informático ((Artículo 195 C. Penal), utilización ilícita de equipos transmisores o receptores ((Artículo 197 C. Penal), inducción a la prostitución (Artículo 213 C. Penal), abuso de condiciones de inferioridad (Artículo 251 inciso 1 C. Penal), circulación ilegal de moneda (Artículo 277 inciso 1 C. Penal), alteración y modificación de calidad, peso o medida (Artículo 299 C. Penal), ilícita explotación comercial (Artículo 303 C. Penal), usurpación de marcas y patentes ((Artículo 306 C. Penal), uso ilegítimo de patentes (Artículo 307 C. Penal), sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes constitucionales o legales (Artículo 309 C. Penal), aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado (Artículo 311 C. Penal), pesca ilegal (Artículo 335 C. Penal), caza ilegal (Artículo 336 C. Penal), perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial (Artículo 353 C. Penal), obstrucción de obras de defensa o de asistencia (Artículo 364 C. Penal), fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones que no sean de uso privativo de las fuerzas armadas (Artículo 365 C. Penal), violación de medidas sanitarias (Artículo 368 C. Penal), contaminación de aguas destinadas al cultivo o consumo animal (Artículo 371 inciso 2 C. Penal), suministro o formulación ilegal a deportistas (Artículo 380 C. Penal), porte de sustancias (escopolamina o similar) siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor a seis años (Artículo 383 C. Penal), fraude al sufragante (Artículo 388 C. Penal), voto fraudulento (Artículo 391 C. Penal), favorecimiento de voto fraudulento (Artículo

392 C. Penal), mora en la entrega de documentos relacionados con una votación (Artículo 393 C. Penal), ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula (Artículo 395 C. Penal), denegación de inscripción (Artículo 396 C. Penal), peculado por uso (Artículo 398 C. Penal), peculado por aplicación oficial diferente (Artículo 399 C. Penal), peculado culposo (Artículo 400 C. Penal), abuso de autoridad por omisión de denuncia de servidor público (Artículo 417 inciso 2 C. Penal), revelación de secreto por servidor público (Artículo 418 inciso 1 C. Penal), utilización de asunto sometido a secreto o reserva por servidor público siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor a seis años (Artículo 419 C. Penal), asesoramiento ilegal de servidor rama judicial (Artículo 421 inciso 2 C. Penal), empleo ilegal de la fuerza pública (Artículo 423 C. Penal), omisión de apoyo (Artículo 424 C. Penal), usurpación de funciones públicas (Artículo 425 C. Penal), abuso de función pública (Artículo 428 C. Penal), violencia contra servidor público (Artículo 429 C. Penal), asociación de servidor público con alguien para la comisión de un delito contra la administración pública, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor a seis años (Artículo 434 C. Penal), falsa denuncia (Artículo 435 C. Penal), favorecimiento (Artículo 446 inciso 1 C. Penal), fraude a resolución judicial (Artículo 454 C. Penal), ofensa a diplomáticos (Artículo 466 C. Penal), asonada (Artículo 469 C. Penal), conspiración (Artículo 471 C. Penal), retención ilegal de mando (Artículo 472 C. Penal).

Los delitos que requieren petición especial por parte del Procurador General de la Nación, cuando el delito se cometa en el extranjero, no hubiere sido juzgado, el sujeto activo se encuentre en Colombia y se cumplan requisitos establecidos en el Artículo 75 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

## **8.5 ANÁLISIS DE LAS CAUSALES PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, CONTEMPLADAS EN EL ARTICULO 324 DE LA LEY 906 DEL 31 DE AGOSTO DE 2004<sup>108</sup>.**

Para una mejor comprensión, se utilizarán en el análisis de cada una de las causales ejemplos o casos hipotéticos, en los cuales se aprecie la posibilidad de dar operatividad a las mismas.

### **8.5.1 Numeral 1**

Procede 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.

- **Ejemplo:**

Francisco Rodríguez Naranjo fue capturado después de haberse apoderado de un computador portátil que se encontraba dentro de un vehículo parqueado en el centro comercial Las Vegas. Formulada la imputación, Rodríguez llega a un acuerdo con la víctima en relación con el monto de la indemnización de los perjuicios. Por ser la primera vez que Rodríguez Naranjo delinque y haberse recuperado el objeto material del delito e indemnizado los perjuicios ocasionados, la Fiscalía evalúa la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, en el entendido de que el Estado no tendría interés en el ejercicio de la correspondiente

---

<sup>108</sup> FISCALIA, Op. Cit., p. 155.

acción penal en casos de esta naturaleza que afecta de manera exclusiva y discreta el patrimonio particular<sup>109</sup>.

### **Análisis y consideraciones**

- No se identifican los tipos penales a los cuales es posible aplicar el principio de oportunidad.
- La causal debiera contener los presupuestos procesales y/o requisitos, sobre todo en lo que concierne a la política criminal, bajo los cuales es procedente la aplicación.
- La frase “pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado” contiene expresiones vagas e imprecisas, que violan los principios de legalidad y, en especial, el de taxatividad. Expresiones que son amplias y ambiguas aún para quienes están dedicados al mundo del derecho. ¿Cómo definir “puede determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado”? ¿qué es manera objetiva? ¿cuándo existe interés del Estado o no por la persecución penal? Son elementos que deben estar determinados en la ley y que no se deben regular a través de mecanismos que carecen de dicho rango, como los reglamentos expedidos por la Fiscalía, las directrices del Gobierno y otros entes estatales. El legislador cuando redacta los tipos penales debe usar un lenguaje claro, preciso y asequible al nivel cultural medio de los ciudadanos.

---

<sup>109</sup> Ibid., p. 171.

- De acuerdo con lo anterior se crea una inseguridad jurídica, ya que el ciudadano frente a su infracción tiene ahora dos posibilidades: que sea castigado o que al Estado no le importe su conducta y no ocurra nada.
- Acorde con el nuevo papel que debe desempeñar la víctima, es de gran importancia la exigencia de reparación integral a la misma en consonancia de criterio de justicia restaurativa.

### **8.5.2 Numeral 2**

Procede cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.

- **Ejemplo:**

Fernando Rodríguez Nadal, ciudadano colombiano, fue capturado por haber dado muerte al ciudadano español Romeo Blanco, conducta ejecutada en Madrid, España. En curso la investigación a cargo de la Fiscalía, el Gobierno de Colombia entregó a Rodríguez Nadal a su homólogo de España, en respuesta a solicitud previa de extradición formulada con base en el mismo hecho y con fundamento en el Tratado de extradición entre los dos países. El Fiscal General de la Nación o su delegado especial dispone la renuncia a la persecución penal y así lo hace constar en el formato que posteriormente enviará al juez de control de garantías. Entre tanto, si tiene conocimiento de que algún perjudicado directo con el delito reside en Colombia, intenta su ubicación para informarle al respecto y conocer su pretensión de reparación integral. Asimismo, comunica a la Dirección de Asuntos Internacionales de la

Fiscalía para obtener copia de la documentación relacionada con el trámite de extradición, a efecto de constatar que se trata de la misma persona, el imputado y el extraditado.

Al Ministerio del Interior y de Justicia solicita constancia de la entrega en extradición del imputado, con indicación del delito para establecer que se trata del mismo por el cual es investigado en Colombia.

Satisfechos estos presupuestos para la aplicación de la causal, envía el formato correspondiente al juez de garantías para el control judicial en la aplicación del principio de oportunidad.

Puede darse el caso que el mismo delito por el que simultáneamente es investigado el indiciado o imputado en el extranjero y en Colombia esté relacionado con el narcotráfico, evento en el cual no procede la aplicación del principio de oportunidad por expresa prohibición legal<sup>110</sup>.

### **Análisis y consideraciones:**

Aquí se imponen razones políticas y de conveniencia, pero cabe un interrogante: con excepción de delitos diferentes al narcotráfico, ¿qué sentido tiene extraditar a un colombiano? para ser juzgado y condenado a penas privativas de la libertad degradantes aún cumpliéndolas en suelo patrio, con mucha más razón lejos de su familia. Por lo demás la causal es muy literal y clara.

### **8.5.3 Numeral 3**

---

<sup>110</sup> Ibid., p. 172 – 173.

Procede 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.

- **Ejemplo:**

La Corte Penal Internacional, establecida por el Tratado de Roma, es el primer tribunal internacional permanente encargado de investigar y juzgar las violaciones masivas del Derecho Internacional Humanitario, y de los Derechos Humanos. Tiene competencia para examinar los crímenes más graves que afectan al conjunto de la comunidad internacional: genocidio, contra la humanidad y de guerra.

Si las autoridades colombianas investigan un acto de genocidio, por ejemplo, y la Corte Penal Internacional decide que no hubo investigación eficaz y solicita al imputado, no puede aplicarse el principio de oportunidad por prohibición expresa de la ley procedimental. Para ello debe tratarse de otra conducta punible, en cuyo caso se interrumpe la persecución penal por este delito hasta tanto la CPI resuelva el caso<sup>111</sup>.

### **Análisis y consideraciones:**

Tiene vigencia desde el 1 de julio de 2002. El 5 de agosto de 2002 nuestro país se convirtió en el Estado número 77 que ratificó el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional. Pasado menos de un mes de ese compromiso, Colombia decidió invocar el artículo 124 del Estatuto de la CPI que, adoptado por

---

<sup>111</sup> Ibid., p. 173.

iniciativa de Francia, excluye de la competencia de la Corte, para los siete próximos años, los crímenes de guerra.

- Hay una frase del Tribunal de Nürnberg “los delitos contra el derecho internacional son cometidos por los hombres, y no por entidades abstractas, y solo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional”, es decir que tal responsabilidad es personal e individual.
- los tres delitos más graves cometidos en contra de los Derechos Humanos son: los crímenes de guerra, lesa humanidad y el genocidio.
- La Constitución Política de 1991 establece en su artículo 93 que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno y que los derechos y deberes consagrados en la Carta Política, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Mediante Acto Legislativo 02 del 27 de diciembre de 2001<sup>112</sup> se adicionó el anterior artículo a la Constitución Política de 1991, para que el país pueda reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma. También la admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del mismo con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto.

---

<sup>112</sup> Diario Oficial No. 44.663 del 27 de diciembre de 2001.

#### **8.5.4 Numeral 4**

Procede 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.

- **Ejemplo:**

Nicolás Rodríguez Caballero fue capturado por un hurto calificado perpetrado en Cali. En curso la investigación a cargo de la Fiscalía, el Gobierno de Colombia entrega a su homólogo de España a Rodríguez Caballero, respondiendo a una solicitud previa con fundamento en el Tratado de extradición entre los dos países, por el delito de homicidio que recientemente cometió en ese país.

Téngase en cuenta que: la captura fue legal; se realizó el control de legalidad correspondiente; se agotaron los pasos de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento; está acreditada la extradición de Rodríguez Caballero a España para ser juzgado por un delito distinto de aquel investigado en nuestro país, y que la pena impuesta en España es sustancialmente superior a la que correspondería por la conducta que se le atribuye en Colombia.

Como el caso se adecua a la causal descrita y el Fiscal constata que no existe prohibición legal para aplicar el principio de oportunidad, pero la pena máxima del delito perseguido es superior a seis años, el Fiscal de conocimiento informa al despacho del Fiscal General de la Nación que la situación fáctica se encuentra en la hipótesis contemplada en el párrafo

2º del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, para que asuma directamente la aplicación del principio de oportunidad o lo haga por conducto de su delegado especial, quien interrumpe la persecución penal mientras oficia a la Dirección de Asuntos Internacionales de la Fiscalía para que le informe sobre el resultado final del proceso en el país que requirió en extradición al imputado, a efecto de establecer la diferencia entre la sanción allí impuesta, con efectos de cosa juzgada, con la que pudiera corresponderle en Colombia. Si ésta resultará significativamente menor, es decir carente de importancia al lado de aquella, decide renunciar a la persecución penal.

Por el contrario, si el imputado fue absuelto en el exterior; o fue condenado a una pena equivalente, similar o inferior a la que pudiera darse en Colombia por el hecho investigado, el Fiscal debe reanudar la persecución penal porque no es procedente la aplicación del principio de oportunidad.

En la hipótesis de viabilidad de renunciar a la persecución penal, el Fiscal informa al respecto a la víctima y al Ministerio Público, y en forma inmediata solicita al juez de control de garantías de turno que dentro de los cinco (5) días siguientes realice la verificación de legalidad pertinente.

En este caso, el Fiscal presenta al juez la certificación requerida al Ministerio del Interior y Justicia, por conducto de la Dirección de Asuntos Internacionales de la Fiscalía, relacionada con la entrega del imputado en extradición, de la que se concluye que se trata de otra conducta punible sancionada, diferente a la investigada penalmente en Colombia, sancionada con pena sustancialmente mayor a la que aquí podría

imponerse por el otro delito. Al efecto, aporta copia del fallo condenatorio con efectos de cosa juzgada<sup>113</sup>.

### **Análisis y consideraciones:**

- Es claro el asunto cuando la pena aplicable en el exterior es superior a la contemplada en Colombia. Sin embargo, surge una contradicción cuando el imputado es sometido a juicio en el exterior y es declarado inocente. En ese caso la Fiscalía General de la Nación debe reanudar la persecución penal que está supeditada a los resultados del proceso en el extranjero y no a las causales del artículo 324 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>114</sup>.

#### **8.5.5 Numeral 5.**

Procede 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.

- **Ejemplo:**

José Ramírez Corredor fue capturado momentos después de haberse apoderado de un automotor que se encontraba en el parqueadero del centro comercial Cable Plaza de Manizales. Formulada la imputación, Ramírez ofreció colaborar para la captura de los demás integrantes de la

---

<sup>113</sup> FISCALIA, Op. Cit., p. 173 – 174.

<sup>114</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

banda de delincuencia organizada comprometida con esa actividad ilegal. Dos días después, con base en la información suministrada por el imputado, el CTI de la Fiscalía allanó varios inmuebles en las ciudades de Manizales, Pereira, Cali y Bogotá y se logró la captura de 30 personas y la recuperación de 14 automotores hurtados. De los distintos procesos iniciados, por cada uno de los hurtos mencionados, pudo establecerse que en todos los casos se utilizó el mismo modus operandi. En relación con los capturados se cumplió la formulación de imputación y los mismos se encuentran cobijados con medida de aseguramiento por los delitos de hurto calificado y concierto para delinquir.

El Fiscal jefe de la unidad solicita autorización al Director Nacional de Fiscalías para la conformación de un grupo de tareas especiales que verifique la información relacionada con la colaboración ofrecida por el imputado.

Con el resultado positivo de la colaboración ofrecida por el imputado, en la medida en que se logró la captura de 30 personas, la recuperación de 14 vehículos hurtados y la desarticulación de una organización del crimen organizado, el Fiscal de conocimiento diligencia el formato correspondiente para renunciar a la persecución penal.

Como el Fiscal de conocimiento, previamente intentó el resarcimiento del daño ocasionado a la víctima, en el marco de la justicia restaurativa, después de lo cual el defensor del imputado consigna el valor de la indemnización acordada con la víctima, quien en la misma fecha del delito investigado había sido restituido del automotor objeto del mismo.

En las conversaciones con el imputado y su defensor debe quedar clara y voluntariamente acordado que mientras se cumple la condición anotada

aquél permanecerá sometido a la medida de aseguramiento de detención (si ese es el caso), toda vez que la libertad sólo operará una vez el juez de control de garantías declare la legalidad de la renuncia a la acción penal. Si el detenido y/o su defensor no están de acuerdo con lo anterior, nada lo obliga a disponer la interrupción del trámite investigativo<sup>115</sup>.

### **Análisis y consideraciones:**

- En primer lugar hacemos referencia a las expresiones “colaboración eficaz” e “información esencial”, las cuales violan el principio de legalidad y taxatividad, de acuerdo con los mismos razonamientos que expusimos al analizar el numeral 1.
- Pueden existir personas que no tengan información de este tipo, pero que su grado de participación, al parecer, sea importante, pero que no se puedan beneficiar de una menor condena.

#### **8.5.6 Numeral 6.**

Procede 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.

---

<sup>115</sup> FISCALIA, Op. Cit., p. 174 - 175.

- **Ejemplo:**

Julio Castro Gómez fue capturado después de haberse apoderado de un camión de carga que de Bogotá se desplazaba con 4000 televisores al centro comercial Unicentro de Cali. Formulada la imputación, Castro ofrece declarar como testigo principal de cargo contra los demás sujetos que intervinieron en el hurto, y precisa que fue ésta la primera vez que ejecutaban una acción de tal naturaleza.

El Fiscal General o su delegado especial advierte al imputado, en presencia de su defensor, que si quiere beneficiarse con la interrupción y eventual renuncia a la persecución penal, debe concurrir al juicio a declarar como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, testimonio que será amparado por inmunidad total o parcial, según se trate, de manera que lo que declare no podrá ser empleado en su contra, salvo que se conozca por fuentes independientes, o que la inmunidad produce sus efectos sólo en cuanto a lo declarado y todo aquello que se derive del testimonio, pero que, no obstante, se le podría procesar si surgieren medios de prueba distintos que no dependan de lo que declaró como testigo de cargo.

Téngase presente que el testimonio es principal porque, de no darse, difícilmente se lograría el enjuiciamiento y condena de los demás intervinientes.

Al imputado se le advierte que los efectos de aplicación del principio de oportunidad serán revocados si no cumple con lo acordado.

Si el imputado y su defensor aceptan la condición precisada con antelación, el Fiscal dispone la interrupción de la persecución penal hasta

tanto ella se cumpla y al respecto informa a la víctima, si está identificada y ubicada, y al Ministerio Público.

Posteriormente puede darse uno de dos resultados posibles: (i) Si el testimonio no genera efectos en contra de los demás sujetos, debe continuarse con la persecución penal. (ii) Si el testimonio fue principal y contribuyó eficazmente a la condena de los demás intervinientes, escuchada la víctima y enterada de las razones político criminales que conducen a la aplicación del principio de oportunidad, el Fiscal de conocimiento diligencia el formato respectivo para la renuncia de la acción penal, si lo convenido fue testimonio con inmunidad total, o si fue parcial pero no hubo elementos recaudados por fuentes independientes; sin embargo, si la oferta fue de inmunidad parcial y se logró el acopio de medios de conocimiento o elementos materiales probatorios con base en fuentes independientes, si fueren suficientes, deberá continuarse la acción penal.

También puede tratarse de un concurso de delitos, con motivo del cual el Fiscal General o su delegado especial, puede adelantar una negociación para interrumpir la persecución penal con el fin de que el imputado declare contra los demás intervinientes, a cambio de extinguir la acción penal respecto de uno o varios de los delitos investigados, y obtener una declaración de culpabilidad respecto de uno o varios de los restantes punibles materia de la formulación de imputación.

Con la solución planteada en precedencia lograría darse una respuesta ponderada a casos de notoria o extrema gravedad, pues no sería conveniente una renuncia a la persecución penal que cobije la totalidad

de las conductas punibles investigadas, aún habiéndose concretado la colaboración eficaz<sup>116</sup>.

### **Análisis y consideraciones**

- Es decir que ante el incumplimiento del acuerdo o no ser efectivo, no se está produciendo una revocatoria –como lo estipula la norma–, pues hasta este momento procesal no se cumple su aplicación sino que, solamente, se ha suspendido el inicio de la acción penal y sólo ante la valoración de la efectividad en el juicio de la declaración del imputado como testigo principal de cargo, se produce el correspondiente inicio del trámite de renuncia definitiva a la acción penal.

#### **8.5.7 Numeral 7.**

Procede 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.

- **Ejemplo:**

Camila Peñaranda de Ruiz se distrae con su manicurista, mientras Jaimito, su hijo menor de 4 años de edad, llega hasta la cocina y trata de tumbar un recipiente con agua caliente que la madre ha dejado hervir para arreglarse las uñas. Por el ruido en la cocina, la madre intuye que es su hijo y emprende veloz carrera y llegó a ese lugar en el instante que la

---

<sup>116</sup> Ibid., p. 175 – 176.

olla caía hacia el menor. Sin saber cómo, en un esfuerzo sobrehumano, logra desviar el recipiente, con tan mala suerte que es ella quien sufre graves heridas en el rostro, en tanto que su hijo sólo resultó afectado en un brazo. A la madre, el médico legista le dictamina deformidad física de carácter permanente en rostro, y al menor únicamente lesiones con 10 días de incapacidad definitiva, sin secuelas. El padre del menor denuncia a la madre por descuido<sup>117</sup>.

### **Análisis y consideraciones**

- La causal no contempla la reparación integral a la víctima, por lo tanto, no sería un requisito tal y como lo manifiesta el ejemplo expuesto.
- Sería aplicable, por ejemplo, a lo que la doctrina ha denominado *pena natural*. En nuestra legislación están contemplados dos eventos: el primero, en el artículo 34, inciso 2°, que da la posibilidad al juez de abstenerse de imponer penas de los delitos culposos cuando la víctima pertenece a la esfera familiar del autor; el segundo, en el artículo 124, en su párrafo, según el cual el juez puede prescindir de imponer la pena a la mujer que aborta el fruto de un acceso carnal violento o inseminación artificial no consentida, cuando éste se produce en extraordinarias condiciones anormales de motivación.

#### **8.5.8 Numeral 8.**

---

<sup>117</sup> Ibid., p. 177.

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.

- **Ejemplo:**

Rodrigo Pérez Polanco golpeó con un bate a su amigo David Marroquín Suárez y le ocasionó lesiones en el brazo derecho, a raíz de una deuda de cien mil pesos que éste no había querido cancelarle. El Instituto de Medicina Legal le dictaminó noventa (90) días de incapacidad y perturbación funcional transitoria, quien por tal hecho formuló denuncia en contra de su agresor.

En este caso, luego de una breve indagación, el Fiscal formula imputación contra Rodrigo Pérez Polanco, por el delito de lesiones personales.

Después de la correspondiente audiencia ante el juez de control de garantías, el imputado concurre al despacho del fiscal, acompañado de su defensor, y manifiesta su arrepentimiento y disposición a reparar los perjuicios ocasionados al denunciante, a través de pagos mensuales, durante un año, hasta completar la suma de trescientos cincuenta mil pesos (\$350.000).

El Fiscal contacta al perjudicado para informarle de la solicitud del imputado, y da aviso al Ministerio Público de la posibilidad de suspender a prueba el procedimiento, con el fin de una eventual aplicación del principio de oportunidad.

En principio, la víctima no se muestra de acuerdo con la cuantía de la reparación ofrecida por el imputado, debido al tiempo que estuvo sin trabajar como consecuencia de la lesión que le fue ocasionada, y por los gastos del tratamiento médico que por tal motivo debió sufragar.

Escuchada la víctima, el Fiscal resuelve suspender el procedimiento a prueba e impone al imputado las siguientes condiciones: (i) informar cualquier cambio de residencia; (ii) reparar integralmente a la víctima; (iii) manifestar públicamente su arrepentimiento por la conducta imputada; y (iv) la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

Para facilitar un acuerdo entre el imputado y la víctima, solicita al despacho del Fiscal General de la Nación la designación de un mediador.

Durante la entrevista del imputado y la víctima, merced a la labor de facilitación del mediador, acuerdan la suma de seiscientos mil pesos como reparación por el daño ocasionado a Marroquín Suárez, dinero que debe cancelarse en seis cuotas mensuales de cien mil pesos cada una, la primera de las cuales se da por recibida a cuenta del valor adeudado por el ofendido a Pérez Polanco. Adicionalmente, el imputado manifiesta su intención de dar cabal cumplimiento a las demás condiciones ordenadas en el momento de la suspensión a prueba del procedimiento. El mediador elabora y remite oportunamente al Fiscal el informe donde quedan consignados los términos del acuerdo.

Luego del seguimiento del caso y verificado el cumplimiento de todas y cada una de las condiciones impuestas al imputado, el Fiscal diligencia el formato respectivo para renunciar a la persecución penal, e informa de ello al representante de la víctima y al Ministerio Público. Con la mayor

brevidad solicita al juez de control de garantías de turno que dentro de 5 días siguientes realice el control de legalidad pertinente.

La aplicación de esta causal del principio de oportunidad puede darse en medio de una investigación con imputado privado de la libertad, como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento . Si el Fiscal ordena la suspensión del procedimiento a prueba, acude ante el juez de control de garantías para solicitar la sustitución de la detención preventiva por una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, a cambio de alguna o algunas menos restrictivas, con el fin de hacer viable el cumplimiento de las condiciones establecidas en la ley<sup>118</sup>.

#### **Análisis y consideraciones:**

- El mecanismo permite la restauración y admite que exista una mínima intervención del Estado a través del ius puniendi, al posibilitarle a los sujetos procesales entablar una relación que les permita reencontrarse y perdonarse sin producir efectos criminógenos.

#### **8.5.9 Numeral 9.**

Procede cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

- **Ejemplo:**

---

<sup>118</sup> Ibid., p. 177 – 178.

Un General de la República que se ve envuelto en una investigación penal por el manejo irregular de dineros y cuentas reservadas, muchos de los cuales han sido invertidos en personas y elementos que se refieren a secretos atinentes a la seguridad exterior del Estado, la que se vería afectada por la publicidad del proceso penal.

Aunque el juez de conocimiento llegase a excepcionar por considerar que se pondría en peligro la seguridad nacional, de todos modos habría lugar a que algunos sujetos conocieran y revelaran la información secreta, y ello es lo que justifica la aplicación del principio de oportunidad, cuando no se ha producido un detrimento significativo al patrimonio público en beneficio particular<sup>119</sup>.

### **Análisis y consideraciones:**

Esta causal, es fundamento de la primacía del interés general sobre el particular y es uno de los postulados sobre el cual se construye el sistema de Derecho.

#### **8.5.10 Numeral 10.**

Procede 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.

- **Ejemplo:**

---

<sup>119</sup> Ibid., p. 179.

Juan Piña Cuenca, servidor público de una entidad de igual naturaleza, ordenador del gasto y actuando como contratante, celebra un contrato estatal para la construcción de un tramo de una carretera, con el cumplimiento de todas las exigencias legales. Sin embargo, a pesar de seleccionar la oferta más conveniente para la administración, se interesa en forma indebida en su celebración. La Contraloría falla el proceso fiscal con absolución a favor del servidor público, con el argumento que la administración resultó beneficiada porque era la mejor propuesta, y archiva la investigación.

De manera concomitante la Procuraduría General de la Nación califica la falta como gravísima y presuntamente dolosa, de que tras invocar, entre otras normas, el artículo 48.1 del Código Único Disciplinario lo sanciona con la destitución del cargo<sup>120</sup>.

### **Análisis y consideraciones:**

- Este es un ejemplo claro de los medios alternativos de que se puede valer el derecho penal a través de la descriminalización de conductas. Con ello se posibilita que el derecho penal sea la última ratio como forma de intervenir en las relaciones humanas.

#### **8.5.11 Numeral 11.**

Procede 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

---

<sup>120</sup> Ibid., p. 179.

protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

- **Ejemplo:**

Jaime Jiménez Jerez presentó querrela contra Rodolfo Pérez Rodríguez, vigilante del conjunto donde aquél reside, por haberse apoderado de cuatro llantas del vehículo de su propiedad que en días anteriores el querellante, al reemplazarlas por unas nuevas, había dejado en la zona de parqueo, en notorio estado de deterioro, porque pensaba utilizarlas en la decoración de la zona verde comunal.

El asunto fue asignado a un fiscal local después de que fracasara el intento de conciliación preprocesal, en la que Jiménez Jerez no aceptó la fórmula de reparación ofrecida por el querellado, equivalente al producto que obtuvo de la venta de elementos en un monta llantas.

Jiménez Jerez, quien sostiene con el querellado una grave enemistad, persiste en que la persecución penal continúe hasta llegar a sus últimas consecuencias<sup>121</sup>.

### **Análisis y consideraciones:**

- Consideramos que la causal es limitativa con respecto al concepto de patrimonio, en tanto lo circunscribe a valor pecuniario. Es posible aplicarlo no sólo a lo que es valorativo en términos de dinero, sino a lo subjetivo que resulta el concepto, dado que tiene conexión con todo aquello que tiene

---

<sup>121</sup> Ibid., p. 180.

valor para un sujeto. Ilustremos nuestra postura con un caso ocurrido en la ciudad de Manizales, en el que se produjeron unas lesiones personales cuya incapacidad médico legal no sobrepasó los 7 días y no produjo ningún tipo de secuelas. El afectado formuló la correspondiente querrela y se niega a que se aplique el principio de oportunidad a través de la reparación de los perjuicios ocasionados que son pocos.

