

**El principio de oportunidad en el nuevo  
sistema penal acusatorio**

**Elizabeth Cubillos Patiño  
Diana Karina Pineda castro  
Germán Darío López Murillas**

**Universidad la Gran Colombia  
Especialización en derecho probatorio penal  
Armenia  
Abril de 2006**

**El principio de oportunidad en el nuevo  
sistema penal acusatorio**

**Elizabeth Cubillos Patiño  
Diana Karina Pineda Castro  
German Darío López Murillas**

**Asesor temático  
Francisco Javier Ramírez Saraza**

**Asesor Metodológico  
Carlos Alirio Flórez López**

**Universidad la Gran Colombia  
Especialización en derecho probatorio penal  
Armenia  
Abril de 2006**

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
<b>Introducción</b>	1
<b>1. Fundamentos del principio de oportunidad</b>	<b>10</b>
1.1. Fundamentos Constitucional	10
1.2. Fundamentos Legales	14
1.3. Reglamentación	19
<b>2. Marco teórico del principio de oportunidad</b>	<b>21</b>
2.1. Definición	21
2.2. Características del Principio de Oportunidad	25
2.2.1. Reglado	25
2.2.2. Control Judicial	26
2.2.3. No opera para todos los delitos	27
2.2.4. Excepcional	28
2.2.5. Constitucional, legal y procedimental	30
2.2.6. Mecanismo de terminación anticipada	31
2.3. Derecho Comparado	33
2.3.1. Perú	34
2.3.2. Argentina	37
2.3.3. República Dominicana	39
2.3.4. Brasil	40

2.3.5. Europa	41
2.3.6. Costa Rica	42
2.3.7. Venezuela	43
<b>3. Ventajas y desventajas del principio de oportunidad</b>	<b>44</b>
3.1. Ventajas	44
3.2. Desventajas	49
3.3. Jurisprudencia Acerca del Principio de Oportunidad	54
3.4. El Principio de Oportunidad Frente al Legalidad	59
3.5. La Política Criminal	70
<b>4. Aplicación del principio de oportunidad</b>	<b>77</b>
4.1. Causales de la Aplicación	77
4.2. Procedimiento	93
4.2.1. Control de Legalidad	98
4.2.3. Extinción de la Acción Penal	104
4.2.4. Requisitos del principio de oportunidad	105
4.2.5. Principio de oportunidad como derecho del imputado	105
4.2.6. Recurso de apelación contra la decisión del juez de garantías en ejercicio del control de calidad	106
4.2.7. Reparación integral de las víctimas	108
<b>5. Conclusiones</b>	<b>111</b>
<b>6. Bibliografía</b>	<b>117</b>

## RESUMEN

Con la expedición del acto legislativo 03 de 2002 se introdujo al ordenamiento jurídico colombiano un nuevo sistema procesal, esto es, el de tendencia acusatoria, bajo el cual es posible que no todo comportamiento delictivo deba ser inexorablemente investigado, juzgado y sancionado, puesto que el principio de legalidad sufre una flexibilización que permite la aplicación de criterios de oportunidad, bien como una excepción, de manera subsidiaria o contrariando el primero de los postulados mencionados, conforme a las posiciones más destacadas que ha elaborado la doctrina con el objeto de explicar la naturaleza de aquella figura jurídica al cotejarla con la obligatoriedad estricta que tradicionalmente ha imperado en los esquemas procesales penales de corte inquisitivo.

Acorde con la reconceptualización del derecho penal el objeto del proceso no es la obtención de una verdad histórica, una justicia absoluta y la función de la pena no es exclusivamente retributiva, sino que prevalece el interés de resolver el conflicto social generado por la comisión de un delito, por tanto, los esfuerzos de investigación se dirigen a perseguir conductas punibles que causan más daño a la comunidad, los ilícitos de menor entidad pueden ser auto gestionados por la misma comunidad, de esta manera, conforme con las tendencias criminológicas modernas, la gravedad de los hechos que se investigan, considerando las particularidades del caso concreto, determina las consecuencias de la sanción penal.

Como consecuencia de la innovación que en materia penal se implementó, el Estatuto Superior en el artículo 250 regula el alcance, fines y límites del principio de oportunidad, mandato que se materializó con la expedición de la ley 906 de 2004 como desarrollo de esa previsión constitucional, normativa que reitera, entre otras cosas, la necesidad de que la aplicación del principio de oportunidad esté enmarcada dentro de la política criminal que defina el Gobierno, igualmente, precisa que la acción penal puede ser ejercida única y exclusivamente por la Fiscalía General de la Nación por mandato expreso de la Constitución Nacional, la ley y los procedimientos internos de dicha entidad, por ende, la posibilidad de renunciar, suspender o interrumpirla también es competencia de ese organismo investigador.

Además, se destaca como rasgo fundamental la imposibilidad de disponer de la acción penal, ya que en su actuación, la Fiscalía debe guiarse de conformidad con las causales taxativas previstas en el artículo 324 del nuevo esquema procesal penal, conforme a la obligatoriedad de la persecución de los delitos como

manifestación de la legalidad que continua vigente, dado que indiscutiblemente se trata de una oportunidad reglada y excepcional toda vez que solo opera en las hipótesis taxativas previamente definidas por el legislador en el referida norma y supedita a que en el caso concreto confluyan las exigencias legales que se determinaron para cada una de ellas.

Acudiendo al derecho comparado se deduce que este instituto jurídico se adoptó y diseñó siguiendo los lineamientos que al respecto han establecido países cuyo sistema de enjuiciamiento se basa en el modelo continental europeo, no el anglosajón, aunque de allí devienen los desarrollos que se han adaptado en varios ordenamientos jurídicos como consecuencia del predominio de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal y la excepcionalidad de la oportunidad, con el objeto que no se desconozca el procedimiento que se previó tanto en la Carta Política como en la ley, se estableció el control automático y obligatorio por parte del Juez de Control de Garantías, el cual en virtud de la precisión que hizo la H. Corte Constitucional en sentencia C-975 de 2005 resulta necesario también en los casos de interrupción y suspensión del proceso y no solo en aquellos que conlleva la extinción de la acción penal, lo anterior por cuanto ese alto Tribunal ratifica la imposibilidad de una discrecionalidad absoluta.

Asimismo, no se consagró el postulado de la oportunidad un simple instrumento orientado a obtener mayor eficiencia y eficacia en la administración de justicia, es decir, como mecanismo de descongestión, aunque no deja de ser uno de sus fines primordiales el beneficio que traerá la posibilidad que los funcionarios judiciales se dediquen en mayor medida a la persecución de las conductas punibles de gran relevancia social, se identifican otras ventajas tales como: la descriminalización (si el comportamiento delictivo es de poca significación social o contiene mínima culpabilidad); desjudicialización, despenalización (si la retribución penal se obtiene de manera natural o en los casos en que la pena sea mínima es mejor evitar sus efectos criminógenos y buscar una pronta resocialización y no someter al autor a tratamiento penitenciario, con la consecuente privación de su libertad), la colaboración con la justicia en las causales que se consagró la delación de los demás partícipes, la cooperación internacional en los casos de extradición o juzgamiento por la Corte Penal Internacional.

Igualmente, como efecto práctico se resalta que la consagración de este principio puede reducir la selección arbitraria que de hecho opera en el sistema judicial colombiano, ya que el legislador se ocupó de determinar expresamente los eventos en los cuales es procedente su aplicación.

Respecto a las causales previstas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal cabe destacar:

Se excluyen las violaciones graves al derecho internacional humanitario, los crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma y los delitos de narcotráfico y terrorismo.

Se exige que en los casos contemplados en los numerales 2 a 17, si el comportamiento delictivo tiene prevista una pena privativa de la libertad que exceda de 6 años de prisión, el Fiscal cuente con un acto de delegación expresa del Fiscal General de la Nación.

Igualmente, para los eventos previstos en los numerales 15 y 16, no opera esta figura para jefes, organizadores o promotores o a quienes hayan suministrado elementos para su realización, esto es, para los financiadores de tales actividades.

En relación con las causales 1, 8, 14 y 15 está condicionada su aplicación a la reparación de las víctimas, por tanto, no procede extinción de la acción penal hasta que no se compruebe su efectividad. Entonces, si el imputado adquiere el compromiso de resarcir los daños ocasionados con la comisión del delito, necesariamente debe acudir a la hipótesis definida como suspensión del procedimiento a prueba, previsión que es coherente con los intereses de la justicia restaurativa, figura que también introdujo la ley 906 de 2004.

En cuanto al procedimiento que se adelanta en el control de legalidad que lleva a cabo el juez de garantías, se puede sintetizar así:

- La fiscalía debe solicitar al Juez que convoque a audiencia para tal propósito, la cual debe realizarse dentro de los 5 días siguientes a la decisión de aquél, como este control es requisito de procedencia, no surte ningún efecto su aplicación hasta que no se emita un pronunciamiento judicial aprobándola.
- En la audiencia especial pueden intervenir la víctima, el Ministerio Público, el sindicato y su defensor, para lo cual deben ser previamente citados.
- La determinación del fiscal de suspender, interrumpir o extinguir la acción penal, debe motivarse y exponerse, adjuntando los medios de conocimiento conducentes para demostrar la concurrencia de los supuestos que fundamentan la causal que invoca, por ello, el primer acto de dicha diligencia debe ser la presentación del caso.
- Luego siguiendo el orden de intervención fijado por la Ley 906 de 2004 el Juez oír al representante de las víctimas o a éstas, al Ministerio Público y,

finalmente al imputado y a su defensor, quienes también pueden presentar pruebas para controvertir las aducidas por el fiscal.

- A continuación el Juez adopta la decisión, contra la cual no procede ningún recurso, sin embargo, si este funcionario advierte que algunas de las causales para precluir la investigación debe declararse incompetente y remitir la actuación al Juez de conocimiento, toda vez que aunque la aceptación impartida a la aplicación del principio de oportunidad hace tránsito a cosa juzgada, no implica la inexistencia de la conducta punible o la falta de responsabilidad, ni su legitimidad frente al ordenamiento jurídico, pues, lo que fundamenta esa decisión es una razón político criminal.

Otro aspecto de trascendental importancia que debe considerarse es que el Juez no está facultado para que por iniciativa propia, sin la petición del Fiscal, para acudir al postulado de la oportunidad. Empero, se contempla un caso en que es viable que se materialice esa atribución, es decir, en los eventos que se presente decaimiento del interés del Estado en la persecución del delito, en aplicación del derecho a la igualdad (artículo 329 de la ley 906 de 2004).

También se ha elaborado algunas críticas acerca de los efectos negativos que podría traer la implementación del principio de oportunidad, para algunas garantías como: el acceso a la justicia penal (artículo 229 de la Constitución Nacional) puesto que su operancia puede generar la sensación que no se obtuvo el esclarecimiento de los hechos y no se castigó al responsable, específicamente para las víctimas el desconocimiento de los derechos a la verdad y la justicia.

Asimismo, una elección arbitraria de los casos en que se acude a este instituto podría generar una desigualdad en la aplicación de la ley, tanto respecto a los comportamientos delictivos como a sus autores.

En resumen, el Principio de Oportunidad es la facultad que tiene el Fiscal, como titular de la acción penal, para, bajo determinadas causales y condiciones establecidas expresamente por la ley abstenerse de su ejercicio, suspenderla o interrumpirla.

Ningún desconocimiento habrá de la legalidad, por cuanto el órgano investigador está sujeto a la ley tanto si ejercita la acción penal como cuando se abstiene de hacerlo, como quiera que el principio dispositivo solo rige de manera moderada en el sistema procesal penal colombiano. En este sentido, las únicas actuaciones susceptibles de discrecionalidad reglada, conforme al artículo 250 Constitucional, son las previstas como hipótesis de aplicación del principio de oportunidad.

## ABSTRACT

With the expedition of the legislative act 03 of 2002, a new accused system was introduced in the Ordenamiento Jurídico Colombiano. That is, a system of accusatory tendency which determines that not all the criminal behaviours must be investigated and judge. Because the principle of legality permits the application of criterions of opportunity in a subsidiary way or being against the first mentioned postulate. According to the more outstanding position which has elaborated this doctrine with the objective of explaining the nature of the legal figure by comparing it with the obligatory that has prevail in the criminal procesal schema.

According to the reconceptualization of the criminal law, the objective of the process is not to obtain a historic truth, an absolute justice and the function of the penalty is not exclusively rewarded. On the contrary, the interest for solving the social conflict generated by the commitment of a crime would prevail. Then, the efforts of the investigation are directed to pursue punishable behaviours which caused more damage to the community. The illicit of less entity can be negotiated by the same community. In that way, according to the new criminologist tendencies the seriousness of the investigated facts determines the consequences of the criminal sanction; but considering the peculiarities of the case.

As a consequence of the innovation that had been implemented, the superior statute in its article 250 regulates the scope, objectives and limits of the principle of opportunity. This postulate was materialized with the expedition of the law 906 of 2004 as a development of this constitutional precaution, this normative suggests that the necessity of applying the principle of opportunity must be focused on the criminal politic defined by the government. In addition, it establishes that the criminal action may be practiced just and exclusively by the district attorney's office. It has been decided by the national constitution, the law and the internal proceedings of this entity. Therefore, the possibility to resign, suspend or interrupt it, is a responsibility of this investigative organism.

It is also important to emphasize on the impossibility to take advantage of the criminal action, because in its practice, the district attorney's office must be guided by the restricted causals established in the article 324 of the new criminal procesal schema, taking into account the obligatory of the pursue of crimes as the legality statement which is still current, due to the fact that it is consider as a determined and exceptional opportunity because it just operates in the restricted hypothesis previously defined by the legislator in the referred norm. It is conditioned in the

case in which the legal demands that have been established for each one of them concur.

Attending to “derecho comparado”, it can be infer that this legal institution was adopted and designed following the rules that have established some countries, in which the judgement system is based on the European model, but not on the Anglo-Saxon. Although there come the developments that have been adopted in some legal codes as a consequence of predominance of the compulsority during the penal code and the exceptional opportunity. With the goal of knowing the procedure determined in the politic letter as well as in the law. It was established the automatic control and compulsory by the guaratee control judge according to the precision done by the H. Constitutional Court in its judgement C-975 of 2005, it is also necessary to apply it during the interruption and suspension of the process and not only in those that carry to the end of the dominion extinction. About this mentioned before, the high court ratifies the imposibility of an absolute discretionalidad.

In the same way, it was not established the postulate as a simple instrument based on getting a bigger efficiency and effectiveness in the justice administration. It means, as a mechanism of relieving the congestion. Although its main goal is to know the benefit that this mechanism will bring and the possibility that the judge staff work harder following bad behaviours in the social aspect. There are other advantages like: descriminalización (if the criminal behaviour has little social meaning or has a minimum guilt), desjudicialización, despenalización (if the criminal reward is getting in a natural way or in the case that criminal reward will be minimum, it is better to avoid its criminal effects and to look for a resocialitation and to avoid a prison treatment for the accused with a bail freedom.); the cooperation with the justice accusing the other participants, the international cooperation in the extradition cases or the judgment by the international court.

In similar fashion, as a practic effect it shows that this principle can reduce the mistakes that appear in the colombian judge system, because the legislator just determine the events followed by its application.

According to the causals established in the article 324 of the penal code:

It excludes serious crimes to the human international right, the crimes of lese-humanity or genocide accordint to the Rome statute and the drug trafficking and terrorism crimes.

It demands that the cases which are in numerals 2 to 17, if the criminal behaviour has a exclusive right penalty of freedom that exceeds 6 years of jail, the fiscal has a notification by the director of the public prosecutions.

In the same way, for the events that take place in numerals 15 and 16, this figure is not include for bosses, organizers or promoters or those who have elements for supporting those activities.

In the relationship with the causals 1, 8, 14 and 15 its application is conditioned to repairing the victims. For that reason, the expiry of the criminal action would not proceed until the effectiveness will be proved. So, if the guilty acquires the compromise to solve the damage with crime commision, necessarily it should go to the hypothesis defined as suspension of the process, it is related with the interests of the justice, this figure was also introduced by the law 906 of 2004.

According to the procedure that is used in the legality control that is applied by the judge, it can be defined like this:

- The district attorney's office, should request to the judge to do an audience for that purpose which should be done in the following 5 days from the decision. But it does not have value until being approved.
- In the special audience the victim, Public Ministry, the labor union and his defense can take part, but they should be summoned before.
- The fiscal determination to suspend, to interrupt or to finish the penal action, should be showed by adding the means in order to demonstrate the facts of the causal. And the first act should be the case presentation.
- Then, following the order of intervention established by the law 906 of 2004, the judge will hear the defending of the victim, the Public Ministry and finally to the victim and his defending who can present evidences for disscusing those argued by the fiscal.

Another important aspect that must be considered is that the judge is not able to use the postulate of opportunity without the request of the fiscal. But it would be possible in the case in which the despondency of interest by the state in the pursue of the crime is present, following the application of the right of equality (article 329, law 906 of 2004).

There also have been elaborated some critics about the negative effects that will bring the implementation of the principle of opportunity for some guarantees such as: The access to penalty justice (article 229 of the National Constitution) because in its application the feeling that the clarification of actions and that the responsible was not punished would be generated. And specifically for the victims the ignorance of the rights of truth and justice.

Just like that, an arbitrary decision in this institution, may generate inequality in the application of the law, not only for the criminal behaviours but also for their authors.

As a summary, the principle of opportunity is the faculty that the fiscal has as the titular of the criminal action and his capacity to suspend and interrupt it but taking into account certain causals and conditions previously established by the law.

There would not be ignorance of the legality, because the investigative organ is subject to the law either when it exercises the criminal action or not. In that sense, the only sensitive actions are those established in the constitutional article 250.

## INTRODUCCIÓN

No existe duda alguna sobre la importancia y trascendencia que para el futuro de nuestro país tiene el proceso de reformas que se inicia con el Acto Legislativo 03 de 2002, su contenido y orientación constituye un paso relevante y definitivo para el mejoramiento de la justicia penal.

Es por ello que los servidores de la Rama Judicial y, particularmente, de la jurisdicción penal, deben reflexionar muy sensatamente sobre lo decisivo que resultará una actitud positiva y una adecuada postura de los actuales ejecutores de la ley frente a la reforma, pues es con aquellos que en principio entró en funcionamiento el modelo que quiso el constituyente y el legislador.

Igualmente, se debe entender que cualquier cambio tiene que respetar el arraigo cultural de múltiples instituciones del sistema jurídico, pero no puede significar que se obstaculice la puesta en marcha el nuevo sistema, cuyas características esenciales tienen que ser una realidad: concentración, intermediación, oralidad, contradicción y celeridad que a la par implementó novísimas instituciones tales como el principio de inconveniencia.

Este postulado no constituye una innovación del legislador, habida cuenta que tal institución se originó en el sistema penal anglosajón, no obstante, su introducción al procedimiento penal colombiano ha adoptado las características propias de los países de tradición continental europea, que lo regulan como un principio de Oportunidad Reglado, a diferencia del primero de ellos que es discrecional.

El principio de oportunidad como facultad discrecional del Fiscal fue introducido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico por el acto legislativo 03 de 2002. Como respuesta a esta regulación Constitucional el Estatuto Procesal Penal, trae una regulación sistemática de las causales que dan lugar a la aplicación de esta institución y el procedimiento a seguir.

Tradicionalmente en materia penal, el principio de legalidad ha sido el pilar fundamental de todas y cada una de las instituciones y hasta el momento se había tenido como un precepto casi inviolable, salvo por algunas instituciones como la conciliación y la indemnización integral que permiten poner término a la persecución a instancias del ofendido. Con la reforma constitucional y en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio se ha consagrado una excepción más a la obligatoriedad de la acción penal: El principio de oportunidad, figura frente a la cual han surgido múltiples inquietudes respecto del papel que juega frente al postulado de la legalidad.

El principio de la inconveniencia debe responder entonces a la necesidad de descongestionar los despachos judiciales, los cuales conocen en forma permanente de comportamientos con poca relevancia frente al bien jurídico tutelado por el legislador, debiendo limitarse al máximo la facultad punitiva del Estado, acudiendo a criterios tales como la antijuridicidad material, la culpabilidad mínima y la necesidad de pena, los que asimismo pueden ser útiles a la hora de regular los causales de oportunidad a los cuales está sujeto el Fiscal.

El Acto legislativo 03 de 2002 reguló el principio de oportunidad con ciertos límites los cuales deben ser respetados por el legislador y respecto de éste han existido ciertos pronunciamientos de la Corte Constitucional los cuales ayudan a precisar la forma como debe ser regulada la institución, encontrando también dicho postulado otras limitantes implícitas en el Estatuto Superior y relacionadas con el principio de legalidad, el derecho constitucional de la igualdad y de acceso a la justicia, haciéndose necesario determinar hasta qué punto ejercer la discrecionalidad para perseguir una conducta punible puede ser atentatorio de estas garantías fundamentales.

La aplicación de la figura a la que se viene haciendo alusión le corresponde al fiscal que asuma el conocimiento de la posible comisión de una conducta punible, en torno a esta facultad se han suscitado diversas discusiones doctrinales, considerando su relación con el postulado de la obligatoriedad, básicamente se han generado 3 posiciones: la oportunidad es contraria, subsidiaria o simplemente es un desarrollo de la legalidad.

El objeto de esta monografía se orienta a demostrar las ventajas y desventajas de esta institución, partiendo de las pautas fijadas por el Legislador en el nuevo esquema procesal penal y las posteriores precisiones normativas.

Por consiguiente, desde ahora se advierte que este trabajo se inclina por la segunda de las posiciones citadas, ya que el Fiscal cuando decida hacer uso de este principio debe fundamentarse en razones de política criminal las cuales están previstas en la ley, es decir, se trata de una oportunidad reglada, por cuanto es el legislador el que predetermina las causales para su procedencia, ello significa que dicho funcionario judicial no tiene atribuciones para establecer nuevos eventos en los cuales se pueda abstener, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal.

Aunque el canon 339 del Código de Procedimiento Penal atribuye al Fiscal General de la Nación la competencia para expedir un reglamento al respecto, solo lo faculta para regular ciertos aspectos tales como: controles internos, requisitos de la solicitud, registro de los casos terminados por la operancia de este postulado; sin embargo, no permite que de manera unilateral incluya nuevas

hipótesis de oportunidad y tampoco está autorizado para disminuir los requisitos mínimos determinados en el estatuto procesal. A través de resolución número. 6657 del 30 de diciembre 2004 se reguló se regularon estos aspectos.

Precisamente en dicho artículo se consagra que ese acto administrativo debe ajustarse al plan de política criminal trazado por el Estado, con el objeto de asegurar que en su aplicación se cumpla con las finalidades y la ideología de la Carta Política y la legislación vigente.

Entonces, el principio de la inconveniencia es aplicable exclusivamente en los casos contemplados por el legislador, y además está sometido a un estricto control de legalidad por parte del Juez de control de garantías.

Aunado a lo anterior, no puede olvidarse que en la realidad jurídica colombiana los Fiscales de hecho venían seleccionando las actuaciones debían adelantarse, dejando rezagados los asuntos, que en su opinión , constituían delitos de poca trascendencia, puesto que los niveles de congestión de la justicia no era posible investigar todos los comportamientos presuntamente delictivos de los que se tenía conocimiento.

En síntesis esta investigación tiende a identificar las ventajas de la aplicación del postulado de la disponibilidad tales como: la víctima se beneficia porque de rápidamente se le repara el daño inferido con la conducta punible, el inculpado necesariamente no se le somete a una pena privativa de su libertad, el Estado logra conjurar el quebrantamiento del ordenamiento jurídico sin tener que agotar toda las fases del proceso, evitando el aumento en proporciones desbordadas la población carcelaria, y su vez la sociedad porque dos de sus miembros (imputado y perjudicado) no se les limita ningún derecho fundamental, toda vez que el investigado permanece como miembro activo de la comunidad, y el ofendido con ilícito recibe el restablecimiento pertinente. Es decir la implementación de este principio favorece la concepción de un derecho penal en el que prima la libertad.



# 1. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

## 1.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El acto legislativo 03 de 2002, reformativo de la Carta Política, conlleva una modificación trascendental en la forma como el Estado persigue las conductas punibles. Lo anterior significa que el método de investigación de los delitos se ha transformado y para que se verifique una de las finalidades del mismo, no otra que el fortalecimiento de la Fiscalía General de la Nación, los funcionarios de dicha institución, deben adoptar una nueva mentalidad y actitud bajo la cual han venido desempeñando su labor.

Mediante el acto legislativo 03 de 2002 se modificó la Constitución Nacional en el artículo 250 cuyo tenor literal es el siguiente:

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 de la acción penal salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del Juez que ejerce la funciones de control de garantías”.

Del anterior precepto constitucional se desprende la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- El principio de legalidad opera en materia procesal penal como regla general y su excepción está dada por el principio de inconveniencia.
- Puede aplicarlo únicamente la Fiscalía General de la Nación pero de manera excepcional ya que la regla general continua siendo el ejercicio obligatorio de la acción penal como derivación del principio de legalidad, en el sentido de que siempre que se tenga conocimiento de un hecho presuntamente delictivo debe ser investigado.

- En la audiencia de control de legalidad el Fiscal debe fundamentar su aplicación demostrando que se dan los supuestos legales para ello.
- El único caso en que se puede dar aplicación al principio de oportunidad sin solicitud previa del Fiscal es el contemplado en el artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que cuando decae el interés del Estado en la persecución de un delito de poca relevancia se debe hacer extensiva dicha decisión a todos los partícipes en aras de salvaguardar el derecho a la igualdad, salvo que la discriminación se fundamente en un motivo constitucionalmente válido.
- Son tres los efectos de la aplicación de este principio: La suspensión, interrupción o renuncia a la acción penal, teniendo en cuenta que ello puede verificarse en cualquier etapa del proceso, incluso antes de que exista proceso propiamente dicho, es decir, antes de la formulación de la imputación.
- Es la ley la que determina las causales de su aplicación dentro del marco de la política criminal previamente establecida. Sobre este tópico debe resaltarse que no se trata de una oportunidad discrecional que el ente acusador pueda aplicar de manera arbitraria, sino, reglada, bajo el entendido de que el legislador es quien determina las razones de su procedencia y no existe además posibilidad de que el Fiscal implemente a motu proprio nuevos eventos para su operancia.
- La intervención del Fiscal General de la Nación se restringe a participar en el diseño de la política criminal del Estado a través de la presentación de proyectos de ley en los que propone al congreso que se establezcan nuevas causales.
- El control de legalidad a la aplicación de dicho postulado por parte del Juez de garantías es obligatorio y automático, como quiera que al ser el principio de legalidad la regla general, su inobservancia conlleva una verificación de los requisitos tanto formales como materiales, siendo aquel el que finalmente decide si es procedente o no su aplicación con fundamento en las pruebas que aduzca el Fiscal en la respectiva audiencia.
- En la eventualidad de que el Juez de control de garantías imparta aprobación a la solicitud del Fiscal en tal sentido, dicha decisión hace tránsito a cosa juzgada, pero no tiene efectos respecto a la posible responsabilidad civil.

El aludido acto legislativo que modificó el marco constitucional así como el Código de Procedimiento Penal que lo desarrolla, fue aprobado para establecer un sistema penal de tipo acusatorio y un juicio público, oral, con intermediación de pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. Asimismo, buscó implementar un modelo de justicia penal con elementos como el fortalecimiento de la actividad investigativa a cargo de Fiscales desprovistos de funciones jurisdiccionales.

En virtud de lo anterior se integró una comisión Redactora de la Reforma Penal. La Comisión estuvo encabezada por el Fiscal General de la Nación y tuvo la participación del Ministerio de Interior y de Justicia, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, de tres senadores de la República y tres representantes a la Cámara, así como de un grupo de tres académicos expertos en materia penal.