El juez de control de garantías está en frente de una de dos posibilidades: a) aceptar la solicitud del fiscal de aplicar el principio de oportunidad o, b) negarla a favor del querellante que dio surgimiento a la acción penal. Consideramos que en lo relacionado con el concepto de justicia no es proporcionado que se llegue a proferir una sentencia condenatoria por lo ínfimo de la lesión del bien jurídico y las graves consecuencias que tendrían como antecedentes judiciales para el causante de las lesiones.

#### **8.5.12 Numeral 12.**

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

- **Ejemplo:**

Carlos Medrano Julianny labora en la fábrica de licores “el borrachito” de la ciudad de Medellín. Cierta día, debido a un accidente en la carretera, llega tarde al trabajo; cuando arriba se pone rápidamente el overol para que su jefe no se dé cuenta que ha llegado fuera de tiempo, olvidando colocarse el equipo de seguridad industrial que le protege boca y nariz,

razón por la que su superior le pasa un memorando llamándole la atención y sancionándolo con una multa de \$30.000.

Después de seis horas de trabajo, Medrano sale bajo los efectos de una ebriedad fortuita, debido a la aspiración permanente de los químicos que sirven de base para fabricar el licor. Así, aborda la camioneta en la que diariamente llega a su trabajo en compañía de Gilberto Rubiano, su vecino de barrio y trabajador de la misma factoría, quien le solicita que lo deje manejar porque lo ve ebrio; aquél se empecina y conduce, con tan mala suerte que choca contra una persona que cruzaba la calle, ocasionándole lesiones personales que le ameritaron una incapacidad definitiva de 60 días y secuelas médico legales de carácter transitorio<sup>122</sup>.

#### **Análisis y consideraciones:**

- Sería conveniente que en una ley posterior se definieran todos los conceptos ambiguos e imprecisos, pues aquí también aparecen términos de tal tenor como “mermada significación jurídica y social”. Al menos deberían establecerse criterios orientadores en las causales.

#### **8.5.13 Numeral 13.**

Procede 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.

---

<sup>122</sup> Ibid., p. 181.

- **Ejemplo:**

Roberto Bolaños Pérez, de 18 años de edad, tiene un hermano que es Capitán efectivo de la Policía Nacional. Cuando el oficial disfrutaba de vacaciones en otra ciudad, Roberto se vistió con uno de los uniformes de su hermano y salió a la calle, donde, sin finalidad específica pero sabiendo que la conducta estaba prohibida, se hizo pasar como miembro de la Fuerza Pública ante varias personas para concitar mero reconocimiento. Roberto fue capturado por dos patrulleros de la Policía Nacional a quienes les causó extrañeza la juventud del supuesto Capitán.

Luego de las primeras actividades de indagación, los medios de conocimiento indicaron que el comportamiento investigado estuvo dirigido a jugar una broma a varias personas desprevenidas. Asimismo, las personas entrevistadas, ante las cuales Bolaños Pérez simuló la calidad de Capitán, manifestaron su desinterés en el caso<sup>123</sup>.

### **Análisis y consideraciones:**

- El término “secundaria consideración” viola el principio de legalidad y taxatividad, por las mismas razones que se expusieron en numerales anteriores. Además con el peligro de que esa determinación queda en manos de la subjetividad del Fiscal.

#### **8.5.14 Numeral 14.**

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

---

<sup>123</sup> Ibid., p. 182.

- **Ejemplo:**

Milciades Cantor Rodríguez, comerciante de la Central de Abastos de Bogotá, es sorprendido por un Fiscal y agentes del CTI, quienes en horas de la madrugada allanan una de sus bodegas y encuentran que tiene acaparados desde hace seis meses 5000 bultos de sal, producto considerado como de primera necesidad, cuyo valor unitario en el mercado asciende a \$3.600. El precio estimado de la mercancía incautada fue de \$18.000.000<sup>124</sup>.

**Análisis y consideraciones:**

- La causal es clara, pero, ¿cuáles son los medios bajo los cuales se garantiza que una conducta delictiva no se vuelva a producir? porque aún con el compromiso del infractor así esté condicionado por una caución –multa– de no volver a infringir la ley, siempre existirá la posibilidad de que ello ocurra sin consideración a las consecuencias jurídicas resultantes.

**8.5.15 Numeral 15.**

Procede 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.

- **Ejemplo:**

---

<sup>124</sup> Ibid., p. 182.

El representante legal de una empresa constructora presentó querrela contra unas 150 personas de familias marginadas, por la invasión de un predio de su propiedad. La conciliación preprocesal fracasó porque los voceros de los autores de la invasión no concurrieron a la audiencia decretada para tal efecto.

Durante la indagación adelantada para acopiar medios de conocimiento, elementos materiales de prueba y lograr la identificación de los invasores, especialmente la de los promotores, el Concejo de la ciudad autorizó al Alcalde para adquirir el inmueble ocupado y, luego del cumplimiento de algunas condiciones de tipo administrativo, adjudicarlo a las familias invasoras.

Una vez se cumplió la adquisición del predio... con la finalidad anunciada en precedencia, y después de conocer que la empresa propietaria del predio accedió a la enajenación del inmueble, el Fiscal de conocimiento diligenció el formato correspondiente para renunciar a la persecución penal, informando de ello al representante legal de los perjudicados y al Ministerio Público<sup>125</sup>.

#### **Análisis y consideraciones:**

- Es de gran importancia lo preceptuado, ya que permite a las personas acudir a medios alternativos de solución de conflictos, diferentes al derecho penal.

#### **8.5.16 Numeral 16. <INEXEQUIBLE Sentencia C-673-05, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández>.**

---

<sup>125</sup> Ibid., p. 183.

[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].

#### **8.5.17 Numeral 17.**

Procede 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.

- **Ejemplo:**

José Mendieta Wilches era agredido con arma corto punzante por su vecino Mauro Pinzón Coral en presencia de Josué Silva Franco, quien, ante el ataque de que estaba siendo víctima y la evidente inferioridad de Mendieta, esgrimió su arma de fuego (amparada con salvoconducto) e intentó intimidar a Pinzón para que cesara la agresión. Como este último continuó haciendo lances con el cuchillo, Silva decidió accionar el arma de fuego contra las extremidades inferiores del atacante, solo con la finalidad de causarle una lesión que hiciera eficaz la defensa del agredido.

Josué Silva, quien había sido campeón de tiro con pistola en numerosos torneos celebrados durante los últimos años, confió en que una dolencia en su mano derecha, de la que era tratado médicamente, no alcanzaría a afectar su destreza para el uso del arma de fuego. Sin embargo, Pinzón murió a consecuencia del disparo que recibió en la región abdominal inferior.

Momentos después de los hechos, Josué Silva Franco se entregó voluntariamente a los investigadores que asumieron el conocimiento del caso, quienes de manera simultánea entrevistaron a varias personas que presenciaron el suceso.

El Fiscal de conocimiento ordena la libertad de Silva Franco por considerar que el homicidio se realizó con exceso de una situación enmarcada dentro de una causal de ausencia de responsabilidad (justificante).

Proyectada la eventual aplicación del principio de oportunidad, con sustento en esta causal, el Fiscal se abstiene de hacer formulación de imputación y dispone la interrupción de la persecución penal, de lo cual informa a la esposa del occiso y al representante del Ministerio Público.

Durante las actividades que dirige como resultado del programa metodológico, el Fiscal establece la excelente conducta personal, familiar y social de Silva, su destreza en el uso de armas de fuego (especialmente pistolas) y el tratamiento médico que recibía a raíz de un reciente accidente en el que resultó lesionado en su mano derecha, circunstancia que corrobora a través de la valoración física ordenada al Instituto Nacional de Medicina Legal. Adicionalmente, en presencia de uno de los investigadores del caso, recibe declaraciones a los testigos del hecho investigado.

Como resultado de las conversaciones que el Fiscal del caso facilita, el indiciado y la esposa del occiso, quien previamente fue identificada y ubicada, llegan a un acuerdo indemnizatorio, cuyo cumplimiento fue oportunamente acreditado.

Con base en lo anterior y en los medios de conocimiento mencionados con antelación, el Fiscal concluye que efectivamente el homicidio fue el resultado del exceso culposo de una causal de ausencia de responsabilidad (justificante). Decide entonces renunciar a la persecución penal, informa de ello a la perjudicada y el Ministerio Público. Con la mayor brevedad solicita al juez de control de garantías de turno que dentro de los 5 días siguientes realice el control de legalidad pertinente, y al efecto diligencia el formato respectivo<sup>126</sup>.

### **Análisis y consideraciones:**

- Las causales de justificación –estricto cumplimiento de un deber legal; el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente; el legítimo ejercicio de un derecho subjetivo, actividad lícita o cargo público; legítima defensa y el estado de necesidad– son normas permisivas que permiten actuar sin olvidar que cada una de ellas tiene un componente subjetivo que es la antonimia del dolo. Quien comete una conducta típica –justificada– no comete una conducta punible por la inexistencia de antijuridicidad y, por lo mismo, tampoco culpabilidad.
- Es complicado en algunos casos poder determinar si una persona se ha excedido en una causal de justificación –motivo por el cual merece un tratamiento especial por parte de la ley, al presentarse un grado de injusto de menor categoría en cuanto a la lesividad y la culpabilidad que repercute en la punibilidad– y la persona que en ningún momento ha pisado los linderos propios de una justificante.

---

<sup>126</sup> Ibid., p. 184 – 185.

- Para que una persona pueda invocar una causal de justificación debe cumplir con los requisitos y exigencias establecidas para la misma. Así, por ejemplo, en la legítima defensa se produce por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno contra una agresión injusta, actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión.

#### **8.5.18 Otras Limitaciones**

- El caso previsto en el numeral 15, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.
- 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.
- En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.

#### **8.6 SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA**

La suspensión del procedimiento a prueba, es una de las formas por medio de las cuales se aplica el Principio de Oportunidad, conforme a la causal 8 del artículo 324 de la ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>127</sup>. Es una especie de prerrogativa para el imputado la de solicitar la suspensión del procedimiento, por un período de

---

<sup>127</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

prueba que no podrá ser superior a tres años, bajo el cumplimiento de unas condiciones.

El imputado puede pedir la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que está dispuesto a cumplir.

El plan puede consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que ésta sea procedente; la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, el fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa

Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

**8.6.1 Condiciones.** El fiscal fija el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determina una o varias de las condiciones que debe cumplir el imputado:

- Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
- Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.
- Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
- Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
- No poseer o portar armas de fuego.
- No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.
- La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
- La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas.
- La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
- La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
- La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.
- La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.

Durante el período de prueba el imputado deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad.

Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal ordenará el archivo definitivo de la actuación.

## **8.7 CONTROL JUDICIAL**

El juez de control de garantías debe 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,

El control es obligatorio y automático y se realiza 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 y contra esta determinación no procede recurso alguno.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no pueden 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.

## **8.8 PARTICIPACION DE LAS VICTIMAS**

En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal debe tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.

## **8.9 EFECTOS**

La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

## **8.10 APLICACIÓN**

Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, así lo establece el numeral 2 del artículo 114 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 del 31 de agosto 2004<sup>128</sup>–:

“Art. 114. ATRIBUCIONES. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

[...]

2. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por este código.”

## **8.11 REGLAMENTACIÓN**

---

<sup>128</sup> Ibid.

El artículo 330 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>129</sup>–, estableció que el Fiscal General de la Nación debería expedir un reglamento, en el que se determinara de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpliera con sus finalidades y se ajustara a la Constitución y la ley, y el cual sería desarrollo de la política criminal del Estado.

Tal regulación fue expedida por el Fiscal General de la Nación, Luis Camilo Osorio Isaza mediante las Resoluciones 6657 y 6658 del 30 de diciembre de 2004, que reglamentaron el procedimiento para la aplicación del principio de oportunidad y la designación como delegados especiales del Fiscal para dar aplicación al principio de oportunidad en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años en su máximo, a quienes desempeñaran funciones de coordinador de las unidades delegadas ante tribunales:

- El Fiscal General de la Nación conoce directamente la aplicación del principio de oportunidad en los eventos relacionados con las causales previstas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del artículo 324 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>130</sup>, bien porque la pena máxima de la conducta punible exceda de seis (6) años de prisión, o si es inferior a ese límite, porque hará uso de las facultades de sustitución previstas en el artículo 116 numeral 2 de la misma ley.
- El delegado especial del Fiscal General de la Nación, dará aplicación al principio de oportunidad en los demás casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis (6) años.

---

<sup>129</sup> Ibid.

<sup>130</sup> Ibid.

- Si un fiscal delegado adelanta una investigación y surgieren los requisitos y condiciones para aplicar el principio de oportunidad, cuya aplicación corresponda al Fiscal General de la Nación o a su delegado especial, de inmediato debe presentar informe motivado al primero con el fin de que asuma el conocimiento o designe el delegado especial.
- Una vez definida la aplicación del principio de oportunidad por el Fiscal General o su delegado especial, según el caso, de ser procedente la renuncia a la persecución penal, será el fiscal de conocimiento quien intervenga en el control judicial ante el juez de garantías.
- El Fiscal General de la Nación, su delegado especial y los fiscales delegados podrán aplicar el principio de oportunidad en los casos determinados en la ley, cuando exista un mínimo de elementos materiales probatorios que permita inferir que el beneficiado es autor o partícipe de una conducta delictiva, lo cual se aducirá ante el juez competente para el control judicial correspondiente.
- En los casos de aplicación del principio de oportunidad que por ley estén asignados al Fiscal General de la Nación o a su delegado especial, la carpeta y el control de la investigación permanecerán en poder del fiscal de conocimiento, mientras dure la interrupción o la suspensión, y, en el evento de presentarse alguna novedad o de cumplirse las condiciones exigidas, las comunicará de inmediato al Fiscal General o a su delegado especial, con el fin de que estos decidan sobre la renuncia, la continuidad de la acción penal o la extensión de los estados de suspensión o interrupción.
- La aplicación del principio de oportunidad, por ser manifestación del ejercicio de la acción penal, es una facultad exclusiva del fiscal,

ejercida conforme con la Constitución Política de 1991 y la ley, una vez satisfechos los presupuestos generales y específicos para cada causal. Por consiguiente, el imputado podrá solicitar su aplicación sin que ello imponga al fiscal la obligación de tramitar la petición. Sin embargo, para preservar el derecho de petición, el fiscal sucintamente responderá al solicitante cuando no esté en condiciones de aplicar el principio de oportunidad.

- La suspensión y la interrupción de la acción penal son actos preparatorios de la decisión final de renuncia, única vía que conduce a la extinción de la acción penal.
- De acuerdo con la naturaleza de cada una de las causales de aplicación del principio de oportunidad, se ordena la interrupción cuando decaigan los presupuestos sustanciales para continuar el ejercicio de la acción penal. Se decreta la suspensión cuando la decisión de un caso incide notoriamente en la de otro.
- La suspensión del procedimiento a prueba procede respecto de las causales que por su naturaleza la permiten y exigen el cumplimiento de las condiciones ofrecidas y aceptadas, entre ellas la reparación del daño, y acarrea la suspensión de los términos hasta por tres (3) años, los cuales se reanudarán si las condiciones se incumplen. Cumplidas estas, procederá la renuncia a la persecución penal y la extinción de la acción penal que decretará el juez de control de garantías.

El fiscal debe tener especial cuidado, al estimar el tiempo que dure la suspensión del procedimiento para no exponer injustificadamente la actuación a la prescripción de la acción penal.

- La interrupción es un fenómeno transitorio, diferente a la suspensión precisamente por su brevedad y porque afecta solamente el trámite de

la actuación, sin perjuicio que pueda originar la suspensión del procedimiento a prueba o la renuncia a la persecución penal.

- Cuando la aplicación del principio de oportunidad en un caso específico, pueda involucrar delitos de conocimiento de otros fiscales, el funcionario que lo advierta lo comunicará a los demás pero será competente para aplicarlo el que resulte de la activación de las reglas de conexidad, o el que designe especialmente el Fiscal General de la Nación.

Cuando la aplicación del principio de oportunidad no proceda para todos los autores o partícipes, se romperá la unidad procesal.

- Cuando se trate de la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, el fiscal correspondiente envía a la Secretaría Técnica, en el formato diseñado para el efecto, la siguiente información:

a) Número de radicación de la actuación con indicación de sus partes e intervinientes, si los hubiere y los datos que los identifiquen y permitan su ubicación; b) Resumen de la situación fáctica objeto de investigación, con señalamiento del estado de la misma y los elementos materiales probatorios o evidencia física o información legalmente obtenida que desvirtúe la presunción de inocencia y permitan inferir que la conducta es delictiva y que el imputado es su autor o partícipe; c) Elementos de convicción relacionados con los presupuestos de la causal invocada, y d) Razones de orden jurídico y procesal que motivan la aplicación de ese principio.

La Secretaría Técnica, si fuere el caso, envía inmediatamente la información recibida al Fiscal General de la Nación, o a su delegado especial, con el fin de que asuma el conocimiento del asunto. Uno u otro, deberá decidir e informar lo resuelto a esa dependencia dentro de

los cinco (5) días hábiles siguientes, para que esta comunique lo pertinente al fiscal de conocimiento.

En el evento de aplicación efectiva del principio de oportunidad, el fiscal competente envía a esa Secretaría Técnica, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al control judicial, copia del registro de la audiencia respectiva. En igual sentido procederá cuando el juez no la apruebe.

Para todos los casos la Secretaría Técnica llevará el control adecuado de la aplicación del principio de oportunidad para medir los estándares de eficiencia frente al nuevo sistema y, al efecto, enviará informes quincenales al despacho del Fiscal General de la Nación. Igualmente, deberá mantener actualizada la doctrina y la jurisprudencia que al respecto se emita, para difundirlas en el ámbito nacional.

Se entenderá aplicado efectivamente el principio de oportunidad cuando, producido el control judicial positivo, el juez extinga la acción penal.

## **8.12 TRAMITE**

Cuando el fiscal decida aplicar el principio de oportunidad debe atender las siguientes pautas:

- a) Diligenciar el formato correspondiente, con el cual inicia formalmente el procedimiento establecido en la guía de introducción al sistema penal acusatorio colombiano, el cual deberá contener la información enunciada en el inciso segundo del artículo noveno de la Resolución 6657.
- b) Comunicar por el medio más expedito su propósito a la víctima, si se conoce, para que en el término de los tres (3) días siguientes al recibo de

la comunicación exprese, verbalmente o por escrito, sus inquietudes o su pretensión;

- c) Disponer la renuncia a la persecución penal, o la suspensión o la interrupción de la actuación, si fuere el caso. Tratándose de suspensión o interrupción, determinará las condiciones que debe cumplir el indiciado o imputado durante el período de la misma y velará por su cumplimiento; cumplidas estas, renunciará a la persecución penal.

En uno u otro evento, el fiscal debe comunicar de inmediato su determinación al juez de control de garantías para que éste, en el término de los cinco (5) días siguientes, realice la audiencia de control judicial correspondiente. Si el juez no avala la aplicación del principio de oportunidad, decisión contra la cual no procede recurso alguno, el fiscal reanudará la actuación en el estado en que se encontraba al momento de la iniciación del trámite, sin que por tal motivo se genere su impedimento.

## **CAPITULO NOVENO**

### **ANALISIS JURISPRUDENCIAL**

#### **A. JURISPRUDENCIA ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002<sup>131</sup>.**

##### **9.1 SENTENCIA C-966 de 2003**

Corte Constitucional

Sala Plena

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil tres (2003)

Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

#### **El Caso**

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2º (parcial) del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>132</sup>

#### **Fundamentos de la demanda**

Considera el actor que se quebrantaron los artículos de la Carta Política referentes al trámite legislativo al cual deben someterse las reformas a la Constitución.

---

<sup>131</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

<sup>132</sup> Ibid.

Argumenta el demandante que durante el segundo período de debates de una reforma constitucional sólo pueden discutirse iniciativas presentadas en el primero. En opinión del actor tal principio se violó, pues durante el primer periodo de debates, el constituyente consideró que la Procuraduría no haría parte del nuevo proceso penal y ordenaba trasladar a sus funcionarios a la Rama Judicial y a la Defensoría del Pueblo, de acuerdo con lo contenido en el artículo 2° del Acto Legislativo. Sin embargo, en el séptimo y octavo debates, del segundo período, el Congreso cambió su postura, y estableció todo lo contrario: que la Procuraduría haría parte del nuevo sistema y que sus funcionarios no serían trasladados.

### **Problema Jurídico**

¿En el trámite de aprobación del párrafo del artículo 250 de la Constitución Política de 1991, aprobado por el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>133</sup>, incurrió el Congreso en violación de las normas constitucionales y legales que regulan el trámite de aprobación de las leyes, en particular de los actos reformativos de la Carta?

La inclusión de tal párrafo, ¿quebranta el principio constitucional –contenido en el artículo 375–, según el cual durante el segundo período ordinario de discusiones a una reforma constitucional sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primer periodo?

### **Consideraciones de la Corte**

Para empezar, la Corte Constitucional señala los argumentos expuestos por el gobierno durante el primer periodo de discusiones. El Ejecutivo consideró que el

---

<sup>133</sup> Ibid.

cambio de sistema implicaba una redistribución de funciones entre los sujetos procesales, por lo cual era necesario replantear la labor del Ministerio Público, pues al trasladarse algunas de las funciones judiciales de la Fiscalía a la judicatura, se fortalecía el sistema judicial y se retornaba a los jueces de la República esa *sagrada función* de decidir sobre las libertades de los ciudadanos que se enfrentan a un proceso penal.

Estas tesis prevalecieron en los debates de la primera vuelta realizados en la Cámara de Representantes y el Senado.

Durante la segunda vuelta el texto fue aprobado sin ninguna modificación en la Cámara de Representantes. No ocurrió lo mismo en el Senado, cuya Comisión Primera Constitucional permanente, suprimió algunas de las normas inicialmente presentadas por el Gobierno.

Los senadores modificaron algunas de las normas. Así, con el objeto de proteger las garantías privadas y públicas involucradas en el proceso penal defendieron la tradición de la participación del Ministerio Público en las diligencias penales.

Al respecto, considera la Corte que el trámite legislativo de la norma demandada, es el resultado de una discusión planteada desde los orígenes del proceso de adopción de la reforma constitucional referida, cuyo tema central fue el papel de la Procuraduría General de la Nación en el nuevo sistema acusatorio.

De allí que para el alto tribunal las funciones de la Procuraduría en el proceso penal acusatorio no surgieron durante el penúltimo debate en la Comisión Primera del Senado, sino que fueron consideradas desde la presentación del proyecto y, que la adopción de un texto diferente al presentado inicialmente demuestra que el tema estuvo presente en las discusiones.

En segundo lugar la Corte, para verificar si la adopción del párrafo acusado, vulneró el inciso final del artículo 375 de la Constitución Política de 1991, en el sentido de constituir una iniciativa introducida en el segundo período de discusiones que no fue debatida en el primero, precisa el alcance de la norma, a la luz de la jurisprudencia.

Manifiesta que el artículo 375 determina que el trámite de proyectos de ley reformativos de la Constitución debe hacerse en dos períodos ordinarios y consecutivos. El inciso final del artículo indica que en el segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero y que el artículo 226 de la Ley 5ª del 17 de junio de 1992<sup>134</sup>, por la cual se expidió el Reglamento del Congreso, hace la precisión de que no podrán debatirse en la segunda vuelta proposiciones no presentadas en la primera, a lo cual agrega que si en la primera vuelta una proposición ha sido negada, no podrá ser considerada nuevamente.

Las iniciativas presentadas en el primer período, para que puedan pasar al segundo, deben haber sido discutidas y votadas en los cuatro debates correspondientes y el sentido del precepto constitucional es el de que sólo habiéndose surtido respecto de cierta norma el trámite total de la primera vuelta pueda darse la segunda.

La posibilidad de que en segunda vuelta se modifiquen o adicionen propuestas aprobadas en la primera vuelta es consecuencia de lo preceptuado en el artículo 160 de la Constitución Política de 1991 según el cual *“Durante el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias.”*<sup>135</sup> (Sentencia C-222 de 1997)

---

<sup>134</sup> Diario Oficial No. 40.483 del 18 de junio de 1992.

<sup>135</sup> Sentencia C-222 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

De la normatividad citada también se deduce que dichas propuestas pueden ser modificadas, adicionadas y suprimidas durante la segunda vuelta, siempre y cuando no se transforme la esencia de la institución política que se reforma.

Por último, la Corte Constitucional declara exequible la norma, al cumplir con el requisito de la consecutividad del proyecto.

### **Concepto Personal**

El artículo 277 de la Constitución Política de 1991 establece las funciones del Ministerio Público y, entre las más importantes están las siguientes: vigilar el cumplimiento de la Constitución Política, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad; defender los intereses de la sociedad; intervenir en los procesos ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

De haber prosperado las tesis del Gobierno, se habría deslegitimado el proceso penal en relación con los postulados constitucionales y, en especial, lo referente al debido proceso, en sus garantías privadas y públicas.

## **9.2 SENTENCIA C-1092 de 2003**

Corte Constitucional

Sala Plena

Bogotá, D. C., diez y nueve(19) de noviembre de dos mil tres (2003)

Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

## El Caso

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral segundo y el párrafo del artículo 2°, el numeral tercero del artículo 3° y el inciso primero del artículo 5° del Acto Legislativo N° 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>136</sup>.

## Fundamentos de la demanda

Las disposiciones vulneran el artículo 375 de la Constitución Política de 1991, al contener vicios de procedimiento en su formación, debido a que durante el trámite legislativo no se surtieron los debates exigidos.

El texto del numeral 2 del artículo 250 de la Constitución Política de 1991, tal como fue introducido en el Acto Legislativo N° 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>137</sup>, no surtió los ocho debates y en la segunda vuelta se introdujo la frase: “...*al solo efecto de determinar su validez...*”, cambiando el fondo del control de legalidad de los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones efectuados por la Fiscalía General de la Nación, sin el previo mandamiento judicial como lo exige la Constitución Política.

De igual manera, frente al numeral tercero del artículo 251 superior, señala el mismo vicio al haberse introducido en la segunda vuelta las frases: “...*asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren...*” y “...*sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley...*”.

---

<sup>136</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

<sup>137</sup> Ibid.

Para finalizar indica que el texto del artículo 5° transitorio del Acto Legislativo N° 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>138</sup>, tal como fue adoptado en la segunda vuelta no corresponde al aprobado en la primera vuelta. En el texto aprobado en el segundo periodo aparecen iniciativas no presentadas y debatidas en el primero y, en consecuencia, se introdujeron las nuevas expresiones: “...únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca...” y “...el nuevo sistema deberá entrar en vigencia a más tardar el 31 de diciembre de 2008...”.

### **Problema Jurídico**

¿Fueron aprobadas irregularmente las expresiones acusadas del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>139</sup>? ¿Cumplieron tales expresiones con los debates requeridos por el artículo 375 de la Constitución Política de 1991? ¿Modificaron la esencia de la iniciativa y de los textos aprobados en la primera vuelta o periodo legislativo y desconocen lo dispuesto por el artículo 226 de la Ley 5ª del 17 de junio de 1992<sup>140</sup>?

### **Consideraciones de la Corte**

La Corte Constitucional realizó un extenso recuento del trámite legislativo de las expresiones acusadas, y analizó los debates en primera y segunda vueltas en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República, así como los motivos y razones expresadas en las discusiones.

---

<sup>138</sup> Ibid.

<sup>139</sup> Ibid.

<sup>140</sup> Diario Oficial No. 40.483 del 18 de junio de 1992.

La Corte resalta la línea jurisprudencial en cuanto a los principios de identidad y consecutividad:

... De esta manera formulado, el anterior cargo sería insuficiente para provocar la declaratoria de inexecutable de las disposiciones acusadas, por cuanto el artículo 375 de la Constitución no impide que durante la segunda vuelta se introduzcan modificaciones a los textos aprobados en primera. Por el contrario, la norma constitucional expresamente señala que en el segundo período deberá adelantarse un debate sobre lo aprobado en el primero, y tal debate, al tenor de lo dispuesto en el artículo 160 de la Carta implica la posibilidad de introducir modificaciones a lo previamente aprobado. Del artículo 375 superior sólo se desprende la limitación según la cual, en el segundo periodo, el debate únicamente puede versar sobre iniciativas que hayan sido presentadas en el primero<sup>141</sup>

Con base en lo anterior la Corte consideró que las expresiones que modifican el numeral 3 del artículo 251 de la Constitución Política de 1991 contenidas en el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>142</sup>, las cuales señalan las funciones especiales del Fiscal General de la Nación y el artículo 5° del mismo Acto Legislativo eran exequibles.