Es importante considerar el alcance del Acto Legislativo 03 de 2002, el cual establece en su artículo 4º transitorio, que de no haberse aprobado por parte del órgano legislativo entre el período comprendido desde el 20 de julio de 2003 hasta el 20 de junio de 2004, se revestiría al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses, para que hubiera proferido las normas legales que requería la implementación del nuevo sistema.

## **AI**

A raíz de la referida reforma constitucional se implementó un modelo acusatorio cuyas principales características son: la aplicación del principio de oportunidad, la intervención de la defensa en la investigación en el marco del nuevo modelo acusatorio, la función del control de garantías, el nuevo rol del fiscal como director de la investigación y sus relaciones con las diferentes autoridades de policía judicial, así como los mecanismos de justicia restaurativa.

Por otra parte, fue necesario fortalecer la capacidad investigativa de la Fiscalía, especialmente en materia de recursos técnicos, como elemento esencial para el buen funcionamiento del nuevo esquema procesal penal. Así mismo, se debe garantizar el acceso a estos recursos por parte de la defensa, lo que genera un equilibrio entre las partes, propio del sistema.

Recapitulando se tiene, que el acto legislativo No. 03 de 2002 cumplió con el objetivo central de modificar la regulación constitucional de la Fiscalía General de la Nación para sentar las bases para implantar el sistema acusatorio. Su contenido es el siguiente:

- La Fiscalía continua haciendo parte de la Rama Judicial. Mucha controversia generó el hecho de cuál debía ser su naturaleza e incluso en el curso de los debates se llegó a plantear que fuera un ente autónomo y, por tanto, ajeno a la estructura de las ramas del poder público. Sin embargo, como se insistió en que conservara ciertas funciones judiciales llamadas a limitar derechos fundamentales se acordó conservar su connotación judicial con el propósito de armonizar esas facultades con lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto Superior que prevé que la captura, los allanamientos, los registros, las interceptaciones telefónicas requieren orden judicial.
- Sustraer al Fiscal de la adopción de algunas determinaciones de índole judicial para que concentre su actividad en la investigación. Fue así como se otorgó la facultad de definición de la situación jurídica al Juez de control de garantías y la de decretar preclusión de instrucción al juez de conocimiento.
- Crea el Juez de control de garantías y establece que en éste no puede concurrir también la calidad de Juez de conocimiento en procura de salvaguardar el principio de la imparcialidad judicial.
- Consagra que la actividad probatoria se debe desarrollar en el juicio, ante el Juez de conocimiento, con debate público, oral, con inmediatez de la prueba, contradicción y concentración. Se estipuló además la exigencia de la inmediatez probatoria por parte del juez de conocimiento.
- El ente acusador debe realizar el aseguramiento de los elementos probatorios materiales. Cuando tenga que adoptar medidas que afecten los derechos fundamentales está en la obligación de solicitar autorización al Juez de control de garantías. Tal sería el caso que se fueran a practicar, por ejemplo, una inspección corporal.
- Introduce el principio de oportunidad según causales que define la Ley. Esto es, la Fiscalía podrá disponer de la acción penal y decidir no investigar un caso siempre y cuando se verifiquen algunas de las causales que prevé la ley procesal y el juez de garantías considere que la decisión está ajustada a Derecho.

- Otorga un reconocimiento especial a las víctimas para que el Juez vele por la reparación que les pueda corresponder y establece la obligación de su protección en cabeza de la Fiscalía. Se permite su intervención en el proceso penal acogiendo la Sentencia de la Corte Constitucional C-228 de 2002 que expresamente dice que tienen derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, siempre que acrediten un daño concreto, que se traduzca en lesión a bien jurídico, no siempre de naturaleza patrimonial, criterio que fue recopilado y ratificado recientemente en sentencia T-453 de 2005.
- La fiscalía continúa con la facultad de dirigir y coordinar la Policía Judicial. Esta función es consecuente con su naturaleza de ente investigador y limita la actuación de dicha institución.
- Incluye el deber para el fiscal de aportar al juicio los elementos materiales y evidencias físicas que encuentre sean favorables o desfavorables a su pretensión de acusación. Con ello se busca fortalecer la defensa y que exista equilibrio con la acusación. De igual manera hacer realidad el principio de lealtad procesal y el fin del proceso penal de descubrir la verdad real.

En conclusión, la fiscalía, ante sospechas suficientemente fundadas de la comisión de una conducta punible, tiene siempre la obligación de investigar y acusar a los presuntos responsables, salvo que la ley permita la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal. De ello se desprende que, al igual que en otras legislaciones, el principio de Oportunidad está consagrado como excepción al de legalidad y su aplicación está sometida al control por parte del Juez de control de garantías. Sin embargo, el marco de excepciones depende no sólo de lo que defina la ley, sino además de la política criminal del Estado.

## **1.2. FUNDAMENTO LEGAL**

El procedimiento penal colombiano ha sido reformado constantemente, desde la Constitución Política de 1991, que introdujo al ordenamiento jurídico la institución de la Fiscalía General de la Nación; diversas normatividades (Decreto 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000) habían intentado implementar un sistema acusatorio, no obstante, ninguna de ellas logró alcanzar ese cometido.

La Fiscalía se diseñó como una entidad en la que se concentraban facultades muy relevantes del proceso penal: decidir sobre la libertad, recopilar pruebas, valorarlas y calificar el mérito de la instrucción, acusando al implicado o precluyendo la investigación, facultades que involucraban que un solo ente actuara a la vez como juez y sujeto procesal, fue por ello que se presentó en el

Congreso de la República una nueva reforma tendiente a restringir las funciones de dicha entidad y al mismo tiempo introducir un modelo de corte acusatorio en Colombia.

Para la elaboración de ese nuevo esquema procesal se conformó una comisión integrado, entre otros, por el Fiscal General de la Nación, el Ministro de Justicia, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los Presidentes de las altas Cortes, siendo así como luego de arduos debates en Cámara y Senado el 9 de agosto de 2004 se expidió la ley 906 de ese mismo año, en septiembre 1 de la misma anualidad se publicó, sancionó y finalmente mediante el Decreto 2770 de 2004 se efectuaron correcciones de redacción y concordancia.

Ya se precisó en el acápite precedente que a través del acto legislativo 03 de 2002, reformativo del artículo 250 de la Constitución Política se implementó en el ordenamiento jurídico colombiano el principio de oportunidad, su desarrollo legal lo consagró la ley 906 de 2004, en el libro II, título IV, artículos 321 a 330.

La aplicación de este postulado rector del esquema procesal penal de corte acusatorio que faculta al Fiscal para que mediante unas reglas, criterios o supuestos definidos por el legislador prescinda del ejercicio de la persecución de la acción penal, no puede obedecer al libre arbitrio o al capricho de este funcionario, o bien fundarse en motivos de raza, credo, nacionalidad, filiación política social o cultural, y en general, cualquier otro motivo de discriminación o arbitrariedad; entonces era necesario que se fijaran normativamente los requisitos, condiciones y el procedimiento para su operancia, toda vez que en el esquema penal opera como regla general el principio de obligatoriedad, como derivación del el de legalidad<sup>1</sup>, esta novísima figura jurídica solo es viable de manera excepcional y bajo estricto control jurisdiccional, con el objeto de garantizar la transparencia en el sistema de selección que dará lugar a la abstención, renuncia o suspensión.

El artículo 66 de la ley 906 de 2004 recoge de manera sintetizada la prevalencia del postulado de legalidad y la excepcionalidad del de oportunidad: *“Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio*

---

<sup>1</sup> Así expresamente se estableció en la regla 322 de la ley 906 de 2004 : “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” .

*de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo 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 el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías” (Negrilla fuera de texto)***

El primer presupuesto que fijó la aludida normatividad en relación con su operatividad lo prevé el canon 321 *“La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.”*

Concepto que significa que la decisión de investigar ciertos delitos o abstenerse de hacerlo no es una determinación exclusiva del Fiscal General de la Nación, sino que ésta debe adoptarla de común acuerdo con el Presidente de la República, según la definición que haga el Consejo Nacional de Política Criminal acerca de los comportamientos que se consideran más prioritarios, graves y lesivos de los intereses que se pretende proteger con las normas penales, de ahí que es al Fiscal al quien le compete desarrollar el plan que en esta materia se diseñe determinando de manera general el procedimiento interno a fin de que la puesta en marcha de este postulado no se desvíe de su finalidad y no contrarié los mandatos constitucionales y legales, así se prevé inequívocamente en el artículo 330 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Entonces desde una visión política criminal se plantean como razones a favor de la implementación del principio de oportunidad, entre otras:

- Constituir un mecanismo para garantizar la eficacia de la administración de justicia.
- Facilitar la reducción de la impunidad.
- Favorecer el cumplimiento de los fines de la pena mediante al realización de los principios de la celeridad y la economía procesales.
- Evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de la libertad cortas, mediante la imposición de sanciones diferentes a la misma.
- Estimular la reparación de la víctima, mediante una pronta obtención de una declaración de responsabilidad.
- Ayuda a desvertebrar la delincuencia organizada. <sup>2</sup>

Como ya se señaló anteriormente en los casos en los cuales puede operar esta institución es indispensable que se regule de manera precisa, supuestos que

---

<sup>2</sup> Tomado de: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal; Contenida en CD Room con el mismo nombre.

usualmente obedecen a los siguientes criterios: cuando se está frente a conducta bagatelas, cuando la resolución del conflicto puede alcanzarse acudiendo a soluciones extra o prejudiciales, cuando sea posible desplazar el interés estatal en aras de privilegiar a la víctima mediante acuerdos reparatorios, es decir, eventos en los que sea procedente una indemnización que permita prescindir de la necesidad de imponer una pena, cuando lo justifique la persecución de delitos más graves, casos de colaboración efectiva con la justicia, asuntos en los cuales el autor del comportamiento delictivo recibe un castigo natural por la ejecución del mismo, o por el arrepentimiento o desistimiento voluntario.

En el nuevo sistema procesal el artículo 324 regula las causales por las cuales puede aplicarse el principio de oportunidad, las cuales se pueden agrupar considerando las razones de política criminal que las fundamente:

- Ausencia de interés del Estado en la persecución del delito: Numerales 1,2, 3 y 4.
- Razones de interés nacional: Numerales 2, 3 y 9.
- Casos de colaboración con la justicia por parte del imputado: Numerales 5 y 6.
- Aplicación de los principios de no necesidad de la pena y mínima culpabilidad: Numerales 7, 10, 11, 12, 13 y 17.
- Asuntos en los que el presupuesto es la reparación a las víctimas: Numerales 1, 8, 14 y 15.
- Eventos basados en razones de interés público prevalente que permiten sacrificar el fin protegido por la acción penal: Numerales 15 y 16<sup>3</sup>.

Así mismo, se excluye expresamente su aplicación para conductas que representen violaciones graves al derecho internacional humanitario, en crímenes de lesa humanidad o genocidio, también en los delitos de narcotráfico y terrorismo.

Lo anterior en razón a que el artículo 93<sup>4</sup> del Estatuto Superior incorpora los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y las normas de derecho internacional humanitario al bloque de constitucionalidad<sup>5</sup>, por tanto, como las

---

<sup>3</sup> Ibidem

<sup>4</sup> El tenor literal de ese precepto es el siguiente: “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.

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

<sup>5</sup> Noción desarrollada legalmente de forma expresa por primera en un Código de Procedimiento Penal en norma rectora número 3 de la Ley 906 de 2004, así : “En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre

leyes internas deben ser acordes con esas normas se prohibió la aplicación del principio de oportunidad para comportamientos que puedan significar violaciones graves a los derechos humanos protegidos por instrumentos supraconstitucionales, porque, de lo contrario, se comprometería la responsabilidad de Colombia en el ámbito internacional.

Una restricción adicional a la procedencia de este instituto la consagra el parágrafo 3 de la regla 323 que contempla que en ningún caso el Fiscal podrá hacer uso de este postulado en tratándose de delitos de narcotráfico o terrorismo. En síntesis, se justifica la incorporación de esta figura jurídica en el Código de Procedimiento Penal con sustento en las siguientes razones:

- La Fiscalía persigue emplearlo como instrumento para desarticular organizaciones criminales, cuando alguno de sus integrantes suministre datos o información que contribuya a desarticularla, por ende, recibe una compensación por la colaboración con la administración de justicia que se traduce en que se evita que se inicie una acción penal en su contra.
- Como aplicación del principio de proporcionalidad de la pena busca diferenciar entre criminalidad mayor y menor, discriminando determinadas conductas punibles cuando existan otras sanciones mayores, o igualmente efectivas, o sea innecesario iniciar un proceso penal e imponer una pena al imputado.
- Permite un mejor manejo de los escasos recursos de los que dispone el ente investigador, destinándolos para concentrar el mayor esfuerzo investigativo en los delitos de mayor envergadura.
- Conlleva una mayor eficacia y celeridad en la actividad que desempeña la Fiscalía logrando descongestionar en mayor medida los despachos judiciales.
- A raíz de la concepción de una justicia restaurativa se facilitará que la víctima obtenga una indemnización de los daños inferidos con el delito de forma rápida.
- Contribuye a la filosofía que inspira la sistemática procesal orientada a lograr la prelación de una justicia material sobre la simplemente formal.

---

derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción , por formar parte del bloque de constitucionalidad”

### **1.3. REGLAMENTACIÓN**

La reglamentación adoptada en dicho acto administrativo dispone que el Fiscal General de la Nación y sus Delegados podrán aplicar este principio en los casos determinados en la ley, cuando exista un mínimo de elementos materiales probatorios y evidencias físicas que permitan inferir razonadamente que el beneficiado es autor o partícipe de una conducta presuntamente delictiva.

Según la norma, solo la renuncia conduce a la extinción de la acción penal, mientras que la interrupción y la suspensión son actos preparatorios de esa renuncia. La interrupción se ordena cuando decaen los presupuestos sustanciales para continuar el ejercicio de la acción; 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 permiten y exigen el cumplimiento de las condiciones ofrecidas y aceptadas, entre ellas la reparación del daño. Los términos pueden suspenderse hasta por tres años y reanudarse si esas condiciones se incumplen. Satisfechas éstas, procede la renuncia a la persecución penal y la extinción de la acción que es decretada por el juez de control de garantías.

En todos los casos, el Fiscal deberá tener especial cuidado al estimar el tiempo de suspensión del procedimiento, para no exponer injustificadamente la actuación a la prescripción de la acción penal.

La interrupción, por su parte, es un fenómeno transitorio breve que afecta solamente el trámite de la actuación, sin perjuicio de que pueda originar la suspensión del procedimiento a prueba o la renuncia a la persecución penal.

El control judicial en la aplicación del principio de oportunidad por parte del juez de control de garantías tendrá lugar cuando, como consecuencia de la renuncia, proceda la extinción de la acción penal. El principio de oportunidad se entenderá efectivamente aplicado si, una vez producido el control judicial positivo, el juez extingue la acción penal.

El imputado puede solicitar la aplicación del principio de oportunidad, sin que el fiscal esté obligado a tramitar la petición. Si dicho funcionario no accede a la aplicación de este principio, deberá responderle sucintamente al solicitante, con el fin de preservar el derecho fundamental de petición.

Cuando el fiscal decida aplicar el principio de oportunidad, diligenciará el formato correspondiente y le comunicará su propósito a la víctima por el medio más expedito. Esta contará con un término de tres días para expresar, verbalmente o por escrito, sus inquietudes o su pretensión, a su vez dispondrá la renuncia a la persecución penal o la suspensión o interrupción de la actuación. En estos dos últimos casos determinará las condiciones que debe cumplir el indiciado o imputado durante la suspensión o interrupción y velará por su cumplimiento. Satisfechos estos presupuestos, renunciará a la persecución penal.

El fiscal comunicará de inmediato su determinación al juez de control de garantías, para que en los cinco días siguientes realice la audiencia de control judicial. Si el juez no avala la aplicación del principio de oportunidad, el fiscal reanudará la actuación en el estado en que se encontraba al iniciar el trámite.

El fiscal conocerá directamente de la aplicación del principio de oportunidad, en los eventos relacionados con las causales previstas en los numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 9º del artículo 324 de la ley 906 del 2004.

## 2. MARCO TEÓRICO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

### 2.1. DEFINICIÓN

Para el desarrollo de este acápite se citaran algunos conceptos elaborados por la doctrina:

- “Podemos intentar entonces, conceptualizar el principio de oportunidad como un postulado rector del proceso penal acusatorio que facultará al Fiscal para que a través de unas reglas, criterios o supuestos precisos prescinda del ejercicio de la persecución de la acción penal independientemente de que exista delito y autor conocido; su justificación obedece a la sobrecarga del sistema procesal penal y penitenciario, que impone la necesidad de unos correctivos en la aplicación absoluta del principio de oficiosidad u obligatoriedad penal procurando otras formas procesales tendientes a la implantación del derecho restaurativo y, más aún cuando, en la actualidad, se considera la reparación, por destacados doctrinantes como C. ROXIN, como una tercera vía en su configuración política criminal y en su carácter autónomo como componente del sistema jurídico penal de sanciones, al igual que J.M Sánchez, quien discurre que la reparación es una vía para el cumplimiento de los fines clásicos del derecho penal, de protección y pacificación social a través de la prevención que se materializa en la vigencia de las normas penales”<sup>6</sup>
- “Se trata de una forma de terminación anticipada de la investigación porque merced a ella el Fiscal decide no continuar la persecución, o suspenderla provisionalmente. La opción de no iniciar la actuación también está incluida en el inciso primero del artículo 2 del acto legislativo 03 de 2002. Si los preacuerdos y las negociaciones son medios para agotar anticipadamente la actuación, inexorablemente con declaración de responsabilidad penal, el principio de oportunidad, que también agota anticipadamente la actuación, se opone radicalmente a declaraciones de esta índole. El efecto es totalmente contrario porque o no se inicia la actuación; o ya iniciada, se renuncia a ella; o, en fin, se puede suspender la actividad. “El principio de oportunidad es la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación para abstenerse de ejercer la persecución penal, suspenderla o renunciar a ella,

---

<sup>6</sup> DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo, Reforma a la Fiscalía y Sistema Acusatorio, Librería Jurídica Sánchez, Primera Edición, 2003, Medellín, páginas 46 y 47.

en los casos establecidos en este código” (artículo 347). Es entonces, un principio de oportunidad reglada”<sup>7</sup>

- “Como cualquier demandante - especialmente si está investido de calidades administrativas, diferentes a las judiciales -, la Fiscalía tiene discrecionalidad para presentar su pretensión ante la jurisdicción e incluso para adelantar la investigación o no. Obviamente, el margen de libertad de la decisión es mucho más reducido que el de un particular que debe observar únicamente su interés privado. Hay un rango, pero siempre en observancia del interés público. En materia penal, esta discrecionalidad política para acusar o perseguir el delito ha sido llamada por la doctrina especializada “principio de oportunidad”. Se opone - según la misma doctrina - al principio de estricta legalidad o de necesidad”<sup>8</sup>

“Refiriéndose a este tema dice ROXIN”:

“Su antítesis teórica (la antítesis de la “necesidad”) está constituida por el principio de oportunidad, que autoriza a la Fiscalía a decidir entre la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana a la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido la acción punible”<sup>9</sup>

“El principio de oportunidad implica un proceso de selectividad jurídica, sociológica y política respecto de los casos en que se debe aplicar el derecho penal en su máxima expresión”

“Si el derecho penal, como instrumento para la ejecución de la política criminal del Estado (compuesta por todas las estrategias de prevención, investigación, persecución, control y sanción de la criminalidad para generar condiciones de convivencia pacífica en la sociedad), es de reconocida estirpe política y en ocasiones la Fiscalía puede detectar casos en los que no es oportuna o necesaria la formulación de la pretensión, el principio de oportunidad se erige como mecanismo para “ no dirigir la imputación o dictar sentencia absolutoria contra personas que, sin perjuicio de haber participado en el hecho punible, por razones puras y exclusivamente políticas deben ser excluidas de la actuación del ius puniendi del Estado”<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> JARAMILLO DÍAZ, Juan Guillermo, Proyecto de Sistema Procesal Penal Tipo Acusatorio, Librería Jurídica Sánchez, Primera Edición, 2002, páginas 58 y 57.

<sup>8</sup> MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando, La discrecionalidad para acusar, Bogotá D.C. Universidad Javeriana, 2003, pág 89.

<sup>9</sup> ROXIN CLAUS. Derecho procesal penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. pág.89, Pie de página hecha por el autor de la cita número 4.

<sup>10</sup> GIMENO SENDRA. José Vicente. Op. Cit. Pág 196, Pie de página hecha por el autor de la cita número 4.

“El concepto de principio de oportunidad -para el que en la inmensa mayoría de los casos se parte, lisa y llanamente, de la definición a contrario sensu del principio de legalidad- es susceptible de un sentido amplio y otro más estricto”.

- “Al tenor del primero, se comprenden en él todos los instrumentos, tanto de índole penal como procesal penal, que suponen un tratamiento penal diferenciado del conflicto representado por el hecho delictivo”  
“Con arreglo a la concepción más estricta, se aplica el principio de oportunidad cuando se concede al titular de la acción penal la facultad de decidir, cumplidos determinados requisitos, sobre el inicio del proceso penal o su archivo. Cabe incluso, dentro de este último concepto, una versión más restrictiva que personalmente definiendo en atención a la cual el principio de oportunidad comprende, desde la perspectiva subjetiva, únicamente a los sujetos públicos, que son en definitiva aquellos vinculados por la sujeción al principio de la legalidad.”<sup>11</sup>
- “El principio de oportunidad se puede definir, como la facultad que se otorga al funcionario encargado de realizar la acusación dentro del proceso penal para que se abstenga de continuar con la persecución penal a pesar que existan suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del delito. La discrecionalidad otorgada a este funcionario puede ser reglada o cuando los casos de aplicación del principio de oportunidad están previamente regulados en la ley, tal como acontece en algunos ordenamientos penales europeos como el alemán; pero esta discrecionalidad puede ser más amplia como acontece en el sistema penal norteamericano; en el cual, la ley no entra a regular y el Fiscal por razones de conveniencia es quien decide cuando hay mérito para efectuar una acusación.”
- “ROXIN ha definido el principio de oportunidad de la siguiente forma:  
“El principio de oportunidad es la contraposición teórica al de legalidad, mediante la que se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo -archivando el proceso- cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito””

---

<sup>11</sup> Tomado de: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal; Contendida en CD Room con el mismo nombre, cita hecha por el doctor Dario Bazzani Montoya en el capítulo: “La terminación Anticipada del Proceso Penal Por Consenso y Principio de Oportunidad:” “Armenta Deu Teresa, Mecanismos de Simplificación del Proceso Penal: El Principio de Oportunidad y los Procesos Monitorios en Un Codice tipo de Procedura Penale per l’America Latina, Cedam, 1994, 273 y ss.”

- “Von Hippel lo define de la siguiente manera: “ ”Principio de oportunidad es aquel en atención al cual el Fiscal debe ejercitar la acción penal con arreglo a su discrecionalidad, en unos determinados supuestos regulados legalmente”<sup>12</sup>.
- El principio de oportunidad es la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación para abstenerse de iniciar la persecución penal, suspenderla o renunciar a ella en los casos establecidos en este Código<sup>13</sup>”

Recapitulando, el Principio de Oportunidad es la facultad que tiene el Fiscal, como titular de la acción penal, para, bajo determinadas causales y condiciones establecidas expresamente por la ley abstenerse de su ejercicio, suspenderla o interrumpirla. Definición que corresponde al **Sistema de Oportunidad Reglada**, toda vez que los criterios para su aplicación obedecen a supuestos expresamente señalados por el legislador, a diferencia del Sistema discrecional, propio de países anglosajones, como Estados Unidos, donde el titular de la Acción Penal tiene plena disponibilidad en su ejercicio. El primero de los mencionados es el adoptado por nuestro ordenamiento procesal penal.

En otros términos, esta figura es un principio rector del sistema acusatorio en virtud del cual, el órgano investigador (Fiscalía General de la Nación) tendrá la facultad de decidir si un determinado ilícito penal, aún a pesar de prestar mérito para acusar, será o no llevado a juicio con sujeción a las causales que la ley fije para tal efecto. Cabe indicar que se puede aplicar tal institución en los delitos cometidos en forma dolosa o culposa.

En síntesis, es un instrumento de política criminal que se concreta en la posibilidad de disposición de la acción pena a través de la facultad discrecional del funcionario que tiene la obligación de investigar, de abstenerse de hacerlo, en presencia de particulares circunstancias que identifican la ausencia de necesidad de la pena.

---

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ PEÑA, María Victoria, el principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano, editorial ABC Ltda., Bogotá Colombia, 2004, Pág. 27 y 28.

<sup>13</sup> Definición en el proyecto inicial presentado por la Fiscalía en el proyecto legislativo de la ley 906 de 2004.

## **2.2. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

### **2.2.1. Reglado:**

La regla en materia de investigación y acusación la determina el principio de la obligatoriedad y la excepción es el postulado de la oportunidad. Desde el Estatuto Superior se consagra esta regulación de uno y otro. Aquél consiste en que el órgano investigador, ante conductas presuntamente delictivas, tiene la obligación de realizar averiguaciones respectivas, una vez finalizadas éstas, le corresponde acusar a los posibles responsables ante los Jueces de la República, si dispone del soporte probatorio correspondiente. Por su parte, éste otorga a la Fiscalía la competencia, en casos expresamente determinados en el Código de Procedimiento Penal, para elegir si investiga y acusa, o deja de hacerlo, decisión que se fundamenta no sólo en los referidos criterios legales de oportunidad sino también en conveniencias político-criminales, aunque los elementos materiales probatorios y/o evidencias físicas permitan inferir la existencia de un comportamiento al margen de la ley y la responsabilidad del imputado, desde luego, siempre sujeta esa determinación al control por parte del Juez de Garantías.

Esta última precisión denota que con la implementación de dicha figura no se dejaron posibilidades ilimitadas, o absolutamente discrecionales para que el fiscal investigue y acuse de manera arbitraria, sino que se trata de dinamizar el derecho penal y abandonar el legalismo puro y estricto, bajo el entendido que una nueva concepción permite alcanzar los mismos fines a través de otros mecanismos igualmente efectivos, según los cuales cada comportamiento delictivo e imputado ostentan rasgos particulares, cuya complejidad desde diversos ámbitos: personal, social y jurídico, imponen una valoración más allá de la simple aplicación de las normas jurídicas que señalan las consecuencias punitivas.

Por ello, con el propósito de que exista un equilibrio entre ambos postulados se consideraron parámetros tales como: Infima relevancia social, culpabilidad mínima, retribución natural, pérdida del interés público en la persecución de la conducta, posibilidad de suspender la persecución de una conducta para orientarse a otra más grave; el proceso o la pena para someter a prueba al imputado o acusado, Prevalencia del interés particular de la víctima y la readecuación social del comportamiento.

“En los casos en los que se consagra el principio de oportunidad, con ciertas limitaciones legales acerca de las condiciones que se requieren para su aplicación, de manera que haya un referente objetivo para controlarla, el nivel de discrecionalidad es mucho más bajo. Sin embargo, esto no es negativo en sí

mismo. Como decíamos anteriormente, el mayor o menor grado de discrecionalidad depende de la cultura jurídica política en la cual se esté implementando el concepto y del nivel de confianza que se tenga sobre los gobernantes o funcionarios encargados de la toma de decisiones, sin que esto implique que sea imposible generar un margen poco menos generoso de “libertad” para decidir.”

“La reglamentación que se hace recae especialmente sobre las causales y los requisitos procesales que se deben seguir para poder hacer uso del principio de oportunidad. Incluso, un alto nivel de detalle en esta reglamentación no implica que se elimine la discrecionalidad política de la Fiscalía, ni que se rija estrictamente por el principio de la legalidad. De cualquier manera, todas las autoridades tienen sus procedimientos regulados y en cuanto a las causales, éstas operan de manera permisiva, como normas que confieren poder y no de manera imperativa, obligando a una determina conducta”<sup>14</sup>

### **2.2.2. Control Judicial:**

Como característica inherente al sistema acusatorio, las funciones del Fiscal como titular de la pretensión punitiva del Estado, se concretan en la coordinación jurídica de las investigaciones y sustentación de la acusación correspondiente, por tanto, se instituyen una serie de actuaciones que la Fiscalía debe someter a autorización previa o a revisión posterior, con el fin de establecer límites y controles al ejercicio de la persecución penal.

Esta atribución está asignada a los jueces penales municipales, con funciones de control de garantías, quienes establecerán la conducencia, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de imponer las medidas restrictivas de los derechos fundamentales solicitadas por la fiscalía, capturas en flagrancia, imposición de medidas de aseguramiento, entre otras; además de evaluar la legalidad de las actuaciones objeto de control posterior.

Asimismo, en el artículo 327 de la ley 906 del 31 de agosto de 2004, se estipuló un control automático por parte del Juez de garantías, habida cuenta que en todos los casos se requiere de la decisión de aquél, sin que sea indispensable que medie petición del Fiscal.

---

<sup>14</sup> MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando, La discrecionalidad para acusar, Bogotá D.C. Universidad Javeriana, 2003. Páginas 94 y 95.

De la misma forma, en el evento en que opere esta innovadora figura, no le basta al Fiscal simplemente con verificar que en el asunto en particular se presentan los supuestos de hecho previstos en la respectiva causal, puesto que se requiere que exhiba en la audiencia de control de garantías las pruebas que acrediten los presupuestos para su procedencia, con el objeto de que el Ministerio Público y la víctima puedan controvertirlas.

Por tanto, como la Constitución Política (artículo 250) estableció un control obligatorio cuando el Fiscal pretenda aplicar el principio de oportunidad, es requisito de procedencia que aquél solicite al Juez que convoque a una audiencia para tal fin, la cual debe realizarse dentro de los 5 días siguientes, en consecuencia, la decisión no surte ningún efecto jurídico mientras el funcionario judicial no ejerza el control y emita pronunciamiento avalando dicha determinación.

### **2.2.3. No Opera Para Todos Los Delitos:**

Como se anota en la definición, el Principio de Oportunidad es la facultad que al titular de la acción penal le asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, institución que se implementó en el ordenamiento jurídico colombiano a raíz del acto legislativo 03 de 2002.

No obstante, debe tenerse en cuenta que esa reforma constitucional en el propósito de introducir un verdadero proceso penal de estirpe acusatoria, tratando de adecuar el orden jurídico interno con las exigencias de la normatividad mundial, no podía propiciar un desconocimiento de las mismas, razón fundamental para que se restringiera su operancia para ciertos conductas punibles que involucran intereses internacionales.

El canon 93 de la carta Política prevé que los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado y las normas de derecho internacional humanitario, hacen parte del sistema jurídico, mandato constitucional que obliga al Estado colombiano a investigar, juzgar y sancionar adecuadamente las violaciones graves de los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad, de guerra y el delito de genocidio, entre otros.

Como ejemplos de esas disposiciones internacionales pueden citarse:

- El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional habilitaría la competencia de la misma *"porque el Estado no pudo o no quiso"* llevar adelante el juzgamiento.
- También a nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que un Estado puede ser internacionalmente responsable por acción u omisión. Es responsable por omisión cuando no cumple con el deber de investigar y sancionar adecuadamente las conductas que vulneran los derechos humanos.
- La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 10 ordena que *"toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (...) para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"*.

En este orden de ideas, facultar al Fiscal para que no investigue hechos que involucren detrimento a los derechos humanos establecidos en instrumentos internacionales ratificados por Colombia, implicaría la omisión del deber de investigar, con lo cual se comprometería la responsabilidad internacional, lo que daría lugar a acciones contra el Estado en dicho ámbito y la consecuente condena.

#### **2.2.4. Excepcional:**

Como consecuencia lógica de la adopción de un principio de oportunidad reglada deviene esta particularidad.

Comentando estas dos características ha señalado la doctrina *"En los casos en los que se consagra el principio de oportunidad, con ciertas limitaciones legales acerca de las condiciones que se requieren para su aplicación, de manera que haya un referente objetivo para controlarla, el nivel de discrecionalidad es mucho más bajo. Sin embargo, esto no es negativo en sí mismo. Como decíamos anteriormente, el mayor o menor grado de discrecionalidad depende de la cultura jurídica-política en la cual se esté implementando el concepto y del nivel de confianza que se tenga sobre los gobernantes o funcionarios encargados de la toma de decisiones, sin que esto implique que sea imposible generar en margen un poco menos generoso de "libertad para decidir"*.

*En este sentido, el profesor JAIME GRANADOS reconoce que:*

*“ A diferencia de otros esquemas procesales, como el sistema norteamericano donde hay una amplísima discrecionalidad del ministerio público, en Colombia probablemente no sería conveniente, pero tampoco lo sería mantenernos con el principio de legalidad demasiado formalizado y que no permita ese criterio de selectividad que todo sistema de solución de conflictos, como lo es el penal, requiere”*

“En los países de Latinoamérica en los que se ha introducido legislativamente el principio de oportunidad (Venezuela, Chile, Costa Rica, Guatemala, Paraguay, etc.) y en Colombia con el acto legislativo de 2002, se ha optado por una oportunidad reglada, que es más coincidente con nuestra cultura jurídica, proveniente de la Europa continental”.

*“La reglamentación que se hace recae especialmente sobre las causales y los requisitos procesales que se deben seguir para poder hacer uso del principio de oportunidad. Incluso, un alto nivel de detalle en esta reglamentación no implica que se elimine la discrecionalidad política de la Fiscalía, ni que se rija estrictamente por el principio de legalidad . De cualquier manera, todas las autoridades tienen sus procedimientos regulados y en cuanto a causales, éstas operan de manera permisiva, como normas que confieren poder y no de manera imperativa, obligando a una determinada conducta. Por ejemplo, si se establece como causal de aplicación del principio de oportunidad el que haya una reparación voluntaria a la víctima del daño causado por el delito, no implica que en todos los casos en los que esto ocurra el Fiscal deba abstenerse de acusar. Simplemente, en estos casos el Fiscal puede abstenerse de acusar aunque estime procedente y eventualmente exitosa la acusación. En ese sentido, se conserva la discrecionalidad y el control es mucho más preciso y objetivo.”*

*“Esta nos parece una solución a las dudas que se presentan por quienes plantean la dificultad de control y por ende de riesgo de arbitrariedad”.*

*“Además, se podría hablar de un predominio del principio de necesidad y de la aplicación excepcional de la oportunidad, como lo dispone nuestro nuevo artículo 250 de la Constitución, únicamente para las causales taxativamente señaladas en la ley”<sup>15</sup>*

Tradicionalmente en materia penal, el principio de legalidad ha sido el pilar fundamental de todas y cada una de las instituciones y hasta el momento se había

---

<sup>15</sup> GRANADOS PIÑA, Jaime Enrique. “Requerimientos mínimos para la implementación del sistema acusatorio”, en Memorias Foro Nacional Reforma a las Funciones Judiciales de la Fiscalía General de la Nación, Universidad de los Andes. Corporación Excelencia en la Justicia. Bogotá, 2001, págs. 74 y 75. (cita del otro libro) citado por: MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando, La discrecionalidad para acusar, Bogotá D.C. Universidad Javeriana, 2003, pág 89.

tenido como un precepto casi sagrado, salvo por algunas instituciones como la conciliación y la indemnización integral que permiten poner término a la persecución a instancias del ofendido. Con la reforma constitucional y en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio se ha consagrado una excepción más a la obligatoriedad de la acción penal: El principio de oportunidad, figura frente a la cual han surgido múltiples inquietudes respecto del papel que juega frente al postulado de la legalidad.

En síntesis, el Acto legislativo 03 de 2002 consagra como regla general el principio de obligatoriedad, al tiempo que autoriza, de manera excepcional, la aplicación del principio de oportunidad.

#### **2.2.5. Constitucional, Legal Y Procedimental:**

El principio de oportunidad como facultad discrecional del Fiscal fue introducido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico por el acto legislativo 03 de 2002. Como respuesta a esta regulación Constitucional el Estatuto Procesal Penal, trae una regulación sistemática de las causales que dan lugar a la aplicación de esta institución y el procedimiento a seguir, a su vez, en esta última normatividad en el canon 339 del Código de Procedimiento Penal se atribuye al Fiscal General de la Nación la competencia para expedir un reglamento al respecto, regular ciertos aspectos como: controles internos, requisitos de la solicitud, registro de los casos terminados por la operancia de este postulado; sin embargo, no permite que de manera unilateral incluya nuevas hipótesis de oportunidad y tampoco lo autoriza para disminuir los requisitos mínimos determinados en el estatuto procesal. A través de resolución número. 6657 del 30 de diciembre 2004 se sistematizaron estos aspectos.

Entonces, la ejecución de esta figura está codificada desde la propia Carta Política, desarrollada por la ley y reglamentada por el acto administrativo referido, normatividades que deben estar en armonía con el plan de política criminal que diseñe el Gobierno.

En virtud que se consagra como un principio de carácter procesal se regulan, en el caso colombiano, a través de la ley 906 y la resolución 6657 de 2004, los aspectos más relevantes como: Los eventos en los que procede su aplicación, la necesidad de motivar por el Fiscal las razones por las cuales resuelve renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal, la participación de la víctima y del investigado en tal determinación, el funcionario competente para aplicarlo y

controlar la legalidad de la decisión (Juez de control de garantías), el procedimiento, es decir, las etapas que se deben agotar.

#### **2.2.6. Mecanismo De Terminación Anticipada:**

El proceso penal propio del Estado Social de Derecho tiene por fines tanto la satisfacción de los intereses generales en la aplicación del ius puniendi, como el derecho a declarar la libertad del ciudadano inocente, la reparación de la víctima y la reinserción del imputado. Entonces, la aplicación de los criterios de oportunidad en nuestro ordenamiento procesal penal armoniza, indiscutiblemente, con tales fines.

La consagración del principio de oportunidad obedece a una nueva concepción del derecho penal, según la cual, éste solo opera como última ratio, es decir, las consecuencias punitivas únicamente se pueden imponer por conductas realmente disvaliosas, su entrada en vigencia impone la necesidad de reconsiderar el postulado de la obligatoriedad u oficiosidad penal, procurando otros mecanismos procesales, los que en Colombia de alguna manera ya venían siendo aplicados en los sistemas procesales, tales como: la exigencia que consagra el actual Código Penal, en el sentido que para que un delito sea sancionable a más de reunir la tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad formal debe concurrir la material, o sea, que efectivamente se lesione o ponga en peligro el bien jurídicamente tutelado; la diferencia radica en que ahora es la Carta Fundamental la que prevé la posibilidad de una determinación discrecional -reglada- del Fiscal en la persecución de las infracciones penales, como forma también efectiva cuando se infringe el Estatuto de las Penas.

Como manifestación del principio dispositivo dentro del proceso penal, los procedimientos especiales concretan también su finalidad en la economía procesal, bajo el entendido que sea compatibles con los principios de legalidad e igualdad, puesto que tienden a la aceleración del rito.<sup>16</sup>

El principio de oportunidad faculta al titular de la acción para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal, sin agotar el procedimiento

---

<sup>16</sup> Como ejemplo de esta característica se puede citar: En las reformas legislativas europeas en el tema de los procedimientos de abreviación, comúnmente se encuentra apoyo en la Recomendación No 12 R(87) 18 del Consejo de Europa en la cual se promueve la inclusión del principio de oportunidad como remedio a la lentitud de la justicia penal, adoptando instrumentos de agilización de conformidad con las Constituciones de cada Estado.

ordinario, decisión que se debe apoyar en razones de política criminal previamente establecidas, las que se concretan en el Código de Procedimiento Penal en las causales que justifican su operancia.

La Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia sobre el particular ha señalado:

“Dicho en otras palabras, el novedoso sistema está diseñado para que a través de las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverán los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa”.

“Así las cosas, teniendo en cuenta la estructura del proceso penal, la idea es que el mismo se finiquite de manera “anormal”, es decir, a través de la “terminación anticipada”, procurándose que ésta sea la vía que normalmente de fin a la actuación con sentencia condenatoria, ya que, se repite, la concepción filosófica que constitucional y legalmente sustentan el sistema conduce a que así se culminen la mayoría de las actuaciones, pues no de otra manera se explicaría la razón por la cual se incluyeron los preacuerdos, las negociaciones e, incluso, el principio de oportunidad, institutos que, sin lugar a dudas, buscan, dentro del respeto de las garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes, la efectividad material de la administración de justicia dentro del marco propio de celeridad y economía<sup>17</sup>”

Según la Doctrina, de dicho postulado se pueden extraer dos características fundamentales, de un lado, cuál es el funcionario competente para aplicar el principio de oportunidad y de otro, en qué momento es viable ejercerlo.

En cuanto al primer aspecto, se tiene que, en Colombia es una facultad exclusiva del ente acusador, así se deduce del Estatuto Superior y se ratifica en la ley 906 de 2004 y, en lo atinente al segundo tópico en relación con la existencia o no de un delito téngase en cuenta que la Carta Política consagra que la Fiscalía tiene la obligación de ejercer la acción penal cuando los hechos se adecuen a una descripción típica y existan motivos fundados que permitan concluir la posible existencia de un comportamiento delictivo, dicha función encuentra su excepción en el principio de oportunidad, en el cual, a pesar de verificarse suficientes

---

<sup>17</sup> Sentencia del 23 de agosto de 2005. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés (fuente: [www.ramajudicial.gov.com](http://www.ramajudicial.gov.com).)

razones se puede renunciar a la acción penal; por el contrario, cuando la conducta no contenga los elementos de un delito no es viable acudir a esta institución como quiera que en este supuesto ni siquiera es procedente la acción penal, en cuyo caso, de iniciarse, se debe acudir a la preclusión de la investigación que la resuelve el Juez de conocimiento.

En resumen, las principales características del principio de oportunidad son las siguientes:

- Su operancia facilita a evitar los efectos criminógenos de penas cortas
- Constituye una excepción al principio de obligatoriedad
- Su aplicación corresponde a la Fiscalía General de la Nación
- Es un facultad reglada, sometida a control judicial
- Su implementación obedece a Razones de política criminal
- Contribuye a preservar los derechos de las víctimas
- Presupuesto mínimo de prueba
- Tiene efectos generalmente son individuales
- La renuncia extingue la acción penal
- La suspensión implica el archivo definitivamente
- La interrupción, conduce a que puede reiniciarse o extinguirse la acción penal
- No se aplica para violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario
- Se estimula una pronta reparación a las víctimas

### **2.3. DERECHO COMPARADO**

El principio de legalidad obliga que es el Estado quien tiene la obligación de iniciar la acción penal a través de sus órganos, ante un hecho presuntamente delictuoso, cuya consecuencia es la necesidad de adelantar la acción penal en forma obligatoria. El principio de oportunidad no regía antes de la ley 906 de 2004 en nuestro sistema procesal.

Lo cierto es que hay ilicitudes penales que no tienen relevancia social, que tienen una pena mínima y que provocan un desgaste judicial en detrimento de la posibilidad de investigarse otras conductas de mayor trascendencia, como las de corrupción, delincuencia organizada y las de cuello blanco y en general los atentados contra la vida, la integridad personal, la libertad individual y aquellos que lesionan la estabilidad del Estado, entre otros.

Existe una corriente mayoritaria que postula el principio de la oportunidad, en donde si bien el de legalidad es la regla general, la oportunidad constituye la excepción, siendo su aplicación procedente siempre que se encuentre expresamente reglamentado en la ley penal.

A continuación se hará una breve reseña de la forma en que opera la aplicación de dicho postulado en algunos países de América en los cuales se implementaron otras figuras que se equiparan al mismo.

### **2.3.1. Perú:**

El 12 de noviembre de 2003 el proceso penal peruano inició el rumbo hacia la simplificación procesal, debido a que en tal fecha, la Fiscalía de la Nación (órgano máximo del Ministerio Público) dispuso que todas las Fiscalías Provinciales Penales del Distrito Judicial de Lima, pongan en marcha el principio de oportunidad.

Este postulado fue incorporado dentro del ordenamiento jurídico mediante el Decreto Legislativo N° 638 - Código Procesal Penal del año 1991, y fue puesto en práctica cuatro años más tarde, con la Circular N° 006-95-MP-FN, por la cual la Fiscalía de la Nación recomendó su aplicación en la forma que se considerara más adecuada a los fines de la justicia penal. Para el año 2001, las estadísticas mostraron que el principio de oportunidad no había sido aplicado ni siquiera en el 1% de los delitos investigados por el Ministerio Público, razón por la cual, en abril del mismo año se crearon como Plan Piloto las Fiscalías Especializadas encargadas exclusivamente de su operancia, emitiéndose su reglamento de organización y funciones a través de la resolución N° 200-2001-CT-MP; cuando los hechos investigados reúnan los requisitos exigidos: Falta de necesidad de Pena (Afectación grave del delincuente) y Falta de Merecimiento de Pena (Delitos de Bagatela y Mínima Culpabilidad).

En la actualidad, el ordenamiento penal del Perú se encuentra conformado por dos códigos adjetivos, el Código de Procedimientos Penales de 1940 (Ley 9024) y el Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo 638. El primero, orientado por el Sistema Procesal Mixto, en tanto que, el segundo, se fundamenta en el Sistema Procesal Acusatorio Moderno. Respecto a lo cual, resulta menester precisar que doctrinalmente se ha clasificado los Sistemas procesales en Acusatorio, Inquisitivo y Mixto.

En razón del alto índice del fenómeno delictivo, sobre todo el relacionado con la pequeña criminalidad el sistema procesal peruano adoptó algunas instituciones jurídicas propias del derecho anglosajón, en específico, la figura de la

OPORTUNIDAD, por la cual se faculta al Ministerio Público para abstenerse de ejercitar la acción penal bajo dos criterios generales: Falta de Necesidad de Pena y Falta de Merecimiento de Pena.

Por lo tanto, no se puede afirmar que el proceso penal peruano se basa exclusivamente en el Principio de Obligatoriedad de la acción penal, es decir, que "la persecución de los hechos delictivos no puede ser materia negociable para las partes". Sin embargo, en la actualidad se regula legalmente (Artículo 2º del Código Procesal Penal) que tanto el Fiscal, el agresor y el ofendido por el delito se pueden poner de acuerdo en cuanto a la aplicación o no de la pena. De esta manera, se consigue satisfacer el interés público que existe en torno a la efectividad y rapidez en la resolución de los conflictos sociales generados por el delito y, al mismo tiempo, se logran los intereses indemnizatorios de la víctima.

Determinado sector de la doctrina procesal peruana considera que existe una seria contradicción entre la vigencia del Principio de Legalidad y la utilización de los criterios de oportunidad por parte del Fiscal atendiendo a que el Principio de Legalidad se entiende como la obligación que tiene el Ministerio Público de promover necesaria e inmediatamente la acción penal, una vez llegada a su conocimiento la noticia criminal, puesto que para algunos autores, la facultad otorgada al Fiscal para que se abstenga de ejercitar la acción penal colisiona directamente con el Principio de Obligatoriedad. De esta manera, equiparan el Principio de Legalidad con el de Obligatoriedad.

Dicho ordenamiento procesal se encuentra regido por el Principio de Legalidad. No obstante, con la introducción de los criterios de oportunidad se han visto alteradas algunas de sus manifestaciones, sobre todo aquellas vinculadas con las facultades que la ley asigna al Fiscal en el inicio del proceso, como es el caso del Principio de Obligatoriedad estricta, conforme al cual el Ministerio Público estaba obligado a ejercitar la acción penal ante todo comportamiento presuntamente delictivo que llegue a su conocimiento. Así también, el instituto de la Oportunidad repercute en el carácter indisponible de la acción penal, cuya base teórica se identifica con el Principio de Legalidad.

Ello conlleva a 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 accionar del Ministerio Público. Con la introducción de los criterios de oportunidad se han fijado legalmente los casos en que el postulado 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 penal tratándose de delitos de escasa relevancia social. Por tanto, el principio de oportunidad, que tiene una vigencia parcial en el sistema peruano de justicia penal, sólo se puede concebir en forma restringida, teniendo como punto de

referencia el de legalidad y todo lo que éste implica en el modelo de proceso acusatorio.

Para la aplicación de este postulado, el Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando concurren ciertos requisitos exigidos por la norma, pudiendo ser estos concurrentes o excluyentes entre sí, tales como:

- Elementos constitutivos del delito: Que de la investigación preliminar o judicial surjan suficientes e idóneos indicios de la existencia del delito y la vinculación del denunciado en su comisión.
- Falta de Necesidad de Pena: Se da en aquellos casos en que el imputado ha sido afectado gravemente, sea física o psicológicamente, a consecuencia del delito que él mismo provocó, por tanto, ya no sería necesario aplicar una pena.
- Falta de Merecimiento de Pena: Que el delito sea insignificante o poco frecuente y, que a su vez, estos no afecten gravemente el interés público. También llamados delitos de bagatela. La pena mínima no debe exceder de dos años.
- Mínima Culpabilidad: Cuando se presenten circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculadas entre otros factores, a los móviles y finalidad del autor, a sus características personales, a su comportamiento luego de la comisión del delito, con exclusión de la confesión.
- Consentimiento del imputado: éste debe prestar su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad, a fin de iniciarse el trámite correspondiente, lo que no implica necesariamente la aceptación de su responsabilidad o culpabilidad en los hechos imputados, puesto que de lo contrario, se estaría vulnerando su derecho de defensa y la presunción de inocencia.
- Exclusión de Funcionarios Públicos: En ningún caso puede aplicarse estos supuestos con funcionarios públicos en ejercicio de su cargo. Es decir está expresamente excluido el imputado que sea funcionario público y el delito cometido haya sido cuando se encontraba en ejercicio de una función pública.
- Obligación de Pago: Que el imputado haya cumplido con el pago total de la reparación civil, esto es, la restitución del bien, o en su caso el pago de su

valor, y además la indemnización por los daños y perjuicios; o en todo caso, se hayan puesto de acuerdo el referido imputado con la parte ofendida.

### **2.3.2. Argentina:**

En razón del sistema político - Estatal que posee la República de Argentina, cada una de sus provincias cuentan con su propia organización judicial y pese a que existe un Código Penal Único, no ocurre lo propio respecto a las normas penales de carácter procedimental y tampoco existe como tal el principio de oportunidad de manera taxativa en dicha normatividad.

La aplicación del principio de oportunidad en dicho país se puede vincular a propósitos políticos - criminales, como la descriminalización y criminalización de comportamientos, o el intento de derivar comportamientos punibles hacia formas de tratamiento de conflictos y soluciones extrapenales.

Uno de los institutos incorporados al Código Penal Argentino es la llamada "Suspensión del juicio a prueba". El mismo fue introducido por la Ley 24.316 promulgada el 13 de mayo de 1994 y publicada en el boletín oficial, el 19 de mayo de 1994.

La naturaleza del instituto, está encaminado a tener un doble objetivo. En primer lugar, eliminar del sistema penal, por su poca importancia, ciertos delitos para los que se establece una pena privativa de la libertad determinada; y en segundo término, descongestionar la administración de justicia, cuyos órganos jurisdiccionales se encuentran saturados de expedientes, muchos de los cuales carecen de relevancia político - criminal, permitiendo de tal modo la redistribución más racional de los recursos disponibles y de esa manera dotar al sistema de mayor eficiencia y eficacia.

Se tuvieron en cuenta dos institutos distintos para establecer la "suspensión del juicio a prueba". Uno de ellos es la "diversion" y el otro la "probation".

La "diversion" o "diversio" implica la suspensión de la persecución penal a través de la desestimación de los cargos por parte del Ministerio Público Fiscal, siempre que el imputado acepte someterse por un tiempo determinado a un programa específico de rehabilitación y de estricto cumplimiento de las obligaciones que se le impartan; realizar trabajos comunitarios, finalizar estudios secundarios, entre otros.

Por su parte, la "probation" involucra un acuerdo entre el Estado y el acusado, por el cual aquél se compromete a mantener en suspenso un pronunciamiento jurisdiccional condenatorio, a cambio de que éste cumpla con ciertas y determinadas condiciones impuestas por la ley.

Estos institutos están destinados en cuanto a su aplicación a distintos momentos procesales.

La "diversion" procede contra delitos leves y generalmente en cuanto a autores primarios, y está prevista para la etapa de instrucción antes de la elevación de la causa a juicio, solo a pedido del imputado y no se requiere del consentimiento del Fiscal.

En cambio, la "probation" se ha instalado en tal sistema para que rija una vez cerrada la referida etapa. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio. En este caso, terminada la instrucción preparatoria, el tribunal (órgano jurisdiccional colegiado) puede, con el consentimiento del fiscal, suspender la realización del juicio, desentendiéndose de la voluntad del imputado, pues lo que priman en este caso son intereses superiores de política criminal.

El término "probation" significa prueba, o sea que es un régimen de prueba que consiste en la suspensión de un proceso penal o de una sentencia a prueba, sometiendo al procesado o al condenado a un régimen de vigilancia y prueba.

La "probation" entonces ofrece dos alternativas: La suspensión de un proceso penal: se suspende el proceso penal antes de dictarse la sentencia, mientras que, en la suspensión de la sentencia condenatoria se aplaza la ejecución de la pena quedando el procesado sujeto a un sistema de vigilancia.

Para su procedencia es menester la concurrencia de diversos presupuestos:

- Que se trate de un delito de acción pública.
- Que esté reprimido con pena de prisión o reclusión cuyo máximo no exceda de tres años.
- La conformidad del imputado.
- La reparación del daño.
- El consentimiento del fiscal
- El pago de la multa.
- El abandono de bienes.
- Condena condicional.

La "probation" tiene cierta naturaleza punitiva ya que restringe la libertad del imputado toda vez que le genera una serie de obligaciones tales como la de rendir cuentas, presentarse en determinados lugares, completar estudios, dar explicaciones de su conducta, hacer promesas, presentarse ante el Juez, soportar amonestaciones, entre otros y por lo demás, siempre está bajo la amenaza de una pena privativa de libertad que no está del todo descartada.

Otro de los institutos incorporados a la legislación Argentina que contiene el principio de oportunidad es el denominado "Juicio abreviado".

Fue incorporado a través de la ley 24.825 sancionada el 21 de mayo de 1997 y promulgada el 11 de junio de 1997, esto es, el Código Procesal Penal de la Nación.

No cabe duda que el propósito fundamental de la referida norma fue el de descongestionar la acumulación de asuntos penales a la espera del juicio, cuando se de el acuerdo entre el Ministerio Público Fiscal y el imputado y su defensor respecto de los hechos delictivos (descripción del suceso con sus circunstancias temporales y su modo de ejecución, como la calificación legal) y la pena a aplicar. Esto demuestra claramente que este instituto reposa en el principio de oportunidad o de ejercicio discrecional de la acción penal, distinto del principio de legalidad procesal que sustenta la estructura del sistema de derecho penal argentino.

Si bien el "juicio abreviado" se ha instrumentado como una medida contra la mora en la resolución de conflictos penales, el criterio de oportunidad debe ser reglado de tal manera que no se contraponga absolutamente con los principios de legalidad procesal, obligatoriedad u oficiosidad e indisponibilidad que son los pilares del sistema procesal penal argentino.