Porque en el primer caso en el recuento del trámite legislativo, las expresiones fueron incluidas desde el primer debate. Así mismo, cabe señalar que desde la misma presentación del proyecto se planteó cómo en derecho comparado existen sistemas penales con mayor o menor grado de profundización del principio de jerarquía en las Fiscalías respectivas o en las instituciones funcionalmente equivalentes.

---

<sup>141</sup> Sentencia C-614 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>142</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

De esta manera, ya se podía prever desde el inicio que como resultado del trámite que surtiera la reforma en el Congreso, se habría de adoptar una decisión definitiva en torno a la tensión que se genera entre el principio de jerarquía que se proponía y la autonomía de los fiscales.

En estas circunstancias, las modificaciones que se hicieron al texto de la disposición acusada, no son en modo alguno esenciales pues derivaron de una discusión que estuvo siempre presente desde el mismo momento en que se puso en consideración del Congreso.

Dado lo anterior, las expresiones acusadas son, en criterio de la Corte, el resultado de la consideración y amplio debate de las posiciones conceptuales expuestas en el trámite del Acto Legislativo con respecto del principio de jerarquía y unidad de gestión y no una modificación sustancial de la institución jurídica aprobada en la primera vuelta o periodo.

En relación con el artículo 5° transitorio, desde el inicio del trámite legislativo se decidió definir las reglas que habrían de ser observadas para la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, según se advierte del análisis sobre el trámite de la reforma, con las expresiones sobre las cuales el demandante formula cargo, se hizo expreso el principio de irretroactividad de la ley penal al consignar que el nuevo sistema se aplicaría *“únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia”* que en la propia ley establezca y se amplió en un año el plazo para que entrara en plena vigencia el nuevo sistema.

Ahora bien, se observa que las fórmulas consideradas a lo largo del examen sobre esta materia tenían en consideración numerosos aspectos que incidían en la definición de lo que para el Constituyente derivado sería el momento apropiado para la entrada en vigencia de la reforma. En efecto, para dicho propósito se

advierte que durante el debate de esta norma se examinaron variables presupuestales, logísticas, legales y procesales.

En cuanto al el numeral 2 del artículo 250 constitucional, la Corte consideró que a los jueces de control de garantías, se les concibió desde el inicio del trámite legislativo como un mecanismo para compensar o encontrar un equilibrio entre la eficacia de la justicia representada en el amplio poder instructivo que a través de la reforma se asigna a la Fiscalía General de la Nación y la protección de las garantías fundamentales susceptibles de ser afectadas como consecuencia del ejercicio de dicha facultad:

...se advierte que a lo largo del trámite legislativo se había configurado una definición del contenido del control o de la función a cargo del juez de garantías que no había sido objeto de precisión alguna en el texto constitucional pues, de acuerdo con lo expresado en las ponencias, se le asignaba a aquel una función amplia para la salvaguarda de las garantías constitucionales comprometidas en el ejercicio ordinario de las funciones asignadas a la Fiscalía.

Para la Corte con la expresión añadida en el séptimo debate se introdujo una limitación del alcance de la función del juez de control de garantías que no fue objeto de discusión en los debates que precedieron su inclusión, lo que representó una modificación esencial, en tanto restringió las facultades que desde el inicio se concibieron a favor del juez de control de garantías.

En efecto, el examen sobre la *validez* de la diligencia a cargo del juez de garantías, al que alude el aparte añadido, constituye una modificación esencial como quiera que antes que una precisión, termina circunscribiendo la función de aquel a una tarea de especificidad tal, que permite interpretar que quedan excluidas labores que a pesar de estar

encaminadas a la protección de las garantías fundamentales de las personas, no pueden ser ejercidas por el funcionario judicial en tanto no las abarca la competencia definida en dichos términos.

### **Comentario Personal**

Para el demandante las expresiones acusadas del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>143</sup>, fueron aprobadas irregularmente porque no cumplieron con los debates requeridos por el artículo 375 de la Constitución Política de 1991 y modificaron la esencia de la iniciativa y de los textos aprobados en la primera vuelta o periodo legislativo. Se desconoce; además, lo dispuesto por el artículo 226 de la Ley 5ª del 17 junio de 1992<sup>144</sup>.

Cualquier modificación que sufra un proyecto sea de Ley o Acto legislativo, debe seguir los principios de consecutividad e identidad relativa, es decir que en cada debate sólo pueden discutirse las propuestas que hayan sido consideradas en anteriores debates, por lo tanto adiciones o modificaciones posteriores deben tener relación de conexidad con lo que antes se debatió.

Así lo establece el Reglamento del Congreso en el artículo 226 de la ley 5ª del 17 de junio de 1992<sup>145</sup>:

**ARTÍCULO 226. MATERIAS QUE PUEDEN DEBATIRSE.** En la segunda vuelta sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en la primera. Las negadas en este período, no podrán ser consideradas nuevamente.

---

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Diario Oficial No. 40.483 del 18 de junio de 1992.

<sup>145</sup> Ibid.

El cambio o modificación del contenido de las disposiciones, en la segunda vuelta, siempre que no altere la esencia de lo aprobado inicialmente sobre la institución política que se reforma, podrá ser considerada y debatida.

Pese a que con la implementación del sistema acusatorio se pretende sustraer a la Fiscalía la facultad de ser juez y parte, dicho organismo conservó funciones judiciales, tales como adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones (que restringen derechos fundamentales como la libertad, la intimidad, etc).

Es por eso que el constituyente determinó que, en estos casos, en razón a los derechos en juego, existiera un control judicial o de garantías en cabeza del juez de garantías quien tiene la facultad de examinar las actuaciones de la Fiscalía de acuerdo con su adecuación a la Constitución de 1991 y al respeto de los derechos humanos.

Cabe resaltar la conexión entre las funciones del juez de garantías y los propósitos del artículo 29 de la Constitución Política de 1991. Considérese que él puede llegar a no conferirle validez a las actuaciones del ente fiscal. Así, ante la eventual recaudación de elementos probatorios materiales que hayan podido recaudarse se reputa su inexistencia y no pueden ser llevados ni admitidos ante un juez de conocimiento.

Desde la presentación del proyecto, el juez de control de garantías surgió como un mecanismo de equilibrio entre la Fiscalía y la protección de los derechos fundamentales que podrían verse afectados por el amplio poder instructivo del ente investigador. De allí que el juez esté investido de un poder también amplio e integral que le permite ejercer control sobre las razones que pudieran llevar al ente

investigador a adelantar, por ejemplo, un allanamiento, su pertinencia y el respeto por los derechos humanos.

Por otra parte, la expresión añadida en el séptimo debate surtido en la Comisión Primera Constitucional del Senado, limitó el control de garantías a cargo del juez, indicando que esta función se circunscribe a verificar la “*validez*” de las diligencias realizadas por ente investigador. Esta modificación afectaba la esencia de la institución jurídica aprobada una vez concluido el primer periodo legislativo.

Si la norma no hubiese sido declarada inexecutable, habrían quedado desprotegidos los ciudadanos porque no contarían con un mecanismo para salvaguardar las garantías fundamentales. Por fortuna, la Constitución Política de 1991 establece unos requisitos y trámites para su propia modificación, procedimientos más complejos que los previstos para la modificación de las leyes. De este modo se protegen las garantías fundamentales de las pretensiones coyunturales.

### **9.3 SENTENCIA C-1200 de 2003**

Corte Constitucional

Sala Plena

Bogotá, D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil tres (2003)

Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y

Dr. Rodrigo Escobar Gil

## **El Caso**

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4° transitorio y 5° (parcial) del Acto Legislativo No. 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>146</sup>, por el cual se reforma la Constitución Política de 1991.

## **Fundamentos de la demanda**

A juicio de los actores los apartes demandados vulneran los artículos 4º, 113, 150, 158, 169 y 379 de la Constitución Política de 1991, así como los artículos 119-2 y 148 de la Ley 5ª del 17 de junio de 1992<sup>147</sup>.

los demandantes estiman que se violó la Constitución en lo referente con la forma y requisitos, porque en realidad no hubo reforma constitucional, conforme lo exige el Título XIII en su artículo 375.

Para los demandantes la reforma constitucional en el aspecto que tocan “no ha sido tal, y todo lo contrario, se entiende que la norma del artículo 150 numeral 10º, no ha sido derogada o mejor, reformada ni en todo ni en parte, menos aún hubo derogación implícita, ya que en forma sencilla se atribuyeron ciertas facultades, reguladas de forma genérica por la norma mencionada”.

Este argumento se concreta en que no es posible que una disposición constitucional, en este caso un acto legislativo, otorgue facultades extraordinarias al Presidente de la República, si con anterioridad no se suspenden las facultades ordinarias del Congreso, como órgano encargado de expedir la legislación en los diferentes ramos. Tal como sucedió con las facultades extraordinarias de 1991,

---

<sup>146</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

<sup>147</sup> Diario Oficial No. 40.483 del 18 de junio de 1992.

las cuales fueron procedentes en la medida en que se suspendieron las facultades del Congreso de la República (C.P., art. 5º transitorio).

Estiman que el artículo 4º transitorio demandado es contradictorio con los postulados del artículo 150 Superior, atendiendo a que si asume que esta última norma fue suspendida una vez extinguida su transitoriedad, los códigos expedidos con base en la primera de las disposiciones citadas devendrían en inconstitucionales, pues, “*no hubo expresión de tal suspensión*” e igualmente las materias delegadas son indelegables por estar sometidas al principio de la reserva de ley.

### **Problema Jurídico**

1- ¿Es competente la Corte Constitucional para juzgar la constitucionalidad de una reforma constitucional comparando el contenido del acto legislativo acusado con una norma constitucional preexistente específica?

2- En caso de que sí lo sea, ¿violan las normas acusadas la prohibición de conceder facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir códigos (artículo 150, numeral 10)?

3-¿Violan las normas acusadas el principio de unidad de materia por regular un asunto reservado al legislador ordinario en un acto legislativo cuyo objeto es reformar la Constitución?

### **Consideraciones de la Corte**

Comienza por recordar que su competencia radicada en el artículo 241 de la Carta Política de 1991, sólo le permite analizar cargos que tengan que ver con vicios de procedimiento y el exceso de la competencia de reforma por parte del constituyente derivado.

Considera la Corte que la demanda no planteó ningún cargo de sustitución de la Carta Política y por lo tanto procede un fallo inhibitorio. Los accionantes, entonces, no presentan cargos encaminados a establecer la existencia de vicios en el procedimiento de formación de un acto reformativo de la Constitución, sino que dirigen su acusación a establecer que el Congreso de la República otorgó unas facultades extraordinarias legislativas, con violación de los requisitos que para ello contempla el ordinal 10º del artículo 150 de la Carta.

Finaliza la Corte, sus argumentos:

Así formulados, los cargos resultan ineptos, porque no se predicán del Acto Legislativo acusado, para señalar los vicios de procedimiento en que se habría incurrido en su formación, sino de un acto distinto, de naturaleza legislativa, que se regiría, no por las normas que regulan el trámite de las reformas a la Constitución, sino por las que se establecen para el ejercicio de las funciones que el Congreso desarrolla a través de leyes, y en particular por las previstas para el otorgamiento de facultades extraordinarias legislativas al Gobierno.

### **Comentario Personal**

La Corte, en su jurisprudencia, ha reiterado el parámetro normativo de referencia para enjuiciar la regularidad del procedimiento de un Acto Legislativo: las normas del Título XII, las normas constitucionales y las normas orgánicas pertinentes en

función del mecanismo de reforma –el tema o la materia objeto de reforma– y las relacionadas con la competencia del legislador.

Los actores afirmaron que el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>148</sup>, no fue una reforma constitucional sino una ley ordinaria que en ningún momento derogó o reformó el numeral 10 del artículo 150 de la Carta Política de 1991:

**“ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[....]

10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”.

El artículo 4 del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>149</sup>, dispuso que el Congreso de la República dispondría hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las

---

<sup>148</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

leyes correspondientes y que sí no lo hiciera dentro de este plazo, se revestiría al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiriera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podría expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de *habeas corpus*, los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

Tal facultad es inconstitucional tal y como lo manifestaron los actores, pues para poder otorgar facultades extraordinarias al Presidente se deben suspender las facultades ordinarias del Congreso que expide las leyes.

La Corte para poder justificar su decisión formula una distinción entre los conceptos de poder constituyente originario –radicado en cabeza del pueblo– y poder de reforma o poder constituyente derivado o secundario.

El primer tipo de poder no está sometido a límites jurídicos, porque es un ejercicio pleno del poder político de los asociados, es un acto fundacional a través del cual se establece un orden jurídico y escapa a cualquier control jurisdiccional; en cambio, el poder de reforma o constituyente derivado es la capacidad de modificar la Constitución Política, que en el caso colombiano compete al Congreso –así lo establecen los artículo 374 y 375 de la Carta Política–. En sentencia C-544 de 1992<sup>150</sup>, dice la Corte:

La Carta de 1991 no estableció cláusulas pétreas o inmodificables, y que por ello el poder de reforma no tiene ningún límite competencial. Conforme a esa tesis, por medio de cualquiera de los mecanismos previstos por el Título XIII resultaría posible reformar cualquier artículo o

---

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

principio de la Carta de 1991 e, incluso sustituirla por una Constitución radicalmente distinta. La Corte estima que en ese argumento se confunden dos temas diferentes. Una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado –lo cual está autorizado puesto que en eso consiste el poder de reforma cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana– y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución en efecto ésta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente –lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder–.

El artículo 374 de la Constitución Política de 1991 establece el poder de revisión, que es un mecanismo que permite conservar –nunca sustituir ni abolir– para que se adapte a la natural evolución de la sociedad, y es allí donde la Corte enfatiza que es posible que una reforma constitucional modifique, derogue o adicione y en este orden de ideas un Acto legislativo puede establecer excepciones temporales a reglas generales establecidas en alguna norma constitucional, para este caso el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución. Esta facultad, si bien es provisional, no pierde su jerarquía de norma constitucional.

Los cargos formulados cumplían con los requisitos del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991<sup>151</sup>, que permitían a la Corte analizar las normas acusadas y proferir un fallo de fondo y no uno inhibitorio.

---

<sup>151</sup> “Art. 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán:

1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas.
2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas.
3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados.
4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.
5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

El artículo 40 de la Constitución Política de 1991 establece que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para hacer efectivo este derecho puede interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. Al respecto, la Corte Constitucional expresa:

Cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional por considerarla inconstitucional tiene la carga argumental de demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra. No basta con argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior. El actor no puede pedirle a la Corte Constitucional que ejerza un control material ordinario de la reforma como si ésta fuera inferior a la Constitución. Esto es fundamental para delimitar el alcance del control atribuido al juez constitucional.

Con el anterior argumento se deja de un lado la característica fundamental de la acción pública de inconstitucionalidad establecida en el artículo 40 –la que consagra el acceso de todo ciudadano a la justicia, lo cual implica que no debe estar sometida a formalidades procesales–, y se establecen unos lineamientos, parámetros y condiciones que hacen difícil accionar ante la vía constitucional.

Lo anterior es gravísimo por varias razones. En primer lugar, porque impide el ejercicio del principio *pro actione*, al someterlo a cualquier clase de condición obstruye y niega el derecho de acceso a la administración de justicia establecido en el artículo 229 de la Constitución Política de 1991, el cual reza: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

En segundo término porque desconoce, además, el artículo 228 de la Constitución Política de 1991, en el cual se consagra la naturaleza pública de la administración de justicia, el carácter público de sus actuaciones, con las excepciones establecidas por la ley y, en especial, la primacía del derecho sustancial.

Los actores formularon un sólido argumento fundado en la tradición política de Occidente: con la norma establecida se concedían facultades extraordinarias al ejecutivo para expedir leyes, códigos, etc., desconociendo con ello el principio de separación de poderes (ejecutivo, judicial y legislativo) porque tales facultades no pueden trasladarse por estar sometidas a reserva de ley. Sobre este tema, en el salvamento de voto, el magistrado Jaime Araujo Rentería sostuvo:

Con la anterior determinación la mayoría escapa al arduo dilema que le imponía sostener y reiterar la tesis planteada en la Sentencia C – 551 de 2003. Mantenerse en esta línea conducía a declarar la inconstitucionalidad de dichas facultades al Presidente de la República. Para conservarlas obviamente la Corte prefirió el sendero de la inhibición, afectando gravemente la permanencia y eficacia de la Constitución Política y, por ello, la estructura y vigencia de nuestro sistema democrático.

El principio de separación de poderes es fundamental para garantizar la libertad de los ciudadanos. En Colombia está formulado en el artículo 113 de la Constitución Política de 1991 que establece las clases del poder público: la ramas legislativa, ejecutiva y judicial. Es un principio fundamental en las democracias liberales. Su eliminación o excepción temporal propicia una concentración de poder político en el ejecutivo.

El derecho a la libertad física está consagrado en nuestra Carta Política en un rango de fundamental. Dada esa condición, el único facultado para regularla es la rama legislativa; en tal sentido el magistrado Jaime Araujo Rentería explica:

La regulación de la libertad comporta tres requisitos estrictos (i) sólo el órgano legislativo es el competente para regularla; (ii) esta competencia excluye a cualquier otro órgano estatal, por tanto, el Gobierno no pueda directamente o investido de facultades extraordinarias, reglar la libertad; y (iii) el órgano legislativo no puede desprenderse de esta función, para trasladarla a otros órganos del Estado.

Con la disposición objeto de la demanda se faculta al Presidente para que a su arbitrio ejerza funciones legislativas, que están sometidas a reserva de ley pues tienen que ver con temas como la libertad y leyes estatutarias.

En la doctrina existe un concepto denominado “quebrantamiento de la Constitución”, término que se aplica cuando una norma o disposición constitucional establece medidas excepcionales para un caso particular sin que esto afecte el texto constitucional reformado, el cual mantiene plenamente su vigencia. Tal procedimiento es aceptado en el constitucionalismo moderno bajo dos condiciones *sine qua non* puede instaurarse: la primera, que deben ser adoptadas para la preservación y/o existencia de la unidad política y la segunda condición es que solo puede ser establecida por el poder constituyente originario, esto es, el pueblo.

Si observamos ninguna de las dos condiciones se cumple en el inciso segundo del artículo 4 transitorio del Acto legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

Por otra parte, el proyecto de Acto Legislativo en cuestión desconoce el artículo 152 de la Constitución Política de 1991, cuyo contenido establece que mediante leyes estatutarias el Congreso regulará materias como derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección y la administración de justicia. Del mismo modo, viola el artículo 153 de Estatuto Fundamental, el cual consagra que la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exige como requisito el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y debe efectuarse el trámite en una sola legislatura y su revisión previa por la Corte Constitucional para determinar su conformidad con la Carta Política.

Al revestirse al ejecutivo de facultades extraordinarias –por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema–, él podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de *habeas corpus*, los Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía. En otras palabras, el ejecutivo queda convertido en un legislador extraordinario no sujeto a los requisitos de los artículos 152 y 153 de la Constitución Política de 1991 y a su arbitrio puede dictar un decreto con fuerza de ley que tenga el carácter del ley estatutaria, así por ejemplo cuando existe la vulneración ostensible y grave a la libertad personal o seriamente amenazada la integridad personal el *habeas corpus* exige que sea regulado por el Congreso –legislador– por ser una ley que debe tener el carácter y ser tramitada como estatutaria.

Lo anterior nos lleva a inferir que la norma demandada desbordó los límites establecidos en la Constitución para su reforma por parte del Congreso. De aceptar tal precepto se perdería el principio de separación de poderes, fundamento ontológico y práctico de los Estados de derecho liberales, y se llegaría a situaciones de hecho –concentración de poder en el ejecutivo– que pondrían en

riesgo no sólo la viabilidad de nuestro ordenamiento jurídico, sino también nuestro proyecto de nación.

## **B. JURISPRUDENCIA LEY 906 DEL 31 DE AGOSTO DE 2004<sup>153</sup>.**

### **9.4 SENTENCIA C-480 DE 2005**

Corte Constitucional

Sala Plena

Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil cinco (2005)

Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

#### **El Caso**

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 323 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>154</sup>, Código de Procedimiento Penal.

#### **Fundamentos de la demanda**

En el presente análisis tal y como hace la Corte Constitucional, reproduciremos el texto literal de los fundamentos del actor porque la decisión tomada determinó que no hay claridad en las normas violadas:

---

<sup>153</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

<sup>154</sup> Ibid.

“1. El constituyente primario, debidamente representado por sus delegados a la asamblea nacional constituyente, solo le asignó al Fiscal General de la Nación en el inciso 2 del artículo 250, la obligación de que no podrá en consecuencia suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establecen este código para la aplicación del principio de oportunidad como se agrego en el artículo 323 del libro II, capítulo III, del título V, del nuevo código de procedimiento penal (Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>155</sup>).

2. La asamblea nacional constituyente, el 4 de julio de 1991, día de la promulgación de la nueva constitución política de Colombia, determinó, decretó y ordenó que las funciones generales del Fiscal General de la Nación, eran las señaladas en el artículo 250, de no poder 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.

Y por parte alguna autorizó al Congreso de la República para que expidiera una ley que le permitiera a este alto funcionario del Estado delegar en sus subalternos esa función.

La expresión ‘el Fiscal General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establezca este código para la aplicación del principio de oportunidad’. Del artículo 323 del libro II, capítulo III, título V, del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>156</sup>).

---

<sup>155</sup> Ibid.

<sup>156</sup> Ibid.

3. Al tenor del inciso 2 del artículo 250 de la Constitución Política, el Fiscal General de la Nación, NO podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, renunciar a 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 juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúa los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y la relación con el mismo servicio. (...)

4. Al tenor del inciso 1 del artículo 250 de la Constitución Política, el Fiscal General de la Nación, está obligado 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. (...)

5. Sobre la norma acusada, considero que el artículo 323 del libro II, capítulo III, título V, debe ser declarado INEXEQUIBLE. Porque se le está otorgando 'facultades extremas', para que el Fiscal se convierta en juez determinante. En donde se deje de ahondar en las conductas punibles.

Para ello a su manera podrá dar por terminada una investigación puesto que no existe normatividad alguna para sustentar dicha decisión. Dando pie de abrirse un inmenso espacio a la impunidad, pues si es verdad, que la Constitución nos consagra el principio de la buena fe, también es verdad que nuestros funcionarios, en algunas actuaciones adolecen de este principio, para valorar las conductas del

hombre, dando lugar a establecer la premisa de que todos somos responsables y que por consiguiente debemos ser procesados”.

### **Problema Jurídico**

No existe problema jurídico.

### **Consideraciones de la Corte**

Inicia la Corte Constitucional sus consideraciones y fundamentos, con el argumento de la existencia de una ineptitud sustantiva de la demanda y para ello hace referencia en numerosas oportunidades en que esa corporación con base en el Artículo 241 de la Constitución Política de 1991 y a la misma naturaleza de la acción de inconstitucionalidad y de las competencias limitadas de la Corte Constitucional, no le corresponde llevar a cabo el control oficioso de las leyes, y que sus pronunciamientos deben hacerse sobre demandas debidamente presentadas.

Dichas demandas deben cumplir con ciertos requisitos mínimos, para efectos de permitir un adecuado funcionamiento del aparato de administración de justicia. “Y para que realmente exista una demanda –explica la Corte–, es necesario que el actor formule un cargo susceptible de activar un proceso constitucional, pues no le corresponde a esta corporación imaginar cargos inexistentes ya que ello equivaldría a una revisión oficiosa. Además, es claro que este cargo debe estar suficientemente estructurado desde la presentación misma de la demanda (...) pues la corte no puede corregir, sin afectar el debido proceso constitucional, el defecto de ausencia de cargo”. Así, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3° del artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, la Corte sostuvo que “el ataque indeterminado y sin motivos no es razonable”. En este mismo sentido, ha

precisado la Corte que “la ausencia de un requisito sustancial como el concepto de la violación, no puede ser suplida oficiosamente por la Corte y, por tratarse de una demanda inepta, debe proferirse sentencia inhibitoria”.

Además expone la Corte Constitucional la necesidad de justificar en forma clara, precisa y coherente las acusaciones de inconstitucionalidad contra las normas legales, y que es una carga procesal básica a cumplir por los ciudadanos y su alcance se ha determinado “entre el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, el señalamiento de las normas constitucionales que se consideran infringidas y las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, no sólo debe existir una correspondencia lógica sino que también es necesario que exista claridad en la exposición de la secuencia argumentativa. En verdad, mal haría la Corte en ejercer el control constitucional confiado por mandato del artículo 241 Superior, sobre disposiciones legales en relación con las cuales el impugnante plantea argumentaciones ininteligibles o carentes de sentido lógico. Por ello, en estos eventos lo procedente es adoptar una decisión inhibitoria que no impide que los textos acusados puedan ser nuevamente objeto de estudio a partir de una demanda que satisfaga cabalmente las exigencias de ley”. Tal carga procesal implica, así, la obligación de determinar con la mayor claridad posible la forma en que las normas acusadas contradicen o desconocen lo dispuesto en la Carta Política, “con el fin de destruir la presunción de constitucionalidad”.

Finaliza la Corte Constitucional su análisis y llega a la conclusión de que existe un incumplimiento del actor de la carga mínima de claridad, pertinencia y especificidad en la argumentación que le incumbe en un proceso de control de constitucionalidad y por lo tanto la Corte se declaró INHIBIDA para adoptar una decisión de fondo.

## **Comentario Personal**

La demanda no tiene coherencia lógica, ni claridad, y no señala de una manera precisa y comprensible las normas de la Constitución Política de 1991 que presuntamente desconoce el artículo 323 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>157</sup>, como tampoco aparecen las razones concretas de dicha vulneración.

Opinamos que se pudo haber sustentado, que la regulación del principio de oportunidad es insuficiente para garantizar su cabal aplicación por parte de los funcionarios judiciales, porque otorga facultades extremas al Fiscal convirtiéndolo en juez determinante, con competencias para decidir en que casos se podría dejar de investigar hechos que son conductas punibles.

El principio de oportunidad fue establecido en el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>158</sup>, la aplicación del mismo fue radicado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y no como equivocadamente señala el actor en la persona física del Fiscal, es decir, que dicha competencia es institucional.

### **9.5 SENTENCIA C- 673 de 2005**

Corte Constitucional

Sala Plena

Bogotá, D. C., treinta ( 30 ) de junio de dos mil cinco ( 2005 )

Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández

---

<sup>157</sup> Ibid.

<sup>158</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

## **El Caso**

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>159</sup>, Código de Procedimiento Penal.

## **Fundamentos de la demanda**

El actor afirma que el numeral 16 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, vulnera el artículo 250 de la Constitución de 1991 por cuanto el principio de oportunidad debe encontrarse debidamente reglado, de manera taxativa, teniendo en cuenta una política criminal que aún no existe. Transgrede el ámbito de lo reglado para pasar a la discrecionalidad absoluta, ya que se habla de aplicar el principio de oportunidad a una persona que haya cometido un delito que entorpece la labor de un fiscal al investigar otra conducta, dificultad que determinará el fiscal a su arbitrio, sin necesidad de basarse en la ley.

Igualmente rompe el principio-valor de la igualdad ante la ley y el derecho de toda persona al acceso a la administración de justicia.

## **Problema Jurídico**

Al no basarse en reglas claras y taxativas de fácil encuadramiento en un caso concreto, ¿vulnera el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>160</sup> el artículo 250 de la Constitución Política?

---

<sup>159</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

<sup>160</sup> Ibid.

## Consideraciones de la Corte

La Corte, en primer término, menciona y enumera las seis razones con que se justificó la inclusión del principio de oportunidad en la Constitución, las cuales aparecen en el Proyecto de Acto Legislativo de la Cámara de Representantes número 237 de 2002.

También hace alusión a la inclusión del principio de oportunidad y a los debates que se suscitaron y antecedieron en torno al tema en la adopción del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>161</sup> (Gacetas del Congreso 148, 157, 232, 401, 432 y 531 de 2002; 110 de 2003).

También el Tribunal resalta las características del principio de oportunidad: 1) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; 2) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; 3) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; y, 4) su ejercicio está sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

En cuanto a la posibilidad que tiene el fiscal en virtud del principio de oportunidad y, de manera excepcional de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, afirma la Corte Constitucional que:

El Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>162</sup> consagra como principio general el de **legalidad** en su acepción procesal, que responde a una concepción de retribución absoluta, en el sentido de que el Estado, para la consecución de sus fines, tiene el deber de investigar y castigar

---

<sup>161</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

<sup>162</sup> Ibid.

cualquier violación que se produzca a la ley penal. Dicho principio, de stirpe liberal, apunta a garantizar que todos los ciudadanos sean tratados por igual, el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, a que exista seguridad jurídica, y a que en últimas, no quede en manos de las autoridades encargadas de adelantar la persecución penal, la decisión de quien debe ser castigado en cada caso concreto. De allí que el proceso penal no sólo sea considerado un instrumento para la aplicación de la ley sustantiva, sino que aquél se torna irrenunciable cuando se produce en la realidad el supuesto de hecho previsto en la ley. Así pues, el inicio del proceso, o la continuación del mismo, no es asunto del que puedan disponer libremente el fiscal, el juez o la víctima.