Se puede concluir entonces que los principios de legalidad y de oportunidad, pueden coexistir en un proceso acusatorio formal o en un proceso mixto o inquisitivo reformado como el que impera en casi todo el país de Argentina, siempre y cuando se parta de un sistema penal estructurado a partir de "obligatoriedad" de la acción penal para los delitos graves y se legisle minuciosamente como excepción la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal para evitar las arbitrariedades que acontecen en la práctica de los países que tienen a ese criterio como regla y única forma de persecución penal.

### **2.3.3. República Dominicana:**

El principio de oportunidad establecido por el nuevo Código Procesal Penal, le permite al Ministerio Público prescindir de la acción pública, es decir, favorece a la

persona imputada. La misma ley establece cuándo, considerando que los hechos atribuidos no afecten gravemente al bien jurídico comprometido ni afecten el interés público, entre otras causas.

A partir del derecho románico francés, se impuso el principio de la legalidad, según el cual todo hecho que aparezca como delictivo debe ser investigado y quienes lo cometan acusados y juzgados penalmente sin que pueda suspenderse el proceso puesto en marcha.

La búsqueda de una mayor eficacia del sistema con una selección controlada de los casos que merecen ser penalizados, la agilización de los procesos, la descongestión de las cárceles llenas de personas acusadas en fase de prevención, la violación al principio de igualdad, son las principales causas enunciadas para aplicar el concepto de oportunidad adoptado por la legislación penal de República Dominicana.

Sin embargo, cuando los funcionarios encargados de administrar justicia carecen de la debida preparación y experiencia necesarias para determinar cuando se puede aplicar el principio de la oportunidad sin contraponerse al bien jurídico que la ley protege como es el caso de la Violencia Intrafamiliar, se corre el riesgo de que la oportunidad dada termine en impunidad. En este evento, el interés que se pretende salvaguardar es la víctima, es decir, la mujer que, con la oportunidad dada al agresor, no tiene más que esperar violencias mayores hasta terminar en la muerte.

#### **2.3.4. Brasil:**

En dicho país se introdujo el principio de oportunidad con la ley 9.099 de 1995, donde el Ministerio Público puede disponer de la acción que le compete en hipótesis determinadas por ley, siendo condición para ello la reparación a la víctima. En ciertos delitos de acción pública de escasa entidad, la indemnización aceptada por la víctima implica la renuncia a la representación y el archivo de las actuaciones. En caso de no reparación, el Estado debe proseguir, aunque puede proponer una sanción alternativa. El Ministerio Público puede proponer la restricción de derechos o de multa, lo que allí se denomina principio de oportunidad reglada.

Es el principio de oportunidad el que se está incorporando con gran vigor en los derechos penales modernos. El hecho de aceptar la mediación no implica confesión del infractor, o sea, que se trata de un medio o herramienta donde el rol participativo de los protagonistas, víctima / victimario, para llegar a una verdad

consensuada tiene dos objetivos básicos: reparar al ofendido y resocializar al procesado.

### **2.3.5. Europa:**

A nivel del derecho continental europeo, el tema objeto de análisis permite advertir la concurrencia de orientaciones que sostienen una legalidad más estricta junto con otros sistemas legislativos que admiten, en mayor o menor grado, la introducción de criterios de oportunidad como excepción a aquélla. Entre los primeros, esto es, los que sostienen la legalidad como principio, sin otorgar una mayor relevancia a la oportunidad- se mencionan los casos de España e Italia.

La aplicación del principio de oportunidad, sin embargo, también tiene, y desde hace bastante tiempo, concretas manifestaciones en los sistemas jurídicas de aquel ámbito cultural, por ejemplo, Alemania y Francia.

En Alemania la fiscalía está obligada, en tanto que no haya sido determinada otra cosa diferente, a proceder judicialmente respecto a todos los delitos, en tanto que tengan suficientes elementos que permitan deducir la posible comisión de un comportamiento al margen de la ley. Se ha establecido entonces, como principio, la legalidad. Sin embargo, como lo precisa Claus Roxin, "el principio mencionado es quebrantado por tantas excepciones que en el ámbito de la criminalidad más leve y, en gran parte, también en el de la criminalidad media, rige, en la práctica, el principio de oportunidad".

En efecto El legislador alemán ha previsto un grupo de criterios de oportunidad que debilitan, en alto grado la fuerza de la legalidad procesal, proclamada como principio. Estos criterios, que dependen de la Fiscalía se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- Cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal.
- Cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo.
- Cuando a la persecución penal se le opone intereses estatales prioritarios.
- Cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal.

También en Europa continental existen en la legislación procesal penal distintos modelos que han admitido propuestas mediadoras para el derecho penal. Así, en Francia, junto con los criterios de oportunidad, la Ley de Enjuiciamiento Penal prevé el instituto de la mediación.

Esta figura radica en el Fiscal una nueva opción respecto al curso por dar al ejercicio de la acción penal. De esta manera, el procurador, cuando detecta como posibles los fines de la norma (reparación, solución del conflicto, rehabilitación del procesado), decide a través del mutuo acuerdo entre las partes programar una audiencia, la que es realizada por un mediador especial, perteneciente a la rama judicial. Éste notifica al procurador del éxito de su misión y el caso se archiva, sin que se continúe el proceso formal. Si la mediación fracasa, en cambio, el Ministerio Público puede continuar, libremente, con el ejercicio de la acción penal.

En Italia, por su parte, no existe consagración expresa del principio de oportunidad, pues simplemente se cuentan con algunos criterios legales en algunas normas jurídicas, por ejemplo, en el literal A del artículo 159 del Código Penal se establece que “cuando el procesado sea un menor de edad se le aplicará el perdón judicial” y asimismo, en el canon 529 del Código de Procedimiento Penal que hace referencia a las circunstancias para proferir sentencia de sobreseimiento y finalmente en el artículo 560 del mismo estatuto el cual contempla que “el imputado puede formular solicitud de juicio abreviado.

### **2.3.6. Costa Rica:**

El principio de oportunidad fue introducido a través de la ley No. 7594 del 4 de julio de 1996 que entró en vigencia el 1º de enero de 1998, en cuyo artículo 22 se establece que le corresponde al Ministerio Público y de conformidad con la ley ejercer la acción penal, no obstante, y con fundamento en un acto jurídico - administrativo podrá prescindir total o parcialmente de la persecución penal, o limitarse a alguna o varias de las infracciones o algunas de las personas que hubiesen participado en el comportamiento delictivo, previa autorización de su superior jerárquico y cuando se trate entre otros, de un hecho significativo, de asuntos de delincuencia organizada en que el imputado colabore con la investigación o cuando haya sufrido un daño físico o moral grave que torne desproporcionada la imposición de una sanción.

En la legislación de Costa Rica es viable solicitar criterios de oportunidad hasta antes de que se formule la acusación por parte del Ministerio Público y si la instancia respectiva (Tribunal) admite su solicitud de aplicación, la acción penal resulta extinguida con relación al autor o partícipe en cuya actuación se hubiese dispuesto.

### **2.3.7. Venezuela:**

En la normatividad de dicho país, el principio de oportunidad se halla regulado en la concepción tradicional relacionada con la excepcionalidad en la aplicación del principio de legalidad. De este modo, algunas disposiciones del Código de Procedimiento Penal (artículos 11, 13, 23, 32) 33) contienen consagraciones a través de las cuales se regula dicho postulado cuando se verifiquen las condiciones propicias para optar por la vía negativa en la aplicación de la ley penal sustantiva.

Entre otros casos se establecen: Cuando se trate de un hecho de poca relevancia que no afecte gravemente el interés público, cuando la participación del imputado se estime de menor relevancia o cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el Juez está autorizado para suspender condicionalmente la ejecución de la pena.

### **3. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

#### **3.1. VENTAJAS**

La obligación del Estado de perseguir y castigar todo delito, propia del principio de legalidad tendría excepciones de orden práctico y teórico, entre las que cuentan la necesidad de descongestionar el sistema, la conveniencia de seleccionar casos para aplicar medidas de corrección en lugar de penas privativas de libertad, la utilidad de evitar penas altas a quienes colaboran con la justicia en el descubrimiento de delitos de suma gravedad, la aplicación de la reparación de daños o de medidas sustitutivas de la privación de la libertad, siempre que las partes así lo convengan y el delito no revista mayores repercusiones en la víctima y en la colectividad.

El principio de oportunidad tiene propósitos político - criminales utilitarios, como la descriminalización de comportamientos, o el intento de derivar comportamientos punibles hacia formas de tratamiento de conflictos y soluciones extrapenales<sup>18</sup>.

Una de las grandes diferencias entre los sistemas inquisitivo y acusatorio, consiste precisamente en la aplicación del principio de oportunidad, pues si bien es cierto que la persecución del delito es obligatoria, lo cual constituye el principio de legalidad; no es lo menos, que existen excepciones vinculadas a consideraciones de oportunidad, tomando en cuenta el interés público. El principio de oportunidad constituye una vía rápida y eficaz para que, dentro de un proceso penal el ofendido con la conducta punible vea satisfecha su pretensión y resarcido el daño ocasionado sin mayores dilaciones.

Su aplicación en tratándose de conductas punibles de escasa relevancia social y en las que la pena carece de significación y previa consideración de la personalidad del agente, tiene la ventaja de evitar efectos perjudiciales con tendencia a la criminalidad a consecuencia de la imposición de una pena que le prive de su libertad; lo cual permite que emerja un espíritu despenalizador del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal.

Este postulado es uno de los mecanismos procesales que permiten un descongestionamiento en el recargo del sistema judicial, toda vez que antes de que el caso llegue a la etapa de juzgamiento, ya habrá encontrado solución a nivel de la Fiscalía, tras el acuerdo arribado entre las mismas partes involucradas, teniendo en cuenta además que su correcta aplicación logra una pronta y justa solución de los procesos penales existentes.

---

<sup>18</sup> GARZÓN MARIN Alejandro y LONDOÑO AYALA Cesar Augusto. Principio de Oportunidad.

Los principales beneficios de este principio se centran en la fuerte ganancia de eficiencia que resulta de la disminución en el tiempo de los procesos y descongestión de los despachos judiciales, dentro de un sistema garantista de los derechos individuales, que genera mayor confianza de la comunidad en la administración de justicia y contribuye eficazmente para la convivencia y paz ciudadanas para el mejoramiento social.

Se adapta a formas propias del Derecho moderno que se sustenta en premisas del Derecho conciliatorio, promueve con ello las nuevas tendencias de este Derecho frente al procesalismo que busca acaparar los casos para solucionarlos en su totalidad <sup>19</sup>.

Estas ventajas conllevan el descenso de las tasas de criminalidad y delincuencia, con términos procesales más cortos, donde la represión del delito puede ejercerse de forma más eficaz.

Su aplicación permite el desarrollo del principio de la Última Ratio, como quiera que ante la existencia de conductas que no son gravosas la sanción penal debe materializarse cuando resulte absolutamente necesario, habida cuenta que las partes en conflicto pueden tener amparo de sus pretensiones ejercitándolas por otros medios legales. Es decir, sólo debe utilizarse el derecho penal como un último recurso o de estricta necesidad. Por lo tanto, sólo ha de ser posible cuando la sociedad no pueda controlar graves conflictos, convirtiéndose la pena en un instrumento al que debe acudir en última instancia.

Se afirma que el principio de discrecionalidad se inclina por la función disuasiva de la pena y el principio de legalidad se orienta por la función retributiva de la pena, siendo más benéfico aquél que el segundo <sup>20</sup>.

El principio de oportunidad reduce la intervención del Estado a nivel de la imposición de una pena privativa de la libertad en los casos en los que sea estrictamente necesaria en los términos de utilidad social, es decir, debe intervenir sólo en aquellos eventos cuando no queden otros medios para la protección de los intereses tutelados.

Tiénese entonces, que dicha figura permite que el derecho penal intervenga exclusivamente en los asuntos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más

---

<sup>19</sup> GARZÓN MARIN Alejandro y LONDOÑO AYALA Cesar Augusto. Principio de Oportunidad.

<sup>20</sup> GARZÓN MARIN Alejandro y LONDOÑO AYALA Cesar Augusto. Principio de Oportunidad.

importantes, por lo que las perturbaciones más leves del orden jurídico pueden ser solucionadas a través de su operancia.

Se pretende asimismo con su aplicación, favorecer al imputado sin dilaciones indebidas, esto es, bajo el imperio de los principios de eficacia y celeridad procesal, tratándose de buscar una pronta solución a un conflicto penal que no tiene mayor relevancia, habida cuenta que la justicia que tarda no es justicia.

Aunado a lo anterior, se tiene como ventaja del referido postulado la economía procesal, puesto que el interés común exige que el proceso se realice rápidamente.

El principio de oportunidad aplicado al nuevo sistema penal acusatorio constituye entonces un mecanismo idóneo para la mejora en la administración de justicia del país, descongestionando el recargado despacho judicial, auxiliando de forma rápida y eficaz a la víctima del delito, evitando la estigmatización de quien, por hechos culposos pero sin intención o de menor gravedad, incurre en comportamientos prohibidos por la legislación penal, significando un ahorro para el Estado y para los justiciables, haciendo efectivo a su vez el de celeridad, entre otras ventajas.

Contribuye igualmente a materializar el principio de economía procesal, en el entendido de que facilita la pronta conclusión de una investigación penal, lo cual se traduce en ahorro económico para el Estado, que no tendrá que continuar generando gastos en material logístico y de personal, el cual podrá destinar a otras labores; y para las partes, pues no requerirán más del asesoramiento legal, ni acudir a la realización de las conocidas diligencias, economizando tiempo y, por ende, dinero.

En los denominados delitos "Bagatela", es decir, de poco significado y relevancia, el principio de oportunidad permite que se consideren atípicas aquellas conductas que implican una afectación superficial al bien jurídico tutelado.

Es justificado y correcto desde el punto de vista político criminal, introducir ciertas facilidades en el proceso de investigación, tal es el caso de que el Fiscal pueda suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal cuando, entre otros eventos, la pena prevista para el delito sea mínima y a condición de que se haya reparado integralmente a la víctima; o cuando el imputado contribuya de manera eficaz a la desarticulación de bandas de delincuencia organizada; siendo ello razonable por cuanto ya la simple tramitación del proceso penal significa para la víctima una carga y con frecuencia hasta un menoscabo jurídico, la que, por supuesto, puede ser evitada.

Constituye un correctivo de la disfuncionalidad e ineficiencia del sistema penal, permitiendo que el derecho represor llegue a sus destinatarios y que se trate con mayor justicia a la víctima.

El principio de oportunidad permite por razones de eficacia y eficiencia profundizar y agilizar la investigación, concentrando los esfuerzos policiales, investigativos y judiciales, evitando el desgaste que implican las pequeñas causas permitiendo con ella la persecución de ciertos delitos peligrosos como el tráfico de drogas <sup>21</sup>.

En síntesis, las ventajas de la adopción y aplicación del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento legal residen en el ámbito de la efectividad de la administración de justicia. Entre éstas se destacan el buscar la eficacia del sistema a través de una selectividad controlada de los casos, favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la búsqueda de la celeridad procesal, el nuevo impulso de los objetivos de la pena (prevención y resocialización), la ratificación del principio de Igualdad, la finalidad de obtener la rápida indemnización de la víctima, evitar los efectos criminógenos de los antecedentes judiciales, penas cortas privativas de libertad y contribuir a la consecución de una justicia material que supere la formal.

Al respecto se ha señalado que “Las ventajas son muchas menos en cantidad que los posibles riesgos, aunque se pueden catalogar como muchas más en calidad por su entidad e importancia para el Estado Social de Derecho. Estas ventajas pueden resumirse en dos: Por una parte, la economía y eficiencia en la ejecución de la política criminal y, por la otra, la búsqueda de intereses públicos legítimos y prácticos no previstos por el legislador, pero, igualmente importantes para la realización de los fines del Estado Social de Derecho<sup>22</sup>”.

La economía implica entonces que si en aplicación del principio de oportunidad se puede lograr que los recursos patrimoniales y humanos disponibles con que se cuenta se empleen en temas de mayor importancia, tanto en la fase de investigación como en la de juzgamiento, de tal forma se estaría logrando un adecuado manejo económico del Estado, lo cual conlleva simultáneamente a que aquellos se destinen racionalmente a la producción de resultados, atendiendo de este modo las necesidades más urgentes.

Tampoco puede desconocerse que la discrecionalidad para acusar brinda a la Fiscalía un instrumento idóneo para la consecución de los fines esenciales del

---

<sup>21</sup> GARZÓN MARIN Alejandro y LONDOÑO AYALA Cesar Augusto. Principio de Oportunidad.

<sup>22</sup> MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. Páginas 129 y 130.

Estado consagrados en el artículo 2º de la Constitución Nacional<sup>23</sup>, como quiera que se le permite adoptar la decisión más conveniente a efectos de garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, siempre que emplee en forma audaz su facultad discrecional y que lo hagan con transparencia y suficiente conciencia de las finalidades citadas.

Otro de los beneficios está relacionado de manera directa con el hecho de que la Fiscalía a través de la aplicación del principio de oportunidad contribuirá a la complementación de la política criminal dispuesta por la normatividad vigente con fundamento en criterios de necesidad y conveniencia, toda vez que las normas tanto sustantivas como procedimentales que rigen en el país en materia penal, no son suficientes para regular cada caso que se presenta en la realidad, lo cual permite que se generen nuevas necesidades de intervención del Estado en orden a emprender acciones de prevención, persecución y judicialización de la criminalidad, además, de atención a la víctimas de las conductas punibles, siendo precisamente en ese momento donde interviene la Fiscalía para complementar la política criminal en cada evento en particular, gozando por ende de cierta legitimidad democrática.

“Podemos catalogar como una evidente y contundente ventaja relacionada con el interés público la posibilidad de atención a los intereses de las víctimas del delito. No sobra reiterar que en el Estado social y democrático de Derecho, la preocupación por los derechos y necesidades de las víctimas y la inclinación por reconocer el papel protagónico que juegan en el conflicto generado con el delito y que pueden jugar en su solución, es una cuestión insoslayable y que debe implementar e incorporar en todo el sistema penal. Sin lugar a dudas, la discrecionalidad puede favorecer enormemente los intereses de las víctimas, que terminan siendo los intereses de todos, de la sociedad en su conjunto.”<sup>24</sup>

Conclúyase de este modo, que bien aplicado y como se pretende, el principio de oportunidad generará transparencia, celeridad, eficacia y economía judicial.

---

<sup>23</sup> El artículo 2º de la Constitución Nacional dispone: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución ; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia Nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo

Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

<sup>24</sup> MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. Página 134.

En definitiva, es un mecanismo que tiene varias ventajas: A) Trata de favorecer la situación del imputado o acusado; B) Procura satisfacer los intereses de la víctima; C) Crea la posibilidad de aplicar medidas sancionadoras alternativas a la privación de la libertad; D) Pretende reducir la carga de trabajo de la justicia penal, mediante diversas formas como de organización, de selección de casos, de atención rápida; E) Permite reaccionar de forma proporcional a la falta de interés público en la persecución de ciertos delitos con escasa lesión social; F) Evita los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad; G) Favorece el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y H) Permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, de aquellos que son considerados de mínima lesión social.

### **3.2. DESVENTAJAS**

Lamentablemente en los Distritos Judiciales (Bogotá y eje cafetero) en los cuales entró en vigencia el nuevo sistema acusatorio se aprecia que en la actualidad el principio de oportunidad no es utilizado en la forma ni en la intensidad debida por gran parte de los Fiscales, debido a que lo consideran como un enigma en el ejercicio de sus funciones, a causa de un desconocimiento casi generalizado de la figura del principio de oportunidad, debido, en parte, a la escasa difusión e importancia que se le ha dado.

El aludido postulado en el procedimiento penal ocasiona, sobre todo, cuando sus supuestos no han sido estrictamente definidos, la imagen de desigualdad, inconsecuencia y engaño.

En efecto. El principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal involucra que se de el mismo trato a los ciudadanos, ello obliga a la aplicación igualitaria de las normas penales. No obstante, se critica que la institución de la oportunidad conlleva a que el poder político, financiero o personal determine de alguna manera la aplicación de las normas penales y con ello se lesione el precepto de igualdad para todos los asociados.

Dicha figura también pone en peligro el principio de división de poderes en todo evento en el que las autoridades que adelantan la investigación puedan decidir sobre la no persecución de los delitos. La separación de poderes significa para el derecho penal, que la rama ejecutiva debe ceder a la competencia de la judicial la decisión sobre la punibilidad de una conducta debidamente comprobada.

Es una determinada concepción política la que lleva a que una conducta antes no delictiva se convierta en un momento concreto en delito, o que una conducta antes tipificada deje de ser delictiva, pudiera decirse que la lista de delitos con sus penas

correspondientes, es el resultado de lo que una determinada sociedad entiende que atenta contra los intereses generales de la misma, y que atenta en tal grado que merece una respuesta sancionadora y precisamente penal, el principio de disponibilidad de la acción penal, es una contra respuesta a este aserto <sup>25</sup>.

El principio de oportunidad resta importancia al juicio oral, por cuanto mayor sea el número de comportamientos delictivos que se diriman en la fase de investigación y por ende sean apartados del debate probatorio y jurídico propio del juicio oral en el nuevo sistema acusatorio, menor será la posibilidad que se sometan a la decisión del Juez de conocimiento acerca de la materialidad del ilícito y la responsabilidad de su autor.

Como consecuencia de lo anterior, se vulneraría el principio de publicidad que rige el procedimiento penal, por ejemplo, en relación con presuntos infractores de la ley penal que ostentan una posición social relevante, quienes estarían dispuestos a pretender por cualquier medio la terminación del asunto en la etapa de investigación; incluso las autoridades de la investigación tenderían, en casos delicados como éstos, a favorecerlos a través de soluciones discretas del conflicto.

Es a largo plazo imprudente desde el punto de vista político, comprometer a las autoridades de la investigación para que, de un mismo modo e intensidad, persigan el esclarecimiento de la totalidad de los comportamientos delictivos, puesto que los recursos materiales y personales de estas autoridades son siempre limitados, por ello, y esto es algo que el mismo legislador previó, concentran su actividad en la investigación de una manera selectiva, algunas veces intensivamente, otras veces de forma laxa y en otras simplemente decidiendo no realizar ningún tipo de persecución.

En consecuencia, se aduce que es más conveniente que el sistema jurídico permanezca de una manera estricta al lado del principio de legalidad, pues de lo contrario se facilitaría la oportunidad al ente investigador de definir a su arbitrio y de manera selectiva los criterios de su actividad.

Entre los principales riesgos que se han podido advertir con la implementación del principio de oportunidad se tienen<sup>26</sup>:

- **La arbitrariedad:** Eventualmente la Fiscalía podría cometer arbitrariedades tanto en el caso en el que decida acusar, como en el que decida abstenerse de hacerlo por razones de oportunidad. No obstante, cuando decide acusar estará

---

<sup>25</sup> BERNAL CUELLAR Jaime, El proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio.

<sup>26</sup> Estos riesgos se toman de libro “La Discrecionalidad para Acusar” que se ha venido citando.

mucho más soportada en el principio de legalidad que cuando omite hacerlo pese a existir motivos fundados y abundantes elementos de juicio para sostener la acusación en la audiencia de juicio oral, debido a que en algunos eventos la justificación de su actuar es eminentemente política y el riesgo de arbitrariedad es mayor.

- **La judicialización de la política y politización de la justicia:** Este riesgo tiene que ver de manera directa en los eventos en que para decidir la iniciación de un proceso judicial el ente acusador atiende criterios eminentemente políticos, hipótesis en la cual la justicia estaría siendo politizada. En tanto que, si se define la justicia como un medio para alcanzar los fines políticos, se generaría la judicialización de la política. Por lo tanto, se convertiría en un riesgo si la concepción de política se refiere a la lucha de intereses particulares y pretensiones personales de alcanzar el poder. En este sentido, se podría llegar a transgredir el límite material del interés público en el ejercicio de la facultad discrecional.
- **La ausencia de legitimidad democrática de la fiscalía:** Se presenta en relación con la posibilidad de actuar como ejecutora de la política criminal del Estado, teniendo en cuenta que dicho ente no tiene origen democrático, es decir, no es elegido por el pueblo como sucede con la rama ejecutiva del poder público y por ende no tiene una posición mayoritaria en la sociedad, por lo cual no puede adelantar políticas definidas a través de un mandato democrático mediante el voto popular como mecanismo de participación ciudadana.
- **La desigualdad en la aplicación de la ley:** La posibilidad de arbitrariedad es mayor en los casos de abstención en el ejercicio de la acción penal, puesto que en la acusación se refleja más directamente la pretensión de la legalidad, lo cual, no obstante, se ve matizado por el principio de la igualdad, toda vez que si la Fiscalía decide acusar en consonancia con las prescripciones legales su actuación sería legítima. Pero, si lo hace y en un caso resuelto en pretérita oportunidad, con los mismos elementos fácticos, se abstiene de ejercitar la acción penal, se materializaría la desigualdad en la aplicación de la ley como un riesgo de carácter inminente. En virtud a ello debe procurarse una motivación adecuada basada en fundamentos tanto fácticos como jurídicos que justifiquen la decisión de abstenerse de ejercer dicha pretensión.
- **La dificultad en el control de este tipo de atribuciones:** La legalidad garantiza la seguridad jurídica para los ciudadanos en relación con la previsibilidad en la actuación de las autoridades judiciales y la consecuente

facilidad de control frente a la misma, consistiendo éste en una simple comprobación objetiva entre lo dispuesto legalmente y lo previsto en la realidad. En caso de una discrepancia entre estos dos extremos, la actuación es ilegal y el control cumple con su propósito fundamental. Sin embargo, en el caso de la discrecionalidad para acusar, se genera un mayor riesgo de arbitrariedad debido a la dificultad en el control de dicha atribución que carece de criterios de referencia completamente claros y definidos de manera precisa, lo que conlleva sin lugar a dudas inseguridad jurídica por falta de certeza de la actuación de la Fiscalía en la formulación de la pretensión penal.

- **Riesgo de erosión de la adhesión social a la legalidad:** De conformidad con el Estado Social y Democrático de Derecho, las personas son conscientes de las consecuencias que la incursión en conductas al margen de la ley genera y de esa forma se facilita la vida en sociedad. El hecho de aceptar que la función de regular la conducta en la comunidad es un instrumento que se puede utilizar de distintas formas, dependiendo de las necesidades sociales y de las posibilidades económicas, puede favorecer la aparición de tendencias sociales irregulares que dificulten la convivencia, habida cuenta que si la ley se aplica solamente cuando algunos consideran que debe aplicarse o cuando las posibilidades económicas lo permiten, algunos sectores de la sociedad pueden entender que la ley no es un parámetro de conducta obligatorio y que pueden en consecuencia apartarse de ella sin que les sea legítimo un reproche o sanción penal.
- **La conformidad:** Como consecuencia de la disponibilidad de la acción penal se puede llegar a un exceso en la justicia negociada, siendo suficiente ya para la sociedad que la ley pueda ser aplicada o inaplicada por una decisión política de las autoridades, como para que a ello se agregue la posibilidad de que su aplicación sea objeto de un contrato, en el que una de las partes es una persona que la infringió, circunstancia que tampoco puede pasar desapercibido.

Puede intervenir asimismo la corrupción en la aplicación del principio de oportunidad, puesto que, se librarían de ser perseguidos los funcionarios corruptos o ciertas personas de estirpe social.

Se produce un alto riesgo porque se contrarrestaría el efecto conminatorio de la sanción penal, ya que ante la no persecución de delitos bagatelas se acicata la comisión de los mismos puesto que no hay temor de ser perseguido por el aparato castigador estatal <sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> GARZÓN MARIN Alejandro y LONDOÑO AYALA Cesar Augusto. Principio de Oportunidad.