De tal suerte que, el Estado realiza su pretensión penal sin consideración a la voluntad del ofendido, salvo en los delitos querellables, 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.

Considera la Corte Constitucional, que las causales establecidas en el artículo 324 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>163</sup>, para que sean ajustadas al artículo 250 de la Constitución para que efectivamente se apliquen *en los casos que establezca la ley*, deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria.

---

<sup>163</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

En tal sentido, autores como Hassemer<sup>164</sup>, señala que

... En tanto un derecho procesal penal admita casos que se resolverán desde la perspectiva de la oportunidad todo dependerá, para la constitucionalidad del proceso, de que estos casos sean correctamente precisados. Las **reglas vagas** en relación con el funcionamiento del principio de oportunidad lesionan completamente el principio de legalidad y permitirían que los procedimientos de carácter oportunístico se difundan de manera epidémica y, de esa manera, se provocaría que las decisiones de no perseguir emitidas por las autoridades de la investigación pudieran no ser limitadas ni efectivamente controladas. Para González Álvarez, en cambio, el principio de oportunidad trata de establecer **reglas claras** para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo.<sup>165</sup>

El legislador cuenta con un margen para configurar las causales de procedencia del principio de oportunidad. Cada una de ellas debe quedar consagrada de manera precisa e inequívoca, de forma tal que el juez de control de garantías pueda realmente determinar si en un caso concreto procede o no a renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal.

En otras palabras, frente a una causal de procedencia del principio de oportunidad, que haya sido establecida de manera equívoca y ambigua por el legislador, el juez de control de garantías no podrá adelantar su labor, desvirtuándose de esta forma uno de los pilares esenciales del

---

<sup>164</sup> HASSEMER, Winfred. La persecución penal: legalidad y oportunidad. En : *Revista Ciencias Penales*. San José, 1995.

<sup>165</sup> GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. *El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal*. En : *Revista Ciencias Penales*, San José, 1997.

Estado de Derecho, cual es la inexistencia de potestades discrecionales inmunes al control judicial.

En la norma bajo análisis la Corte estima que el legislador no reguló con la necesaria precisión el ejercicio de la facultad discrecional con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal en el marco de la política criminal del Estado. Con ello se vulnera el artículo 250 constitucional, pues al depender la aplicación del instituto de la oportunidad de una investigación, en cuanto dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia otra de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, resulta una norma completamente ambigua, indeterminada y oscura que abre un sendero a valoraciones subjetivas o personales. Esto posibilitaría hacer extensiva a un fiscal su aplicación de manera general a todos los casos que considere posibles sin restricción alguna lo que imposibilita un control real por parte del juez de garantías, al no contar con parámetros o criterios objetivos para establecer los límites previstos en la Constitución de 1991 y la Ley para la aplicación del principio de oportunidad a un caso determinado.

Por otra parte, la norma demandada le permite al fiscal, considerar incluidos en la misma un sinnúmero de supuestos que harían nugatoria la obligación que tiene la Fiscalía General de la Nación de ejercer la acción penal, haciendo extensiva e ilimitada la interpretación del numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>166</sup>. Esto es contrario a la Ley y a la Constitución Política de 1991.

Con base en lo anterior, la norma objeto de examen de constitucionalidad es declarada inexecutable.

---

<sup>166</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

Contrarias son las posiciones de los Magistrados que salvaron parcialmente su voto. El Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL consideró que la disposición consagrada en el numeral 16 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>167</sup> lejos de vulnerar el principio de legalidad, consagraba un supuesto normativo plenamente determinado, que permitía el ejercicio del principio de oportunidad, con fundamento en el cual la Fiscalía General de la Nación podría renunciar a la persecución penal, en aquellos casos en los cuales se buscaba privilegiar la investigación de hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad.

Destaca el Magistrado que lo anterior ha sido denominado por la doctrina con el nombre de *oportunidad reglada*, para significar que el ente investigador goza de un margen controlado de libertad racional y normativa para encaminar el ejercicio de la acción penal a aquellos espacios que se juzgan prioritarios por la sociedad, en aras de alcanzar los fines del Estado previstos en el artículo 2° del Texto Superior. En apoyo de su posición cita como ejemplo a España:

Debido al carácter necesario de la acción penal, el Ministerio Público [en Colombia, la Fiscalía] puede verse dentro del sumario ante una acción delictiva que, ello no obstante, por razones de *política criminal* no interesa su persecución. En tal caso, si la ley lo permite, puede sobreseer por razones de oportunidad.

En desarrollo del citado principio, la norma demandada establecía como una de las causales que permitían la aplicación del principio de oportunidad, aquellos casos en los cuales la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificultara, obstaculizara o impidiera a la Fiscalía orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad,

---

<sup>167</sup> Ibid.

cometidos por él mismo o por otras personas. De manera que, es acorde al principio de eficiencia constitucional renunciar a la investigación de una conducta punible (C.P. art. 209), en aras de focalizar los esfuerzos de la administración de justicia en la instrucción de un hecho delictivo de mayor repercusión para la sociedad.

Así mismo, el Magistrado Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, en su salvamento de voto afirma que el Código de Procedimiento Penal estableció el principio de oportunidad reglado, y el numeral en cuestión establecía un supuesto que se ajustaba a tal concepción, el cual, como la mayoría de los restantes numerales:

Dejaba un margen de apreciación a los fiscales para su aplicación, margen de apreciación que en ningún caso puede confundirse con arbitrariedad ni con total discrecionalidad --como lo hace la sentencia-- y que en todo caso es inherente a la configuración legal de la figura. No puede partirse del supuesto tendencioso de la mala utilización por parte de la Fiscalía de las competencias otorgadas en el nuevo estatuto, por el contrario se debe partir de la confianza y de la buena fe en el ejercicio de las atribuciones a cargo del ente investigador, máxime cuando tales atribuciones siempre han de estar sujetas al principio de legalidad y a controles específicos por parte de los jueces de control de garantías, los cuales en definitiva podrían en cada caso concreto juzgar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones adoptadas por los fiscales.

### **Comentario Personal**

Creemos que el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>168</sup>, se ajustaba a la Constitución Política de 1991. Basta citar un caso cualquiera en el cual las evidencias que se obtengan en la investigación de un delito de bagatela, pueden conducir a obtener elementos materiales probatorios relacionados con conductas que se podrían calificar con un mayor grado de lesividad, que por ende atentan contra bienes jurídicos considerados por el legislador de una jerarquía mayor y que, en consecuencia, ameritan una alta censura por parte de la sociedad:

Considérese el caso en el cual A le causa lesiones personales a B, con arma blanca y al cabo de varios meses A, con arma de fuego, da muerte a B. Teniendo en cuenta que la administración de justicia debe estar regida por la eficiencia — mejor utilización de los escasos recursos humanos, técnicos y económicos—, no tendría razón de ser que la Fiscalía se desgaste innecesariamente en la investigación del primer delito —llámese de bagatela—, que es de menor entidad frente a un hecho que tiene mayor trascendencia para la sociedad como es el delito de homicidio.

En otras palabras, la norma declarada inexecutable permitía dar aplicación al principio de oportunidad frente a un hecho de bagatela con el fin de lograr esclarecer otro de mayor entidad. De esta manera se daría efectividad a principios que rigen la ley penal: el de antijuridicidad material y de proporcionalidad.

Aunque la Corte Constitucional no expone claramente los fundamentos de su decisión, considera que en el numeral demandado le falta exactitud en la redacción y no existe una mayor casuística, lo que, en últimas, le confiere un sentido de interpretación amplio. Empero, no debe olvidarse que la disposición establecida en el artículo 250 de la Constitución Política de 1991 no exige una

---

<sup>168</sup> Ibid.

precisión que limite al fiscal a realizar valoraciones. Por el contrario, esta es la facultad que se establece con el principio de oportunidad.

Por lo tanto, la carencia de tal reglamentación en ningún momento permitía un ejercicio arbitrario, ilimitado e ilegal del numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>169</sup> porque la misma Constitución lo somete a control de legalidad por parte de los jueces.

Para reafirmar lo anterior, tenemos el siguiente caso:

Durante los meses de enero a agosto de 2004, en 18 de las capitales departamentales de Colombia se han denunciado cerca de 100 accesos carnales violentos, coincidiendo todas las víctimas en que el violador es un hombre de 1,80 de estatura y piel trigueña, con una candonga en la oreja izquierda y se destaca que nunca ha podido ser visto por una persona distinta de la víctima de turno.

El 4 de septiembre del mismo año, un sujeto que responde a las características físicas del violador, es capturado por vecinos del barrio El Camping en la ciudad de Bogotá, cuando golpeaba en un establecimiento público a un anciano que no le quería vender más licor, ocasionándole deformidad permanente en el rostro.

Durante la investigación el Fiscal se percata que se trata del sujeto que era buscado por distintos accesos carnales y no se ha podido identificar.

Frente al caso hipotético piénsese que se está en los días previos al vencimiento del término para presentar el escrito de acusación y que la Dirección Nacional de Fiscalías ha informado al Fiscal que en el

---

<sup>169</sup> Ibid.

desarrollo de las indagaciones adelantadas por la realización de los asaltos sexuales anteriormente mencionados, va a ser necesario el cumplimiento de múltiples actividades investigativas en las diferentes capitales del país donde se realizaron tales delitos, entre ellas las relacionadas con los correspondientes reconocimientos en fila de personas, lo que posiblemente implicará el traslado del imputado a varias ciudades.

Con el propósito de facilitar la investigación de los aludidos delitos sexuales, que desataron gran indignación social, el Fiscal considera conveniente la interrupción de la persecución penal, circunstancia que somete al conocimiento del Fiscal General de la Nación, toda vez que por la naturaleza de las lesiones personales este es un caso con una pena mínima superior a 6 años de prisión.

Transcurridos 45 días desde la interrupción de la persecución penal (por las lesiones personales), el Fiscal es informado del cumplimiento de las labores investigativas dispuestas a raíz de los delitos sexuales en comento. En consecuencia, profiere orden para reanudar la investigación por el delito de lesiones personales, da informe de ello a la Fiscalía, el Ministerio Público y la víctima. A partir de este momento se reanuda el término para presentar el escrito de acusación, próximo a su vencimiento<sup>170</sup>.

Pudiera parecer esta causal no fundamentada en reglas claras y taxativas, que no se pudiera aplicar fácilmente a un caso concreto, y transgredir el ámbito de lo reglado para pasar a la discrecionalidad absoluta del fiscal, y aunque se debe tener en cuenta la inexistencia de una política criminal coherente por parte del Estado en la materia, esto no era óbice para que se hubiera declarado la

---

<sup>170</sup> FISCALIA, Op. cit, p. 184.

inexequible el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>171</sup> porque la misma norma era una manifestación de la eficacia que se le reclama al ente investigativo al poder orientar sus esfuerzos a casos de mayor relevancia y dañosidad social.

## **9.6 SENTENCIA C-979 de 2005**

Corte Constitucional

Sala Plena

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil cinco (2005).

Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño

### **El Caso**

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 327, 330 y otros de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>172</sup>.

### **Fundamentos de la demanda**

Los actores afirman que las normas parcialmente demandadas vulneran el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 31, 113, 189, 229, 230, 250 y 251 de la Constitución Política de 1991.

El artículo 327 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>173</sup> regula el control judicial del principio de oportunidad y dispone que la intervención del juez de control de

---

<sup>171</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

<sup>172</sup> Ibid.

garantías sólo procederá cuando, como consecuencia de tal aplicación, se extinga la acción penal. Esta disposición contraría el artículo 250 superior pues esta norma dispone que el control judicial procede en todos los casos en que se aplique ese principio y no solo frente a unos de tales supuestos; puede conducir a la vulneración del derecho de igualdad, ya que muchos ciudadanos quedarán excluidos de la posibilidad de que sus asuntos sean revisados por los jueces de control, creándose así un régimen discriminatorio; viola el derecho de acceso a la administración de justicia e impide la vigencia de un orden justo.

El artículo 330 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>174</sup> faculta al Fiscal General de la Nación para expedir un reglamento en materia de principio de oportunidad, sin tener en cuenta que, por mandato del artículo 189.11 superior, tales facultades son privativas del Presidente de la República en tanto titular de la potestad reglamentaria; que por virtud del artículo 230 constitucional los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley y no a reglamentos y a manuales y que los artículos 249, 250 y 251 de la Carta no confieren potestad reglamentaria al Fiscal General. Es claro que constitucionalmente tal funcionario puede participar en el diseño de la política criminal del Estado y que la Ley 270 del 7 de marzo de 1996<sup>175</sup> lo autoriza para organizar administrativamente los despachos, pero de ello no se infiere en manera alguna que puede reglamentar, como atribución constitucional propia, norma legal alguna.

### **Problema Jurídico**

La reserva establecida en el artículo 327 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>176</sup>, acerca del control judicial del principio de oportunidad a los eventos en

---

<sup>173</sup> Ibid.

<sup>174</sup> Ibid.

<sup>175</sup> Diario Oficial No. 42.745 del 15 de marzo de 1996.

<sup>176</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

que su aplicación comporta la extinción de la acción penal, resulta contrario al ámbito que se deduce del artículo 250 de la Carta para el ejercicio del control de legalidad, y si adicionalmente, introduce factores de discriminación y restricción al acceso a la administración de justicia respecto de quienes, en desarrollo del principio de oportunidad, se les suspende o interrumpe la acción penal, eventos en que conforme a la norma acusada no opera el control de judicial.

Las facultades reglamentarias atribuidas en el artículo 330 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>177</sup> al Fiscal General de la Nación para expedir un reglamento interno en materia de principio de oportunidad constituye una invasión a la potestad reglamentaria que posee el Presidente de la República en materia de leyes establecida en el artículo 189 numeral 11, y un desbordamiento del marco de actuación que los artículos 249, 250 y 251 de la Constitución Política de 1991 y la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, establecen para el Fiscal General de la Nación.

### **Consideraciones de la Corte**

Comienza la Corte por determinar las modalidades admisibles para la aplicación del principio de oportunidad —el único supuesto que configura aplicación del principio de oportunidad, es aquel que implica *renuncia* al ejercicio de la acción penal, excluyendo así los supuestos de suspensión e interrupción de la misma—, para ello cita textualmente el artículo 250 de la Constitución Política de 1991 con el fin de establecer el ámbito del control judicial conforme a la Constitución:

Consagra así la Constitución lo que doctrinariamente se ha denominado el principio de *oportunidad reglada*, conforme al cual, dado el carácter obligatorio del ejercicio de la acción penal, la Fiscalía puede prescindir de

---

<sup>177</sup> Ibid.

su ejercicio únicamente en los casos establecidos en la ley, concibiéndose así la oportunidad como excepción al ejercicio obligatorio de la acción penal.

Así lo consideró la Corte al señalar que el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>178</sup>: “acogió la fórmula del principio de **oportunidad reglada**, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, es decir que al momento de aplicarlo para **suspender, interrumpir o renunciar** al ejercicio de la acción penal, lo podrá ser sólo con fundamento en alguna de las causales expresamente señaladas por el legislador, con el debido control de legalidad ante un juez de control de garantías<sup>179</sup>.”

La discrecionalidad reglada que la Constitución Política asigna al Fiscal en materia de principio de oportunidad, le impone no solamente una evaluación acerca de la aplicación de alguna de las causales legales para que opere este mecanismo, sino que deberá determinar las consecuencias de la aplicación de ese principio: *la interrupción, la suspensión o la renuncia* de la acción, a la vez que habrá de constatar el respeto por las garantías del investigado. Son por ende los tres supuestos, expresiones del principio de oportunidad con alcances distintos en cuanto que respecto de los dos primeros la Fiscalía, excepcionando su deber general de investigación, cesa transitoriamente en el ejercicio de la acción penal con la posibilidad de su reanudación, en tanto que el último de los supuestos comporta la extinción de la acción penal. En los tres eventos se presenta una cesación, autorizada por la ley, de la acción penal, ya sea de carácter transitorio o precario, ya de carácter definitivo, y sometida en todos los eventos al control jurisdiccional de legalidad.

---

<sup>178</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

<sup>179</sup> Sentencia C- 673 de 20005, MP.: Clara Inés Vargas Hernández.

El control que ejerce el juez de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, independientemente de sus consecuencias provisionales, precarias o definitivas (interrupción, suspensión o renuncia), debe estar orientado no solamente a emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado.

Con respecto al establecimiento de las claras conexiones existentes entre la adecuada e inequívoca configuración de las causales del principio de oportunidad y la eficacia del control judicial afirma que:

... Si bien el legislador cuenta con un margen para configurar las causales de procedencia del principio de oportunidad, cada una de ellas debe quedar consagrada de manera precisa e inequívoca, de forma tal que el juez de control de garantías pueda realmente determinar si en un caso concreto procede o no **renunciar, suspender o interrumpir** el ejercicio de la acción penal<sup>180</sup>.

De lo anterior se deduce claramente que de acuerdo al artículo 250 de la Constitución Política de 1991, el control jurisdiccional que exige la aplicación por parte de la Fiscalía General de la Nación del principio de oportunidad, está referido a todos los supuestos (interrupción, suspensión y renuncia de la acción penal) a través de los cuales tiene operatividad.

Resalta la importancia del control jurisdiccional a medidas que puedan llegar a afectar derechos fundamentales:

Así, la creación del Juez de control de garantías o juez de la investigación penal, responde al principio de necesidad efectiva de

---

<sup>180</sup> Ibid.

protección judicial, en razón a que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación penal entran en tensión con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales únicamente pueden ser afectados en sede jurisdiccional.

Se trata de una clara vinculación de la investigación a la garantía de los derechos fundamentales tanto del investigado como de la víctima, que fungen así como límites de la investigación. El lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho, se traslada al ámbito de la investigación penal.

Concluye la Corte para concretar el análisis de este cargo, que la expresión demandada, *“siempre que con ésta se extinga la acción penal”* que forma parte del artículo 327 del C.P.P., al condicionar el control judicial obligatorio y automático del principio de oportunidad a tal exigencia, restringe el ámbito de aplicación de este control que explícitamente prevé el artículo 250 de la Constitución y por tal motivo es declarada inexecutable:

Tal expresión, en cuanto reduce el principio de oportunidad a uno solo (la renuncia), de los tres supuestos procesales (renuncia, interrupción y suspensión) a través de los cuales actúa, desconoce las reglas jurisprudenciales trazadas por esta Corte en el sentido que la oportunidad reglada opera a través de la renuncia, la suspensión y la interrupción de la acción penal (Cfr. Sentencia C- 673 de 2005).

Es decir que una aplicación de la norma tendría como consecuencia la restricción del ámbito del control judicial sobre el principio de oportunidad, y que de acuerdo con los debates en el Congreso desconocería la intención del legislador de rodear la aplicación del principio de oportunidad de controles judiciales.

Con respecto a los cargos formulados contra el artículo 330 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>181</sup>, la Corte precisa los elementos característicos de la norma:

(1) imposición de un deber de reglamentación, es decir que el Fiscal no tiene una potestad o prerrogativa (que puede ejercer o no) “Se trata de un imperativo legal orientado a rodear de certeza los procedimientos que en el ámbito interno regirán tanto para la aplicación del principio de oportunidad”.

(2) El carácter general de la reglamentación, que no puede estar orientada a regular casos particulares pues perdería la característica de todo reglamento y por lo tanto se debe “establecer directrices generales y abstractas que aseguren un tratamiento igualitario a las situaciones que en este ámbito deba resolver la entidad. Así lo destaca de manera contundente el artículo 330 al señalar que en el reglamento se debe determinar *de manera general* el procedimiento interno de la entidad para la aplicación del principio de oportunidad”.

(3) El ámbito de aplicación de la reglamentación, es únicamente interno de la Fiscalía como institución “no puede en consecuencia vincular a actores externos y particularmente al Juez de control de garantías, cuya labor está amparada por los principios de autonomía e independencia”.

(4) Los límites impuestos por la finalidad, el cual está limitado en su alcance por las finalidades asignadas en la Constitución y la ley.

(5) Su vinculación a la política criminal del Estado, el reglamento que expida el Fiscal General de la Nación para la aplicación interna del

---

<sup>181</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

principio de oportunidad, debe desarrollar los elementos de política criminal que se derivan de la Constitución y de la Ley.

Después resalta la Corte que la reglamentación interna del fiscal para que se aplique el principio de oportunidad promueve valores constitucionales medulares y definitivos

“En efecto, este deber de regulación de carácter general y con aplicabilidad en el ámbito interno de la institución, desarrolla el principio de *competencia preferente del Fiscal* previsto en el primer segmento del artículo 251.3 de la Carta, en virtud del cual corresponde al Fiscal General de la Nación “*asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos*”. De donde se deriva una específica función constitucional del fiscal que comporta un permanente ejercicio de valoraciones internas de dirección y control para la toma de decisiones y el establecimiento de directrices.

Asociado al anterior se encuentra el principio de *unidad de gestión y jerarquía* contemplado en el segundo segmento del artículo 251.3 en virtud del cual el Fiscal General puede determinar el criterio y la posición que la entidad debe asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados en la ley. Este principio radica en el Fiscal poderes de dirección y orientación que, con criterio general, promuevan la responsabilidad institucional y la unidad de actuación en las fases de investigación y acusación.

El poder de reglamentación *interna y general*, que las normas demandadas confieren al Fiscal en materia de aplicación del principio de oportunidad, promueve la realización del principio de igualdad en su

expresión de igualdad de trato ante la ley (Art. 13 CP), en la medida que el establecimiento de criterios uniformes para el manejo de estas importantes materias al interior de la Fiscalía, propicia homogeneidad en el trato a quienes acuden a estos instrumentos, restringe los espacios de arbitrariedad y excluye la posibilidad de tratos discriminatorios.

También promueve la protección de los derechos de las víctimas, en cuanto que, en la aplicación del principio de oportunidad, los derechos de las víctimas ocupan un lugar central. La reglamentación interna y general que se expida al respecto, debe concretar los deberes que la Constitución y la Ley radican en el Fiscal General en materia de protección de las víctimas y promoción de sus derechos en el proceso.

Estima la Corte Constitucional que la norma demandada del artículo 330 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>182</sup>, es exequible por estar en concordancia con la Constitución Política de 1991 (Art. 249, 250 y 251.3).

### **Comentario Personal**

El artículo 250 de la Constitución Política de 1991, establece que 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 delitos. En consecuencia, no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad, el cual estará sometido al control de legalidad del juez que ejerza funciones de control de garantías.

---

<sup>182</sup> Ibid.

La procedencia del principio de oportunidad sólo en los casos en que su aplicación extingue la acción penal no es coherente con los fundamentos constitucionales que le dieron origen. En efecto, el artículo 250 de la Constitución Política expresa que todos los eventos de aplicación del principio de oportunidad –renuncia, suspensión o interrupción– están sometidos a control judicial.

Teniendo en cuenta esta situación, el artículo 327 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>183</sup>, establecía un límite o restricción no previsto por el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002<sup>184</sup> al control de garantías a que hay lugar en la aplicación del principio de oportunidad.

Cuando el Fiscal aplica una de las causales del principio de oportunidad, determina al mismo tiempo una de tres posibles consecuencias: interrumpir, suspender y renunciar a la acción penal, y también debe verificar que al investigado se le estén respetando las garantías constitucionales y legales a la vez que habrá de constatar el respeto por las garantías del investigado.

En la interrupción y suspensión la Fiscalía realiza una excepción a su deber de investigación, es decir suspende o cesa transitoriamente en el ejercicio de la acción penal lo cual indica que puede reanudarse; en el evento de la renuncia a la acción penal ésta se extingue.

En los debates realizados en el Senado acerca de la implementación del principio de oportunidad, se percibe la preocupación de los congresistas por establecer límites definidos que permitieran al ente investigador realizar una selectividad. También se resalta un interés en que la facultad fuera reglada y en la creación de controles materiales judiciales con el fin de evitar que en un Estado Social de Derecho —donde no deben existir potestades discrecionales inmunes al control

---

<sup>183</sup> Ibid.

<sup>184</sup> Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

judicial—, el ente investigador se sustrajera en la aplicación del principio de oportunidad a su arbitrio.

De allí que muchos congresistas mostraron su temor por la inexistencia de un control judicial sobre la aplicación del principio de oportunidad. Ejemplo de ello es que en el Senado durante el primer debate de la segunda vuelta, la comisión que estudiaba el asunto no aprobó la implementación del principio de oportunidad. Luego fue introducido, pero con la condición de que estuviera sometido a un control judicial que impidiera al Fiscal concederlo unilateralmente.

De igual manera, un Principio de Oportunidad libre, desconocería abiertamente el derecho a la igualdad, porque le concede a la Fiscalía una discrecionalidad que no ofrece parámetros de control y que sirvan de referencia a los ciudadanos, para inferir el significado de expresiones consignadas en la ley y su grado de previsibilidad con respecto a las actuaciones de los funcionarios.

También, podría ocasionar una acentuación del carácter discriminatorio del derecho penal hacia las clases menos favorecidas, sobrepasando con ello el nivel de selectividad característico del Principio de Oportunidad.

Si bien es cierto que las figuras de la suspensión o la interrupción de la acción penal son actos de trámite —que no deciden cuestiones de fondo dentro del proceso, ni hacen tránsito a cosa juzgada—, no se sigue de allí que no se les deba establecer un control judicial automático y obligatorio más aún si tales medidas afectan directamente las garantías fundamentales. Dicho de otro modo, la figura de un juez de garantías aparece como imprescindible dada la necesidad de protección de los derechos fundamentales.

El control ejercido por el juez de garantías, está dirigido a emitir su conformidad con la ley de la causal aplicada y se extiende además al control material sobre las

garantías constitucionales del imputado. La Corte, en Sentencia C-673 de 2005, resaltó que control jurisdiccional sobre el principio de oportunidad es universal, y no excluyente, que se prevé respecto de su aplicación, independientemente de las consecuencias del mismo o los supuestos en que opere.

Con relación al artículo 330 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>185</sup>, los cargos carecían de fundamento y desconocían la amplia jurisprudencia constitucional<sup>186</sup> sobre los poderes –administrativos y presupuestales– de reglamentación del Fiscal General de la Nación, establecidos en el artículo 249 de la Constitución Política de 1991.

En tal sentido la Corte ha manifestado que:

- Corresponde al Fiscal General orientar y definir lineamientos, pautas y políticas *generales* para el funcionamiento de la Fiscalía en tanto institución unitaria, que pueden estar referidas a aspectos fácticos o técnicos del proceso de investigación, así como a asuntos jurídicos *generales* de índole interpretativa, y puede fijar prioridades, parámetros o criterios institucionales para el ejercicio de la actividad investigativa, así como designar unidades especiales para ciertos temas.
- Llevar a cabo actividades de seguimiento y evaluación sobre el desempeño *general* de la entidad.
- Tales potestades deben desarrollarse con irrestricto respeto por los mandatos constitucionales de independencia, imparcialidad y

---

<sup>185</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

<sup>186</sup> Sentencias C-037 de 1996 M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C- 873 de 2000, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa; C- 775 de 2001, MP.: Álvaro Tafur Galvis; C-1092 de 2003, MP.: Álvaro Tafur Galvis.

autonomía en la administración de justicia que ampara la gestión de los fiscales.

- La autonomía que la Constitución confiere a éste órgano (Art. 249) abarca los aspectos propios de las decisiones administrativas y presupuestales.
- La autonomía que se otorga al Fiscal en estas materias no es ilimitada por cuanto debe ejercerse de conformidad con la ley, y no sólo con la ley objeto de reglamentación, sino también con otras disposiciones legales de obligatoria observancia.

Queda claro entonces, que la reglamentación que expida el Fiscal General de la Nación, no tiene el alcance de llegar a modificar las condiciones y reglas fijadas en la Constitución Política de 1991 y la Ley, sino que antes, por el contrario, debe desarrollarlas.

## **CAPITULO DECIMO**

### **EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

#### **10.1 REFORMAS DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES EN AMERICA LATINA**

Una de las tareas más importantes en Colombia, ha sido la de mejorar la eficiencia de la justicia penal y, en particular, su celeridad, pues en el sistema penal están involucrados la afectación de derechos humanos fundamentales.