Recapitulando, se tienen como críticas al principio de oportunidad las siguientes:

- Su aplicación es restringida.
- No en todos los eventos en que procede su aplicación se logra la reparación integral de la víctima.
- No hay parámetros precisos para determinar el decaimiento del interés del Estado en el ejercicio de la persecución penal.
- No existe claridad en materia de suspensión e interrupción.

Para finalizar este capítulo y desde el enfoque que se le ha dado a esta monografía, se concluye que la discrecionalidad otorgada a los fiscales en la ley 906 de 2004 es una flexibilización del principio de legalidad, con fundamento en consideraciones de conveniencia y necesidad.

Por consiguiente, la discrecionalidad de los Fiscales para iniciar o no una investigación y la persecución penal, no puede ser arbitraria sino orientada por razones que beneficien a la colectividad en general o a la víctima en particular, siendo también elementos orientadores las directrices de la política criminal, que bien pueden serlo en virtud de la clase de delito, por ejemplo que no revista mayor gravedad, o para otorgar una reparación inmediata y proporcional a las víctimas, pero siempre respetando sus derechos.

En virtud de este postulado no se atribuye a los fiscales la posibilidad de definir si una conducta es punible o no, porque ello corresponde exclusivamente al legislador, sino que para cumplir su funciones constitucionales y legales se le asigna la facultad de priorizar acerca de la persecución de unos delitos frente a otros, en virtud de varias circunstancias, como pueden ser los daños ocasionados, la alarma social, las condiciones del responsable, entre otros.

De otro lado, el esfuerzo del legislador en la tipificación de comportamientos se disminuye al concederse al Fiscal la facultad de aplicar el principio de oportunidad. Sin embargo, este funcionario tiene conocimiento que está ante una conducta punible, pero no ejercita la acción penal en razón de que la ley así lo dispone. Lo anterior se traduce en que dicho postulado tiene sustento constitucional y legal y, que cotejado con el de Legalidad, es una excepción de éste.

La utilización de esta institución ha sido mínima hasta el momento, lo que demuestra carencia de una cultura no represiva que confunde los fines de la justicia penal con la pena privativa de la libertad. Asimismo, existe preocupación de que a los fiscales se les asigne facultades que podrían resultar peligrosas al

---

permitírseles la posibilidad de escoger cuales delitos deben ser investigados y acusados. Empero, se aduce a su favor las ventajas de implementar soluciones alternativas en casos en que si se procede con extrema legalidad se originaría severidad innecesaria.

### 3.3. JURISPRUDENCIA ACERCA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La Honorable Corte Constitucional ha emitido sentencias a través de las cuales se ha estudiado la exequibilidad de algunos artículos relativos a la aplicación del principio de oportunidad contenidos en la ley 906 de 2004. En este capítulo se hará mención a ellas, realizando una síntesis del aspecto tratado en cada uno de dichos pronunciamientos y la decisión final adoptada por el máximo Tribunal en materia constitucional.

- **SENTENCIA C-480 DEL 10 DE MAYO DE 2005<sup>28</sup>** : A través de ella la Corte Constitucional se pronunció sobre la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, el cual, es del siguiente tenor literal:

*“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.”*

El demandante consideró que el citado artículo debía ser declarado Inexequible como quiera que a través de él se le están otorgando al Fiscal facultades extremas, para que se convierta en juez determinante y deje de ahondar en las conductas punibles, para lo cual, a su manera, podrá dar por terminada una investigación, sin que exista normatividad alguna para sustentar dicha decisión, lo cual conlleva que se genere impunidad, pues si bien es verdad que la Constitución consagra el principio de la buena fe, también lo es, que los funcionarios en algunas actuaciones adolecen de este postulado para valorar las conductas del hombre, dando lugar a establecer la premisa de que todos los seres humanos son responsables y que por consiguiente deben ser procesados.

La Corte Constitucional precisó al respecto, que en virtud de la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad y de las competencias limitadas de esa Corporación, no le corresponde a ella adelantar el control oficioso de las leyes, sino únicamente pronunciarse sobre las demandas debidamente presentadas por los ciudadanos, las cuales deben cumplir con ciertos requisitos mínimos, para

---

<sup>28</sup> Fuente: [www.rama.judicial.gov.co](http://www.rama.judicial.gov.co) Vínculo: Relatoría H. Corte Constitucional.

efectos de permitir un adecuado funcionamiento del aparato de administración de justicia.

Adujo asimismo, que para que realmente exista una demanda es necesario que el actor formule un cargo susceptible de activar un proceso constitucional, pues no le corresponde a dicha corporación imaginar cargos inexistentes ya que ello equivaldría a una revisión oficiosa. Además, es claro que el cargo invocado por el actor 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, teniendo en cuenta que la necesidad de justificar en forma clara, precisa y coherente las acusaciones de inconstitucionalidad presentadas contra las normas legales, ha sido considerada como una carga procesal básica a cumplir por los ciudadanos que ponen en movimiento el sistema de control constitucional.

En el caso concreto, dijo la Corte, se observa que el demandante no cumplió con la carga mínima de claridad, pertinencia y especificidad en la argumentación que le incumbe en su calidad de actor dentro de un proceso de control de constitucionalidad abstracto. La lectura de la demanda revela serios problemas de coherencia lógica, así como la ausencia de un señalamiento preciso y comprensible de las normas constitucionales que son desconocidas por la disposición acusada y de las razones concretas por las cuales se presenta tal desconocimiento de lo dispuesto en la Carta Política.

En virtud de ello la Corte decidió inhibirse de adoptar una decisión de fondo dentro del proceso de la referencia y así lo dispuso en la parte resolutive de la decisión, en la cual actuó como ponente el Magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOZA.

- **SENTENCIA C-673 DEL 30 DE JUNIO DE 2005<sup>29</sup>** : Por medio de esta providencia la Corte se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad a través de la cual se solicitó la declaratoria de inexecutable de algunas disposiciones de la Ley 906 de 2004, entre ellas, del numeral 16º del artículo 324 que consagra como una de las causales de aplicación del principio de oportunidad la siguiente:

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

---

<sup>29</sup> Fuente: [www.rama.judicial.gov.co](http://www.rama.judicial.gov.co) Vínculo: Relatoría H. Corte Constitucional.

Consideró el actor que la citada norma vulnera el artículo 250 de la Constitución Nacional, por cuanto el principio de oportunidad debe encontrarse debidamente reglado, de manera taxativa, teniendo en cuenta una política criminal que aún no existe. Asimismo, aseguró que es inconstitucional porque quebranta el ámbito de lo reglado para pasar a uno de discrecionalidad absoluta, puesto que se habla de aplicar el principio de oportunidad a una persona que haya cometido un delito que dificulte la labor de un fiscal al investigar otra conducta, obstáculo que determinará el fiscal a su arbitrio, sin fundamentarse en la ley.

Sobre el particular estimó la Corte, que en el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 el legislador no reguló con la necesaria precisión y exactitud el ejercicio de esta 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, conculcándose de esta manera el precepto constitucional aludido.

En este orden de ideas, advirtió la Corporación que el numeral 16 del artículo 324 del nuevo Código de Procedimiento Penal parte de la existencia de un delito cometido por un imputado a título de autor o partícipe. La persecución penal de dicha conducta punible, a su vez, debe dificultar, obstaculizar o impedir a la Fiscalía General de la Nación orientar sus esfuerzos de investigación hacia *“hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad”*, los cuales han sido cometidos *“por él mismo o por otras personas”*.

Por ende, hacer depender la aplicación del principio de oportunidad de una investigación, en cuanto dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de averiguación hacia otra de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, resulta de esta manera una norma completamente ambigua, indeterminada y oscura.

Sin lugar a dudas, los términos empleados por el legislador, dice la Corte, antes que constituir una adecuada y precisa regulación de una potestad discrecional, abren el camino a valoraciones meramente subjetivas o personales del fiscal respectivo, permitiéndole extender su aplicación de manera general a todos los casos que considere posibles sin restricción alguna, contrariando de tal manera la aplicación excepcional del principio de oportunidad así consagrado en el artículo 250 de la Carta Política.

Determinar entonces por parte de un fiscal, que un hecho delictivo tiene mayor relevancia o trascendencia social, a fin de establecer si dificulta, obstaculiza o impide el ejercicio de otra acción penal, sin un referente normativo objetivo, es dejar bajo su personal apreciación u opinión, es decir, conforme a consideraciones de carácter subjetivo, la excepcional aplicación del principio de oportunidad. El

contenido normativo de la causal 16 del artículo 324 de la ley 906 de 2004, le permite al fiscal considerar incluidos en la norma un sinnúmero de supuestos que podrían hacer nugatoria la obligación que tiene la Fiscalía General de la Nación de adelantar el ejercicio de la acción penal, e ilimitada la aplicación del principio de oportunidad en contra de lo previsto en el Estatuto Superior.

Finalmente, adujo que dicha imprecisión de la norma acusada, imposibilita por su parte el ejercicio de un adecuado y real control por parte del juez de garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del principio de oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley. Es decir, ese diseño normativo vago e indeterminado de la causal acusada, le impide al juez de control de legalidad establecer si el fiscal, al aplicar el principio de oportunidad en el caso particular, dispuso arbitrariamente de la acción penal, o si resultaba desproporcionado su ejercicio previa la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, en razón de los deberes de respeto y protección que enmarcan la actividad del Estado.

En conclusión, la norma acusada está estructurada de forma tal que no regula la actividad de la fiscalía para la aplicación del principio de oportunidad, y por lo tanto no consagra una actividad reglada, sino que permite el ejercicio de una facultad discrecional por fuera de los imperativos constitucionales, resultándole en este caso imposible al juez de control de garantías establecer si la decisión de la Fiscalía es constitucionalmente admisible.

En virtud de los argumentos citados, La Honorable Corte Constitucional declaró la inexecutable del numeral 16º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y así lo dispuso en la parte resolutive de la sentencia, en la cual obró como ponente la Magistrado CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

- **SENTENCIA C-979 del 26 DE SEPTIEMBRE DE 2005<sup>30</sup>** : Mediante este pronunciamiento la Corte se ocupó de analizar la exequibilidad del artículo 327 de la ley 906 de 2004, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“ARTÍCULO 327. CONTROL JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal.*

---

<sup>30</sup> Fuente: [www.rama judicial.gov.co](http://www.rama judicial.gov.co) Vínculo: Relatoría H. Corte Constitucional.

*Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano 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 podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*

El problema jurídico que resolvió la Corte Constitucional consistió en definir si el ámbito que delimita la norma citada acusada al control automático y obligatorio del juez de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad por la Fiscalía, recorta el alcance del control establecido en el artículo 250 de la Constitución.

*Esa alta Corporación al respecto precisó que la expresión demandada (subrayada en la norma citada) reduce la operancia del principio de oportunidad a la única hipótesis de la renuncia a la acción penal, lo cual desconoce el canon 250 de la Carta Política que contempla además, la interrupción y la suspensión de la investigación. En su criterio, despojar del control del juez de garantías la decisión de interrumpir o suspender el procedimiento, comporta la afectación de derechos fundamentales que conforman el debido proceso, así como el derecho a acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad (artículos 13 y 228 Estatuto Superior).*

Como corolario de lo expuesto, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “*siempre que con esta se extinga la acción penal*” contenida en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 y así lo dispuso en la parte resolutive del fallo, en el cual actuó como ponente el Magistrado JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Es pertinente acotar sobre el particular, que en comunicado de prensa emitido en la fecha en que se profirió la presente sentencia, el Doctor RODRIGO ESCOBAR GIL anunció la presentación de una aclaración de voto en relación con uno de los argumentos en que se basa la inconstitucionalidad de la frase demandada del artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

### **3.4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE AL DE OPORTUNIDAD:**

Uno de los postulados primordiales que orienta el proceso penal es el de legalidad, el cual comprende la legalidad del delito, de la pena y del proceso, lo que según el Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón "quiere decir que iniciado el proceso, no puede ser suspendido, interrumpido, modificado ni suprimido, salvo

los casos que permiten querrela o petición de parte, y los criterios vinculados al principio de oportunidad.<sup>31</sup>

Conviene precisar el sentido de este principio en la legislación interna. El Estatuto Procesal Penal dispone que el proceso solo puede suspenderse o concluir anticipadamente, es decir, antes de que se agoten las etapas normales para la investigación y juzgamiento de los comportamientos delictivos, en los casos y las formas establecidas expresamente por dicho Código.

De conformidad con el Estatuto Superior, el Fiscal debe asumir el conocimiento de las actuaciones, debiendo coordinar y promover la investigación preprocesal y procesal penal, siendo su obligación acusar si hubiere fundamento ante los jueces y tribunales competentes, e impulsar la acusación en la fase del juicio.

El desarrollo legal de ese precepto constitucional lo prevé artículo 66 de la ley 906 de 2004, es decir, ratifica la prevalencia del principio de legalidad y la excepcionalidad del de oportunidad “Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer 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 cualquier otro medio, salvo 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 el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías”

El principio de legalidad tiene dos presupuestos fundamentales: a) la obligación de los Fiscales de investigar todos los casos, a menos que sea evidente que no se trata de una conducta punible o sea un delito de acción privada (que requiere querrela), o haya impedimentos para hacerlo. b) la obligación de los Jueces penales de llevar a cabo la etapa del juicio, si es que hubiere acusación del Fiscal, en caso positivo, el Juez que resulte competente debe disponer la iniciación y tramitación de esa etapa procesal.

En conclusión, el principio de legalidad procesal crea para el Fiscal la función de conducir la investigación del hecho y la identificación de las personas que pudieren estar vinculadas en la comisión del comportamiento delictivo, a menos que haya sido imposible hacerlo y, el consiguiente deber de los órganos de la

---

<sup>31</sup> PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Los principios Generales del proceso Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2004.

administración de justicia de continuar el trámite, pues, no le es permitido interrumpir o suspender el proceso y menos aún admitir conciliaciones entre las partes, en los eventos de delitos perseguibles de oficio.

De acuerdo a este postulado ningún funcionario judicial está facultado para invocar criterios tomando en cuenta la levedad o gravedad del delito, ni la necesidad de la pena para sustituirla, dejarla sin efecto, o suspender provisionalmente la investigación o el juicio.

Sin embargo, en la última década del Siglo XXI, algunos países, entre ellos Colombia, han incorporado reformas sustanciales a sus sistemas procesales penales, y como rasgo característico de las mismas, se ha conceptualizado el principio de oportunidad reglado que naturalmente implica una excepción al de legalidad.

Algunos autores consideran que el principio de obligatoriedad debe mantenerse, pero que es necesario incrustar como excepción la oportunidad, estableciendo algunos casos previamente delimitados, en los cuales se autorice a los órganos públicos prescindir de la acusación y de la pena, cuando políticamente se ubiquen otros intereses superiores que hagan evidente que aquéllas son innecesarias. Debe exigirse que de previo se establezcan los casos en que puede prescindirse de la acusación, de manera que se conviertan en casos excepcionales, tasados y bajo control incluso jurisdiccional<sup>32</sup>.

Es decir, se viene superando la absoluta prohibición de apartarse de la legalidad, toda vez que se contempla de modo expreso la institución de la oportunidad, en Colombia así lo instituye la Constitución Política. Conforme al primero se impone para todos los servidores judiciales la obligación de buscar sanciones en todos los eventos, con fundamento en teorías absolutas de la pena.

En la práctica, el postulado de la obligatoriedad en sentido estricto rige con independencia de las particularidades de cada caso, esto es, no tiene en cuenta las circunstancias de modo, tiempo, lugar y las razones que motivaron la comisión del ilícito, de tal forma que inexorablemente busca que se adelante todo el proceso hasta llegar al juicio y a la sentencia como única forma de concluirlo imponiendo condenas, dejando de lado los intereses y necesidades de las víctimas.

Pese a lo anterior, como no existen posibilidades físicas, ni jurídicas, para perseguir todos los delitos con sujeción al principio de legalidad, la ley 906 de 2004 consagró el principio de oportunidad que tiende a lograr el descongestionamiento de la justicia penal en el área investigativa y jurisdiccional.

---

<sup>32</sup> GARZÓN MARIN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. Principio de Oportunidad.

Resulta pertinente recordar, que el ordenamiento procesal penal colombiano aún se encuentra regido por el postulado de legalidad, no obstante, con la introducción del instituto de la oportunidad, específicamente con las causales que determinan en qué casos es procedente su aplicación, algunas de las manifestaciones de aquél se han visto alteradas, por cuanto conforme a la obligatoriedad estricta el Fiscal estaba obligado a ejercitar la acción penal ante toda noticia criminis que llegara a su conocimiento.

Por ende, surge un contexto jurídico según el cual el principio de legalidad se mantiene como regla general, empero, con la implementación de los criterios de oportunidad se han fijado constitucional y legalmente los eventos en que la regla de la obligatoriedad, que ya no debe entenderse en forma estricta, admite excepciones y es viable, entonces, circunscribir la iniciación o no de la acción penal considerando parámetros como: delitos de escasa relevancia social, colaboración con la administración de justicia, reparación de las víctimas, reprochabilidad mínima, baja criminalidad, y en general, en los casos en que el interés de la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo.

Por tanto, el instituto de la oportunidad tiene una vigencia parcial en el nuevo sistema de justicia penal, puesto que sólo se puede operar en forma restringida, teniendo como punto de referencia el de legalidad, además, de las implicaciones y garantías propias de un esquema procesal penal de corte acusatorio.

En eso consiste la subsidiaridad de este principio en elaborar razonablemente una política criminal acorde con el estado social de Derecho, que propugna por el respeto incondicional del principio de proporcionalidad, por el reconocimiento de la justicia material, de la justicia restaurativa, donde la privación de la libertad es inconcebible sabiendo que la dinámica social ha comprobado la ineptitud de la institución resocializadora del Estado, para lo cual la concepción del castigo con la llegada del principio de oportunidad se modifica, prestando suma importancia a los subrogados pecuniarios y a la opción de que sea la sociedad misma la que edifique ese proceso de resocialización de los sujetos asociales<sup>33</sup>.

Desde este punto de vista, se entiende dicha figura como la facultad que tiene el Fiscal, como titular de la acción penal, de abstenerse de su ejercicio, o en su caso, de interrumpirla o suspenderla, bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por la ley, siempre que concurren los siguientes presupuestos mínimos: que exista delito, vinculación del imputado con su comisión y el consentimiento de éste para su aplicación, el cual no implica necesariamente el reconocimiento de su culpabilidad, un mínimo de prueba para sustentar su

---

<sup>33</sup> GARZÓN MARIN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. Principio de Oportunidad.

procedencia ante el Juez de Control de Garantías y la preservación de los derechos de las víctimas.

Así las cosas, en el campo del derecho procesal penal, la ley es el instrumento que garantiza los derechos de las personas frente a atentados injustos contra los bienes jurídicos individuales y colectivos, es por ello que si se infringe o vulnera la norma penal, debe ejercitarse la acción penal, iniciándose un proceso, el cual culminará con sentencia condenatoria si se logra desvirtuar la presunción de inocencia del imputado o acusado. Sin embargo, excepcionalmente, además de los desistimientos en procesos por querrela, se puede también aplicar el principio de oportunidad que en el ordenamiento jurídico colombiano no es arbitrario, sino reglado, y no supone contradicción alguna con el de legalidad (obligatoriedad), toda vez que no lo quebranta, por el contrario, se trata de una manifestación de este último de manera restringida con discrecionalidad.

*La crisis de la administración de justicia en materia penal fue la principal motivación para que opere la reforma orientada al cambio del sistema inquisitivo escrito, al acusatorio oral, con todas las innovaciones que ello implica a fin de generar agilidad en la misma, el respeto a las garantías del debido proceso, a los derechos fundamentales de las personas y la atención a las necesidades de las víctimas en aras de lograr el resarcimiento integral de los daños ocasionados con el delito.*

De ahí que el principio de oportunidad nace, para la consecución, entre otros, de los siguientes objetivos:

- Dar respuesta de manera rápida a la mayoría de los procesos que ingresan a las Fiscalías por cualquier medio.
- Tramitar mejor los casos que presenten mayor complejidad y relevancia jurídico - penal y social.
- Atención prioritaria a los delitos más graves, como aquellos cometidos por los órganos del Estado, o para preservar los bienes jurídicos más valiosos como: la vida, la libertad individual, la integridad y la formación sexuales.
- Encontrar modos de satisfacer los intereses de quienes han resultado ser víctimas de delitos.
- Aplicar racionalmente el ius puniendi, en tanto, no atribuirle importancia a ciertas conductas que no merecen una persecución del aparato punitivo por razones de desgaste económico del Estado, en cuanto, a la identificación

de los sujetos activos y la historia de la materialización del ilícito, además, de que hay que racionalizar, administrar eficientemente, la carencia de recursos materiales apropiados para llevar a cabo la persecución debida<sup>34</sup>.

El acelerado incremento del fenómeno delictivo, generó que el sistema procesal colombiano se modificara de uno inquisitivo escrito, a uno acusatorio oral, con la adopción de figuras propias de éste último, concretamente, el principio de oportunidad, es en virtud a ello que no es dable afirmar que el proceso penal se fundamenta exclusivamente en el postulado de la obligatoriedad de la acción penal, habida cuenta que la persecución de todos los comportamientos presuntamente delictivos necesariamente no genera el deber de agotar todo el trámite procesal hasta culminar con una sentencia que imponga una condena.

En la actualidad se regula constitucional y legalmente que el Fiscal puede abstenerse, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal. Con esta nueva concepción del derecho penal, es viable satisfacer el interés público que existe en torno a la efectividad y rapidez en la resolución de los conflictos sociales generados con el delito y, al mismo tiempo, se consideran los derechos y la pretensión patrimonial de la víctima.

De suerte que, el Proceso Penal adquiere una proyección mucho más amplia, sus fines no se ciñen a la satisfacción de los intereses del Estado en la aplicación del ius puniendi, sino que se extiende al resguardo del derecho a preservar, en la mayoría de los casos, como regla general, la libertad de las personas, la reparación de la víctima y la reinserción del imputado o acusado, por lo que la consagración de las causales de oportunidad en el ordenamiento procesal penal armoniza, con esos objetivos.

Por tanto, con la expedición de la ley 906 de 2004 el conocimiento de la realización de un comportamiento delictivo no tiene una respuesta legal automática, es decir, el Fiscal ya no está obligado a ejercitar la acción penal ante toda noticia criminal, consecuencia inmediata del principio de legalidad estricto, que establecía la indisponibilidad de la acción penal, puesto que se dio paso a los criterios de oportunidad, los que hallan su razón de ser en motivos de utilidad pública o interés social.

Queda claro, que la institución de la oportunidad reglada constituye un mecanismo de rango constitucional, legal y reglamentario que pone en el mismo plano la

---

<sup>34</sup> GARZÓN MARIN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. Principio de Oportunidad.

búsqueda del resarcimiento de la víctima y la realización de la pretensión punitiva estatal.

Lo anterior, por cuanto el legislador facultó a la Fiscalía para que se abstenga, interrumpa o suspenda el ejercicio de la acción penal con base a los supuestos definidos en el Código de Procedimiento Penal.

La aplicación de estas casuales está sujeta al control jurisdiccional, lo que permite afirmar que el proceso penal se rediseñó al adoptarse, con las limitaciones legales reseñadas, la figura a la que se viene haciendo alusión, otorgando facultades regladas para la persecución de los comportamientos delictivos, lo cual no significa que se abandone el postulado de la obligatoriedad, ya que los intereses públicos continúan siendo el objeto principal del proceso, además, la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad se restringe a determinados ilícitos penales, con sujeción a las exigencias procesales que consagra la ley 906 de 2004.<sup>35</sup>

Razones adicionales que justificaron su inclusión al ordenamiento procesal colombiano son:

- Buscar la eficacia del sistema a través de una selectividad controlada de los casos que merecen el concurso del derecho punitivo.
- Favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y la búsqueda de la celeridad, faceta esencial del derecho al debido proceso.
- Fortalecer los objetivos de la pena, principalmente el de la resocialización del delincuente y disminuir los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad.
- El propósito de obtener una pronta e integral indemnización de la víctima.

Acorde con la perspectiva del proceso penal moderno, de un lado se continua con su función tradicional, esto es, la aplicación del ius puniendi estatal con todas las garantías procesales y respeto a los derechos fundamentales del imputado o acusado, inherente de un Estado Social de Derecho; de otro, simultáneamente se tutelan, en la medida en que sea posible, otros derechos e intereses igualmente

---

<sup>35</sup> En el sistema penal anglosajón el inicio del proceso o su no impulso se encuentra determinado por la **negociación** a que llegan las partes: Fiscal e imputado, sin ninguna intervención del Juez. La disponibilidad de la acción penal es una facultad irrestricta del Fiscal en el proceso norteamericano.

relevantes y dignos de protección que el propio Estatuto Superior reconoce: la víctima del delito y la reinserción a la sociedad del autor o partícipe del mismo.

Asimismo, constituye una clara manifestación del principio de proporcionalidad que orienta la imposición de sanciones penales, puesto que la respuesta ante la criminalidad menor frente a la delincuencia organizada o de mayor gravedad no puede ser la misma, ya que en cada uno de estos casos, se precisa de una respuesta jurídica adecuada y acorde con la magnitud del daño causado y los bienes jurídicamente lesionados o vulnerados.

De la redacción del artículo 250 del Estatuto Superior se desprende que no se está frente a una figura dispositiva propia del Derecho Angosajón, sino que el principio de oportunidad se estructura como una excepción del principio de legalidad, pues la Fiscalía está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal, si se dan los presupuestos de la causa probable. Además, porque opera en los casos establecidos en la ley, dentro del marco de la política criminal del Estado y sometido a control de legalidad<sup>36</sup>.

En un proceso regido por el principio de legalidad prevalece el interés público en la iniciación y posterior desenvolvimiento de la acción penal. A los intervinientes en la actuación no les asiste facultad respecto a la selección del mecanismo que se emplea para solucionar los conflictos que se suscitan con la comisión de una conducta punible, ni el medio al que se acudirá a fin de reparar sus consecuencias, puesto que uno y otro necesariamente será la culminación de las etapas procesales normales; tampoco en relación con el mantenimiento o terminación del trámite una vez iniciado.

Se sustenta, entonces, este postulado en las premisas que a continuación se enuncian:

- El derecho a la jurisdicción y al acceso a la justicia penal.
- El derecho a la Igualdad Jurídica, en cuanto está prohibido seleccionar con base en criterios arbitrarios a los sujetos que deben ser investigados y acusados ante la jurisdicción penal.

---

<sup>36</sup> BERNAL CUELLAR, Jaime. El proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio. Tomo I.

- La independencia del Poder Judicial, ya que se justifica que al funcionario al que se le asigna la atribución de investigar y acusar, aunque no sea absoluta, tiene que ser una autoridad distinta al juzgador.

La principal crítica que se formula a la obligatoriedad estricta es que su vigencia se observa en el plano simplemente teórico pero no se evidencia en la práctica, puesto que para nadie es desconocido que el sistema penal actúa selectivamente de hecho, es decir, se eligen los casos que se investigarán y se llevarán a juicio, decisión que no siempre está sujeta a parámetros legales y razonables, sino que en la praxis se acude a presupuestos arbitrarios, que degeneran en caos y corrupción.

De lo anterior se concluye que la realidad social impone el repliegue de la función punitiva del Estado, en determinados casos, ya que su intervención no siempre se torna necesaria o proporcional para dirimir los conflictos y repercusiones que de toda índole se originan por un ilícito, desde luego, no se afirma que se debe renunciar a la aplicación del ius puniendi otorgando a la Fiscalía atribuciones totalmente discrecionales para definir qué infracciones penales merecen ser juzgadas.