En las últimas décadas, tanto en nuestro país como en el mundo, se han incrementado los delitos de índole patrimonial y económicos, que se caracterizan por su poca importancia y relevancia. A estos se les denomina “delito de bagatela”:

el concepto de “delito de bagatela” no está dogmática ni legalmente reconocido; sin embargo, es de uso común por parte de la inmensa mayoría de la doctrina al referirse a hechos contemplados en las leyes penales, cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia<sup>187</sup>.

Estos delitos menores han ocasionado niveles preocupantes de congestión judicial, debido a su constante ocurrencia, lo que implica la ineficiencia de la justicia al producirse una demora injustificada para resolver en los términos procesales establecidos.

---

<sup>187</sup> ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad : Alemania y España*. Barcelona : Promociones y publicaciones universitarias, 1991. p. 23.

Para solucionar este problema, el Estado tiene dos soluciones:

- 1) Seguir implementando una política de represión a través del derecho penal –el cual, dicho de paso, es inoperante– o,
- 2) Establecer reformas procedimentales y estructurales que permitan luchar efectivamente contra la criminalidad:

Hoy en día la reforma ha trascendido la necesidad política para situarse también en el nivel de una necesidad práctica. La administración de justicia penal ha sido descrita como colapsada, ineficiente e inoperante desde muchos y muy diversos ángulos de observación, pues no responde a ninguno de sus fines primarios: persecución penal de los delitos, garantía de los derechos ciudadanos fundamentales, en fin, logro de la paz social mediante la correcta solución de los conflictos, indispensable para vivir en democracia y sin violencia extrema.

Conviene aclarar que esta necesidad práctica no es tan sólo sentida por nosotros, por el atraso institucional descrito, sino, también, por los países más desarrollados, conforme al enorme cambio social experimentado durante el siglo XX, cada vez más acelerado. Para nosotros, sin embargo, el defecto se aprecia por partida doble y la tarea, consecuentemente, es doblemente pesada, pues, al no haber producido las reformas republicanas en la oportunidad debida, debemos ahora reacomodar totalmente nuestra administración de justicia<sup>188</sup>.

Para reformar los sistemas penales latinoamericanos, se propusieron cambios de diferente índole, entre ellos, procesales –el procedimiento, selectividad de casos,

---

<sup>188</sup> B. J. MAIER, Julio. *Situación de la Justicia Penal y Problemas de los Sistemas Escritos*. En : Revista Ciencias Penales. San José, 1991. p. 5.

eficiencia, política criminal– y orgánicos –organización judicial–, los cuales revisten interés para este trabajo.

**10.1.1 Reformas Procesales.** En cuanto al procedimiento, lo primordial es establecer un juicio penal público que fuera coherente, en primer lugar, con el ordenamiento jurídico interno y, en especial, con las Constituciones y con las instituciones encargadas de la acusación según cada país –Ministerio Público o Fiscalía–; en segundo lugar, que respetara los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por los mismos países, los cuales propugnan por un juicio oral y público como fundamento de las decisiones penales.

En cuanto a la selectividad de casos, es la única solución a la problemática compleja que ofrecen “delitos de bagatela” y es aplicar el principio de la mínima intervención, que se logra a través de la descriminalización, necesario tanto desde el punto de vista práctico como también desde la política criminal.

Esto implica la implementación de mecanismos alternativos –procedimientos abreviados, convertir en contravenciones algunas conductas, el principio de oportunidad, etc– para solucionar situaciones que tradicionalmente han sido tipificadas como conductas punibles.

En el campo de la eficiencia del sistema penal, comprende la eficacia de la persecución penal y el respeto de la dignidad humana:

El principal problema se detecta en la investigación preliminar, la llamada **instrucción preparatoria**. Ella es, prácticamente, la responsable principal del colapso del sistema. En efecto, esta necesidad del sistema procesal penal, tal como fue pensado, lo torna lento, es incapaz, en la mayoría de los casos, para alcanzar el fin para el cual fue propuesta, razón por la cual

la principal selección desincriminatoria se lleva a cabo en este período procesal y sin criterio político-jurídico que la presida, y también es esta etapa la responsable de las mayores violaciones, impunes por lo general, al sistema de garantías y seguridades ciudadanas<sup>189</sup>.

Al igual que en Colombia antes de la reforma, en la mayoría de los países latinoamericanos la función de investigar y proteger los derechos fundamentales estaba en cabeza de una sola entidad u organismo, representado en la persona del juez de instrucción . Éste funcionario le daba mayor importancia a la tarea de encontrar las pruebas para formular una acusación, que a buscar las que produjeran una exoneración del implicado:

He allí el porqué de la propuesta, ya extendida universalmente, de separar claramente las funciones, concediendo competencia para ellas a órganos distintos: la tarea de llevar al imputado ante la justicia para ser juzgado, de preparar la acusación, en fin de perseguir penalmente, le corresponde al ministerio público; la de custodiar las garantías ciudadanas y posibilitar la defensa del imputado, a los jueces. Por ello la investigación preliminar se confía al ministerio público, bajo el control de los jueces para aquéllos actos que signifiquen injerencia en los derechos de las personas o provoquen la necesidad de defensa<sup>190</sup>.

Por último, dentro de las reformas procesales que se deberían introducir, figura la de conceder un mayor papel a la víctima en el proceso penal, pues históricamente el rol protagónico en la escena criminológica lo ha ostentado el criminal –sujeto activo del delito– y muchos de ellos célebres, mientras que las víctimas han sido condenadas al anonimato, a ser degradadas y a inspirar lástima:

---

<sup>189</sup> Ibid., p. 6.

<sup>190</sup> Ibid., p. 7.

... Son los débiles en la lucha por la supervivencia que poseen el “rol de perdedor” que no fascina (y lo peor, no interesa) a casi nadie. Suele generarse un desplazamiento culpabilizante, una extendida tendencia a degradar a las víctimas por parte de los espectadores del fenómeno criminal. Incluso, comenta Hamilton que cuanto menor responsabilidad tiene la persona ofendida (valga como ejemplo el de la muchacha apuñalada en la calle), menos simpatía despierta en la sociedad, la cual tiende a buscar de cualquier manera alguna razón que justifique el hecho –por ejemplo: .. no debería estar en ese lugar a esa hora–<sup>191</sup>.

Es evidente que el Estado ha fracasado en su empeño de asistir a las víctimas de los delitos. Si se asume un papel interdisciplinar se puede modificar sustancialmente la justicia penal y abrir campos de acción sustitutivos de las sanciones penales, en especial los que privan de la libertad por otros medios alternativos de solución de conflictos.

Aquí desempeña una función importante lo que se conoce como justicia restaurativa, entendida como una forma alternativa de enfrentar la criminalidad; en ella se sustituye la idea tradicional de castigo para construir una relación entre víctima y victimario, en la cual el centro de gravedad no es el delito-infractor, sino que debe tener especial consideración por la víctima y el daño sufrido. Por ello, hay que satisfacer el interés de la víctima –reconocer su sufrimiento, reparar el daño, restaurarla en su dignidad, etc–.

**10.1.2 Reformas Orgánicas.** Los sistemas estaban urgidos de una profunda transformación en diferentes aspectos: en la organización judicial –infraestructura, despolitización, jerarquía–, participación ciudadana en la toma de decisiones –jurados–; en cuanto a las garantías de la independencia judicial en

---

<sup>191</sup> NÚÑEZ DE ARCO, Jorge. *La Víctima*. Sucre : Proyecto Ciudad Universitaria, 2004. p. 27 y ss.

sus fallos; con respecto al aprovechamiento al máximo de los recursos técnicos y financieros; en relación con la creación de un servicio de asistencia de defensa técnica para aquellas personas que no tienen la posibilidad de contratar los servicios profesionales de un abogado.

## **10.2 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

El principio de oportunidad, es una alternativa al juicio oral en cuanto es una manifestación de la necesidad de un sistema de administración de justicia eficaz.

Una de las mayores necesidades para la aplicación de esta regla, es acelerar la administración de justicia, en aras de un efectivo derecho sustancial, una pronta justicia. Máxime si se trata de asuntos que conciernen a un derecho fundamental, como lo es el de la libertad.

De este modo, los países latinoamericanos han tratado de modificar su regulación procesal penal desde 1980, para lo cual han tomado como modelos otros países.

Con la introducción en nuestros sistemas procesales penales de medios alternativos para solucionar conflictos y salidas alternativas al juicio oral, se pretenden solucionar los problemas de los sistemas penales.

Al implementar un nuevo sistema penal acusatorio que rige en Latinoamérica y nuestro país, conlleva una gran reforma que implica muchos esfuerzos, produce situaciones caóticas lo que es natural, incluye disminución del talento humano como se observa en la actualidad con la salida de muchos funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

En relación al Principio de Oportunidad, implica que el proceso de transformación del sistema de administración de justicia de América Latina se concretó en la última década, sobre todo en los países del cono sur. Este cambio no sólo abarcó la administración de justicia penal, sino otras ramas influenciadas por procesos de consolidación de la democracia –como por ejemplo Chile– razón por la cual su amplitud alcanzó las bases de las principales instituciones estatales, reflejado en muchos casos en reformas de la Constitución Política y las leyes orgánicas que regulaban la actividad judicial.

De este modo, en los países de la región se produjeron reformas constitucionales: Paraguay (1992), Argentina (1994), Bolivia (1995), Chile (1997), Ecuador (1998), Venezuela (2000) y Colombia (2002). Ello implicó en cada país la modificación de la organización y estructura de sus Ministerios Públicos o la creación de los mismos.

En la mayoría de países reunidos bajo la estructura interna del Ministerio Público, para Colombia la Fiscalía General de la Nación, la máxima autoridad del organismo es el Fiscal General de la Nación o Procurador General, seguido de fiscales regionales, delegados o distritales o locales, los cuales están organizados en un sistema jerárquico, en el que en algunos casos pueden dictar instrucciones para mejorar el funcionamiento del organismo o establecer estrategias de persecución penal. Incluso, en determinados eventos, se observa que dicha institución tiene a cargo la policía judicial, que cumple, a su vez, funciones de auxiliar de la justicia, con posibilidad de impartir instrucciones y efectuar peticiones concretas, facultades compartidas, en algunas ocasiones con el juez.

Estas reformas, pasaron de un procedimiento estrictamente inquisitivo, escrito y formal, a un proceso oral y público de carácter más acusatorio.

### **10.2.1 Estructura de Ministerios Públicos: Chile, Bolivia, Argentina, Ecuador y Venezuela.**

**Chile.** Con la reforma constitucional otorgó al Ministerio Público, en forma exclusiva, la investigación y persecución penal, la dirección de la policía y lo reviste del carácter de órgano autónomo bajo una organización de tipo jerárquico – artículo 80 de la Constitución–. Estas reformas fueron consolidadas a partir de 1999 con la sanción de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (L. 19.640) y el nuevo Código Procesal Penal, que fue sancionado en el año 2000, pero la implementación de toda la reforma, se realizó en forma gradual de acuerdo con un sistema de planificación por regiones que concluyó en el 2004.

**Bolivia.** Organizado sobre los supuestos de independencia, jerarquía y unidad de gestión del organismo otorgándole un papel esencial en la transformación del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, actuación que le autorizó la reforma de 1999, vigente a partir del 2001 y la ley orgánica sancionada el mismo año.

**Argentina.** Modificó el artículo 120 de la Constitución –reforma de 1994– le otorgó una naturaleza independiente, autonomía funcional y autarquía financiera, destinada a promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Posteriormente se promulgó la Ley Orgánica del Ministerio Público (L. 24.946 de 1997) que lo organizó bajo los principios de jerarquía y unidad de actuación. Por otra parte, el Código Procesal Penal sancionado en 1994 representó un importante avance al incorporar el juicio oral y público a la jurisdicción federal; sin embargo, mantuvo la dirección de investigación en manos del juez instructor, otorgándole la facultad discrecional de delegar la investigación en el Ministerio Público Fiscal (Art. 196 C. P. P. N.). Las

facultades del Ministerio Público aumentaron con la incorporación de la llamada “instrucción sumaria” en 1997, al otorgarle la investigación de los casos de flagrancia en los que no resulta aplicable la prisión preventiva. También, con la incorporación del art. 196 bis, se delegó a los fiscales la investigación de todos los sumarios con autor no identificado.

Esto muestra que, en el país gaucho no se hizo una reforma total del sistema penal inquisitivo, sino que se trató de una reforma parcial hacia a un sistema de corte acusatorio, pero falta aumentar el grado y la magnitud de la misma para poder considerársele un sistema acusatorio.

**Ecuador.** Desde 1997, por medio de una ley orgánica se le otorgó al Ministerio Público autonomía administrativa y financiera, reafirmado en la Constitución en 1998 que le asignó la tarea de representar y defender a la ciudadanía en los procesos penales de acuerdo con la normativa procesal, básicamente en la dirección de todas las investigaciones penales. Asimismo destaca su carácter autónomo respecto de los demás poderes del Estado (art. 217 de la Constitución del Ecuador). Papel acentuado en el Código de Procedimiento Penal del 2001, al definir un proceso de corte acusatorio, donde se encuentran bien delineadas las funciones de acusación, defensa y juzgamiento y coloca a los fiscales a cargo de la investigación y de la dirección de la policía judicial; siendo la máxima autoridad el Fiscal General del Ecuador, seguido por fiscales distritales y agentes fiscales.

**Venezuela.** Reestructura su Ministerio Público, con la reforma constitucional del año 2000 y la Ley orgánica sancionada en el año 2001, como un ente autónomo e independiente de los restantes poderes del Estado, con un sistema de tendencia acusatoria. A la cabeza se ubica el Fiscal General de la República, que es elegido por votación popular a través de la Asamblea Nacional para un periodo de 7 años.

### **10.2.2 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN BOLIVIA**

El ordenamiento procesal penal de Bolivia, contempla en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal –Ley 1970 de 1999– la obligatoriedad por parte de la Fiscalía de ejercer la acción penal en todos los casos que sea procedente y también prevé la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, solicitándole al juez de instrucción que prescinda de la persecución penal, de uno o varios de los hechos imputados respecto de uno o algunos de los partícipes, en los siguientes casos:

- 1) Cuando se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegido,
- 2) Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse;
- 3) Cuando la pena que se espera por el delito de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta por otro delito;
- 4) Cuando sea previsible el perdón judicial; y,
- 5) Cuando la pena que se espera carezca de importancia en consideración a las de otros delitos, o a la que se le impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada.

En los supuestos previstos en los numerales 1,2 y 4 será necesario que el imputado haya reparado el daño, firmando un acuerdo con la víctima en este sentido o afianzando suficientemente la reparación.

## Efectos

- La decisión que prescinde de la persecución penal extingue la acción penal en relación con el imputado.
- Si la decisión se funda en la causal 1 los efectos se extienden a todos los partícipes.
- El caso contemplado en el numeral 5, sólo suspende la acción penal y se decide prescindir de la persecución penal, solo hasta el momento en que la sentencia por los otros delitos, se encuentra debidamente ejecutoriada y si esta no genera conformidad en el juez de instrucción puede él solicitar reanudar nuevamente la actuación.

En Bolivia, también encontramos regulada otra manifestación del Principio de Oportunidad en el instituto del procedimiento a prueba, que allí se denomina suspensión condicional del proceso establecida en los artículos 23 al 26:

Cuando sea procedente la suspensión condicional de la pena, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del proceso y la misma es posible si el imputado está de acuerdo y repara el daño o firma un acuerdo en tal sentido (art. 22)

**Condiciones y reglas:** Cuando el juez resuelve favorablemente la solicitud, debe fijar un período de prueba que no puede ser inferior a 1 año ni superior a 3 años y en ningún caso puede exceder el máximo de la pena prevista para el hecho, determina las condiciones y reglas que debe cumplir el imputado seleccionando de acuerdo con la naturaleza del hecho las que estime convenientes entre las siguientes (artículo 23):

- Prohibición de cambiar de domicilio sin autorización del juez
- Prohibición de frecuentar determinados lugares o personas
- Abstención del consumo de estupefacientes o bebidas alcohólicas
- Someterse a la vigilancia que determine el juez
- Prestar trabajo a favor del Estado o de instituciones de asistencia pública, fuera de sus horarios habituales de trabajo
- Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión
- Someterse a tratamiento médico o psicológico
- Prohibición de tener o portar armas
- Prohibición de conducir vehículos

El juez también puede imponer otras medidas no contempladas, que estime convenientes para la reinserción social, estas son apelables únicamente si son ilegítimas, afecten la dignidad humana o sean excesivas o desproporcionadas.

Si el imputado logra cumplir con el período de prueba, el juez declara la extinción de la acción penal.

**Revocatoria.** Si el beneficiado se aparta de lo impuesto o se formaliza acusación por otro delito, el juez revoca la suspensión y el proceso continúa su curso.

**Problemas en la aplicación del principio de oportunidad.** en Bolivia, están determinados por la entrada en vigor el 31 de mayo de 2000, de los criterios de oportunidad bajo la vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal, lo que implicó un período de transición lento entre el antiguo sistema inquisitivo y el sistema acusatorio; dificultades normales, originadas por nuevas funciones de los fiscales y demás sujetos procesales.

Al respecto, Edgar Petersen identificó:

**Problemas:** El principal problema radica en el número escaso en que los operadores de justicia en general, pero los fiscales en particular han utilizado los criterios de oportunidad, lo que obedece a las siguientes causas:

- a- una vez solucionado informalmente su problema, las partes no tienen interés para continuar con el trámite.
- b- El imputado carece de medios económicos para lograr el acuerdo previo.
- c- Persiste la cultura del litigio por sobre la de solución del conflicto, especialmente en los abogados que litigan por honorarios.
- d- Dificultades de orden operativo, como por ejemplo imposibilidad de citar o ubicar a las partes, insuficiencia de medios de transporte y comunicación, etc.

**Ventajas:** Los Fiscales han identificado las siguientes:

- a- Permiten una rápida solución del conflicto a satisfacción de las partes, puesto que tanto la víctima como el imputado obtienen una inmediata y efectiva respuesta de la administración de justicia.
- b- Evitan la congestión del sistema de administración de justicia.

- c- Permiten comenzar a cambiar la imagen del sistema de administración de justicia, en el sentido de contribuir eficazmente a solucionar conflictos.

**Desventajas:** Se observan las siguientes:

- a- Por la fuerte cultura inquisitiva que aún persiste en el medio, han surgido ciertas críticas en el sentido de que su aplicación derivaría en una suerte de premio al imputado.
- b- Por las críticas ciudadanas<sup>192</sup>

### **10.2.3 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN PARAGUAY**

En Paraguay el Principio de Oportunidad está regulado en los artículos 19 y 307 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 19 refiere que el Ministerio Público, con aprobación del Tribunal competente, podrá prescindir de la persecución penal de los delitos en los siguientes casos:

- 1) Cuando el procedimiento tenga por objeto un delito, que por su insignificancia o por el grado de reproche reducido del autor o partícipe, no genere el interés público en la persecución.
- 2) Cuando el Código Penal o las leyes permiten al tribunal prescindir de la pena.

---

<sup>192</sup> STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (compiladores). *Principio de Oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*. Buenos Aires : Ad Hoc, 2002. p. 200.

3) Cuando la pena que se espera por el hecho punible carece de importancia en consideración a: a) una sanción ya impuesta; b) la que se espera por los demás hechos punibles que constituyan el objeto de procedimientos pendientes; y c) la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

4) cuando se haya decretado, en resolución firme, la extradición o expulsión del imputado por delito cometido en el país.

En los supuestos de los numerales 1 y 2 se requiere que el imputado halla reparado el daño ocasionado y firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación.

La solicitud de prescindencia de la persecución penal se podrá presentar hasta el momento de la audiencia preliminar.

Cabe destacar que en el evento de disparidad de criterios entre el fiscal y el juez en la aplicación del principio de oportunidad, el caso es revisado por el fiscal general y su dictamen es vinculante para el juez. Con ello se posibilita, a su vez, otro control jurisdiccional por parte de la víctima, quien además podrá llegar a apelar la decisión que en definitiva adopte el juez. Esta situación generaría serios inconvenientes, dado que si la Cámara de Apelaciones revoca la decisión de aplicar el principio de oportunidad, en un supuesto como el mencionado, ya existiría una opinión contraria no sólo del fiscal de primera instancia sino también del fiscal general. Así se provocarían una serie de injerencias entre uno y otro poder no deseadas para los intervinientes en el proceso; además, la reapertura del proceso en ese caso no estaría prevista en el ordenamiento procesal penal.

El artículo 307 prescribe acerca del principio de oportunidad, que cuando la ley permita la aplicación de criterios de oportunidad para prescindir del ejercicio de la acción pública o para hacerla cesar, el Ministerio Público podrá solicitar la

resolución al juez, quien decidirá declarando extinguida la acción penal o suspendiendo el procedimiento, según sea el caso.

### **Efectos**

- En relación a los numerales 1, 2 y 4 se prescinde de la persecución penal y por lo tanto se extingue la acción penal.
- En los eventos del numeral 3 suspende el ejercicio de la acción hasta que se dicte la sentencia en el proceso que motivó la aplicación del criterio de oportunidad caso en el cual se decide definitivamente acerca de la prescindencia de la persecución penal. Si la sentencia no satisface las expectativas el juez puede reanudar el proceso.

La suspensión condicional del procedimiento, se encuentra establecida en el artículo 21:

Cuando sea posible la suspensión a prueba de la ejecución de la condena en las condiciones establecidas en el código penal, las partes pueden solicitar la suspensión condicional del procedimiento.

Si el imputado presta su consentimiento con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, siempre que haya reparado el daño, firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de hacerlo.

La suspensión condicional del procedimiento no impide el ejercicio de la acción civil ante los correspondientes tribunales.

**Condiciones y reglas.** El juez fija un plazo de prueba, que no puede ser inferior a 1 año ni superior a 3 años, entre las siguientes opciones:

- Residir en un lugar determinado
- La prohibición de frecuentar determinados lugares o personas
- Abstenerse del consumo de drogas, o del abuso de bebidas alcohólicas
- Someterse a la vigilancia que determine el juez
- Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o institución que determine el juez o tribunal
- Prestar trabajo a favor del Estado o de instituciones de asistencia pública, fuera de sus horarios habituales de trabajo
- Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia
- Someterse a tratamiento médico o psicológico, si es necesario
- La prohibición de tener o portar armas
- La prohibición de conducir vehículos
- Cumplir con los deberes de asistencia alimentaria

**Revocatoria.** Si incumple o comete un nuevo hecho punible, se revoca la suspensión y el proceso continúa su curso con la posibilidad de que el plazo ante el incumplimiento pueda ser ampliado a 5 años.

Con respecto a los problemas que se presentan con el principio de oportunidad Umberto Ynsfran explica:

Normativamente, la regulación que ha venido presentando problemas en su aplicación se encuentra referida a la insignificancia del hecho y al reproche reducido del autor o partícipe.

La doctrina y la jurisprudencia aún no se han permitido clarificar los alcances de dichos presupuestos y han dejado a criterio del fiscal su valoración, cuestión que en sistemas con pocos mecanismos de control sobre su aplicación podrían desbordar en uso arbitrario.

...por lo que ha resultado difícil la emisión de instrucciones generales que determinen los parámetros que deben seguir los fiscales en su aplicación [...] <sup>193</sup>.

El artículo 314 del código de procedimiento penal establece la oposición del juez ante la solicitud del fiscal de aplicar el principio de oportunidad, evento en el cual ante la inadmisión se remite la actuación al fiscal para que modifique su petición en un plazo máximo de 10 días.

Si el fiscal se ratifica en su requerimiento y el juez insiste en su oposición, se envía el expediente al fiscal general del Estado, o al superior que éste haya designado, para que haga una nueva petición o ratifique la aplicación del principio de oportunidad solicitado por el fiscal. Este concepto es de obligatorio cumplimiento para el juez del caso.

Sobre el punto precedente, resalta:

... La regulación procesal citada presenta en la práctica dos problemas. En primer lugar, se genera un trámite procesal burocrático que involucra al órgano máximo del Ministerio Público en la definición de la salida definitiva de la causa.

Otro problema que aún no se ha presentado, y que generaría un vacío procesal, se daría, en el supuesto de que la decisión del fiscal general sea

---

<sup>193</sup> Ibid., p. 382.

ratificar el pedido del agente fiscal, solicitud vinculante para el juez; y, la víctima apele la decisión y el Tribunal de Apelación ordene la reapertura de la causa, por no corresponder la aplicación del criterio de oportunidad. En el caso precitado, ya la autoridad máxima se ha expedido sobre la salida que debe dársele al caso en concreto; y aun y cuando la causa sea asignada a otro fiscal, difícilmente este último formularía un requerimiento distinto, fuera de que, además no se previó ningún trámite para la reapertura de la causa<sup>194</sup>.

Esto implica una clara violación a la separación de poderes y a la autonomía que deben tener los jueces en sus decisiones, quienes son vinculados a un concepto de un ente que cumple funciones de acusación diferentes a las asignadas a un juez.

Las ventajas que representa para el proceso, siguiendo al citado autor, son:

- Racionaliza la persecución penal y maximizar los recursos humanos en la persecución de hechos de alta incidencia e interés social, los cuales requieren de mayor despliegue institucional.
- Permite la formulación de criterios de política criminal en una época en la que las políticas legislativas se orientan a una inflación en la regulación de conductas prohibidas y sancionadas.
- Ante hechos insignificantes o de poca reprochabilidad permite un rápido resarcimiento a la víctima y la solución definitiva del conflicto.

---

<sup>194</sup> Ibid., p. 384.

#### **10.2.4 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN CHILE**

En Chile, el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 170 prescribe:

Que los Fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, o que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión de menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Este a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considere que el fiscal ha excedido sus facultades en cuanto la pena mínima prevista para el hecho del que se trate excediere la de prisión o reclusión menores en su grado mínimo, o se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También puede dejar sin efecto la decisión del fiscal cuando la víctima manifieste su interés de que se inicie o continúe la persecución penal.

Las decisiones que tome el juez en sentido contrario a las pretensiones del fiscal, lo obligan a continuar la persecución penal.

Posteriormente, las autoridades del Ministerio Público verifican que la decisión del fiscal se ajuste a las políticas y normas señaladas para el efecto, y si transcurren 10 días sin que se hubiere formulado oposición, se entiende extinguida la acción penal.

La extinción de la acción penal no implica, de modo alguno, que no se pueda perseguir por la vía civil la responsabilidad pecuniaria derivada del hecho punible.

En conclusión, la legislación chilena no posee supuestos y sólo corresponde su aplicación cuando: el delito no comprometa gravemente el interés público, la pena mínima abstracta no sea superior a presidio o reclusión menor, y no haya sido cometido por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones; por lo tanto, el fiscal tiene a su cargo la dirección de la investigación y por ende la facultad de no iniciar la persecución o de abandonar la ya iniciada.

Vale decir que en Chile, en forma posterior a la ley, se expidió una excesiva reglamentación, circunstancia que podría resultar contraproducente, ya que se redujo por vía reglamentaria la amplitud de casos a los que se podría aplicar el principio de oportunidad. También es posible que se genere un efecto no deseado sobre los fiscales que verán sus criterios muy precisados y en consecuencia ante la revisión del superior podrían optar por no utilizarlo.

Acerca de los problemas, ventajas y desventajas del principio de oportunidad, Guillermo Piedrabuena Richard explica:

Para el Ministerio Público la aplicación del principio de oportunidad no ha revelado la existencia de problemas y, por el contrario, ha sido usado por los fiscales, durante los primeros seis meses del año 2001 en un 17.2%...

Un eventual problema que presenta en la práctica la aplicación de este principio es la insatisfacción de la víctima y su sensación de indefensión en aquellos casos en que habiendo denunciado, su caso no es investigado. Esto se encuentra a salvo en nuestro sistema legal toda vez que la víctima puede hacer uso del doble derecho que le otorga la ley;

pedir la prosecución de la investigación, por cualquier vía y reclamar administrativamente ante las autoridades del Ministerio Público<sup>195</sup>.

Con respecto a la regulación de la suspensión del procedimiento a prueba, establecida en el artículo 237, se observa:

El fiscal, con el consentimiento del imputado, puede solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento y el mismo procede si la pena privativa de la libertad que pueda imponerse mediante sentencia condenatoria no sea superior a 3 años de prisión y si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por otro delito.

**Condiciones y reglas.** El juez debe establecer las condiciones a las que debe someterse el imputado, por un plazo determinado que no puede ser inferior a 1 año ni superior a 3 años, entre las que se encuentran:

- Residir o no residir en un lugar determinado
- Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas
- Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza
- Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación
- Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago
- Acudir periódicamente ante el Ministerio Público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas
- Fijar domicilio e informar al Ministerio Público cualquier cambio del mismo.

---

<sup>195</sup> Ibid., p. 262.

**Revocatoria.** Cuando el imputado incumple sin justificación alguna las condiciones impuestas o comete un hecho punible diferente, el juez a petición del fiscal o la víctima reanuda el proceso.

## **10.2.5 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN VENEZUELA**

En Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal en el capítulo III titulado “de las alternativas a la prosecución del proceso” establece en el artículo 31:

El fiscal puede solicitar al juez de control la autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en cualquiera de los siguientes supuestos.

- 1- cuando se trate de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto cuando el máximo de la pena exceda los cuatro años de privación de libertad, o se cometa por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él.
- 2- Cuando la participación del imputado en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia, salvo que se trate de un delito cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él.
- 3- Cuando en los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena.
- 4- Cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el juez está autorizado para suspender condicionalmente la ejecución de la pena.

- 5- Cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

La legislación venezolana agrega al principio de oportunidad, la poca relevancia de la participación de un imputado. También posee un supuesto especial regulado en el artículo 33 que consiste en la introducción de la figura del arrepentido para casos de delincuencia organizada o criminalidad violenta –prevé la suspensión del ejercicio de la acción penal– cuando el imputado colabore eficazmente con la investigación, aporte información esencial para evitar que continúe el delito o la consumación de otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos, o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados.

La figura se aplica siempre que la pena que corresponda al hecho punible, cuya persecución se suspende, sea menor que la de aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita. El ejercicio de la acción penal se suspende en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplica el supuesto, si la colaboración del imputado no satisface las expectativas por las cuales se suspende el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público la puede reanudar.

## **Efectos**

- La legislación le asigna los mismos efectos a cualquiera de los numerales establecidos, que es el de la extinción de la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispone. Si la decisión tiene como fundamento la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones.

Observamos que la norma tiene algunas imprecisiones. En primer lugar, en el caso de la suspensión condicional del procedimiento solo se produce este efecto al final del período fijado por el juez siempre que el imputado ha cumplido lo fijado; en segundo lugar, el concepto “falta de afectación grave del interés público” es un criterio indeterminado, abierto y vago que deja mucho margen a la libre apreciación del operador jurídico.

**Suspensión del procedimiento.** La suspensión de la ejecución de la pena procede cuando el penado no sea reincidente, que la sanción correspondiente no exceda de 8 años, que se comprometa a someterse a las condiciones que establezca el tribunal, no haber sido condenado por los delitos de violación, hurto agravado, hurto calificado, secuestro.

Los requisitos, condiciones y revocatoria son similares a los de otros países mencionados en este capítulo, con la inclusión de la participación en programas especiales de tratamiento cuyo fin es abstenerse de consumir cualquier sustancia que cause adicción.

En todos los casos se trata de una petición que realiza el fiscal, la cual debe ser aceptada por el juez que practica el control formal correspondiente, siendo admisible durante toda la investigación preliminar y en la etapa intermedia, donde el mismo tiene que poner en conocimiento a las partes la posibilidad de utilizar el principio de oportunidad.

Sobre los problemas, ventajas y desventajas, expone Julián I. Rodríguez Díaz:

... El primer supuesto...estimamos que debe reducirse, a fin de evitar su procedencia en delitos de cierta entidad.

Por otra parte, con nuestra formulación legal del principio de oportunidad no se está promoviendo ninguna reparación a la víctima, más bien hay una diferencia desfavorable con el juicio que se desarrolla y termina en sentencia definitiva: mientras que en virtud de la oportunidad la víctima tiene que acudir a la jurisdicción civil a adelantar otra causa que representa una eventualidad de resultado beneficioso, en el caso de un juicio completo existe la eventualidad de una condenatoria penal, perfectamente aprovechable en la misma jurisdicción penal para demandar –después de que ha quedado firme– la acción civil. De tal forma que el principio de oportunidad no tiene entonces un verdadero efecto socializador, puesto que no enfrenta al autor con sus consecuencias de su hecho ni a que aprenda a conocer los intereses legítimos de su víctima (particular o colectiva). Por haber sido omitido, el imputado tiene una posición demasiado cómoda y fácil en la tramitación del principio, o sea, es un privilegiado del colapso del sistema penal, a quien simplemente se le escoge para hacerlo beneficiario de la extinción anticipada de la acción penal por haber cometido un delito de cierta gravedad.

De igual forma, tampoco se tiene en cuenta la voluntad del imputado, ni se previeron legalmente condiciones o reglas de conducta que debieran existir para ser cumplidas por éste. Ello no es bueno, no sólo por el lado de la necesaria obtención de los fines de prevención especial que debieran ser perseguidos con este principio; sino también en cuanto a que dicho sujeto tiene el derecho de no querer ser beneficiario del mismo, porque se considere inocente del delito cuya acción se pretende extinguir a través de la oportunidad. Por tanto, en Venezuela desafortunadamente

la oportunidad está planteada de manera simple, sin condicionamientos, ni siquiera el de la reparación<sup>196</sup>.

#### **10.2.6 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN PERU**

Este principio se encuentra contemplado en el artículo 2° del Código Procesal Penal, cuando determina que el Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

- 1.- Cuando el agente haya sido afectado directa, o por medio de un vinculado a él, y gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulta inapropiada.
- 2.- Cuando se trate de delitos que por su insignificancia o por su propia frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos años de la pena privativa de libertad o hubieran sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.
- 3.- Cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito o su contribución a la perpetración del mismo, sean mínimos, salvo que se trate de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

En los numerales 2 y 3 se requiere que el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima en cuanto a la reparación civil. Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el Juez podrá a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso.

---

<sup>196</sup> Ibid., p. 436 - 437.

Para la aplicación del principio de oportunidad es necesario el consentimiento expreso del imputado –no es oficioso–, la reparación civil, agente afectado por el delito, la mínima gravedad del delito y la mínima culpabilidad.

## **10.2.7 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ALEMANIA**

El Principio de Oportunidad en la legislación alemana, está contemplado en el artículo 153 de la Ordenanza Procesal Alemana –StPO–, tiene su origen en la “Ley Emminger” del año 1924, por el cual se facultó al Ministerio Público para abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos en que la culpa sea leve y carezcan de importancia las consecuencias dañosas, del tal manera que su persecución no afecte el interés público.

Sin dudas, podemos afirmar que esta disposición contempla de modo implícito que “los asuntos de bagatela no caben en el principio de legalidad” en su concepción estricta, pues la Fiscalía no está obligada a perseguir cualquier infracción al Derecho Penal, dado que por razones de prevención general y especial, ligadas a la necesidad y conveniencia del castigo en el caso concreto, han aconsejado una disminución de la intensidad formal que implica el principio de legalidad.

### **Causales de aplicación**

ROXIN<sup>197</sup> las clasifica en cuatro grupos, en los que por diferentes motivos se prescinde de la persecución penal:

#### **1- Reprochabilidad Escasa**

---

<sup>197</sup> ROXIN, Claus. Citado por ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad : Alemania y España*. Barcelona : Promociones y publicaciones universitarias, 1991. p. 46 y ss.

- 1.1 Casos de culpabilidad mínima en los que se considera que la persecución penal puede carecer de fundamento y donde no existe Interés público en la misma. Asimismo, aquellos supuestos en que, según la regulación penal, cabe prescindir de la aplicación de la pena. En cualquiera de estos casos y, atendiendo al tenor literal del mismo parágrafo 153 StPO, el archivo del proceso no debe presuponer la absoluta comprobación de la reprochabilidad, sino tan sólo la probabilidad de la condena.
- 1.2 Casos de reprochabilidad relativa<sup>198</sup>, por tratarse de la persecución de hechos accesorios no esenciales. También cabe prescindir de la persecución cuando no fuera de esperar una sentencia por ese hecho en un plazo razonable, y cuando pareciera suficiente para la actuación sobre el autor y la defensa del ordenamiento jurídico la pena o medida de corrección impuesta por otro hecho o que pudiera imponerse.
- 1.3 Casos en que se presentan determinados elementos de extranjería, que por diversas razones, eliminan el interés en la persecución o lo convierten en demasiado escaso. Así: haberse cometido el delito en el extranjero; estar ejecutada en otra nación una pena por el mismo hecho que, descontada en Alemania posteriormente, convirtiera la condena resultante en algo sin interés o la persona hubiera sido absuelta por dicho delito.

---

<sup>198</sup> Caben bajo este presupuesto los delitos contra el patrimonio económico que hayan causado un daño escaso sin ninguna causal de agravante.

**2- Existencia de interés en la persecución, que puede verse satisfecho, en lugar del cumplimiento de una pena mediante una serie de condiciones o mandatos<sup>199</sup>.**

Las condiciones que se imponen son tres:

1) de carácter reparatorio de los daños ocasionados;

2) consistentes en la entrega de cantidades de dinero a determinadas instituciones sociales;

3) en el cumplimiento de obligaciones alimenticias.

Para las mismas se establece un plazo máximo de seis meses en el supuesto general y de un año en las pensiones alimenticias. Si se cumplen las condiciones o mandatos la resolución jurisdiccional adquiere fuerza de cosa juzgada; de no ser así, ni se restituye lo entregado ni existe cosa juzgada, se continúa con el proceso a partir del momento en que solicitó el archivo.

**3- La presencia de un interés contrapuesto al de la persecución de mayor peso que éste.**

1.1 Intereses estatales<sup>200</sup>

1.2 Arrepentimiento activo en caso de delitos contra la seguridad del Estado<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> En lugar de eliminar la sanción penal, se sustituye por unas condiciones o mandatos que cumplidas producen el archivo definitivo del caso.

<sup>200</sup> Aplica cuando al ejercitar la acción penal, durante el proceso se puede provocar un peligro de naturaleza grave para la seguridad exterior del Estado o existen intereses públicos superiores.

1.3 Chantaje, a menos que la gravedad del hecho por el que éste se produce sea tal que obligue a la persecución<sup>202</sup>

1.4 (a) existencia de una acción prejudicial<sup>203</sup> civil o (b) contenciosa, para cuyo ejercicio el Ministerio Fiscal haya concedido un plazo y éste haya transcurrido infructuosamente, (c) injurias, (d) falsas sospechas<sup>204</sup> si el acto denunciado o declarado estuviera pendiente del proceso penal o disciplinario.

Los supuestos anteriores no ofrecen un criterio único de agrupación; por el contrario, responden a diferentes motivos. Los dos primeros obedecen a criterios políticos, en el caso del chantaje obedece a una razón dogmático-penal y el último es de naturaleza procesal.

#### **4- Delitos privados en los que, el Ministerio Fiscal ejercita la acción pública por entender existente un interés público en la persecución.**

Este supuesto es el equivalente a los delitos querellables en nuestro país, y en los cuales se ejercita la acción penal a instancia del perjudicado y de la cual puede desistir en cualquier fase del proceso siempre que cuente con el consentimiento del acusado.

---

<sup>201</sup> Se pretende que además del arrepentimiento exista una colaboración eficaz para ayudar a la investigación de otros delitos de mayor gravedad cometidos por otras personas, es decir la persona en cuyo favor se aplica el principio de oportunidad con su declaración puede convertirse en testigo de cargos principal en otros procesos de mayor entidad.

<sup>202</sup> Ofrece la posibilidad a la víctima del chantaje, de que pueda denunciar a la persona que lo presiona y amenaza y que los motivos por los cuales se hace el chantaje son porque la víctima cometió un delito no sean investigados por el Ministerio Público.

<sup>203</sup> Con esto se evita que puedan existir decisiones contradictorias en diferentes jurisdicciones y por lo tanto se suspende el proceso por un tiempo determinado hasta que se produzca el fallo correspondiente, si esto no ocurre el Fiscal puede renunciar a la persecución penal si el asunto donde surgió la prejudicialidad es de escasa importancia o relevancia –castigado pena privativa de la libertad inferior a 1 año–.

<sup>204</sup> Opera además para los delitos de difamación, calumnia.

A diferencia de nuestro país, en Alemania existe la posibilidad para el Ministerio Fiscal de que aunque el delito sea de carácter privado si a juicio de éste existe interés público en la persecución puede iniciar el proceso ocupando el lugar del querellante o reemplazándolo en uno ya iniciado si hubo desistimiento y este es el evento contemplado en el numeral 4.

En Alemania, inicialmente, los únicos funcionarios encargados de decretar el archivo de un caso con base en las causales de aplicación del principio de oportunidad eran los jueces; posteriormente, debido a reformas, el Ministerio Fiscal tiene la facultad de archivar el caso sin control judicial en aplicación de la mayoría de las causales siempre y cuando no haya formulado la acusación.

Los conceptos de culpabilidad escasa, reprochabilidad escasa, no son dejados a la concepción particular que de ellos tenga el fiscal respectivo y, por lo tanto, no desconocen el principio de taxatividad.

Tales conceptos están regulados en la legislación con base en criterios como el móvil y finalidad del autor, el carácter del autor, el grado de afectación, la vida anterior del autor, relaciones personales y sociales, comportamiento posterior del autor y, en especial, la reparación del daño.

En cuanto al concepto de falta de interés público en la persecución, no existe acuerdo sobre la interpretación que debe dársele, aunque existen criterios orientadores como el que define que existe interés público cuando la paz jurídica se ve perjudicada por encima del círculo vital del perjudicado y la persecución penal se constituye en un objetivo actual de la generalidad.

A esta interpretación los autores agregan :

... Sólo pueden ser circunstancias a tener en cuenta para valorar la existencia de interés público, aquellas que sirvan, asimismo, para determinar la finalidad de la pena (o de la persecución penal). De hecho, existe práctica unanimidad en la doctrina en cuanto a que el interés público en la persecución penal debe apreciarse según todas las consideraciones de prevención general y especial que determinan la finalidad de dicha persecución, así como debe venir informado igualmente por aquellos otros elementos ponderativos<sup>205</sup>

Lo anterior indica que desde la perspectiva de la función de la pena de la prevención especial, se debe tener en cuenta si la falta de una sanción penal puede ocasionar la comisión de más hechos delictivos que pongan en peligro la sociedad. Esto se realiza en consideración a los antecedentes penales del acusado para determinar un patrón de conducta de reincidencia, aclarando que este criterio solo se puede utilizar en este supuesto. Su uso indiscriminado conduciría hacia un modelo peligrosista en el que por el solo hecho de una persona haber transgredido las normas penales deba ser considerado o estigmatizado como un delincuente para siempre sin posibilidad de que pueda enmendar sus errores y dar un rumbo distinto a su existencia.

#### **10.2.8 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ESTADOS UNIDOS**

El modelo norteamericano es conocido con el nombre sistema de partes – acusatorio– y el argumento principal que justifica su existencia es la naturaleza garantista, mayor que en el modelo inquisitivo. Tanto la libertad y la defensa del imputado encuentran amplio margen de aplicación.

Existen tres sujetos procesales:

---

<sup>205</sup> ARMENTA, Op. Cit., p. 111.

- El Fiscal –*Prosecutor*– como representante del interés general de la sociedad.
- la Víctima –*Victim*– que tiene un interés financiero o retributivo.
- Acusado –*Defendant*–, cuyo interés está en la disminución de la pena o que se le anulen los cargos.

La iniciativa procesal y probatoria está en manos de cada una de las partes; por ende, la acusación es la manifestación de la defensa de los intereses de la sociedad y la represión de los hechos que revistan las características de delito.

La manifestación del principio de oportunidad está determinada por el “*Plea Guilty*”, que es una alternativa para no asistir al Juicio –*Jury Trial*– y el “*Plea Bargaining*”, mediante el cual el fiscal –*Prosecutor*– puede renunciar a la acción penal o revocarla sin ningún tipo de control jurisdiccional.

**Plea Guilty.** El imputado se declara culpable –*Guilty*– y, por lo tanto, exonera a la acusación de tener que probar el fundamento de la imputación y con ello se produce una pena más leve o se prescinde de ella.

Con lo anterior, el imputado renuncia o resigna dos derechos constitucionales: el no declarar contra sí mismo y el ser juzgado por un juez natural o jurado.

Las condiciones de la renuncia son: “Voluntaria (caso de culpabilidad evidente en que la prueba resulta de mero trámite); Estructuralmente Inducida (caso en el que se prevé una pena más grave para quien insiste en la realización de la vista);

Negociada (caso en el que se logra un acuerdo con el Fiscal, sobre el delito, la pena, o ambos)<sup>206</sup>

La Fiscalía prefiere utilizar criterios de oportunidad para no ir al *Jury Trial*. Las razones de esta decisión son las siguientes: la prueba y las reglas bajo las cuales se practica el *Jury Trial* son muy complejas y extensas en especial, las que se refieren con testigos, pues su testimonio debe ser preparado durante largo tiempo y de forma minuciosa, hecho que la defensa puede objetar a través de un número elevado de nulidades.

En Estados Unidos no existe la excesiva demora en el desarrollo del proceso, ya que la Constitución establece el derecho a un proceso rápido, y su inobservancia produce que la acusación decaiga de pleno derecho.

**Plea Bargaining.** En el área penal solo uno de diez casos concluye en juicio. Esto significa que el 90% son resueltos a través del *plea bargaining* o solución negociada. Consiste en un acuerdo previo a la iniciación del juicio, en el que el fiscal promete o aplica una propuesta beneficiosa, una rebaja en la pena o la anulación de algún cargo. La declaración de culpabilidad se comunica al *Prosecutor* quien eleva la respectiva solicitud de petición de la pena al juez.

Se produce en la audiencia previa al juicio –*arraignment*– posterior a la lectura del acta de acusación en la que, el Juez invita al acusado al *pleading*, es decir, a que exprese como se declara: culpable o inocente. Si el imputado se declara inocente al rechazar los cargos, sigue la verdadera fase del juicio, poniendo en marcha el mecanismo mediante el cual se forma el jurado.

---

<sup>206</sup> G. MANGIAFICO, David. *Figuras acercadas a la aplicación de criterios de oportunidad en el Proceso Penal*. Cádiz : Universidad de Cádiz, 2001. p. 7.

Existen casos en los cuales, aunque se tenga derecho al *Jury Trial*, se puede optar por ser juzgado por un juez *–bench trial–*

Si el imputado ha llegado a un acuerdo con el fiscal y se declara culpable, el juez constata si tal manifestación ha sido prestada consciente y libremente sin ningún tipo de presiones o vicios; de igual manera, examina la veracidad de la declaración. Luego procede a fijar la fecha para la *sentencing*, que es la audiencia donde se impone la pena.

Algunas críticas que se formulan a esta institución expresan que: “[...]El análisis crítico [...] apunta a comprobar que las penas pierden rigor, se desvirtúa el papel de las partes en el proceso, se llevan los principios a la quiebra y se pierde la racionalidad en orden a la determinación de la pena [...]”<sup>207</sup>

El control judicial sobre los términos de la negociación, se comunican al juez que cumple un papel idéntico a la función de nuestros notarios ante los cuales se protocolizan diversos documentos. El defensor y el fiscal acuden directamente ante el despacho del juez, quien les interroga acerca de la existencia de algún acuerdo negociado y seguidamente es ratificado por el juez, quien pocas veces lo rechaza.

**Tipos de solución negociada.** Existen 3 formas de sentencia negociada:

**1- Sentence Bargaining.** Acuerdo entre el imputado y el Juez o Ministerio Fiscal a través del cual, ante una declaración de culpabilidad del imputado, se ofrece una pena menor. Esto se logra con la intervención del juez o sin ella. En el primer caso, el juez determina directamente la sanción; en el segundo, el juez renuncia a fijar la pena que impondría y acepta la propuesta formulada.

---

<sup>207</sup> Ibid.

**2- Charge bargaining.** El imputado se declara culpable de uno o más hechos punibles de menor gravedad aplicándole la pena fijada en su totalidad para el (los) delito (s) y, en cambio, el fiscal se abstiene de formularle cargos por otro delito que se le imputan de mayor gravedad. En este caso, el *Prosecutor* modifica los cargos y desvirtúa la imputación del cargo más grave y formula la acusación por un delito menos grave.

**3- Forma mixta.** Consiste en combinar aspectos del *sentence bargaining* y el *charge bargaining*. se presenta en casos en los cuales el imputado está dispuesto, por ejemplo, a devolver el objeto robado, colaborar con información a la policía, testificar en contra de otros e indemnizar a la víctima.

En conclusión, el sistema estadounidense privilegia y exalta la autonomía de las partes para que lleguen a un acuerdo sin tener la necesidad de acudir al mecanismo complejo del juicio oral.

#### **10.2.9 NIVELES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LATINOAMÉRICA<sup>208</sup>.**

Los siguientes datos estadísticos son tomados del Seminario Internacional de Ministerios Públicos de América del Sur<sup>209</sup> denominado “Aplicación de criterios de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral” celebrado en el mes de noviembre de 2001 en la ciudad de Santiago –Chile–:

Partiendo de los datos expuestos, se observa como en Bolivia en un período de un año se aplicó el principio de oportunidad en el 4% de los casos ingresados,

<sup>208</sup> STIPPEL, Op. cit., p. 546 – 547.

<sup>209</sup> Organizado por la Agencia Alemana de Cooperación GTZ, el Centro de Estudios de Justicia para las Américas –CEJA– y el Ministerio Público de Chile.

mientras que la duración promedio para la conclusión del trámite de la investigación por este medio alcanza los 53 días desde la comisión del hecho y unos 29 días desde que el expediente ingresó al ministerio público.

En Chile el principio en comento se aplicó al 17% de los casos ingresados y representó un 37% sobre el total de casos concluidos durante el primer semestre del año 2001. Mientras que la tramitación desde su inició hasta la aplicación del instituto en mención demoró en promedio 21 días. Es de anotar que el 68% fue aplicado en supuestos de ebriedad, seguido en un 7% por consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública; y en escaso porcentaje en lesiones leves y daño.

A diferencia de Venezuela que pese a contar con esta institución desde el año 1998, su aplicación no supera el 1% de los casos iniciados durante el año 2001, se revela que a sólo 1.524 casos se dio aplicación de un total de 136.075; de donde se justifican las reformas al Código Orgánico Procesal que se propusieron para la época. El tiempo promedio de aplicación del principio de oportunidad desde que se cometió el hecho asciende a 82 días, mientras que en el Ministerio Público llega a unos 58 días.

En cuanto a las salidas alternativas al juicio oral en términos generales, poseen un nivel más amplio que el principio de oportunidad aunque los porcentajes son poco significativos.

### **10.3 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y REPARACION ECONOMICA**

De las consagraciones positivas en otros países del principio de oportunidad, surge un interrogante, ¿sí corresponde vincular el principio de oportunidad a la reparación económica de la victima, o ello puede ser un obstáculo para su aplicación?

Creemos que para tener una respuesta más acorde debemos partir de la génesis conceptual de lo que es el Principio de Oportunidad. La fundamentación para la aplicación de criterios de oportunidad, consiste en la carencia de interés estatal en la persecución de determinados hechos que no poseen trascendencia alguna, conductas punibles de poca entidad, delitos de bagatela, falta de una decisión política-criminal, para efectos de orientar los limitados recursos gubernamentales a la persecución de aquellos que más daño social provocan.

De esta manera, resulta claro que la evaluación estatal sobre el modo de orientar su política de persecución penal, no puede distraerse con la reparación económica que en un caso particular pudiera merecer la víctima, ya que la vía natural para esta reparación no es la justicia represiva y de carácter excepcional, sino la jurisdicción Civil, Instancia que sin perjuicio de la aplicación de un criterio de oportunidad queda expedita y resulta más adecuada para este tipo de reclamaciones.

## CAPITULO DECIMOPRIMERO

### LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

#### 11.1 CONCEPTO

La Corte Penal Internacional (CPI), es la primera corte permanente encargada de investigar y juzgar los individuos –**No Estados**– responsables de las violaciones más graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, es decir: el genocidio<sup>210</sup>, los crímenes de guerra<sup>211</sup> y los crímenes de lesa humanidad<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> Estatuto de Roma “Artículo 6°. GENOCIDIO. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

<sup>211</sup> Estatuto de Roma “Artículo 8°. CRÍMENES DE GUERRA. I. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) El homicidio intencional; ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; vii) La deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal; viii) La toma de rehenes; b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que

---

causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea; v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares; vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción; vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves; viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio; ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; xii) Declarar que no se dará cuartel; xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga; xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra; xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto; xvii) Emplear veneno o armas envenenadas; xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos; xix) Emplear balas que se ensanchan o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones; xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123; xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7º, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra; xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares; xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra; xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades; c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de

---

combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables; d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos; e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7º, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario; x) Declarar que no se dará cuartel; xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo; f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. 3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

<sup>212</sup> Estatuto de Roma "Artículo 7º. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. I. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual,

---

prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

En la comunidad internacional existe un concepto denominado responsabilidad internacional<sup>213</sup>, institución mediante la cual el Estado que ha causado una violación del derecho internacional debe reparar el daño material –reparación– o moral –satisfacción– causado a otro o a otros Estados.

La CPI tiene características que la diferencian de otros tribunales. Así, mientras la Corte Interamericana está circunscrita a dirimir asuntos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados miembros, la CPI determina la responsabilidad penal individual; igualmente, en comparación con Tribunales Penales Internacionales<sup>214</sup> –creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas–, la jurisdicción de la CPI no está limitada cronológica y geográficamente.

La CPI surge ante la necesidad de perseguir y castigar a individuos responsables de crímenes que gozan de impunidad<sup>215</sup>, como una alternativa frente a la Corte Internacional de Justicia, que sólo se ocupa de los casos entre Estados.

## 11.2 NATURALEZA JURÍDICA

Se refiere al principio de complementariedad<sup>216</sup> de los sistemas de justicia nacional, a la jurisdicción que tiene sobre los países. La Corte no está llamada a reemplazar, ni a menoscabar los sistemas nacionales de justicia cuando estos puedan funcionar adecuadamente. Actúa sólo cuando los Estados no pueden o

---

<sup>213</sup> Los elementos de la responsabilidad internacional son: 1) violación del Derecho Internacional, 2) Imputabilidad de la violación a un Estado y 3) existencia daño material o moral.

<sup>214</sup> Como ejemplos de este tipo de tribunales, podemos mencionar los casos de Ruanda (1994) y la antigua Yugoslavia (1993).

<sup>215</sup> Existen en los últimos 50 años, muchos casos de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en los que ningún individuo ha sido castigado como Camboya, Mozambique, Liberia, El Salvador, Argelia, Colombia, etc.

<sup>216</sup> [...] Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. (Preámbulo. Párrafo 10).

no tienen la voluntad de investigar o juzgar tales crímenes de manera eficiente e imparcial<sup>217</sup>. Es importante destacar también que la competencia rige únicamente respecto de crímenes cometidos con posterioridad a la ratificación del Estatuto de Roma en cada país.

Por lo tanto, para acudir a la Corte Penal Internacional, es necesario que, previamente, como regla general, se hayan agotado los procedimientos de jurisdicción interna reflejados en una sentencia judicial –condenatoria o absolutoria–.

### **11.3 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA CPI**

Los artículos del Estatuto de Roma, son los que están relacionados con la lucha contra la criminalidad internacional a través de su persecución, sanción y ejecución de la misma. Al respecto Javier Antonio Villanueva Meza sostiene:

Aspectos estos relacionados con el principio de oportunidad, si tenemos en cuenta que, habrá, frente a los delitos y sanciones de competencia de la Corte Penal Internacional, la posibilidad de que bajo ciertas y específicas condiciones, el aparato de justicia internacional intervenga y por la trascendencia el asunto, cuando el nacional no sea suficiente o no esté arrojando los resultados que la investigación penal requiera. En igual postura, cuando al imponerse una pena, para la ejecución y/o cumplimiento de la misma, las condiciones carcelarias del país de origen del sancionado y/o sentenciado, no reúnan las condiciones propias, exigiendo que intervenga aquella jurisdicción para garantizar en cualquier

---

<sup>217</sup> La responsabilidad primaria recae sobre los Estados. como resultado y actuando en su mejor interés, los Estados deben modernizar el sistema penal, tipificar en su legislación los crímenes internacionales y fortalecer la independencia del poder judicial.

centro de reclusión de un país signante, el cumplimiento de la pena impuesta. Encontrándose que los alcances y contenidos del Estatuto de Roma, están íntimamente ligados con el principio de oportunidad, en cuyo caso, el conjunto de normas que lo conforman tiene establecidos claros criterios desde los cuales hallamos la referida relación<sup>218</sup>.

El Estatuto de Roma, es una invitación a los Estados para que los crímenes más graves de trascendencia internacional no queden sin castigo; para lograrlo hay que adoptar medidas de cooperación en aras de un sometimiento efectivo a la justicia de tales conductas, contribuyendo a poner fin a la impunidad y como medio de prevención a nuevos crímenes.