La función acusatoria permanece gobernada por el principio de la obligatoriedad, habida consideración que la actuación aún tienen como principal cometido velar por la primacía de intereses públicos, entre ellos el de la justicia material, antes que privados, sin embargo, aquella en el ejercicio de la acción penal ha perdido la inflexibilidad y rigidez que la caracterizaba, con la expedición de la ley 906 de 2004 coexiste con supuestos de oportunidad establecidos por la Carta Política, con desarrollo legal y reglamentario.

Por ello, la obligatoriedad sigue siendo la regla general, no obstante, se implementaron nuevos criterios para racionalizar la intervención del sistema penal en casos que no merecen su concurso, los que se encuentran previstos en el nuevo Código de Procedimiento Penal, por lo que su introducción no contradice el postulado de legalidad, ya que solamente, son una excepción a al ejercicio de la acción penal, es decir, lo que la consagración de la figura de la oportunidad hace en nuestro ordenamiento procesal es mitigar o disminuir las implicaciones de aquel postulado.

De lo anterior se colige que la discrecionalidad reglada se identifica por dos características relevantes:

- Cuando el Fiscal se encuentra sujeto a determinadas condiciones legales para abstenerse de ejercitar la acción penal, suspenderla o interrumpirla.

- La propia Constitución Política y la ley limitan esta posibilidad mediante el control jurisdiccional.
- Reemplaza el carácter represivo por una eficaz política humanizadora<sup>37</sup>.

El ordenamiento jurídico constituye el marco inquebrantable en donde se desenvuelve la actividad del Fiscal, máxime cuando el sistema acusatorio establecido con la ley 906 de 2004 tiene una marcada inclinación al europeo continental.

En este orden de ideas, el uso de las causales en que procede su aplicación se encuentra incluido en el postulado de la legalidad, puesto que suponen la atribución al ente acusador, por parte de la Carta Política, de un margen de disponibilidad de la acción penal, conformado por una serie de facultades y soluciones, válidas y justificadas ambas con base a pautas de oportunidad taxativamente determinadas en la medida que se adecuen al mismo.

Entonces, ningún desconocimiento habrá de la legalidad, por cuanto el órgano investigador está sujeto a la ley tanto si ejercita la acción penal como cuando se abstiene de hacerlo.

Bajo estas condiciones, se colige que la introducción del principio de oportunidad se entiende como parte del de legalidad, toda vez que es la ley misma la que señala las reglas a que debe quedar sometida la actividad del Fiscal, por ende, uno y otro son compatibles.

En este orden de ideas, la necesidad de promover la acción penal, consecuencia del postulado de obligatoriedad, entendido de manera restringida, no es la regla actualmente, de esta forma se descarta que el principio de legalidad y el de oportunidad se encuentren en conflicto, únicamente es dable afirmar esa colisión si se interpreta mal aquél, tal como se lo comprendía durante la vigencia del esquema procesal inquisitivo o mixto conforme a los cuales, inexorablemente cometida una conducta punible debía iniciarse la acción penal.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> BERNAL CUELLAR, Jaime. El proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio. Tomo I.

<sup>38</sup> Bajo esa óptica el principio de legalidad tiene una manifestación trascendental: la obligatoriedad que significa, de un lado, que ningún individuo puede sustraerse a la acción punitiva del Estado desde que se tiene conocimiento del comportamiento delictivo hasta la culminación con la sentencia; del otro el proceso penal debe adelantarse necesariamente ante la comisión o sospecha de una infracción penal perseguible de oficio y de continuarlo mientras

En el Estado Social de Derecho institucionalizado con la Constitución Política de 1991, no se concibe un proceso penal que esté al servicio de la comunidad antes que del individuo, por cuanto la prevalencia del interés individual respecto al colectivo constituye el motivo más relevante para variar la concepción que se había manejado hasta entonces del principio de legalidad.

Por el contrario, la institución de la oportunidad parte de reconocer el interés resarcitorio de la víctima, la procura de la celeridad procesal, garantía que hace parte del derecho fundamental al debido proceso y la necesidad de economizar el esfuerzo del aparato judicial para dirigirlo a la lucha de la criminalidad más grave.

Se infiere de lo analizado en precedencia que la oportunidad reglada no quebranta la legalidad, puesto que se trata de una faceta de este último, pues al aplicarse se materializa lo que la ley dispone y se actúa dentro de su ámbito y al mismo tiempo se presenta una atenuación del principio de la obligatoriedad en la persecución penal.

Retomando se tiene, que la oportunidad no arbitraria, sino reglada, como fue diseñada en la ley 906 de 2004, es concebida no como una facultad libre del Fiscal, sino sujeta a normas preestablecidas cuyo acatamiento es controlado por el órgano jurisdiccional y no supone contradicción alguna con la legalidad.

La adopción del principio de oportunidad es una excepción y al mismo tiempo un complemento del postulado de la legalidad procesal (obligatoriedad)

La conclusión a la que se llega en este particular aspecto, encuentra respaldo en la doctrina que se ha ocupado de analizar la posición que ocupa el principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico colombiano frente al postulado de la legalidad. Al respecto se puede citar:

- *“Finalmente, la flexibilización razonable de las normas sustanciales está prevista como un fin del proceso mediante la consagración constitucional expresa que del principio de oportunidad se hace en el primer inciso del artículo 250. Esto es así por cuanto, por definición, la aplicación de ese principio implica la matización del efecto vinculante de las normas sustanciales pues remite a supuestos en los que, por causas legales, no hay lugar a persecución penal. De acuerdo con esto, el mismo constituyente acepta supuestos en los cuales, por diversas razones que*

---

subsistan los presupuestos fácticos y jurídicos que propiciaron su iniciación y los autores o partícipes estén individualizados.

*remiten a la política criminal del Estado, no hay lugar a los efectos previstos en las normas legales que tipifican las conductas punibles”<sup>39</sup>*

- *Mientras en el derecho norteamericano la discrecionalidad es una consecuencia apenas obvia del principio dispositivo y por lo tanto constituye la regla general del sistema procesal penal, en derechos como el colombiano apenas constituye una excepción explícita y rigurosamente limitada por la constitución política. La regla general entre nosotros es el principio de legalidad y la excepción, cuando es del caso aplicarla, es la oportunidad.*
- *Conforme a la estructura del proceso penal previsto en la ley 906 de 2004, si hay lugar a aplicar el principio de oportunidad, así se lo debe plantear la Fiscalía al Juez de Control de Garantías (arts. 66 y 322 C. de P.P.), quien debe realizar respecto del mismo un control de legalidad. De aquí se derivan varias consecuencias importantes, entre las cuales cabe destacar las siguientes:*
- *Las únicas hipótesis de discrecionalidad -reglada- toleradas en materia penal son las previstas para la aplicación del principio de oportunidad. En los demás casos gobierna el principio de legalidad, incluyendo los acuerdos entre Fiscalía y procesado.*
- *El único funcionario competente para realizar el control de legalidad sobre estas formas de discrecionalidad reglada es el Juez de Control de Garantías. Por expresa disposición legal, la competencia para pronunciarse acerca de la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad corresponde exclusivamente al Juez de Control de Garantías. Esto significa que el juez de conocimiento solo debe pronunciarse en materia de legalidad.*
- *Cualquier otra expresión de ejercicio discrecional de la acción penal no solo sería ilegal, sino inconstitucional.*

[..]

*Lo primero que debe advertirse, al analizar estos supuestos, es que metodológicamente el procedimiento previsto por la ley 906 de 2004 deja la investigación y, en consecuencia, la carga de la prueba, en manos de la*

---

<sup>39</sup> La reformulación de los fundamentos constitucionales de la prueba en el nuevo proceso penal. José Joaquín Urbano Martínez. Documento contenido en CD Room titulado “Plan Integral de Formación y Capacitación en el Sistema Acusatorio Penal. Volumen III. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

*Fiscalía. Esto significa que, de manera acorde con la Constitución Política, la carga de diligencia en la persecución penal corre por cuenta de este organismo, no en condiciones de discrecionalidad, como ya se advirtió, sino como un deber que solo admite como excepciones los limitados eventos en que procede la aplicación del principio de oportunidad. En otras palabras, constitucionalmente imperan los principios de persecución oficiosa y necesaria ( art. 250 C.P.), no la disposición discrecional de la acción penal.*

[...]

#### *IV. Conclusiones:*

*Algunas conclusiones a las que puede llegarse sobre la estructura del proceso penal contemplado por la ley 906 de 2004, son las siguientes:*

[..]

6.- El principio dispositivo solo rige de manera moderada en el sistema procesal penal colombiano. En este sentido, las únicas actuaciones susceptibles de discrecionalidad reglada, conforme al artículo 250 Constitucional, son las previstas como hipótesis de aplicación del principio de oportunidad. Todas las demás actuaciones de la Fiscalía y de los Jueces están gobernadas por el principio de legalidad y sus derivados procesales de la persecución oficiosa y necesaria.”<sup>40</sup>

### **3.5. LA POLÍTICA CRIMINAL**

La política criminal es la finalidad u objetivo de la criminología, la cual consiste en la utilización de elementos para contrarrestar la delincuencia, especialmente su prevención, represión y control, también entendida, como la reacción social ante las conductas punibles.

También puede definirse como el conjunto de medidas de que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad y la criminalización.

Siendo la política criminal la designación mas utilizada, también se suele hablar de profilaxis criminal, reacción social y política criminológica.

El concepto de profilaxis de ancestro griego se dejo atrás, debido a que tiene su alcance muy limitado entendiéndose como gabinete, clínica, hospital, dado que su

---

<sup>40</sup> Principales Transformaciones del derecho procesal penal: un análisis estructural. Gerardo Barbosa. Documento contenido en CD Room titulado “Plan Integral de Formación y Capacitación en el Sistema Acusatorio Penal. Volumen III. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

origen aparece con los inicios de la criminología y con la apreciación del hombre que delinque como sinónimo de enfermo o anómalo. Por esto, la criminología positivista, veía en el delincuente a un enfermo biosíquico o social, utilizó esta expresión para referirla al tratamiento médico, psiquiátrico o pedagógico de los sujetos social o criminalmente peligrosos, posteriormente la criminología clínica siguió esta tradición.

*Entonces, la profilaxis es una forma de prevención respecto de aquellas personas que requieren atención médico sicopedagógica, ya sea porque han delinquido en razón de alteraciones sicosomáticas o porque tales anomalías pueden inducirlos al crimen.*

La reacción social por su parte, consiste en la acción que ejerce el Estado o la sociedad frente a los comportamientos criminales; verificándose de dos formas: institucional cuando es presentada por entidades del Gobierno, y pura o simple (no institucional) cuando es ejercida por la sociedad. Sin embargo, en las dos clases hay intervención del Estado, en la primera lo hace directamente, y en la segunda de manera indirecta, a través de la regulación de las conductas reprochables.

La reacción social ante la criminalidad se manifiesta de dos formas: mediante la prevención y represión del delito y en virtud de los mecanismos de la despenalización, desjudicialización y descriminalización.

Finalmente, la política criminológica o anticriminal se dirige a las estrategias estatales tendientes a obstaculizar la comisión de infracciones penales.

Es necesario que el legislador plasme en las normas las soluciones que recomiendan los investigadores tales como: criminalistas, criminólogos, sociólogos, ambientalistas, urbanistas, trabajadores sociales, comunicadores, psicólogos y antropólogos, quienes se ocupan de analizar la realidad social para así formular recomendaciones al legislador a fin de que las materialice a través de los preceptos legales.

*La política criminal se orienta tanto a la criminalidad, que consiste en la totalidad de comportamientos delictivos y de sus autores o partícipes en tiempo y espacio determinados, como a la criminalización; es decir, al proceso constituido por los poderes de definición, asignación y ejecución de las sanciones penales.*

La prevención, como elemento de la política criminal se concreta en evitar el nacimiento de ilícitos, o detener su progreso o expansión, pero siempre con base en una estrategia plenamente detallada e incluida en la planificación general del Estado; excluye, por consiguiente, la improvisación, el control como medida

momentánea y toda ejecución que, aun cuando sea plausible, no obedezca a una finalidad político - criminal preestablecida.

**El Doctor Alfonso Reyes Echandía en su libro Criminología realiza una clasificación de la prevención la cual divide así:**

Por razón de su alcance puede ser absoluta o relativa, genérica o específica; la primera pretende evitar que un fenómeno socialmente dañoso, no detectado aún en la colectividad, se presente en el futuro; la segunda busca impedir la reiteración de comportamientos criminales, o desviados; la tercera se refiere a medidas relacionadas con los factores criminógenos de manera amplia, y la última se dirige a formas concretas de criminalidad.

En cuanto a su oportunidad, se divide en antecedente y subsiguiente; aquella se opone en práctica para impedir criminalidad futura; ésta se enfrenta a la delincuencia pasada y se ejerce para evitar su reiteración.

Desde el punto de vista de quienes la realizan, la prevención puede ser institucional o no institucional; la primera es planificada y ejecutada por el Estado por medio de sus agentes; la segunda es puesta en práctica por la sociedad mediante acción de sus integrantes en forma individual o colectiva.

Teniendo en cuenta su dinámica, la prevención es planificada o espontánea; aquélla es el resultado de estudios e indagaciones previstas en busca de resultados positivos mediatos e inmediatos; ésta es fruto de la reacción emocional que actúa apresuradamente en busca de algún efecto inmediato.

En el ámbito espacial, la prevención puede ser internacional, nacional o regional; la primera es el resultado de acuerdos entre varios países que pretenden contrarrestar formas delictivas comunes (tráfico de estupefacientes, trata de blancas, contrabando, etc.); la segunda se planea y ejecuta dentro del territorio del propio Estado, y la tercera se pone en práctica solamente en aquellas regiones donde existe o parece inminente una determinada modalidad criminógena<sup>41</sup>.

La represión del delito, también componente de la política criminal, se orienta a limitar la libertad personal como consecuencia que sobreviene para quienes hayan infringido la ley penal.

En el ámbito criminológico tiene un alcance más estrecho en cuanto se refiere a la respuesta negativa del Estado o de la sociedad a un comportamiento delictivo, dicha respuesta asume la forma de castigo en manos de los particulares (físico,

---

<sup>41</sup> ROSERO GONZÁLEZ, Ricardo. El Proceso Penal Acusatorio Colombiano.

moral, social) y de sanción penal cuando la ejecuta el Estado por medio de sus agentes.

Teóricamente son predicables de la represión las mismas categorías y clases a que hicimos referencia respecto de la prevención la represión oficial o institucional presenta dos grandes fases: una estática que corresponde a la creación misma de la ley (legislativa) según provenga del Congreso, y otra dinámica que se manifiesta en el proceso de su puesta en marcha por medio del poder ejecutivo y judicial, a través de los funcionarios judiciales, aunque la represión penitenciaria que ya ha adquirido autonomía científica con el nombre de penología es de carácter administrativo; en efecto, su estructura, dinámica y objetivos están consignados en un código penitenciario); su funcionamiento y dirección están a cargo del Ministerio de justicia, y su misión es la de cumplir las decisiones punitivas de los jueces penales.

La ley penal nace como consecuencia de un gobierno de la clase dominante, que considera que determinados intereses económicos, políticos, sociales o individuales carecen de la suficiente protección jurídica, y por lo tanto, acuden a esta figura considerada como la más eficaz en razón de la naturaleza de su sanción, que consiste en la restricción de la libertad individual<sup>42</sup>.

La represión ejecutiva es la policial. La policía tiene la función de preservar el orden público interno y luchar contra la criminalidad previniendo la ocurrencia de conductas punibles y la de reprimirlas actuando como auxiliar de la justicia penal en los delitos.

La represión judicial es la que realiza el juez como agente legalizador del control social profiriendo una decisión sobre la aplicación de la ley; este realiza un trámite procesal consagrado en la norma penal y una vez concluida la actuación impone una sanción en la audiencia pública de juicio oral.

Por último, la represión penitenciaria tiene como propósito la protección social, la prevención de futuros delitos, la retribución por el daño causado y la resocialización del delincuente.

En conclusión, el control y la prevención de la criminalidad, por medio de la búsqueda de la verdad y justicia respecto de las situaciones problemáticas que afectan la vida en sociedad y los derechos de las personas, son las funciones en sentido macro que debe cumplir la fiscalía general de la Nación siguiendo los lineamientos generales expuestos por las autoridades competentes y que constituyen lo que se ha denominado la política criminal del Estado.

---

<sup>42</sup> PEÑA DELGADO, Nelson. Principios del Sistema Acusatorio.

La política criminal en un Estado democrático esta constituida por los comportamientos reprochables que se quieren impedir; las realidades sociales, los derechos particulares que se quieren proteger, así como los principios y procedimientos para lograr la prevención deseada; en este caso, la aplicación del principio de oportunidad para evitar la persecución penal en la comisión de ciertos delitos, y beneficiar a la víctima por medio de la indemnización o la reparación del daño causado, en donde además, cuando la Fiscalía actúa como investigador de conductas presuntamente delictivas, no debe desprenderse de esta función como agente de política criminal; puesto que estas actividades involucran la generación de condiciones que excluyan la privación de la libertad como mecanismo de solución de conflictos y la protección de las víctimas de los delitos.

Las ciencias o disciplinas que en forma inmediata tienen que ver con la política criminal tienen idénticos propósitos:

- El derecho penal previene la criminalidad en un porcentaje mínimo coaccionando psicológicamente, amenazando con la sanción que impone una pena; y reprime a través del procedimiento que consagra la Ley 906 de 2004.
- La penología previene, por medio del tratamiento penitenciario, a la persona condenada buscando evitar la reincidencia en el delito y su reinserción a la sociedad.
- La criminalística reprime con la pesquisa, con la persecución, con la búsqueda de elementos materiales probatorios y evidencias físicas y previene cuando, establecidos los modos genéricos de comisión del delito, hace recomendaciones conducentes a su causación.
- La criminología previene cuando, después de identificar las causas del delito, busca extinguirlas; y reprime cuando sin fundamento opta por someter a tratamientos o terapias por la vía de la penología.

En síntesis, la política criminal se debe gestar dentro de las grandes estrategias del Estado, para que sea adecuada y pertinente, ya que la evitación del delito no se puede dejar exclusivamente en manos de quienes la elaboran inmediatamente, porque el delito es algo inherente a todas las sociedades, y existe en todos los ámbitos de la comunidad.

El Estado como supremo director de la colectividad y responsable de su desarrollo, armonía y bienestar, tiene la misión ineludible de velar por la tutela de

los derechos fundamentales que garantizan el equilibrio social. El constituyente de 1991, consciente de tal responsabilidad, la consagró expresamente en la Carta Fundamental, así: *“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares<sup>43</sup>”*.

El Estado a través de sus representantes legítimos, para poder cumplir con la misión de proteger los bienes que el delito vulnera debe tener una bien coordinada política de prevención de la criminalidad.

En termino de lógica elemental, la desaparición de un hecho solo es posible eliminando las causas que lo producen, lo que implica, desde luego, el reconocimiento de tales causas. Así, para la erradicación del hurto es indispensable descubrir los motivos que lo originan; una vez logrado esto no será tan difícil buscar su anulación.

El IV Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, reunido en Tokio en agosto de 1970, consciente de la magnitud del problema, aprobó la siguiente declaración final:

*“Preocupado hondamente por la urgencia cada vez mayor de que la comunidad mundial de las naciones unidas perfeccione sus métodos de planificar el desarrollo económico y social teniendo en cuenta los efectos que la urbanización, la industrialización y la revolución tecnológica pueden tener sobre la calidad de la vida y el medio humano.*

*Afirmando que la atención insuficiente prestada a todos los aspectos de la vida en el proceso del desarrollo se refleja de forma patente en la gravedad y en las dimensiones cada vez mayores del problema de la delincuencia en muchos países*

*Observando que el problema de la delincuencia tiene muchas ramificaciones que van desde los delitos tradicionales hasta las formas más sutiles y complejas del delito y la corrupción organizados, y que entrañan la violencia de la protesta y el peligro de un escapismo creciente a través del consumo abusivo de drogas y estupefacientes, y que el esfuerzo por lograr un medio más sano y una mejor vida para su pueblo.*

*Creando que el problema del delito en muchos países en sus nuevas dimensiones es mucho más grave ahora que en cualquier otra época de la larga historia de estos Congresos, y estimándose en la obligación ineludible de alertar al*

---

<sup>43</sup> Constitución Política de Colombia. 1991. Artículo 2º.

*mundo sobre las graves consecuencias para la sociedad de la atención insuficiente que ahora se presta a las medidas de prevención del delito, que por definición incluye el tratamiento del delincuente:*

- *1º Pide a todos los gobiernos que adopten medidas efectivas para coordinar e intensificar sus esfuerzos por prevenir el delito en el contexto del desarrollo económico y social que cada país emprende por sí mismo;*
- *2º Insta a las Naciones Unidas y a las demás organizaciones internacionales a que asignen alta prioridad al fortalecimiento de la cooperación internacional en materia de prevención del delito y, en particular, a asegurar la disponibilidad de ayuda técnica eficaz a los países que deseen esa asistencia para organizar programas de actividades relativas a la prevención y represión del delito y la delincuencia;*
- *3º Recomienda que se dé especial atención a la estructura administrativa, profesional y técnica necesaria para que se lleve a cabo una acción más eficaz encaminada a intervenir más directamente y con mayor decisión en el campo de la prevención del delito”.*

## **4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

### **4.1. CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

El artículo 66 de la Ley 906 faculta a la Fiscalía General de la Nación a aplicar el principio de Oportunidad:

*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 Título V rige el principio de Oportunidad. El artículo 321 reitera que la aplicación del principio de Oportunidad está sujeta a la política criminal del Estado, lo que significa que la decisión de investigar o no ciertos delitos no sólo queda en manos del Fiscal General de la Nación, sino que éste deberá tomarla de común acuerdo con el Presidente de la República, según la definición que haga el Consejo de Política Criminal acerca de las conductas que el gobierno considera prioritarias, graves y leves.

Asimismo, se asignó al Fiscal General de la Nación la función de desarrollar el plan de política criminal del gobierno a través de un reglamento que determinara de manera general el procedimiento interno de la Fiscalía "para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley" (artículo 330), lo que en efecto realizó a través de la resolución No. 0-6657 de 2004.

El artículo 322 ratifica el sistema de Oportunidad Reglado, su tenor literal es el siguiente: "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".

El artículo 324 establece los casos en los que el principio de Oportunidad puede aplicarse, y los artículos 325 y 326 regulan la suspensión del procedimiento a prueba.

El control judicial en la aplicación del principio de Oportunidad, no solo en el evento allí señalado, es decir, cuando la decisión es extinguir la acción penal, sino cuando se suspende o interrumpe, de conformidad con el pronunciamiento sobre el particular de la H. Corte Constitucional, esto es, sentencia :, en la que determinó que era obligatorio en cualquiera de esas tres hipótesis, se encuentra en el artículo 327.

Finalmente, en el artículo 328, se impone la obligación del Fiscal de tener en cuenta los intereses de las víctimas y escucharlas - si se presentaron en la actuación -, antes de aplicar el principio de Oportunidad, igualmente, en el canon 329 se prescriben los efectos de la operancia del principio en cuestión.

El artículo 324 de la Ley 906 de 2004 regula las excepciones al principio de legalidad, es decir, enuncia de manera taxativa los eventos en los cuales puede aplicarse el principio de oportunidad.

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

Son los denominados delitos de criminalidad mínima y media. En el proyecto de ley se contemplaba esta causal para delitos de máximo 10 años y no se exigía la reparación previa a la víctima. Con la Ley 890 de 2004, diversas conductas que podían resultar incluidas en esta causal fueron retiradas, ante el aumento de los máximos de las penas.

Esta causal obedece a una finalidad política y económica del Estado orientada a dedicarse a los delitos más graves o de mayor lesividad social, teniendo en cuenta la aplicación del derecho penal como última ratio, aspecto que no puede confundirse con la ausencia de antijuridicidad material.

La reparación no puede limitarse a la simple indemnización, como quiera que implica un tratamiento más integral que brinde una solución de fondo al conflicto y de este modo genere condiciones que permitan y promuevan la convivencia pacífica. Bajo tal supuesto es comprensible que el ente acusador se abstenga de formular acusación, toda vez que las finalidades de la política criminal se cumplen a cabalidad sin necesidad del proceso penal.

Esta causal exige entonces el cumplimiento de tres requisitos fundamentales: En primer lugar, que el delito esté sancionado con pena privativa de la libertad que no sobrepase los 6 años. Al parecer y de la redacción del artículo parece ser que excluye los delitos que no dan lugar a la imposición de una pena privativa de la libertad. Si se incluyen delitos que ameritan restricción de este derecho fundamental, con mayores motivos debería aceptarse en los que no la exigen como por ejemplo una conducta punible que únicamente involucre una pena de multa. En segundo lugar, se exige que previamente se repare integralmente a la víctima de conocerse ésta, entendiéndola tanto como titular del bien jurídico

protegido o como la perjudicada con la conducta, pues en ocasiones la víctima no coincide con quien tiene la calidad de perjudicado, tal como acontece con el delito de homicidio. No obstante, la ley 906 de 2004 en su artículo 132 se ocupa de aclarar el sentido de dicha acepción.

Lo anterior significa, que toda persona que reciba un daño directo por el delito debe ser considerada víctima y en consecuencia debe ser reparado su derecho, para lo cual se puede acudir a cualquier mecanismo apto tal como la conciliación, la transacción o el arreglo directo.

Por último, se exige que sea viable determinar en forma objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado, cuyos alcances deben ser concretados por la política criminal, con fundamento en los fines que aquél ostenta de acuerdo con el artículo 2º de la Constitución Nacional<sup>44</sup>.

Encuentra su justificación en finalidades políticas y económicas orientadas a lograr un mejor uso a los recursos, patrimoniales y personales, dedicando los esfuerzos de investigación en los delitos de mayor lesividad social, con el propósito de obtener una mayor eficacia y celeridad del sistema, en tanto lograría descongestionar los despachos judiciales, es decir, es viable la selectividad en la persecución de las conductas punibles considerando al derecho penal como ultima ratio. Entonces, es instrumento orientado a diferenciar la respuesta punitiva, con fundamento en el principio de proporcionalidad, entre la criminalidad menor, media y grave, cuyo ideal es servir de medido para descriminalizar esa clase de comportamientos delictivos cuando existan otras sanciones más eficaces o se estime innecesario iniciar un proceso o penalizar al imputado o acusado.

#### *4.1.2. “Cuando la persona fuere entregada en extradición a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible”*

La extradición es un procedimiento por el cual los Estados en sus relaciones intersubjetivas, solicitan, tramitan, deciden, conceden u ofrecen la entrega de una persona por parte del estado en el cual se encuentra, a aquél que la requiere, con facultades de juzgamiento o de ejecución de la pena, guiándose dicho convenio por las normas incorporadas al tratado firmado con el respectivo gobierno o por la ley de Colombia.

---

<sup>44</sup> “Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”

En orden a la aplicación de esta causal, debe haber identidad entre los hechos que están siendo investigados en Colombia y los hechos por los cuales el país respectivo solicita al ciudadano en extradición, puesto que si no existe tal correspondencia se debe dar aplicación a la causal<sup>4º</sup>. Únicamente con posterioridad al proferimiento de la resolución que concede la extradición por parte de la Corte Suprema de Justicia es procedente ejercer la potestad de renunciar a la persecución penal.

4.1.3. *“Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal”*

Son los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional (Genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, etc.), cuando la persona fuere entregada a la Corte por alguna de estas conductas punibles. Frente a otros delitos que esa persona haya cometido sólo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal. Si la persona a la que se le imputen hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, no es entregada a la Corte en mención, el fiscal no puede hacer uso del principio de oportunidad (parágrafo 3º del artículo 324 ley 906 de 2004).

El canon 17 del Estatuto de Roma consagra los eventos en los que un delito no se admite para ser conocido por la Corte Penal Internacional, habida cuenta que la regla general es el juzgamiento en el respectivo país y se estipulan también excepciones en donde es posible conocer un caso, lo cual acontece cuando el Estado no esté dispuesto a adelantar la investigación o el juzgamiento o no pueda realmente hacerlo; cuando el asunto haya sido objeto de averiguación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar la acción penal.

También dispone dicho Estatuto, que en cualquier momento luego de iniciada la investigación, la Sala de cuestiones preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, orden de detención contra determinada persona y el estado parte que reciba una solicitud de detención provisional adoptará de inmediato las medidas necesarias de acuerdo con la legislación interna y una vez que este Estado haya dispuesto la entrega, el detenido será puesto a disposición de la Corte en un término prudencial.

De lo anterior se colige entonces, que la regla general es que la persecución se adelante en el país, pues exclusivamente en los eventos regulados, hay lugar a entregar a la persona a la Corte Penal Internacional. Hasta tanto la persona sea

efectivamente entregada será procedente la aplicación del principio de oportunidad.

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

En el evento planteado, a diferencia de la causal 2º, la persona es entregada en extradición por otro delito. Se regula sin embargo un presupuesto fundamental para poder dar aplicación al postulado objeto de análisis, cual es que la pena a imponer de manera eventual en Colombia carezca de relevancia en comparación a una sanción ya deducida en el exterior. Ello significa que se hace necesario que en el extranjero ya se hubiese impuesto sanción que permita efectuar una valoración de importancia entre una sanción esperada en Colombia y la impuesta en otro país.

En lo que respecta a las causales que se refieren a la extradición (numerales 2º,3º y 4º) debe entenderse que la aplicación del principio de oportunidad solo procede una vez se adopte la decisión de conceder y entregar por parte del gobierno nacional, o una vez se produce la entrega o la aprehensión por parte de la Corte Penal Internacional, porque antes de dichas situaciones existe la posibilidad de que la persona continúe en Colombia, debido a que por ejemplo, no se emite concepto favorable por parte de la Corte Suprema de Justicia o porque el Gobierno hace uso de su facultad discrecional de negar la extradición, casos en los cuales, no existiría fundamento para abstenerse de iniciar o proseguir la acción penal.

También, acerca de dichas causales la doctrina hace la siguiente advertencia:

*“Debe entenderse que la aplicación del principio de oportunidad sólo procede una vez se adopta la decisión de conceder y entregar en extradición por parte del Gobierno Nacional, o una vez se produce la entrega o la aprehensión por parte de la Corte Penal internacional, porque antes de dichas situaciones existe la posibilidad de que la persona continúe en Colombia, debido a que por ejemplo, no se emite concepto favorable por parte del la Corte Suprema de Justicia o porque el Gobierno hace uso de su facultad discrecional de negar la extradición, casos en los cuales, no existiría fundamento para abstenerse de iniciar o proseguir la acción penal en nuestro país.*

*También debe precisarse que el juez no puede invadir las competencias constitucionales atribuidas al Gobierno, es decir que su decisión no puede invadir la discrecionalidad que la Carta le reconoce para evaluar, políticamente, si la concede o no. Se trata simplemente, de la verificación del cumplimiento de todos los requisitos constitucionales y legales previstos para el trámite de la extradición”<sup>45</sup>*

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

Puede aplicarse el principio de oportunidad frente al imputado que colabore eficazmente con la administración de justicia, ya sea para impedir que continúe la comisión del ilícito o evitar que se ejecuten otros, también en el evento en que aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

Sin embargo, no se aclara el concepto de colaboración eficaz, pues se desconocer si se debe evitar realmente el comportamiento al margen de la ley, la ejecución de otros y la desarticulación de bandas de delincuencia organizada o si la información suministrada debe ser potencialmente efectiva para alcanzar tal propósito, aunque al final no se logre, puesto que no es igual que gracias a los datos proporcionados se evite un homicidio porque las autoridades arribaron momentos antes de que se perfeccionara, a que se suministre la información pero aquellas lleguen con posterioridad a la comisión del ilícito.

Se considera entonces, que basta con que se demuestre que la información proporcionada constituía un medio apto para obstruir la comisión de la conducta, así se brinde información sobre el lugar donde se va a ejecutar un delito y el mismo no se frustra debido a que las autoridades no actuaron con prontitud, no obstante, los datos eran verídicos y hay lugar a considerar tal información como eficaz para evitar la consumación.

Es por ello que la eficacia debe analizarse de acuerdo a los resultados, salvo el caso de que por un hecho atribuible al funcionario no se evita la conducta o por circunstancias excepcionales y ajenas al indiciado no se alcance el propósito de evitar la ejecución de un delito.

---

<sup>45</sup> BAZZANI MONTOYA, Darío, El Principio de Oportunidad, Negociaciones y Aceptación de Responsabilidad en el Código de Procedimiento Penal, Plan Integral de Formación y Capacitación en el Sistema Acusatorio Penal, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, (tomado de C.D con el mismo nombre)

En torno a esta causal ha resaltado la doctrina algunas precisiones que deben tenerse en cuenta para una mejor comprensión de su alcance: *En relación con las causales que se refieren a la colaboración del testigo (numerales 5 y 6), debe recordarse que su fundamento está en el régimen de inmunidades del derecho anglosajón.*

*En el sistema norteamericano se conocen cuatro clases de inmunidades. La inmunidad de uso, según la cual nada de lo que diga el testigo en su declaración puede ser utilizado en su contra; la inmunidad de uso derivativo, que impide utilizar la declaración y los medios de prueba obtenidas a partir de lo dicho por el testigo, en su contra; la inmunidad transaccional, que implica el no procesamiento del testigo; y, la inmunidad extrapenal, en la que se ofrece al testigo, además del no procesamiento penal, otros beneficios como la extinción de las obligaciones civiles derivadas del delito o de las consecuencias administrativas, fiscales o disciplinarias.*

*Obsérvese que las inmunidades de uso y uso derivativo tienen fundamento constitucional en el derecho de no auto incriminación, en la medida que se realiza una ficción jurídica: La declaración es válida en cuanto incrimina a terceras personas, pero no existe en tanto incrimina al propio testigo, pues es como si hubiese hecho uso del derecho a no declarar. En cambio, las inmunidades transaccional y extrapenal, se basan en el principio de oportunidad, porque no se refieren al potencial probatorio de una declaración o los medios de prueba obtenidas a partir de la misma, sino que implican la promesa de no ejercer la acción penal o suspender su ejercicio.*

*Lo anterior significa que para neutralizar el valor probatorio de la declaración del testigo así como los medios de prueba obtenidas a partir de dicha declaración, con el fin de que no puedan ser utilizadas sino exclusivamente en relación con otras personas, basta con invocar el privilegio constitucional por parte del testigo al momento de declarar, sin que sea necesario otorgarle a cambio la promesa de aplicar principio de oportunidad.*

*Ahora bien, tratándose de la inmunidad extrapenal, el fiscal no cuenta con atribuciones constitucionales ni legales para extinguir consecuencias del delito, diferentes de las penales.*

*En consecuencia, el único evento de oportunidad que se recoge en las causales mencionadas es el de inmunidad transaccional, la cual puede referirse a un delito o a varios de los que se puedan imputar al testigo”<sup>46</sup>*

---

<sup>46</sup> Ibidem.

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

Respecto a las causales que se refieren a la colaboración del testigo (numerales 5º y 6º) debe precisarse que su fundamento se halla en el régimen de inmunidades y concretamente en el derecho de no auto incriminación, en la medida que se realiza una ficción jurídica: La declaración es válida en cuanto incrimina a terceras personas, pero no existe en la medida que incrimina al propio testigo, pues es como si hubiese hecho uso del derecho a no declarar.

Lo anterior significa que para neutralizar el valor probatorio de dicha declaración, así como las declaraciones obtenidas a partir de la misma, con el fin de que no puedan ser utilizadas sino exclusivamente en relación con otras personas, basta con invocar el privilegio constitucional por parte del testigo de al momento de declarar, sin que sea necesario otorgarle a cambio la promesa de aplicar el principio de oportunidad.

4.1.7. *“Cuando el imputado ha 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”.*

Es la denominada pena natural. Es el caso del conductor que pierde el control de su vehículo por embriaguez y en el accidente muere su esposa o en el evento de que el padre, sacando su vehículo del garaje, su hijo de escasos dos años se esconde detrás y lo atropella. En estas hipótesis, seguramente la persona ya ha sido suficientemente sancionada con la muerte de su familiar y reconoce su responsabilidad, no siendo necesario derivar más consecuencias penales por sus actos. En estos eventos se puede decir, que concurren en una misma persona las calidades de infractor y víctima, habida cuenta que el padecimiento moral se considera como una pena impuesta por las circunstancias, lo cual hace innecesaria una sanción de naturaleza estatal, siendo de este modo desproporcionado imponer una pena.

En esta causal se contempla el hecho de que la persona ha sufrido como consecuencia de la conducta por la cual se le investiga, un daño moral o físico grave, que haga ver excesivo imponer una sanción al estimarse suficiente el sufrimiento interno del infractor de la ley penal.

Se exigen además para su aplicación ciertos requisitos: Que la conducta sea culposa, es decir, se excluyen los hechos dolosos (causados con intención); que se produzca un daño físico o moral grave (de gran magnitud), lo cual implica que no debe ser de poca trascendencia y se cataloga de acuerdo a lo que un hombre medio tiene la capacidad de tolerar y por último, se debe hacer un juicioso análisis que conduzca a concluir que la sanción a imponer sería desproporcionada no con relación a la conducta sino al perjuicio físico o moral sufrido.

#### 4.1.8. *“Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de éste se cumple con las obligaciones impuestas”*

La suspensión del procedimiento a prueba, consiste en la posibilidad que se le brinda al Fiscal de suspender la investigación, con la consiguiente obligación para el indiciado de cumplir ciertas condiciones tales como residir en un determinado lugar, indemnizar a las víctimas, no consumir bebidas embriagantes, entre otros.

En virtud a ello se estipula un plazo razonable que no puede ser superior a los 3 años para que durante dicho lapso de verifiquen las condiciones impuestas y como consecuencia de ello se extinguiría la acción penal; no obstante, en los textos aprobados por el congreso de la República exclusivamente se hace referencia a que el ente acusador dispondrá el archivo definitivo de las diligencias, siendo claro que la consecuencia de esto debe ser la extinción de la acción, pues que no se puede hacer recaer en la persona la obligación de tolerar la posibilidad de una investigación penal.

En Alemania se regula tal figura, pero adquiere la denominación de “archivo del proceso en caso de cumplimiento de condiciones y mandatos” y a diferencia de ésta, se contempla que una vez cumplidas las condiciones no se podrá continuar con la acción y adicionalmente se hace indispensable la autorización previa del Tribunal para poder ejercer dicha potestad.

A fin de evitar que las condiciones a cumplir constituyan a su vez penas restrictivas de otros derechos distintos a la libertad (la prohibición de conducir vehículos), y por ende se le de la oportunidad al Fiscal de imponer una condición que equivalga a una pena, cuando deba imponer determinada condición debe contar con el consentimiento del indiciado, el cual debe presentar un plan de reparación en el cual manifieste las condiciones que está dispuesto a cumplir, pues de lo contrario se estaría obligando a las personas a soportar una medida que restringe en gran medida sus derechos en una fase procesal en la que no es acertada la imposición de sanciones. En razón de ello, dicho funcionario no puede

tener la potestad de promover de manera oficiosa la suspensión del procedimiento, como tampoco modificar el plan sin el previo consentimiento de las partes.

El imputado debe presentar oralmente el plan, a través del cual señala la forma en que piensa reparar el daño ocasionado con su comportamiento y qué condiciones está dispuesto a cumplir. Aquél puede consistir en la mediación con las víctimas, la cual implica que un tercero neutral designado por el Fiscal, intente el intercambio de opiniones entre la víctima y el indiciado para llegar a un acuerdo. Asimismo puede darse a través de la reparación integral, es decir, cubriendo todo el daño causado con el comportamiento pero nada más que éste. La reparación simbólica se traduce en la realización de una serie de actos que si bien no son de contenido económico, representan un valor significativo para la víctima o los perjudicados.

El Fiscal debe consultar con la víctima y luego de escucharla decidir si aprueba o modifica el plan propuesto, cuya decisión debe fundamentarse en los criterios de la justicia restaurativa, la cual es definida en el artículo 518 de la ley 906 de 2004.

Sin embargo, la investigación se puede reanudar si se incumplen las obligaciones finalmente impuestas, en tal evento, los hechos admitidos por el indiciado por motivos del plan de reparación no pueden ser usados como medios de prueba que fundamenten una sentencia condenatoria.

Aquél dispondrá del término indicado por el Fiscal para cumplir las obligaciones, dicho término no podrá ser mayor a 3 años; luego de transcurrido el plazo otorgado y verificado el cumplimiento de las condiciones se ordena el archivo definitivo de la actuación, lo cual implica la extinción de la acción penal, puesto que el canon 329 ibídem, aclara que la decisión en la que se prescinda de la persecución penal extingue la acción penal.

Igualmente se establece que durante el periodo de prueba el indiciado debe someterse a la vigilancia del Fiscal, la que tiene el propósito de verificar que en efecto esté cumpliendo, pues en el evento que no lo haga sería conducente reanudar el procedimiento, puesto que si de antemano se hace evidente que las obligaciones no se cumplen, carece de sentido esperar el transcurso del término. Por ejemplo, si se fijaron varios plazos para cancelar los daños causados por un delito a cierta persona y las primeras cuotas se incumplen, no tiene sentido continuar con la suspensión.

De suma relevancia resulta esta causal porque en ella se revela la importancia que se le da a la víctima del delito en la aplicación del principio de oportunidad, dado que la ley 906 de 2004 radicó como una de las principales funciones de la Fiscalía General de la Nación velar por la protección de los intereses de quienes reciban un daño directo a causa de la infracción penal, así se consagra la posibilidad de suspender el procedimiento a prueba para que se adelanten procesos de justicia restaurativa, bien sea a través de la conciliación o la mediación, mecanismos regulados en los artículos 518 a 527 del nuevo esquema procesal penal, los que buscan una mejor solución del conflicto y el cumplimiento de los fines previstos por el Estado en la ejecución de la política criminal diseñada para tal efecto.

Congruente con lo anterior el artículo 518 del Código de Procedimiento Penal define los programas de justicia restaurativa “como todo proceso en 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.

Se entiende por 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.”

Ahora, la reparación no se limita a una indemnización económica, puesto que implica un tratamiento integral que resuelva el conflicto suscitado con la comisión de la conducta punible abarcando todas las consecuencias negativas que se derivan de su ejecución tal como lo dispone el canon 250 del Estatuto Superior. Recuérdese que son tres los derechos fundamentales de las víctimas en el proceso penal: verdad, justicia y reparación.

4.1.9. *“Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado”.*

En el evento planteado, el continuar con la investigación conlleva un peligro para la seguridad exterior del Estado, el cual debe ser de trascendental importancia de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

El Fiscal en cada caso concreto debe valorar que efectivamente esté de por medio un peligro para la seguridad exterior del Estado al igual que su magnitud. El artículo 189 No 6° del Estatuto Superior dispone que “El presidente proveerá la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la

Nación y la inviolabilidad del territorio, y declarando la guerra con permiso del Senado”, lo cual indica que la seguridad exterior es un concepto muy ligado a las relaciones internacionales y resulta comprometida cuando por ejemplo, se pretendan violar los límites de la Nación.

4.1.10. *“Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios”*

El bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública es el correcto ejercicio de la función pública dentro de los parámetros de la legalidad y honestidad, a fin de que la libertad de opinión, la igualdad, el derecho al sufragio, la autodeterminación o cualquier otro privilegio radicado en los ciudadanos puedan ser reales y efectivos.

En relación con los delitos contra la recta administración de justicia es dable afirmar, que se trata de comportamientos que atentan contra el normal y eficaz funcionamiento de la labor judicial (falsa denuncia); conductas que quebrantan la ejecución de lo resuelto en las decisiones judiciales (fuga de presos) y actos que infringen la sujeción de carácter general que deben tener los particulares para con la importante actividad de administrar justicia (infidelidad a los deberes profesionales).

Se exigen de este modo la acreditación de dos presupuestos para dar aplicación a la citada causal: que la lesión a los bienes jurídicos resulte de poca trascendencia y la sanción disciplinaria haya sido adecuada y proporcional para la infracción del deber.

A efectos de la determinación de la poca relevancia de un comportamiento respecto al bien jurídico es imperioso acudir al concepto de antijuridicidad material, puesto que no es lo mismo un peculado por apropiación con relación a una cifra incalculable de dinero que la apropiación de un lapicero. En estos casos de insignificancia, debe verse la sanción disciplinaria como suficiente.

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

El objeto material del delito es aquello sobre lo cual recae la acción que concreta la lesión o puesta en peligro del interés tutelado en materia penal. En lo que respecta a los delitos contra el patrimonio económico es por regla general real y excepcionalmente fenomenológico. En esta causal, el bien sobre el que recae la conducta debe hallarse en alto grado de deterioro con relación a su propietario, poseedor o tenedor como por ejemplo, en el caso de hurto, el bien mueble sustraído se encontraba en estado de abandono y en condiciones que hacen presumir que no se le está dando un uso adecuado, igual evento se presenta cuando en un terreno de inmensas proporciones se deja una moto en mal estado de funcionamiento.

Por lo tanto, la avería del elemento hace más oneroso perseguir la conducta que llevar a cabo las investigaciones del caso, puesto que no se justificaría el desgaste de la administración de justicia. Dicha causal es bastante útil, puesto que algunos de los eventos, el objeto material tan siquiera le interesa a su titular.

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

Se exige en desarrollo de esta causal que se trate de una conducta culposa, la cual se concreta en los eventos de imprudencia, impericia, negligencia y violación de reglamentos. La imprudencia consiste en obrar sin aquella cautela que de acuerdo a la experiencia se debe emplear en la ejecución de ciertas actividades. La impericia por su parte, se define como la insuficiente aptitud para el ejercicio de un arte o profesión o en la falta de habilidad que exigen determinadas funciones; la negligencia se traduce en la indolencia con que se deje de realizar determinada conducta a la cual se está jurídicamente obligado; finalmente, la violación de reglamentos involucra el desconocimiento de normas de conducta social en determinados lugares.

Dichos factores deben ser evaluados como de mínima significación tanto para la comunidad como para el derecho penal.

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

Cuando se habla del derecho penal mínimo y su relación con el principio de oportunidad, se hace referencia a conceptos como la culpabilidad mínima y la necesidad de la pena, supuestos que en esta causal confluyen, ya que además de hacerse un juicio de culpabilidad, el cual sea de secundaria consideración, éste debe hacer ver la pena como una respuesta innecesaria.

Factores como la ira o intenso dolor, las circunstancias de marginalidad o pobreza extremas o un error de prohibición pueden indicar una culpabilidad disminuida, toda vez que no es lo mismo ejecutar un comportamiento delictivo con intereses egoístas que actuar por motivos nobles o altruistas, los cuales se regulan en el No 2º del artículo 55 del Estatuto Penal como una circunstancia de menor punibilidad.

En lo referente a la necesidad de la pena, es decir, para determinar cuando es necesaria o no, se debe analizar sus fines, no otros que la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, debiéndose ponderar hasta que punto la sanción es adecuada y útil para la consecución de dichas finalidades, teniendo en cuenta la disminuida culpabilidad, también requerida al momento de operar la causal objeto de análisis.

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

En este evento se presentan varios requisitos que deben concurrir de manera simultánea para que proceda la aplicación de dicha causal: Que se trate de un bien colectivo; que se presente una afectación mínima a dicho bien; que se verifique la reparación integral y finalmente, que se pueda deducir que la conducta no volverá a ocurrir.

Los bienes colectivos constituyen un interés de la sociedad tomada como una colectividad, por ejemplo, la seguridad pública, asimismo, hace referencia al objeto material sobre el cual recae el comportamiento investigado, es decir, un objeto que pertenezca a la comunidad.

Antes de dar aplicación al principio de oportunidad, debe haberse resarcido íntegramente el derecho conculcado, por cualquier medio que sea apto para cumplir tal propósito.

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

En este evento concreto se plantea el caso en el que, de perseguirse el delito se genera un problema mayor al que se quiere evitar con la sanción penal, lo anterior, condicionado a una solución alternativa a los intereses de la víctima, reparando el derecho que le ha sido conculcado a consecuencia del comportamiento delictivo.

Este tipo de consideraciones serían válidas al momento de redactar una ley, mas no a la hora de aplicarla, por ejemplo, en el delito de aborto el legislador puede valorar que la prohibición genera más inconvenientes en lo que a salud pública se refiere que los beneficios que se obtienen con la persecución penal, no obstante, ello no puede ser analizado por el funcionario judicial, por cuanto únicamente debe moverse en los límites que le impone la ley.

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

Esta causal fue declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional a través de la sentencia C-673 de 2005, tal como se tuvo la oportunidad de analizar en el capítulo de jurisprudencia.

4.1.17. *“Cuando los condicionamientos fácticos o psíquicos 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”*

En este asunto, la causal de justificación se ha perfeccionado inicialmente, pero alguno de sus presupuestos desbordan el marco de autorización en el cumplimiento mismo de la acción, por ejemplo, el deber que se cumple pero de manera extemporánea; la orden se obedece, pero su cumplimiento sobrepasa su contenido; el ejercicio del derecho se extralimita hasta constituir un abuso; el empleado público ejerce las funciones, pero las excede, llegando al acto arbitrario e injusto, o la defensa es desproporcionada a la agresión.

En esta causal se exige que los condicionamientos fácticos o psíquicos de la conducta, permitan concluir que el hecho de incurrir en un exceso de la causal de justificación implica un menor valor social o jurídico de aquella. El condicionamiento puede ser fáctico o psíquico.

En tal evento, la conducta excedida debe ser culposa como cuando el extraño que arbitrariamente ingresa a la casa y su propietario le dispara a los pies con el objeto de que quede inmovilizado en tanto se informa a las autoridades, sin embargo, el habitante de la vivienda hace unos disparos cerca al intruso con el propósito de ocasionarle más temor, con tan mala suerte que una bala rebota contra la pared e impacta al delincuente matándolo. En el caso planteado hay un exceso, puesto que para proteger el derecho era suficiente con inmovilizar al delincuente, los impactos de más y el definitivo se fundamentan en la imprudencia por no actuar con cautela y no prever las consecuencias de la ejecución del comportamiento.

Por último, respecto a las causales que implican el examen de elementos de la responsabilidad penal, como en el caso de los numerales 7, 10, 11, 12,13 y 17, debe advertirse que la prueba que se presenta y la controversia que se permite a los intervinientes, se limita exclusivamente a los componentes de la causal respectiva. No debe permitirse el debate en relación con todos los elementos de la responsabilidad penal, porque ese no es el objeto de la audiencia.

Otro aspecto importante en relación con dichas hipótesis, es que se parte de la base de la posible responsabilidad del imputado, ya que como se advirtió, si se evidencia una causal de ausencia de responsabilidad o de improcedencia de la acción, lo conducente es la preclusión de la investigación por parte del juez de conocimiento.

En relación con las causales que exigen la reparación de las víctimas (numerales 14º, 15º y 18º), no procede la terminación del proceso hasta tanto no se compruebe su efectividad. Es decir, que si se asume el compromiso de reparar, habrá que invocarse la causal 8 mediante la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba y solo hasta tanto se compruebe la efectiva reparación se podrá acudir al principio de oportunidad declarando la correspondiente extinción de la acción penal.

Recapitulando, el principio de Oportunidad se aplica en Colombia frente a:

- Delitos de bagatela o de mínima culpabilidad o de mediana gravedad.
- Delitos que ocurrieron el exterior o internacionales, en los supuestos

mencionados anteriormente.

- Por razones de seguridad del Estado o intereses superiores a la persecución penal.
- Colaboración con la justicia bajo el criterio de mejor interés.

#### **4. 2. PROCEDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

Teniendo en cuenta que la Constitución Nacional incorporó los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado y las normas de derecho internacional

humanitario al bloque de constitucionalidad, el principio de oportunidad fue limitado por el legislador al prohibir su aplicación cuando los hechos de los que se trate puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma (parágrafo 3º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004).

En estos casos el ente acusador únicamente podría acudir a las negociaciones y los preacuerdos en los que el procesado puede estar interesado en obtener una rebaja considerable de la condena, si se tiene en cuenta que aquéllas se enmarcan también en uno de los fines políticos criminales establecidos por el legislador, dentro de los cuales se acude a criterios que igualmente han sido considerados en la regulación de la oportunidad, tales como la colaboración con la justicia o la reparación.

También puede invocarse la Convención Americana (artículo 1.1), que impone a los Estados Parte (entre ellos Colombia) la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Tratado a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, lo cual supone a su vez no sólo que exista un orden jurídico que propenda por la realización de este mandato, sino además, que el Estado se organice de tal modo que pueda asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Si se admitiera la aplicación del principio de oportunidad frente a delitos como la desaparición forzada o el genocidio, el Estado violaría este mandato e incumpliría su obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos fundamentales. A este respecto, la Corte Interamericana se ha sostenido que:

*“El Estado está (...) obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.”*

En virtud de lo anterior, el principio de oportunidad no puede aplicarse frente a hechos en los que se hayan visto afectados los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana. Por lo tanto, delitos como el homicidio doloso, el genocidio o la desaparición forzada siempre deberán ser investigados. Una interpretación distinta podría comprometer la responsabilidad internacional de Colombia ante la Corte Interamericana.

Esto tiene incidencia en el tema del conflicto armado, puesto que numerosos jefes guerrilleros y paramilitares están vinculados a investigaciones por este tipo de delitos. El uso del principio de oportunidad como mecanismo para otorgar "indultos" o "amnistías" a grupos armados ilegales por delitos que no pueden ser perdonados ni por el gobierno ni por la rama judicial hubiera generado un conflicto con la Constitución y los Tratados internacionales, que habría de resolverse en la Corte Constitucional y en la Corte Interamericana, respectivamente.

No obstante, frente a delitos políticos, el principio de oportunidad sí podría operar, por ejemplo, por colaboración con la justicia (numerales 5 y 6 del artículo 324 de la Ley 906), o en los eventos contemplados en los numerales 15 y 16 del artículo 324 de la Ley 906, con la excepción ya mencionada de improcedencia a favor de los jefes, organizadores, promotores o personas que suministren elementos para la realización del delito.

Una limitación adicional, introducida en el último debate en la plenaria del Senado, quedó plasmada en el párrafo 3º del artículo 324, el cual señala que en ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de delitos de narcotráfico y terrorismo.

Ahora, en tratándose del control de legalidad obligatorio y automático que ejerce el juez de control de garantías debe decirse, que en razón de que la Carta Política lo consagró, siempre que el Fiscal quiera aplicar el principio de oportunidad debe someter dicha decisión a verificación por parte del citado funcionario.

En este orden de ideas, no se requiere de la impulsión de ninguno de los intervinientes, sino que la Fiscalía debe solicitar al Juez que convoque a una audiencia para el efecto, la cual debe practicarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la decisión. Por lo tanto, siendo el control un requisito constitucional de la procedencia del principio de oportunidad, la decisión del ente acusador no surte ningún efecto jurídico hasta tanto el Juez no ejerza el control y emita su pronunciamiento.

Dicho control debe realizarse en audiencia, en la cual pueden intervenir la víctima, el ministerio público, el indiciado y su defensor, motivo por el cual deben ser citados, su pena de la nulidad de la actuación.