Por eso, en el Estatuto antes referido el principio de oportunidad aparece de una forma implícita, pues no hay una clara y concreta regulación del mismo. Los artículos en los cuales podemos observar su operatividad son: 4, 5 al 14, 16, 17, 21, 53, 88 y 89.

El Artículo 4º establece la condición jurídica y atribuciones de la Corte Penal Internacional, que delimita los criterios de competencia para su intervención.

El artículo 5º determina los crímenes bajo los cuales ejerce su jurisdicción: “la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

Los Artículo 6º, 7º y 8º definen los conceptos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y los supuestos cobijados bajo tales denominaciones.

---

<sup>218</sup> VILLANUEVA MEZA, Javier Antonio. *El Principio de Oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá : Leyer, 2005. p. 49.

El Artículo 9º menciona los elementos que conforman los crímenes anteriores y la forma como serán aprobados y como proponer enmiendas a los mismos por parte de los Estados Parte, los magistrados por mayoría absoluta y el Fiscal de la CPI.

El Artículo 10 alude que nada de lo dispuesto en el Estatuto debe ser interpretado en el sentido que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o el desarrollo del derecho internacional.

El Artículo 11 se refiere a la competencia temporal, ya que la misma opera únicamente respecto de crímenes cometidos con posterioridad a la ratificación y entrada en vigor en cada país.

El Artículo 12 fija las condiciones previas para ejercer la competencia, la cual debe estar precedida, por la aceptación por parte de los Estados acerca de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

El artículo 13 instaure las formas bajo las cuales la Corte Penal Internacional, ejerce su competencia:

- a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal un asunto en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o
- c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

El Artículo 14 establece la forma como los Estados Partes remitirán un caso:

1. Todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas.

2. En la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante.

El Artículo 16 determina los procedimientos para suspender una investigación o un juicio. A través de una Resolución el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede solicitar a la Corte que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado. La petición puede ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

El Artículo 17 contiene las cuestiones de admisibilidad, que tienen en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1° del Estatuto se resuelve el asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y, éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5º;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. Con el fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no

puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

El Artículo 21 establece el Derecho Aplicable:

1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7º, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

El Artículo 53 refiere cómo debe iniciarse la investigación y bajo qué criterios, se debe evaluar la información recibida a menos que determine que no existe fundamento razonable.

El Artículo 54 contempla las funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones entre ellas ampliar la investigación sobre hechos y pruebas, adoptar las medidas para asegurar la eficacia, etc.

El Artículo 88 obliga a que existan procedimientos aplicables en el derecho interno, con relación a todas las formas de cooperación incluidas en el Estatuto de Roma.

Por último, el Artículo 89 prescribe los procedimientos para que sea posible la entrega de una persona a la Corte Penal Internacional por un Estado.

#### **11.4 COLOMBIA Y LA CPI**

Con la aprobación del Estatuto Penal de Roma en 1998, se creó por primera vez en la historia una corte internacional permanente. A esta instancia adhirió nuestro país mediante la Ley 742 del 5 de junio de 2002<sup>219</sup>, como una aspiración del Gobierno a intervenir y aportar en la solución del conflicto internacional.

Con respecto a lo anterior, existen dos interrogantes relacionados con el Principio de Oportunidad:

En este último sentido y su relación con el tema en general, en cuyo contexto abordamos el principio de oportunidad, mantenemos algunas críticas y puntuales reservas. Frente a las cuales nos surgen dos

---

<sup>219</sup> Diario Oficial No. 44.826 del 7 de junio de 2002.

elementales interrogantes: 1º.- ¿porqué de la reserva que se le incorporó en el gobierno de Pastrana Arango para que no fuese válida en Colombia, sino solamente a los siete años después de su entrada en vigencia? Esto podría significar, cierta complacencia política de dicho gobierno colombiano, con ciertos intereses foráneos, especialmente con el homólogo norteamericano de entonces, señor George Bush; y 2º.- ¿cuáles son las perspectivas y/o desde qué posturas conceptuales reales, mediante las cuales estamos incorporando a nuestros métodos de lucha contra la criminalidad –Política Criminal de Estado o desde política penal de gobierno- susodicha jurisdicción internacional?”<sup>220</sup>.

Nuestro país, ante la comunidad internacional ha quedado como el adalid de los derechos humanos, por no acceder a las presiones del gobierno estadounidense para firmar un acuerdo bilateral de inmunidad que impida que sus ciudadanos acusados de genocidio, crímenes de guerra y lesa humanidad sean entregados a la Corte Penal Internacional.

Pero esto, en realidad no es cierto porque con el Tratado de Asistencia Técnica firmado en 1962 con el país del norte, establece inmunidades y privilegios para las personas que son enviadas por Estados Unidos a nuestro país.

---

<sup>220</sup> VILLANUEVA MEZA, Op. Cit., p. 49.

## **CAPITULO DECIMOSEGUNDO**

### **OTRAS FORMAS DE EXTINGUIR LA ACCION PENAL**

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.

#### **12.1 PRECLUSIÓN**

Esta decisión, es adoptada por el juez de conocimiento y hace tránsito a cosa juzgada. Debe ser solicitada por el fiscal y procede en los siguientes casos<sup>221</sup>:

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.

---

<sup>221</sup> Artículo 332 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>222</sup>–.

La solicitud puede ser presentada a partir de la imputación y hasta antes de la presentación del escrito de acusación, con la excepción durante la etapa del juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, pueden solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

La sentencia en firme que la determina, por tener efectos de cosa juzgada finaliza la persecución penal en contra del imputado por los hechos y si hay medidas cautelares deben ser revocadas, lo cual es lógico porque no se ha configurado una infracción a la ley.

## **12.2 PRESCRIPCIÓN**

Es un instituto liberador en cuya virtud, por el transcurso del tiempo y ante la incapacidad de los órganos de persecución penal de cumplir su tarea, el Estado, conocedor de esta situación, autoriza poner fin a la acción penal iniciada o por entablarse<sup>223</sup>

Como su fundamento es el transcurso del tiempo, está sometida a unos términos precisos fijados en el artículo 83 del Código Penal:

---

<sup>222</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

<sup>223</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal : Parte general*. 3 ed. Bogotá : Temis, 1997. p. 730.

La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20).

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado será de treinta (30) años.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

### **12.3 OBLACIÓN**

Se aplica a los hechos punibles sancionados únicamente con multa, y por lo tanto se le concede la posibilidad al encartado de poner fin al proceso mediante el pago de una suma de dinero, dentro de un plazo determinado y fijado por la autoridad judicial.

Tradicionalmente su mayor aplicación, se produce en las contravenciones y excepcionalmente en hechos delictivos, pero con la reforma al sistema procesal penal y en especial con la introducción del principio de oportunidad se puede hacer extensiva la oblación a otros delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis años.

### **12.4 CADUCIDAD DE LA QUERRELLA Y DESISTIMIENTO**

La querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses. (Art. 73 C.P.P)

El desistimiento es una institución mediante la cual el agraviado con el hecho punible manifiesta su voluntad de renunciar a la acción penal entablada o por entablarse.

Los efectos del desistimiento son variados dependiendo si es uno o varios los querellantes y querellados:

- Si son varios querellantes y uno sólo de ellos desiste, con el desistimiento no se extingue la acción penal a no ser que los otros se ratifiquen.
- Si son varios ofendidos y uno sólo presenta la querrela, su desistimiento no afecta el derecho de los demás a entablar querrela.
- Si es querellante único y varios los querellados, el desistimiento los beneficia a todos.

## **12.5 AMNISTIA**

El Artículo 150 numeral 17 de la Constitución Política de 1991, entre las funciones que le corresponde ejercer al Congreso para dictar leyes, establece que puede conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de

la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Existen dos tipos de amnistía: propia e impropia.

**Amnistía Propia.** Esta institución consiste en un acto de poder soberano mediante el cual se borran con el olvido total y absoluto las infracciones a la ley penal catalogables como de carácter político, poniendo fin tanto a los procesos comenzados o por iniciarse, como a las condenas pronunciadas<sup>224</sup>. Se trata pues, de un suceso propio de la política estatal en cuya virtud –en épocas de crisis– los gobiernos tornan nulas las leyes expedidas con miras a restablecer la concordia, la paz y la seguridad de las instituciones estatales, vitales para el ordenado funcionamiento de la organización social. Se denomina amnistía propia cuando extingue la acción penal.

La norma constitucional, contiene una confusión porque establece las expresiones “amnistías o indultos generales”, lo que determina que el alcance de ambas figuras sea el mismo y ello es un error, porque el indulto a diferencia de la amnistía es de índole particular. La amnistía se caracteriza por su carácter general porque debe referirse de manera impersonal al (los) hecho(s) objeto del beneficio.

La Corte Suprema de Justicia afirmó: “la amnistía se produce *in rem*, mientras que el indulto *in personam*”<sup>225</sup>.

**Amnistía Impropia.** Es aquella mediante la cual se extingue la pena, y con vigencia de una ley que la conceda todas las penas impuestas por sentencia en firme no pueden ejecutarse, y si el beneficiado con esta gracia ha cumplido cierta parte de la pena de prisión el resto de la misma se extingue –olvido del hecho y

---

<sup>224</sup> Ibid., p. 727.

<sup>225</sup> Sentencia del 22 de octubre de 1981.

autor- para efectos jurídicos, aunque tal y como lo establece el Art. 150 num 17 de la Constitución Política de 1991, el responsable no queda eximido de la responsabilidad civil y está obligado al resarcimiento de los daños, a no ser que la misma ley los exonere de la responsabilidad civil respecto a los particulares, caso en el cual el Estado queda obligado a sufragar las indemnizaciones a que hubiere lugar.

En resumen la amnistía tiene las siguientes características:

- por disposición Constitucional es de competencia exclusiva del legislativo.<sup>226</sup>
- es de carácter general
- sólo procede en razón a delitos políticos
- suprime acción represiva por parte del Estado

Durante la vigencia de la Constitución de 1886 y la actual, se han hecho muchos esguinces en relación con la competencia exclusiva del Congreso, para expedir leyes en esta materia y bajo varios gobiernos fue común conceder amnistías mediante Decretos-Leyes por parte del ejecutivo –denominados de indulto– que hay que decirlo fueron y siguen siendo una forma artificiosa o embaucadora.

Como ejemplo de esto aparece el Decreto ley 213 del 23 de enero de 1991<sup>227</sup> anterior a la promulgación de la actual Constitución, que se expidió con la finalidad de concretar las condiciones en virtud de las cuales los miembros de grupos rebeldes o de grupos armados contrarios al régimen constitucional, que hubieran demostrado su voluntad de reincorporación a la vida civil, lograran extinguir la

---

<sup>226</sup> Porque implica una limitación a la aplicación de la ley, que es competencia exclusiva de la rama legislativa.

<sup>227</sup> Diario Oficial No. 39.642 del 23 de enero de 1991.

acción penal y la pena siempre que los hechos constituyeran delitos políticos – rebelión, sedición, asonada– o que los delitos comunes según valoración del antiguo Ministerio de Justicia tuvieran conexidad con los políticos, se excluían de este beneficio los delitos de genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni actos de ferocidad o barbarie.

A pesar de la trascendencia de la figura examinada, la verdad es que lentamente ha ido perdiendo su naturaleza para convertirse en una institución sometida a la manipulación política y a la demagogia electorera, dando cobijo a formas de criminalidad que desbordan las consideradas tradicionalmente como de índole política, generando un debilitamiento de la autoridad estatal y una disminución de la fuerza intimidatoria de la ley penal; sin olvidar que también suele cederse ante los chantajes ejercidos por diversos núcleos de poder<sup>228</sup>.

Muestra de lo anterior, y sin entrar mucho en detalles pues no es el objeto de esta investigación, es la ley 975 del 25 de julio de 2005<sup>229</sup> –Justicia y Paz– que ha sido objeto de críticas por miembros de organizaciones internacionales como la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Amnistía Internacional<sup>230</sup>, Human Rights Watch, la Comisión

---

<sup>228</sup> VELÁSQUEZ, Op. Cit., p. 728.

<sup>229</sup> Diario Oficial No. 45.980 del 25 de julio de 2005.

<sup>230</sup> “La aplicación de la Ley de Justicia y Paz no hará sino fomentar la impunidad en Colombia. La Ley de Justicia y Paz otorga ventajas procesales, como penas de prisión considerablemente reducidas, a miembros de grupos armados ilegales que han participado en abusos contra los derechos humanos y han aceptado desmovilizarse.

Esta ley sólo concede un plazo de 36 horas a los investigadores judiciales para presentar cargos contra los sospechosos, y establece solamente un periodo de 60 días para investigar un caso, aunque esté relacionado con crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Plazos tan limitados como los que establece la rrilleros o paramilitares desmovilizados”.

Internacional de Juristas<sup>231</sup>, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>232</sup>, entre otras.

---

<sup>231</sup> “La ley de Justicia y Paz se ha debatido durante casi dos años debido a una fuerte presión internacional y oposición interna. A pesar de esta presión, el texto adoptado queda lejos de ser conforme con los estándares internacionales de derechos humanos. La ley prevé una pena máxima de cinco a ocho años que no necesariamente tendrá que ser en una cárcel. Por ejemplo, incluso 18 meses pasados por un paramilitar en libertad en la zona de negociación de Santafé de Ralito pueden contar como tiempo de reclusión.

Particularmente preocupante es la falta de incentivos para revelar la totalidad de sus crímenes y el hecho de que, si años después de la “confesión” se descubre que han ocultado hechos, todavía se beneficiarían de penas alternativas. “Amnistías, indultos, y toda otra medida como las que contempla esta ley, garantizando la impunidad de los perpetradores, constituyen una violación de las obligaciones de Colombia bajo el derecho internacional.

La ley de Justicia y Paz complementa la legislación existente que legaliza la impunidad en Colombia. El Decreto 128 adoptado en enero de 2003 amnistió de facto a la mayoría de los paramilitares. “A pesar de la desmovilización formal de miles de paramilitares bajo ese decreto, siguen operando y cometiendo cientos de crímenes.

De acuerdo con el derecho internacional, el Estado colombiano tiene la obligación de perseguir, juzgar y castigar a los autores de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra con penas apropiadas a la gravedad de los hechos. “La impunidad de estos crímenes es intolerable y si Colombia ha fallado en garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, le corresponde a la Corte Penal Internacional y a su Fiscal tomar cartas en el asunto.”

<sup>232</sup> “Frente al proceso de diálogo emprendido entre el Gobierno colombiano y las Autodefensas Unidas de Colombia. La CIDH ha señalado consistentemente en sus informes sobre situación de derechos humanos en los países del hemisferio y sobre casos individuales, la obligación de los Estados de poner en marcha mecanismos idóneos para alcanzar la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

El establecimiento de la verdad de lo sucedido, la búsqueda seria de una medida de justicia mediante la determinación de la responsabilidad de los perpetradores frente a las víctimas, y la reparación del daño causado, lejos de obstaculizar acuerdos que puedan coadyuvar a la pacificación, constituyen pilares básicos de su fortaleza.

Frente a la Ley de Justicia y Paz aprobada en Colombia, la CIDH observa que entre sus objetivos no se cuenta el establecimiento de la verdad histórica sobre lo sucedido durante las últimas décadas del conflicto ni sobre el fomento del paramilitarismo y el grado de involucramiento de los diversos actores en la comisión de crímenes contra la población civil, ya sea por acción, omisión, colaboración o aquiescencia.

La norma aprobada se concentra en los mecanismos para establecer lo sucedido en casos particulares, en el marco de la determinación de la responsabilidad penal individual de los desmovilizados que se acojan a los beneficios de la ley. Sin embargo, sus disposiciones no establecen incentivos para que los desmovilizados confiesen en forma exhaustiva la verdad sobre su responsabilidad, a cambio de los importantes beneficios judiciales que recibirán. Consecuentemente, el mecanismo establecido no constituye garantía de que los crímenes perpetrados sean debidamente esclarecidos y, por lo tanto, en muchos de ellos no se conocerán los hechos y los autores gozarán de impunidad. La norma, en sus disposiciones, favorecería el ocultamiento de otras conductas que una vez descubiertas podrían ser objeto del mismo beneficio de penas alternativas en el futuro. Es de notar que estos beneficios no sólo acogerían conductas directamente relacionadas con el conflicto armado sino que las medidas de la ley podrían ser aplicadas a la comisión de delitos comunes tales como el narcotráfico.

La CIDH observa también que los mecanismos institucionales creados por esta norma a fin de hacer justicia —en particular la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, compuesta por

En resumen la ley de Justicia y Paz, no garantiza y establece los medios procesales apropiados que permitan conocer realmente los crímenes cometidos y esclarecer la verdad.

Al respecto el Constitucionalista Rodrigo Uprimny Yepes, opina:

La verdad es el presupuesto básico de cualquier proceso de paz respetuoso de los derechos de las víctimas. Y es que si no hay verdad, difícilmente puede existir reparación o castigo, pues no se sabrá a quién castigar ni a quién reparar. Igualmente, si la sociedad no comprende lo que pasó, difícilmente puede poner en marcha mecanismos que impidan la recurrencia de esas conductas atroces. No habría entonces ninguna garantía de no repetición. Las exigencias de la paz pueden entonces

---

20 fiscales— no poseen la fortaleza necesaria para afrontar con perspectivas realistas de efectividad la tarea de esclarecer judicialmente los miles de masacres, ejecuciones selectivas, desapariciones forzadas, secuestros, torturas y graves daños a la integridad personal, desplazamientos forzados y usurpación de tierras, entre otros crímenes, cometidos por varios miles de desmovilizados durante los largos años en que las estructuras paramilitares han mantenido su vigencia en Colombia. Asimismo, frente a la gravedad y la complejidad de los crímenes perpetrados, los cortos plazos y etapas procesales previstos en los mecanismos legales para la investigación y el juzgamiento de los desmovilizados que se acojan a los beneficios de la ley, tampoco ofrecen una alternativa realista para establecer las responsabilidades individuales en toda su extensión. Ello, impedirá arrojar luz sobre lo sucedido a las víctimas frustrando el proceso de reparación al que tienen derecho. La investigación de hechos tan graves requiere de procesos con plazos más amplios y de mayor actividad procesal.

En términos de la reparación del daño causado por quienes han perpetrado crímenes atroces, la CIDH destaca que la norma pone más énfasis en la restitución de bienes adquiridos en forma ilícita que en los mecanismos que faciliten la reparación integral de las víctimas. Particularmente, no se hace referencia específica a los mecanismos de reparación del daño al tejido comunitario de los pueblos indígenas, las comunidades afro descendientes, o a las mujeres desplazadas, cabezas de familia, quienes se destacan entre los grupos más vulnerables al accionar de los grupos armados. La norma tampoco prevé como parte de la reparación debida a las víctimas el establecimiento de mecanismos de no repetición tales como la inhabilitación o separación del cargo de agentes del Estado que hayan participado por acción u omisión en la comisión de crímenes.

La CIDH reconoce que en una situación tan compleja, dolorosa y prolongada como la colombiana requiere desactivar a los actores armados mediante mecanismos de negociación. Por ello, para asegurar la perdurabilidad de la paz, se debe garantizar la no repetición de crímenes de derecho internacional, de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. Ello requiere el esclarecimiento y la reparación de las consecuencias de la violencia a través de mecanismos aptos para establecer la verdad de lo sucedido, administrar justicia y reparar en forma integral a las víctimas a la luz de sus obligaciones internacionales conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta de la OEA.”

flexibilizar el deber de castigo de las atrocidades en el pasado. Se admite incluso que la escasez de recursos puede limitar, en la práctica, los alcances de las reparaciones.

## **12.6 INDULTO**

Extingue únicamente la pena, es el “acto soberano del órgano ejecutivo encaminado a atenuar, suspender condicionalmente, o perdonar las consecuencias jurídicas de una condena penal ejecutoriada, en un caso concreto”<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> VELÁSQUEZ, Op. Cit., p. 737.

## 12.7 DIFERENCIAS ENTRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y OTRAS FIGURAS PROCESALES

### 12.7.1 Amnistía y Principio de Oportunidad

<b>AMNISTIA</b>	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
Supone la impunidad	Debe existir reparación y/o el cumplimiento de unas condiciones, se tiene en cuenta a la víctima
Es de carácter general	Es de carácter particular
Aplica para delitos políticos	Aplica para toda clase de delitos
Según la Constitución de 1991 es una decisión legislativa	Es una decisión de naturaleza jurisdiccional
Exige la intervención del Congreso de la República	Exige la intervención del Juez de Control de Garantías

### 12.7.2 Indulto y Principio de Oportunidad

<b>INDULTO</b>	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
Extingue únicamente la pena, más no la responsabilidad civil frente a terceros	Cobija ambas
Opera para condenados (atenuar, suspender condicionalmente, perdonar las consecuencias jurídicas de una condena ejecutoriada)	Opera para sindicados únicamente
Según la Constitución de 1991 es una decisión legislativa	Es una decisión de naturaleza jurisdiccional

### 12.7.3 Prescripción y Principio de Oportunidad

<b>PRESCRIPCIÓN</b>	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
Está relacionado con el transcurso del tiempo y que ante la incapacidad de los órganos encargados de la persecución penal, se pone fin a la misma (iniciada o por iniciarse)	Es una facultad de la Fiscalía para interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal y que por el contrario supone la certeza de que el beneficiado cometió un conducta típica, antijurídica y culpable.
No logra desvirtuar la presunción de inocencia o identificar a un responsable	Desvirtúa la presunción de inocencia y logra identificar al responsable de un hecho punible

#### 12.7.4 Preclusión y Principio de Oportunidad

<b>PRECLUSIÓN</b>	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
Procede ante la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, existencia de una causal excluyente de responsabilidad, inexistencia del hecho investigado, atipicidad, ausencia intervención del imputado en el hecho, imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, vencimiento de términos.	Es totalmente diferente a las causales bajo las cuales procede la preclusión
Pueden solicitarla dependiendo de la causal el fiscal, la defensa y el Ministerio Público	Solo la puede solicitar el fiscal
No exige voluntad del perjudicado para proceder a una indemnización	Se tiene en cuenta el interés de la víctima
Se produce antes y después de la formulación de la imputación	Se produce antes de la formulación de la imputación
La decreta el fiscal antes de la formulación de la imputación o el juez de conocimiento después de la formulación de la imputación	Lo adjudica el juez de control de garantías

### 12.7.5 Oblación y Principio de Oportunidad

<b>OBLACIÓN</b>	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
Aplica a delitos que tienen fijada únicamente pena de multa	Aplica para toda clase de delitos incluidos los que tienen pena privativa de la libertad

### 12.7.6 Conciliación y Principio de Oportunidad

<b>CONCILIACIÓN</b>	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
Mecanismo alternativo de solución de conflictos para lograr un acuerdo entre las partes con o sin ayuda de un tercero imparcial	Es una regla procesal de abandono de la persecución penal facultativa de la fiscalía
La persecución penal no continúa por voluntad de las partes (privado) avaladas por un funcionario judicial	Es una decisión de la fiscalía (pública)
Es un requisito de procedibilidad en los delitos querellables	No es requisito para iniciar la acción penal
Puede ser preprocesal y procesal	Procesal y preprocesal
Son competentes el fiscal delegado, centros de conciliación, conciliadores reconocidos como tal (particular)	Es competente el fiscal del caso y el juez de control de garantías (funcionarios rama judicial)
No extingue por si misma la acción penal, requiere que se adopte una determinación posterior que ponga fin al proceso	Puede extinguir por si solo la acción penal.

### 12.7.7 Desistimiento y Principio de Oportunidad

<b>DESISTIMIENTO</b>	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
Ligado íntimamente a la querella	No se relaciona con la querella
Excepción al principio de obligatoriedad de la acción penal	Excepción al principio de legalidad

### 12.7.8 Querrela y Principio de Oportunidad

<b>QUERRELLA</b>	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
Condición de procesabilidad para dar inicio a la acción penal en virtud del principio dispositivo, mediante el cual el Estado permite que en conductas de bajo impacto social y dañosidad leve predomine el interés personal de la víctima del ilícito (sujeto pasivo)	No es una condición de procesabilidad para dar inicio a la acción penal y aplica
Ejercida a instancia privada	Es discrecional del fiscal (pública)
No es una excepción a la persecución penal, sino un requisito <i>sine qua non</i> se da inicio a la acción penal, es decir la persecución penal sigue siendo pública y del monopolio del Estado	Es una excepción al deber de persecución penal

### 12.7.9 Allanamiento a cargos y Principio de Oportunidad

<b>ALLANAMIENTO A CARGOS</b>	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
<p>Sus efectos son diferentes:</p> <p>La aceptación de los cargos en la audiencia de formulación de la imputación, produce una rebaja hasta la mitad de la pena imponible.</p> <p>Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral, si acepta la pena se reduce 1/3 parte.</p> <p>En el juicio oral en la alegación inicial, de declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.</p>	<p>Comporta la rebaja de la totalidad de la pena imponible o no imposición de la pena (exoneración).</p>
Es decisión del imputado o acusado	Es decisión del fiscal

### 12.7.10 Reparación Integral y Principio de Oportunidad

<b>REPARACIÓN INTEGRAL</b>	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
Se produce cuando es emitido el sentido del fallo por parte del juez de conocimiento, que declara la responsabilidad del acusado	Se produce antes de una sentencia condenatoria por parte del juez de control de garantías
La decisión que toma el juez de conocimiento poniendo fin al incidente de reparación integral se incorpora a la misma sentencia de responsabilidad penal	No hace parte de una sentencia condenatoria
Beneficia a la víctima	Beneficia al justiciable

### 12.7.11 Archivo de diligencias y Principio de Oportunidad

<b>ARCHIVO DE DILIGENCIAS</b>	<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
Procede cuando la fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito o indique su inexistencia	Existe la certeza de la comisión de una conducta punible y su autor
Puede reanudarse la indagación si surgen nuevos elementos mientras no se haya extinguido la acción penal	Extingue la acción penal, tiene efecto de cosa juzgada

**CAPITULO DECIMOTERCERO**  
**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA CIUDAD DE MANIZALES**

**13.1 PORCENTAJE DE DELITOS INGRESADOS AL SISTEMA PENAL  
ACUSATORIO DURANTE EL AÑO 2005**

El siguiente estimativo, se realizó con base en información global obtenida de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de la ciudad de Manizales. Aclaramos que los datos estadísticos fueron promediados por los responsables de este trabajo, por lo que no son cifras oficiales.

<b>DELITO</b>	<b>PORCENTAJE</b>	<b>DELITOS SUSCEPTIBLES DE APLICAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>
Tráf. Fab. Porte Estupefacientes	19%	NO
Hurto Calificado Agravado	16.4%	NO
Tráf. Fab. Porte Ilegal Armas	16%	SI, siempre que no existan agravantes
Defraudación Derechos Autor	4.9%	NO
Acto Sexual Menor 14 años	4.9%	NO
Homicidio	3.2%	NO
Hurto Calificado	3.1%	NO
Homicidio Agravado	2.8%	NO
Concierto para Delinquir	2.4%	NO
Lesiones Personales Culposas	2.2%	SI

Extorsión	2.0%	NO
Hurto Agravado	1.9%	SI
Estafa	1.7%	SI
Lesiones Personales Dolosas	1.7%	SI
Inasistencia Alimentaria	1.4%	SI
Tentativa Homicidio	1.2%	NO
Homicidio Culposo	1%	NO
Hurto Simple	1%	SI
Tentativa Hurto Calificado Agravado	1%	SI
Hurto Hidrocarburos	0.9%	NO
Receptación	0.9%	NO
Rebelión	0.8%	NO
Daño Bien Ajeno	0.8%	SI
Secuestro Extorsivo	0.7%	NO
Secuestro	0.6%	NO
Acceso Carnal Violento	0.6%	NO
Abuso Confianza	0.4%	SI
Tentativa Extorsión Agravada	0.4%	NO
Tráfico Moneda Falsa	0.4%	NO
Falsedad Documento Público	0.3%	NO
Pornografía Infantil	0.3%	NO
Omisión Agente Retenedor	0.3%	NO
Falsa Denuncia	0.2%	SI
Extorsión Agravada	0.2%	NO

Incesto	0.2%	SI
Tentativa Extorsión	0.2%	NO
Terrorismo	0.2%	NO
Aborto	0.2%	SI
Tráf. Fab. Porte Ilegal Armas Uso Privativo Fuerzas Militares	0.2%	NO
Violencia Intrafamiliar	0.2%	SI
Acceso Carnal Abusivo	0.1%	NO
Acceso Ilegal Prest. Serv. Telec.	0.1%	NO
Acto Sexual Abusivo	0.1%	NO
Acto Sexual Violento	0.1%	NO
Amenazas Personales	0.1%	SI
Aprovechamiento ilícito Recursos Naturales	0.1%	NO
Calumnia	0.1%	SI
Cohecho por Dar u Ofrecer	0.1%	NO
Constreñimiento Ilegal	0.1%	SI
Corrupción Alimentos	0.1%	NO
Defraudación Fluidos	0.1%	SI
Desaparición Forzada	0.1%	NO
Desplazamiento Forzado	0.1%	NO
Fraude Procesal	0.1%	NO
Homicidio con fines terroristas	0.1%	NO
Violencia contra empleado oficial	0.1%	SI

Usurpación marcas y patentes	0.1%	SI
Uso documento público falso	0.1%	NO
Tráf. Sustancias producir narcóticos	0.1%	NO
Tortura	0.1%	NO
Tentativa homicidio agravado	0.1%	NO
Secuestro extorsivo agravado	0.1%	NO
Prestación ilegal servicios telecomunicaciones	0.1%	NO
Porte explosivos	0.1%	NO
Lesiones personales con deformidad	0.1%	NO
Lavado activos y enriquecimiento ilícito	0.1%	NO
Injuria	0.1%	SI
Inducción a la prostitución	0.1%	SI
Imitación o simulación alimentos o sustancias	0.1%	NO

### **13.2 PORCENTAJE DE APLICACION PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA CIUDAD DE MANIZALES Y CASOS EN QUE SE APLICO**

Según información suministrada por el Centro de Servicios Judiciales, durante el año 2005, en Manizales se solicitó la aplicación del Principio de Oportunidad en cuatro casos y en uno de los cuales se negó.

A continuación se relaciona cada uno de estos casos:

### **13.2.1 PRIMER CASO**

<b>Radicado:</b>	<b>1701-61-06799-2005-00866-00</b>
<b>Fiscalía:</b>	<b>Octava Local</b>
<b>Juez Control de Garantías:</b>	<b>Juez Primero Penal Municipal</b>
<b>Fecha audiencia:</b>	<b>Octubre 5 de 2005</b>
<b>Delito:</b>	<b>Hurto Agravado</b>
<b>Decisión:</b>	<b>Se aprueba</b>

**Resumen del caso.** El día 2 de abril del año 2005, el señor Antonio sustrae de la residencia de la señora Josefina, quien es su madre, un electrodoméstico consistente en un reproductor DVD avaluado en la suma de \$400.000.

La madre entabla la correspondiente denuncia y manifiesta en la misma que su hijo desde tiempo atrás, viene hurtando las cosas de su casa – ropa, anillos de oro– en forma continuada.

El día 5 de abril la Policía por información suministrada por el autor del hecho, recupera y decomisa el reproductor DVD. El señor Antonio, quien había sido detenido es puesto en libertad.

La persona que tenía el reproductor DVD, manifestó a la Policía que: “le prestó la suma de \$50.000 al señor Antonio y que éste como garantía le dejó el electrodoméstico, que aseguró ser de su propiedad y que jamás tuvo conocimiento de que se trataba de un bien robado”.

El día 8 de septiembre la víctima, manifiesta al fiscal de conocimiento que: “considera que su patrimonio no sufrió ninguna afectación y que no estaba interesada en que se continuara el proceso”. También informó que Antonio, su hijo, había ingresado a un centro de rehabilitación para drogadictos y que era la adicción a dichas sustancias alucinógenas, el motivo por el cual hurtaba.

La fiscal del caso, ante este evento decide dar aplicación al Principio de Oportunidad, renunciando a la persecución penal y extinguiendo la acción penal con fundamento en el Artículo 324 numeral 13 del Código de Procedimiento Penal: “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”

Las pruebas que adujo la fiscalía para dar cumplimiento al artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, con relación a que el principio antes mencionado solo es procedente si no se compromete la presunción de inocencia y la existencia de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, fueron: la *notitia criminis* y el informe de policía.

### **Consideraciones Juez Control de Garantías**

El juez dentro de sus consideraciones afirma: “que el delito que los ocupa, hurto agravado por la confianza, no excede la pena en su máximo de 6 años y que ante la recuperación del objeto material, se puede determinar de manera objetiva la

ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal”.

Hace énfasis en el artículo 3 del Código Penal, acerca de los principios de las sanciones penales y, resalta que la imposición de la pena o la medida de seguridad debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Para el caso concreto, lo que más conviene a la sociedad es un tratamiento terapéutico contra la drogadicción, hecho que por voluntad del inculcado ya ha realizado.

Para el juez, este caso en que se aplica el Principio de Oportunidad “no comprometió la presunción de inocencia, porque según su concepto no existían elementos mínimos probatorios y que lo que aconteció fue una prestación de una suma dineraria con garantía prendaria”.

No estamos de acuerdo con esta opinión, porque en primer lugar el electrodoméstico no era propiedad del inculcado y no podía disponer del mismo, y en segundo lugar si fuera cierto la inexistencia de esos elementos materiales probatorios la fiscalía no hubiera podido solicitar dar aplicación al Principio de Oportunidad y en su caso lo procedente era decretar directamente el archivo de diligencias y en tercer lugar en nuestro concepto cuando se aplica el Principio de Oportunidad se ve comprometida la presunción de inocencia.

### **13.2.2        SEGUNDO CASO**

<b>Radicado:</b>	<b>1701-60-00031-2005-02457-00</b>
<b>Fiscalía:</b>	<b>Octava Local</b>
<b>Juez Control de Garantías:</b>	<b>Jueza Séptima Penal Municipal</b>
<b>Fecha audiencia:</b>	<b>Noviembre 23 de 2005</b>

**Delito:** Hurto Agravado  
**Decisión:** Se Aprueba

**Resumen del caso.** La señora Enriqueta, tiene contratada como empleada del servicio doméstico a la Señora Cleotilde y quien aprovechando esta condición se apodera clandestinamente de la suma de US\$1.200 dólares los cuales entrega a un familiar llamado Jorge

La víctima formula la correspondiente denuncia y el fiscal de conocimiento formuló la imputación correspondiente en contra de los dos implicados y a cuyos cargos se allanaron.

Después de que el ente fiscal formuló el escrito de acusación y encontrándose el proceso en la etapa de juicio oral –audiencia de individualización de la pena y sentencia– la defensa solicitó el día 5 de septiembre de 2005, la preclusión del proceso con base a que había operado una indemnización integral a favor de la víctima.

La fiscalía se opuso a tal pedimento por considerarlo que jurídicamente no era viable, en igual concepto se pronunció el juez de conocimiento y contra esta decisión se interpuso el recurso de apelación el cual fue negado.

Sin embargo el fiscal de conocimiento, reconsidera el asunto teniendo en cuenta la manifestación que hizo la víctima: “de haber sido indemnizada integralmente por los perjuicios materiales y morales y que no tenía interés de que se continuara con el proceso”.

Las pruebas que adujo la fiscalía para dar cumplimiento al artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, con relación a que el principio antes mencionado solo es procedente si no se compromete la presunción de inocencia y la existencia de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad<sup>9</sup>, fueron: la *notitia criminis* y el allanamiento a los cargos .

El ente investigador, manifestó que: “es del criterio que donde se pueda evitar un desgaste procesal innecesario y considerando los altos niveles de congestión de la administración de justicia, decide renunciar a la persecución penal y solicita extinguir la acción penal” con base al artículo 324 numeral 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” lo que permite terminar de una forma acelerada el proceso y de mejor forma para los involucrados.

Agrega que “perseguir esta conducta, implicaría un abuso del ente investigador al perseguir casos que no requieran una sanción y desconociendo principios constitucionales, e igualmente que Jorge está pendiente de viajar a España y generarle un antecedente penal sería negativo para él”.

La fiscalía expresa que: “no es su función arrebatarle el conflicto a la víctima y lograr una condena” trae a colación que esto incide positivamente en las estadísticas bajo las cuales son evaluados los fiscales para mostrar niveles de eficiencia, pero en este caso perjudicaría más a los involucrados continuar con la persecución penal .

Consideramos que los niveles o parámetros, bajo los cuales son evaluados los funcionarios no deberían ser por el número de casos o condenas, sino que se

debe tener en cuenta los procesos en los cuales no se llega a juicio, porque cumplen una función importantísima para los implicados y disminuyen la congestión judicial una de las causas por las cuales se adoptó la reforma.

### **13.2.3 TERCER CASO**

<b>Radicado:</b>	<b>1701-60-00031-2005-02760-00</b>
<b>Fiscalía:</b>	<b>Octava Local</b>
<b>Juez Control de Garantías:</b>	<b>Juez Cuarto Penal Municipal</b>
<b>Fecha audiencia:</b>	<b>Septiembre 2 de 2005</b>
<b>Delito:</b>	<b>Hurto Agravado</b>
<b>Decisión:</b>	<b>Se Aprueba</b>

**Resumen del caso.** El señor Ramón propietario de un almacén, el día 1 de julio de 2005, presentó denuncia en contra de la señora María empleada suya y quien era la administradora por el delito de hurto de 2 sábanas de cama por un valor de \$100.000 ocurrido el día 25 de junio de 2005.

Entre las funciones de empleada, estaba recibir los dineros producto de las ventas y realizar el registro en los libros de contabilidad y al finalizar el día le rendía las cuentas y entregaba el dinero al propietario.

El día de los hechos, el propietario se percató que en el libro diario se había registrado una venta por un valor inferior al real y la diferencia ascendía a \$13.000, los cuales reclamó a su administradora y esta devolvió, pero de las 2 sábanas de cama no supo dar razón, motivo por el cual fue despedida.

La fiscalía tomó la decisión de dar aplicación al principio de oportunidad con base al artículo 324 numeral 13 del Código de Procedimiento Penal y renunciar a la persecución penal y solicitar la extinción de la acción penal, y comunicó esto al ofendido para que se manifestara, ante lo cual expresó “su desinterés en que se siguiera con el proceso, pues consideraba que con el despido de su empleada quedaba satisfecho y rindió declaración desistiendo de la querrela”. Es de aclarar, que en este caso no procedía el desistimiento porque el delito no es querellable.

El Juez de Control de Garantías manifestó: “ante la poca relevancia social del delito –bagatelar– ,no representar utilidad para el conglomerado social que se castigue y la inexistencia del daño para la víctima, se aplica el Principio de Oportunidad”

#### **13.2.4 CUARTO CASO**

<b>Radicado:</b>	<b>1701-61-06799-2005-01098-00</b>
<b>Fiscalía:</b>	<b>Octava Local</b>
<b>Juez Control de Garantías:</b>	<b>Jueza Quinta Penal Municipal</b>
<b>Fecha audiencia:</b>	<b>Septiembre 6 de 2005</b>
<b>Delito:</b>	<b>Hurto Agravado</b>
<b>Decisión:</b>	<b>No se accede aplicar principio de oportunidad</b>

**Resumen del caso.** El día 26 de abril, mediante informe de policía se estableció que de un almacén se sustrajeron unas prendas de vestir valuadas en \$121.000, el propietario del almacén al percatarse de hecho, persiguió al ladrón hasta un vehículo del servicio público y lo aprehendió en flagrancia con agentes de policía, quienes capturaron a Pedro y Lina como los responsables, personas que posteriormente fueron puestas en libertad.

El propietario del almacén, le manifestó a la fiscalía que: “no estaba interesado en que se continuará con el proceso porque la ropa había sido recuperada”.

Por lo tanto la fiscalía decide dar aplicación al principio de oportunidad, con base al artículo 324 numeral 13 del Código de Procedimiento Penal, renunciando a la persecución penal y solicitando que se extinguiera la acción penal.

En la audiencia el ofendido manifestó en su versión, entre otras cosas “que las prendas de vestir no eran de su propiedad sino de un hermano suyo, que tenía un almacén contiguo al suyo y que él le había manifestado que no estaba interesado en seguir con el proceso”.

Este fue el argumento, del cual se valió la Juez de Control de Garantías para negar la petición de aplicar el Principio de Oportunidad, al considerar que la víctima nunca se hizo presente en el proceso y nunca manifestó directamente su deseo de no continuar con el mismo.

Consideramos, que esta intervención es potestativa del interesado desde un comienzo y si le entregó unas mercancías en consignación a su hermano –éste era el responsable por las mismas– y él fue quien capturó a los ladrones, era la verdadera víctima.

### **13.3 PROBLEMAS SURGIDOS EN EL PAIS EN RELACION CON EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

Debido a la complejidad de la figura, surgieron en nuestro país algunos inconvenientes y los cuales están plasmados en el Memorando número 62 del Director Nacional de Fiscalías, fechado el 11 de julio de 2005, que hace referencia a varias observaciones e inconsistencias en la aplicación del Principio de Oportunidad, entre las cuales se destaca:

1. Hasta esa fecha, no se estaba aplicando el Principio de Oportunidad de acuerdo a los lineamientos determinados por el Fiscal General de la Nación, por el desconocimiento de los funcionarios de los instrumentos jurídicos y administrativos correspondientes: Las Resoluciones 6657 y 6658 del 30 de diciembre de 2004 expedidas por el Fiscal General de la Nación, Resolución 0001 y Memorando 0009 expedidas por el Director Nacional de Fiscalías, el formato de solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad y formato del informe de aplicación del Principio de Oportunidad por parte del fiscal del caso.
2. Respecto al diligenciamiento de dichos documentos, no se estaba realizando correctamente.

Posterior al control de legalidad por parte del juez de control de garantías, no se estaba remitiendo inmediatamente la correspondiente copia del Acta proferida a la ciudad de Bogotá;

Cuando se aplicaba el artículo 325 de la ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>234</sup>, luego de efectuado el seguimiento para verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas al imputado (artículo 326

---

<sup>234</sup> Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

ídem), el Fiscal de Conocimiento, previo el cumplimiento de lo expuesto en la resolución 6657, si decidió renunciar a la persecución penal no diligenciaba el formato respectivo, no procedían a solicitar al Juez de Control de Garantías el correspondiente control de legalidad y no informaban a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías.

3. Algunos fiscales que aplicaron el Principio de Oportunidad durante la indagación preliminar, renunciaron de forma unilateral al procedimiento de control de legalidad establecido por la Constitución Política de 1991 y la ley. En vez de esto, decidieron archivar las diligencias, desconociendo sus obligaciones.
4. En cuanto hace referencia a los jueces de control de garantías, algunos se negaron a ejercer el control de legalidad del Principio de Oportunidad, cuando el caso se encontraba en indagación preliminar; ante esta situación se tomó por agotado el procedimiento por parte del fiscal, lo cual es incorrecto por que sólo se da por cumplido cuando materialmente se haya ejercido el mencionado control de legalidad.
5. Finalmente se recordó la imperiosa necesidad sobre los instrumentos expedidos para la aplicación del principio de oportunidad, pues en varios casos tanto fiscales como jueces de control de legalidad, agotaron el trámite de aplicación sin la obtención de las autorizaciones a que se refiere la resolución 6657 de 2005, desconociendo su carácter reglado.

## CONCLUSIONES

1. En las causales establecidas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, aparecen los términos renuncia, interrupción y suspensión de la persecución penal como equivalentes, lo cual no es procedente, se pueden prestar a confusiones porque se enuncian indistintamente como formas bajo las cuales se aplica el Principio de Oportunidad.

En la práctica, éstas figuras tienen alcances diferentes: la suspensión y la interrupción cesan transitoriamente el ejercicio de la acción penal con la posibilidad de su posterior reanudación; es decir, no tiene efectos de cosa juzgada –cesación transitoria–. Son determinaciones de carácter previo adoptadas por el ente acusador –acto preparatorio– con miras a dar aplicación al principio de oportunidad, y aunque la norma indica que se le está dando aplicación al mismo, esto no es así porque cualquiera de estas dos determinaciones pueden o no encaminarse efectivamente, hacia la renuncia de la persecución penal que sí es la verdadera aplicación del Principio de Oportunidad.

La renuncia a la persecución penal –como se expresó anteriormente– es la verdadera manifestación de la aplicación del Principio de Oportunidad.

2. El Código de Procedimiento Penal, no contiene referencia alguna, con la posibilidad de que una persona que aparentemente cometió una infracción a la ley penal –pero que en realidad sea inocente– no desee que se le dé aplicación al Principio de Oportunidad a su caso. Naturalmente se entiende

3. que la Fiscalía no puede renunciar a la persecución penal, pues uno de los presupuestos sine qua non es procedente es la existencia de un mínimo de elementos materiales probatorios que permitan inferir la autoría o la participación en la conducta y su tipicidad.

En aplicación del Principio de Oportunidad, existe *prima facie* el desvirtuar el derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, que establece la presunción de inocencia y que para que esta proceda es necesario ser vencido en juicio y la existencia de una sentencia judicial de condena.

Dado que el Estado cuenta con mayores medios coercitivos, el implicado que no cometió un hecho punible, ante la posibilidad de ser llevado a juicio frente a lo cual puede declarársele inocente o condenarlo, esto último implica antecedentes penales. Esta circunstancia lo obliga a aceptar con base en elementos probatorios que la Fiscalía considera sólidos para formular una acusación y posible condena, que se aplique el Principio de Oportunidad. De este modo, se acepta una culpabilidad inexistente y aparece ante la sociedad como infractor de la ley.

Aunque la aplicación del Principio de Oportunidad no produce sentencia condenatoria, esto no significa que los efectos producidos en la persona beneficiada no sean los mismos de una condena ejecutoriada. Por ejemplo, en caso de un hurto la persona con aplicación del Principio de Oportunidad o con una sentencia condenatoria, no cambia para la sociedad su condición de “delincuente”.

4. El Principio de Oportunidad, tiene una denominación –la de principio– que no es acorde con su función, ya que para ser considerado en tanto principio

tendría que cumplir las condiciones inspiradoras de una determinada disciplina.

Los principios, son ciertos enunciados admitidos como condición de validez de las demás afirmaciones en un ámbito del saber, los cuales equivalen –en sentido lógico– a las “verdades fundantes” de dicho sistema, admitidas como tales por su evidencia y previa comprobación. Es decir, son el fundamento sobre el cual se produce un desarrollo conceptual –tanto teórico como material– que irradia y condiciona un sistema determinado en todos sus aspectos y que debe tener una cualidad de universalidad.

En cambio, el Principio de Oportunidad no reúne esas características, pues dada su naturaleza técnico jurídica permite la regulación de instituciones del derecho procesal penal, en lo referente a la dinámica procesal en especial la actividad que deben asumir los sujetos procesales para: suspender, renunciar o interrumpir la persecución penal. De allí que teniendo en cuenta el papel que cumple, la denominación adecuada que debería tener el término es “regla procesal de oportunidad”,

5. El Principio de Oportunidad –en tanto excepción al principio de legalidad– debe ser entendido sólo con referencia a la obligatoriedad de adelantar la acción penal, porque éste comprende otros aspectos –ley previa, taxatividad, reserva de ley, legalidad de la pena, juez natural, etc– que no pueden ser desconocidos. Por el contrario, debe adecuarse y no puede ser una excepción a los mencionados aspectos.
6. En lugar de una regulación normativa del Principio de Oportunidad –en la que se fijan unas causales de procedencia bajo criterios orientados a descongestionar la administración de justicia y el bajo grado de lesividad o afectación–, lo adecuado sería no tener –descriminalizar– esas conductas

tipificadas en la ley penal, sino acudir a criterios de despenalización con base en elementos como la necesidad de la pena, la mínima intervención penal, la proporcionalidad y atribuir la competencia de estos asuntos a otras jurisdicciones: la administrativa, civil, familia, etc.

7. Cuando el juez de control de garantías efectúa de manera obligatoria y automática el control de legalidad respectivo, sobre la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al Principio de Oportunidad, no está interfiriendo en la decisión del fiscal, quien posee un margen –grado de discrecionalidad intangible–, determinado por la Ley. Lo que controla es que efectivamente se configure la existencia y la conformidad de la causal con la Constitución Política de 1991 y la ley, puesto que la decisión del ente investigador de optar por una de las causales previstas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, no está sujeta a ningún control o fiscalización.
8. La inclusión en nuestro ordenamiento jurídico del Principio de Oportunidad, es justificada desde la aplicación de la política criminal. Sin embargo, como se observa en el capítulo quinto, en Colombia no existe una política criminal coherente, que sea fruto de estudios y análisis de rigor, sino una política coyuntural, que refleja influencias y presiones externas –políticas, económicas, sociales, etc–.
9. La adopción de una institución jurídica nueva genera una aplicación lenta y compleja, por no decir que traumática, puesto que en nuestro caso no se cuenta con una infraestructura –normativa, institucional, logística y de talento humano– semejante a la de los países que impusieron este tipo de reformas.

10. El Principio de Oportunidad surge por diversos factores: como una necesidad de los derechos humanos, ante el incremento de los conflictos, en razón de las falencias y deficiencias de la administración; todo lo cual ha llevado a reformas del procedimiento, que pretenden respetar los principios constitucionales, en especial la legalidad y la proporcionalidad.
11. Del total de delitos, que ingresaron al sistema acusatorio en la ciudad de Manizales durante el año 2005, el 29.7% era susceptible de aplicársele el Principio de Oportunidad.
12. En relación con el total de los delitos –incluidos los que no son susceptibles de aplicar el Principio de Oportunidad– , los cuatro casos en que se solicitó dar aplicación al Principio de Oportunidad representan el 0.5% del total de la estadística.
13. Los tres casos en que se aplicó el Principio de Oportunidad, con relación a la totalidad de los delitos ingresados al sistema penal acusatorio en el año 2005 en la ciudad, representan el 0.37% del total de la estadística.
14. En relación con los delitos que eran susceptibles de dársele aplicación al Principio de Oportunidad, los cuatro casos representan el 0.59% del total de esos delitos.
15. Los tres casos en que se dio aplicación al Principio de oportunidad, en relación con los delitos susceptibles del mismo, representa 0.45% del total de esos delitos.

16. La reforma introducida por la ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>235</sup>, con la implementación del sistema acusatorio y en especial la introducción de criterios de oportunidad, y la reglamentación posterior como las Resoluciones 6657 y 6658, no debe agotarse con estas expresiones legislativas.

Es necesario hacer un análisis de las mismas, pero ante todo lo más importante es hacer un seguimiento ex post como base imprescindible para el éxito de la reforma del sistema procesal penal patrio, para poder comprobar aspectos de consolidación, aceptación, rechazo, eficacia, etc.

17. El Principio de Oportunidad en el año 2005, en la ciudad de Manizales no incidió significativamente en la estadística, se puede afirmar que está lejos de cumplir con su propósito de descongestionar los despachos judiciales de los delitos bagatelares, pero esto es entendible por el carácter nuevo de la figura, pero consideramos que a medida que vaya transcurriendo el tiempo será un instrumento valiosísimo para el sistema penal y tendrá una mayor injerencia sobre el mismo, tal y como lo ha demostrado en otros países donde alcanza niveles de aplicación superiores al 75% del total de los delitos.

En otros aspectos, la ley 906 del 31 de agosto de 2004<sup>236</sup> ha logrado su objetivo y esto nos da lugar a pensar que el Principio de Oportunidad alcanzará altos niveles de aplicabilidad en nuestro país, produciendo eficiencia en la justicia<sup>237</sup>:

---

<sup>235</sup> Ibid.

<sup>236</sup> Ibid.

<sup>237</sup> FUENTE: Boletín de control interno 45, Consejo Superior de la Judicatura.

<b>Delito</b>	<b>Ley 600 de 2000</b>	<b>Ley 906 de 2004</b>	<b>Disminución %</b>
Hurto	567	41	93%
Lesiones personales	177	29	84%
Traf. Imp. Armas	782	66	92%
Traf. Consumo estupefacientes	377	84	78%
Homicidio	493	50	90%

18. El Principio de Oportunidad, tiene detractores que se apoyan sus críticas en la tradición inquisitiva incrustada en todos los que hacen parte del sistema incluyendo a los operadores del sistema de administración de justicia. La resistencia al cambio, es natural en nuestra cultura inquisitiva por la gran cantidad de siglos de implementación de la misma.

A esto contribuye la información –direccionada o malintencionada– de los medios de comunicación, que interpretan este instituto como “supuestos de impunidad creados por el legislador”.

Para hacer frente a las críticas, es forzoso insistir en su implementación, para consolidarla, mejorarla, aprender de los errores, etc. La resistencia al Principio de Oportunidad sobre todo en los operadores jurídicos se soluciona con una capacitación continua. En cuanto a la ciudadanía, que no tiene acceso o que no comprende el lenguaje jurídico, es necesario darle información precisa, breve y veraz a través de los medios comunicación, dando cuenta y razón de su aplicación, sobre la base de criterios político-

criminales. En otras palabras, crear una cultura del Principio de Oportunidad.

## BIBLIOGRAFIA

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002.

AMNISTIA INTERNACIONAL.

ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad : Alemania y España*. Barcelona : Promociones y publicaciones universitarias, 1991. 257 p.

B. J. MAIER, Julio. *Situación de la Justicia Penal y Problemas de los Sistemas Escritos*. En : Revista Ciencias Penales. San José, 1991.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal*. 5 ed. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo I, 424 p.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Valladolid : Trotta, 1999. 2v.

CARTA MAGNA de 1215.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Ley 600 de 2000*.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Ley 906 de 2000*.

CODIGO PENAL COLOMBIANO. *Ley 599 de 2000*, Modificada por la Ley 890 de 2004.

CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO. *Ley 65 de 1993.*

COLOMBIA. DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Axiología y Deontología del Proceso Penal y El Precedente Judicial.* Bogotá : 2004. 98p.

COLOMBIA. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal.* Bogotá : 2005. 219p.

COLOMBIA. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. *Memorando 62 del 11 de julio de 2005.*

COLOMBIA. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. *Resolución 6657 de 2004.*

COLOMBIA. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. *Resolución 6658 de 2004.*

COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. *Boletín de control interno 45.*

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS.

CONSTITUCION DE MARYLAND de 1776.

CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-037 de 1996.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-1092 de 2003.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-1200 de 2003.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-222 de 1997.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-430 de 1996.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-480 de 2005.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-543 de 1992.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-544 de 1992.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-558 de 1994.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-591 de 2005.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-614 de 2002.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-641 de 2001.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-673 de 2001.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-775 de 2001.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-873 de 2000.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-873 de 2003.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-888 de 2004.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-966 de 2003.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-979 de 2005*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-466 de 2002.*

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL CIUDADANO de 1791.

DECRETO – LEY 213 de 1991. *Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden publico.*

DECRETO 2067 de 1991. *Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.*

EL KHOURY, Henry. *Solución Alternativa de Conflictos Penales : Una Propuesta de Marco Teórico.* En: Revista de Ciencias Penales. San José, s.f.

G. MANGIAFICO, David. *Figuras acercadas a la aplicación de criterios de oportunidad en el Proceso Penal.* Cádiz : Universidad de Cádiz, 2001.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia* [base de datos en línea]. Alemania. Disponible en Internet: <<http://menschenrechte.org/beitraege/lateinamerika/oportunidad.htm>>

GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. *El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.* En : *Revista Ciencias Penales*, San José, 1997

GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. *El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.* En : *Revista Ciencias Penales*, San José, 1997.

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. *Estudios Procesales 2*. Bogotá : Procuraduría General de la Nación, 2004. 71p. (Colección de Pensamiento jurídico ; No. 11).

LEY 16 DE 1972. *Por medio de la cual se adoptó La Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"*.

LEY 5 DE 1992. *Reglamento del Congreso de la República*.

LEY 640 DE 2001. *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*.

LEY 74 DE 1968. *Por medio de la cual se adoptó El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

LEY 742 de 2002. *Por medio de la cual se adopta el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma*.

LEY 975 de 2005. *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*.

NÚÑEZ DE ARCO, Jorge. *La Víctima*. Sucre : Proyecto Ciudad Universitaria, 2004.

QUINTERO OSPINA, Tiberio. *Anatomía del jurado de conciencia*. Bogotá : Venus, 1977. 216 p.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (compiladores). *Principio de Oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*. Buenos Aires : Ad Hoc, 2002. 552 p.

TOCORA, Fernando. *Política Criminal Contemporánea*. Bogotá : Temis, 1997.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal : Parte general*. 3 ed. Bogotá : Temis, 1997. 847 p.

VILLANUEVA MEZA, Javier Antonio. *El Principio de Oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá : Leyer, 2005. 375 p.

WACQUANT, Loic . *Las Cárceles de la Miseria*. Madrid : Alianza Editorial, 2000.

## **ANEXOS**

- 1. Disco de Vídeo Digital:** Contiene las cuatro (4) Audiencias que se realizaron en el año 2005, en la ciudad en relación con la aplicación del Principio de Oportunidad.
- 2. Oficio Nro. 073 de febrero 8 de 2006:** Relacionando las cuatro (4) Audiencias en que se aplicó el Principio de Oportunidad en el año 2005.