En principio podría pensarse que en virtud a que dicha decisión es favorable a los intereses del procesado, su presencia no sería necesaria, sin embargo, en aras de

garantizar el ejercicio del derecho a la defensa material y técnica la misma es pertinente, en razón a que al terminar el proceso por aplicación del principio de oportunidad, si bien la decisión hace tránsito a cosa juzgada, no implica la inexistencia de la conducta o su no comisión por parte del indiciado, ni aún su legitimidad por parte del ordenamiento jurídico, como quiera que lo único que fundamenta la decisión es una razón político criminal y los efectos en materia civil no son los mismos si el trámite termina por aplicación de dicho postulado que si culmina por una preclusión fundamentada en prueba de ausencia de responsabilidad penal o falta de mérito para acusar.

Es por ello, que el primer acto de la audiencia es la presentación del caso por parte del Fiscal y si de acuerdo a ella es evidente la no responsabilidad, el Juez de garantías debe declararse incompetente y requerir a dicho funcionario para que presente la solicitud de preclusión ante el Juez de conocimiento.

Por esta razón debe garantizarse la presencia e intervención del imputado y su defensor, a quienes conviene más una preclusión en la que se declare la ausencia de responsabilidad, que la aplicación del principio de oportunidad por razones político criminales.

Asimismo, debe destacarse la participación de la víctima en la medida en que la credibilidad de este postulado depende en buena medida de que aquélla comprenda el aporte político criminal de la decisión adoptada por el Fiscal. Pero, el propósito de su intervención no radica únicamente en revestir de legitimidad a la decisión final. Se trata del efectivo derecho de la misma a controvertir los argumentos expuestos por el Fiscal en torno a la aplicación de la oportunidad al caso concreto.

Una vez presentado el caso, el Juez de garantías debe verificar, como en cualquier audiencia, la competencia y el saneamiento del proceso, lo cual significa que puede existir controversia sobre la competencia y para tal fin debe darse la oportunidad a los intervinientes de argumentar.

Con posterioridad a la verificación de la competencia y de la ausencia de nulidades, el Juez debe solicitar al fiscal que exponga los fundamentos de hecho y los medios de prueba en las cuales fundamenta la aplicación del principio de la oportunidad. Luego, continuando con el orden de intervención en las audiencias, oirá al representante de las víctimas o la víctima misma, al ministerio público, finalmente al imputado y su defensor, quienes también pueden presentar medios de prueba para controvertir las aducidas por el Fiscal.

Resulta importante señalar, que si bien la concurrencia de la víctima no es obligatoria, debiendo en todo caso ser citada, existe la obligación para el Juez de

tener en cuenta sus intereses, sobre todos en aquellos eventos en los que se exige la reparación.

Finalmente el Juez adopta la decisión, contra la cual no procede recurso alguno.

El procedimiento que debe seguir la Fiscalía para dar aplicación al principio de oportunidad se encuentra regulado en la resolución número 0-6657 de 2004 expedida por dicho organismo en desarrollo del artículo 33º de la ley 906 de 2004, que de manera general estableció el procedimiento interno de la entidad, para asegurar que cumpla con sus finalidades, se ajuste a la Constitución, a la ley y al desarrollo del plan de política criminal del Estado, esas pautas que debe acatar el Fiscal se pueden sintetizar de la siguiente manera:<sup>47</sup>

A- Diligencia el formato correspondiente con el cual se inicia formalmente el procedimiento el cual debe contener la información enunciada en el artículo 9 de la citada resolución, la cual se refiere a:

- Número de radicación de la actuación, indicación de las partes e intervinientes y los datos que los identifiquen y permitan su ubicación.
- Resumen de la situación fáctica objeto de la investigación, con señalamiento del estado de la misma y los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que desvirtúen la presunción de inocencia y que conlleven a inferir que la conducta es delictiva y que el imputado es su autor o participe, además, relacionados con los presupuestos de la causal que se invoca.
- Razones de orden jurídico y procesal que motiven la aplicación de este postulado.

B- Envía a la secretaria técnica el formato aludido, despacho que, si es necesario, lo remite al Fiscal General de la Nación, o a su delegado especial, con el fin de que se asuma el conocimiento del asunto, uno y otro debe decir y comunicar lo resuelto a esa dependencia dentro de los cinco días hábiles siguientes para que ésta informe al Funcionario que adelanta la investigación.

C- Entera por el medio más idóneo su propósito a la víctima, si ésta se conoce, con el objeto que en el término de los tres días siguientes exprese, verbalmente o por escrito, sus inquietudes y sus pretensiones.

D- Dispone la renuncia, la suspensión o interrupción de la persecución penal, si están dadas los presupuestos para ello.

---

<sup>47</sup> Este procedimiento puede consultarse en: GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA César Augusto; Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2006, págs 240 243.

Tratándose de suspensión o interrupción, determinará las condiciones que debe cumplir el indiciado o imputado durante el periodo de la misma y velará porque efectivamente se verifiquen, una vez acatadas renuncia a la persecución penal

E- El Fiscal Competente envía a la Secretaria Técnica, dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la audiencia de control judicial, copia del registro de la respectiva diligencia, en igual sentido procede cuando no se apruebe por parte del Juez de Garantías.

F-Como actividades especiales que debe atender el Fiscal en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad se destacan las siguientes:

- La obligación de informar de inmediato a su superior jerárquico.
- El registro del inicio del trámite en la carpeta del caso.
- Ubicar a la víctima del delito, de tener noticia sobre ella, para informarle sobre la eventual suspensión, interrupción o suspensión de la acción penal, y de esta forma escuchar su pretensión de reparación de los daños irrogados con el ilícito.
- Acudir, previa solicitud de fijación de día y hora para la realización de la audiencia correspondiente, ante el Juez de Control de Garantías para la verificación de la legalidad de lo actuado y obtener la extinción, interrupción o suspensión de la acción penal, desde luego, con citación de la víctima y el Ministerio Público.

G- Sin un Fiscal adelanta una investigación y surgen los requisitos para que opere esta figura jurídica, cuya aplicación le compete al Fiscal General o a un delegado especial de éste, de inmediato debe presentar informe motivado al primero con el fin que asuma el conocimiento designe a un funcionario para tal efecto.

H- Si la aplicación del principio de oportunidad involucra delitos de competencia de otros funcionarios, el que lo advierta lo pone en conocimiento de los demás, pero el que está facultado para hacerlo es que resulte de la activación de las reglas que regulan la conexidad (artículos 51 y 52 de la ley 906 de 2004) o el que señale el Fiscal General de la nación (canon 7, Resolución 00-6657)

I- Si al acudir a este postulado esa decisión no involucra todos los autores o partícipes se dispone a ruptura de la unidad procesal

#### 4.2.1. CONTROL DE LEGALIDAD:

Dada la importancia y consecuencias de la decisión que en esta materia toma el Fiscal en los derechos fundamentales de las víctimas tanto del imputado como de las víctimas, se instituyó el control de legalidad de la medida por el Juez de Garantías, mecanismo con el que se pretende que preservar incólume el principio de legalidad, para que no se desconozca el postulado de la obligatoriedad, ni siquiera por excepción, ya que a través en esta audiencia se comprueba que la correspondencia de dicha determinación con la Constitución Política y la ley.<sup>48</sup>

El artículo 327 del Código de Procedimiento Penal finalmente aprobado en el Congreso establece:

***“Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con ésta se extinga la acción penal”<sup>49</sup>***

*“Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El Juez resolverá de plano y contra esta determinación no procede recurso alguno”*

El control judicial también está regulado en la resolución número 0-6657, en el artículo 1, inciso que dispone:

*“Una vez definida la aplicación del principio de oportunidad por el Fiscal General o su delegado especial, según el caso, será el Fiscal de conocimiento quien intervenga en el control judicial ante el Juez de Garantías”*

Inicialmente adviértase, la figura del juez de garantías introducida por la ley 906 de 2004 y regulada en el artículo 39 de dicha normativa estatuye que tal funcionario tiene competencia de conformidad con los siguientes parámetros:

- Conocerá el juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito.

---

<sup>48</sup> GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA César Augusto; obra ya citada, pág 244

<sup>49</sup> El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005.

- Si más de un juez penal resultare competente la función será ejercida por el que esté disponible de acuerdo a turnos previamente establecidos.
- Cuando sólo hay un juez penal municipal y el acto objeto de control vaya a ser conocido por éste en la etapa del juicio, la competencia será de otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad y a falta de éste el del municipio más próximo. Lo anterior, con el propósito de evitar que por haber previamente conocido del asunto en el control de garantías resulte incurso en causal de impedimento para conocer posteriormente del asunto, toda vez que el Acto Legislativo 03 de 2002 al reformar el artículo 250 de la Constitución Nacional consagró en el numeral primero: *“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”*.
- Cuando sólo hay un juez municipal y respecto de este concurra causal de impedimento, conocerá otro juez municipal sin importar su especialidad, si no existe otro juez, el del municipio más próximo.
- En los eventos en que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de control de garantías será ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.
- Cuando en el lugar donde se cometió el hecho haya cuatro o más jueces del circuito la competencia es de un juez de la misma categoría.

Concretamente, respecto al control de legalidad que se ejerce sobre la aplicación del principio de oportunidad pueden destacarse las reglas que a continuación se sintetizan:

- El control es obligatorio y automático, lo cual implica que carece de excepciones, habida cuenta que en todos los casos es indispensable que se lleve a cabo sin necesidad de petición de la víctima ni del Ministerio Público. Ello como desarrollo del Acto Legislativo 03 de 2002 el cual establece este mecanismo sin requerimiento de parte.
- Se efectúa dentro de los cinco días siguientes una vez adoptada por el Fiscal la decisión de dar aplicación a esta figura, esto es, que desde el día siguiente a la determinación de tal funcionario se empieza a contar el término de que dispone el juez de garantías para emitir el pronunciamiento sobre el particular, que podrá ser en un tiempo inferior al señalado.
- El control se presenta tanto en el evento en que se extinga la acción penal, como cuando se interrumpe o suspende, verificación que de acuerdo al

artículo 327 se realiza en audiencia especial, no obstante se observa que tal denominación es inapropiada, como quiera que el canon 154 prevé como uno de los asuntos que se debe tramitar en audiencia preliminar es a la que se está haciendo referencia.

- En la audiencia la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía para sustentar su decisión.
- Eventualmente, podrá provocarse antes de la formulación de imputación e incluso en el curso del juicio y sus efectos serán los de cosa juzgada material una vez proferida la providencia que acepta la petición del Fiscal para la extinción de la acción o verificado que se ha cumplido el periodo de prueba y las condiciones impuestas para la suspensión o agotada la interrupción de la acción y ordenado el archivo definitivo de la actuación por el Fiscal<sup>50</sup>

El control de garantías en este sentido es tanto formal como material, dado que en su aplicación se ven involucrados derechos fundamentales como la libertad, la igualdad y el acceso a la administración de justicia entre otros, en virtud de lo cual el juez de garantías debe evaluar de manera crítica y racional el proceder y soporte probatorio del Fiscal.

La doctrina acerca de este mecanismo para asegurar la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad ha resaltado las siguientes características:<sup>51</sup>

*“El propósito de la audiencia en mención se fundamenta en:*

- *Determinar la constitucionalidad e ilegalidad de la actuación del Fiscal.*
- *Constatar la configuración de la causal aducida.*
- *Velar por la protección de los derechos tanto del involucrado como de la víctima del delito bajo la perspectiva de la reparación integral en una conciliación o arreglo directo entre las partes.*
- *Avalar el fin de la investigación de la conducta punible.*

*Por lo anterior, en dicha diligencia se deberá proceder de la siguiente manera en el examen de la decisión final del Fiscal de disponer de la acción penal:*

---

<sup>50</sup> GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA César Augusto; obra ya citada, pág 247

<sup>51</sup> Ibidem, págs 250-251

- *Análisis de correspondencia entre la norma sustancial y el hecho. El Juez deberá valorar sustancialmente si los fundamentos jurídicos para acudir a la facultad discrecional sí se reúnen los postulados de la ley y que se adaptan al supuesto fáctico.*
- *Verificación de que se tomaron medidas a favor de la víctima; allende, se debe verificar , si se consultaron, valoraron y protegieron los intereses y derechos de las víctima.*
- *Observancia de los requisitos procedimentales. Deberá asegurarse que el procedimiento se siguió con sujeción a las formas propias del ejercicio de esa facultad, además, de que el acto haya sido debidamente motivado”*

#### **4.2.2 MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD:.**

##### **4.2.2.1 INTERUPCIÓN:**

Este evento lo regula el artículo 6 de la resolución número 0-6657 y lo define como un fenómeno transitorio, diferente a la suspensión precisamente por su brevedad y porque solamente afecta el trámite de la actuación, sin perjuicio que pueda originar la suspensión del procedimiento a prueba o la renuncia de la persecución penal.

La interrupción “es entonces un mecanismo facilitador de aplicación de la discrecionalidad penal, que puede presentarse en causales como las relativas a la colaboración eficaz, la entrega del imputado en extradición o la Corte Penal Internacional, entre otras, de manera que en esos casos puede derivar en renuncia y extinción de la acción penal. Igualmente, procede para otros efectos, por ejemplo, para facilitar actividades investigativas prioritarias en casos de delitos de mayor relevancia o trascendencia social, cumplidas las cuales procede la renuncia a la persecución penal por el delito menos grave o la reanudación de la misma.

[...]

Lo lógico sería que la suspensión o la interrupción del proceso conlleve la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad cuando e hayan cumplido las condiciones impuestas, vencido el periodo de prueba o agotados los objetivos de la interrupción, en su defecto, si no se verifica lo

anterior, el Fiscal ordenará continuar con el trámite procesal. Con la sentencia C-979 de 2005 la Corte Constitucional previó que la decisión de interrupción del ejercicio de la acción penal debía ser sometida al control del Juez en función de garantías<sup>52</sup>

#### **4.2.2.2 SUSPENSIÓN:**

Esta es otra de las manifestaciones del principio de oportunidad que regula el artículo 376 de la ley 906 de 2004, cuyo tenor literal es el siguiente: *“ El Fiscal por iniciativa propia, o a petición del imputado por una sola vez, dentro de los términos previstos en este código , podrá activar la suspensión condicional del procedimiento. A este fin oirá conjuntamente al imputado y a la víctima para acordar los posibles términos de una reparación integral, y procurará un entendimiento entre los mismos. En este caso si no prosperar la suspensión condicional del procedimiento, las manifestaciones del imputado no se podrán utilizar como prueba de culpabilidad”*

El artículo 4 de la resolución número 0-6657, consagró la suspensión como un acto preparatorio de la decisión final de renuncia, única vía que conduce a la extinción de la acción penal. Se decreta cuando la decisión de un caso incide notoriamente en otro, asimismo, en dicho acto administrativo en canon 5 advierte que es procedente respecto de 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 años.

El artículo 326 del nuevo esquema procesal penal las condiciones a cumplir durante el periodo de prueba, el cual , se repite, no puede exceder de 3 años.

Comenta la doctrina acerca de este instrumento: *“Su descripción conceptual según cita que De Marino hace el profesor bonaerense Alberto Bovino en su obra es la siguiente: la suspensión del procedimiento a prueba es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas instrucciones que imparta el Tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico penales posteriores. Si se transgredió o cumple insatisfactoriamente la prueba, el Tribunal, previa audiencia en la que interviene el imputado, tiene la facultad de revocar la medida y retomar la persecución penal contra él.*

---

<sup>52</sup> GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA César Augusto; obra ya citada, pág 262.

[...]

*Como puede verse la figura de la suspensión fue regulada en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) como “suspensión del procedimiento a prueba”, aplicable, según las causales allí establecidas, para la solución de un caso por la vía de justicia restaurativa, de manera que al cumplirse las condiciones convenidas por el imputado o acusado con el Fiscal de conocimiento, puede llegarse a la renuncia y extinción de la persecución penal. En caso contrario, se restablece la obligatoriedad de proseguir la actuación, sin que lo manifestado por el imputado pueda tomarse como prueba de culpabilidad.*

[..]

*El plan podrá 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.*

[..]

*La manifestación de voluntad del imputado constituye un presupuesto ineludible de procedibilidad, máxime si se toma en cuenta que la aplicación del instituto le implica la renuncia de derechos fundamentales”<sup>53</sup>*

#### **4.2.2.3 RENUNCIA:**

Este supuesto se presenta solo en dos casos<sup>54</sup>:

- Se cumplen los propósitos de la interrupción y del procedimiento a prueba
- De manera directa se aplica observando los casos del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, y no proceda la interrupción ni el procedimiento a prueba

#### **4.2.3 EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:**

---

<sup>53</sup> GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA César Augusto; obra ya citada, págs 264-267.

<sup>54</sup> Ibidem, pág 273

El artículo 329 de la ley 906 de 2004 dispone:

*“EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. 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”.*

En todas las hipótesis en que el Fiscal solicita la extinción de la acción penal en aplicación al principio de oportunidad, ello acontece únicamente respecto al beneficiado con esta medida, a menos en el evento planteado en la causal primera que se refiere a la ausencia o decadencia del interés del Estado, en cuyo caso se hará extensiva la extinción a todos los autores o partícipes.

Se considera que en otras causales también sería procedente y adecuado extender los efectos de la acción penal a los demás autores o partícipes, toda vez que en algunas de ellas el citado privilegio no se concede en relación a cierta persona sino por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la ejecución del delito, las cuales concurren de manera simultánea para todos los intervinientes en el comportamiento delictivo, tal como se verifica en las siguientes hipótesis: en el numeral noveno que se refiere a la seguridad exterior del Estado; el décimo primero que consagra el deterioro del objeto material en delitos contra el patrimonio económico, el décimo cuarto que alude a la afectación mínima de bienes colectivos y el décimo quinto que contempla el supuesto en el cual la percusión penal conlleva problemas sociales de gran magnitud.

#### **4.2.4. REQUISITOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD:**

- Debe estar demostrada la tipicidad, así como la participación del imputado en la realización de la conducta, con el fin de preservar la presunción de inocencia. (así lo dispone el inciso 3 del artículo 327 del nuevo Código de Procedimiento Penal: *“La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*)
- No se aplica a la persona que no haya cometido el delito, porque en esta situación lo procedente es la preclusión.

- Procede respecto a quien incurrió en una conducta punible, pero el Estado renunció a continuar la investigación.
- El Juez tiene la obligación de escuchar, además del Fiscal, a las víctimas, al Ministerio Público, al defensor y al imputado.
- En los delitos sancionados con pena mayor a 6 años, la aplicación debe ser aprobada por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial en cumplimiento del parágrafo 2 del artículo 324 de la ley 906 de 2004.

#### **4.2.5. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO DERECHO DEL IMPUTADO: (Derecho a la igualdad)**

Es importante resaltar que en ciertas hipótesis de oportunidad, entre ellas las causales 5, 6, 8 y cuando se suspende el procedimiento a prueba (artículo 325), el imputado puede solicitar a la Fiscalía la aplicación del principio de oportunidad.

Se tiene de este modo, que en ciertos eventos su aplicación puede involucrar un derecho del procesado. La resolución 6657 de 2004, expedida por el Fiscal General de la Nación para reglamentar el funcionamiento de esta institución procesal, en su artículo 3 prevé la posibilidad que aquél invoque su operancia y la correlativa obligación del funcionario judicial de responder su solicitud.

Ahora, también se ha suscitado discusión en torno a la posibilidad que le asistiría a un imputado o a su defensor de invocar la aplicación de dicha figura arguyendo como fundamento el derecho a la igualdad.

Al respecto, debe considerarse que en cada evento concreto el Fiscal tiene que asistir a la audiencia de control de legalidad ante el Juez, presentando los medios de prueba que fundamentan la procedencia de la causal que invoca, para que se acceda a la suspensión, interrupción o extinción de la acción penal.

Sin embargo, en los procesos que figuren varios sujetos activos, resulta necesario evaluar si el ente investigador está facultado para negar la operancia de este postulado a algunos de ellos, cuando en otros comportamientos delictivos cometidos en similares circunstancias de tiempo, modo y lugar lo concedió, por ende, queda abierta la discusión en relación con la procedencia para exigir su aplicación con fundamento en la vulneración al derecho a la igualdad.

En caso positivo, resultaría de singular ayuda los test de igualdad que ha desarrollado la Corte Constitucional y sería indispensable que el interesado aduzca los medios de prueba de la supuesta discriminación, además, de la interpretación y alcance que vaya depurando del artículo 329 del nuevo esquema procesal penal el cual consagra que cuando se otorgue la extinción de la acción penal, como efecto del principio de oportunidad, esa determinación solo cobija al autor o participe en cuyo favor se decide, salvo que se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias se extenderán a los demás involucrados, a menos que se exija la reparación de las víctimas.

#### **4.2.6. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA DECISIÓN DEL JUEZ DE GARANTÍAS EN EJERCICIO DEL CONTROL DE LEGALIDAD:**

El canon 327 de la ley 906 de 2004 establece sobre este tópico: “Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad: El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. **El Juez resolverá de plano y contra esa determinación no procede recurso alguno.[..]**

De la anterior disposición normativa se desprende que el recurso de alzada se excluyó expresamente por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración, en este caso del rito procesal penal implementado con la introducción del sistema acusatorio, de ahí que la única oportunidad de controvertir la citada decisión es en el desarrollo de la audiencia de control de legalidad sin que exista posibilidad que sea revisada por el superior jerárquico como ejercicio del derecho a la doble instancia.

Acerca de la constitucionalidad de esta norma podría generarse discusión puesto que limita varias garantías fundamentales tales como: la contradicción, la defensa, la segunda instancia y el acceso a la administración de justicia, entre otras, empero, respecto a la competencia del legislador para restringir la procedencia de medios de impugnación la Corte Constitucional ya se ha pronunciado favorablemente, en sentencia C-1091 de 2003 precisó:

“Tradicionalmente se ha aceptado que el recurso de apelación forma parte de la garantía universal de impugnación contra las decisiones judiciales. Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 31 Fundamental se concluye que la doble instancia mediante el reconocimiento del recurso de alzada no es obligatoria en todos los asuntos que son decisión, puesto que la ley está autorizada para establecer excepciones siempre y cuando se respeten el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad, y no se niegue el acceso a la administración de justicia.

Lo anterior significa que el principio de la doble instancia no tiene carácter absoluto en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial sea susceptible de ser apelada o consultada “pues su aplicación práctica queda supeditada a las regulaciones que expida el legislador dentro de su competencia discrecional, pero sin rebasar el límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe con el principio de igualdad.

La doble instancia, cuya especial trascendencia en el campo penal es evidente, no es sin embargo, forzosa en todos los asuntos que son materia de decisión judicial, pues el legislador, dentro de la facultad que tiene de regular su trámite, bien puede decidir en cuáles procede la segunda instancia y en cuáles no, siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente, las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales”<sup>55</sup>

Se colige de la anterior doctrina constitucional que el legislador en ejercicio de su competencia (canon 150, numeral 2 de la Constitución Política) determina en qué eventos los procesos judiciales se tramitan en dos instancias y cuáles no, claro está, dicha atribución no puede contrariar los mandatos constitucionales sobre el particular (artículos 29, 31 y 86 del Estatuto Superior), esto es, la sentencia condenatoria y las providencias emitidas con ocasión de la acción de tutela.

#### **4.2.7. REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS:**

A partir de la jurisprudencia que establecido el máximo Tribunal en materia constitucional desde la sentencia C-228 de 2002, el panorama de la víctima en el proceso penal sufrió un cambio sustancial, pues, a partir de entonces quedó claro que su participación en el proceso penal no se limita a obtener una indemnización de carácter económica como consecuencia de los daños irrogados con la conducta punible, toda vez que simultáneamente tiene derecho a la verdad y a la justicia.

---

<sup>55</sup> Fuente: [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co), vínculo relatoría Corte Constitucional

Por ende, solo se entiende que se alcanza una reparación integral cuando se satisfacen estos tres aspectos, así lo ha reiterado en múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional:

“Como desarrollo del artículo 2 de la Carta, al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. No obstante, esa protección no se refiere exclusivamente a la reparación material de los daños que le ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos.

El derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que “Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana”, las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. (...)

(...)

En la Carta se refleja también una concepción amplia de la protección de los derechos de las víctimas, que no está *prima facie* limitada a lo económico. En efecto, el numeral 1 del artículo 250 superior, establece como deberes de la Fiscalía General de la Nación el “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”. De ello resulta que la indemnización es sólo uno de los posibles elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización. La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el “restablecimiento del derecho”, lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia.

En consonancia con lo anterior, el artículo 229 de la Carta garantiza “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”. Ese derecho comprende, tal como lo ha reconocido esta Corte, contar, entre otras cosas, con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias, que se prevean

mecanismos para facilitar el acceso a la justicia a los pobres y que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional. Y, aun cuando en relación con este tema el legislador tiene un amplio margen para regular los medios y procedimientos que garanticen dicho acceso, ese margen no comprende el poder para restringir los fines del acceso a la justicia que orientan a las partes hacia una protección judicial integral y plena de los derechos, para circunscribir dicho acceso, en el caso de las víctimas y perjudicados de un delito, a la obtención de una indemnización económica. Por lo cual, el derecho a acceder a la administración de justicia, puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos.

El derecho de las víctimas a participar dentro del proceso penal para lograr el restablecimiento de sus derechos, tienen también como fundamento constitucional el principio participación (artículo 2, CP), según el cual las personas pueden intervenir en las decisiones que los afectan. No obstante, esa participación deberá hacerse de conformidad con las reglas de participación de la parte civil y sin que la víctima o el perjudicado puedan desplazar a la Fiscalía o al Juez en el cumplimiento de sus funciones constitucionales, y sin que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de retaliación o venganza contra el procesado.

Finalmente, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica reconocidos a las víctimas o perjudicados por un hecho punible, pueden tener como fundamento constitucional otros derechos, en especial el derecho al buen nombre y a la honra de las personas (Arts. 1º, 15 y 21, CP), puesto que el proceso penal puede ser la única ocasión para que las víctimas y los perjudicados puedan controvertir versiones sobre los hechos que pueden ser manifiestamente lesivas de estos derechos constitucionales, como cuando durante el proceso penal se hacen afirmaciones que puedan afectar la honra o el buen nombre de la víctimas o perjudicados.

De lo anterior, surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito comprende, por lo menos, tres derechos esenciales: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Sentencia T-453 de mayo 2 de 2005, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda Espinosa. Fuente: [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co), vínculo relatoría Corte Constitucional.

Si se interpretan las normas que aluden a la reparación de las víctimas, en los casos que se aplica el principio de oportunidad, se deduce que contemplan solo el aspecto pecuniario, descartando los derechos a la verdad y a la justicia, la única manifestación que sobre el particular se encuentra en la regulación de este postulado se concreta en la posibilidad que confiere a los ofendidos de participar en la audiencia de control de legalidad.

## CONCLUSIONES

1. El principio de oportunidad no es en lo absoluto una invención del legislador colombiano, puesto que tiene origen en el sistema penal anglosajón, y su introducción al proceso penal siguió los lineamientos impuestos por países de tradición jurídica continental europea, que implementaron un sistema de oportunidad reglado.
2. Su consagración como instrumento orientado a obtener mayor eficiencia y eficacia en la administración de justicia, al concentrar la acción de los funcionarios en la persecución de las conductas punibles de mayor relevancia social, está conforme con las tendencias criminológicas modernas que pretenden dar respuestas acordes a la gravedad de los hechos que se investigan, considerando las particularidades del caso concreto y las consecuencias de la sanción penal.
3. La enunciación taxativa de los eventos en los cuales la Fiscalía puede escoger entre tramitar una investigación o abstenerse de hacerlo, puede ser un mecanismo constitucional y legal a través del cual sea posible reducir la arbitrariedad en la selección de los casos que son sometidos a una decisión por parte de la justicia penal.
4. Desde el punto de vista de la víctima, en las causales que se exige la reparación del daño, dicho efecto es coherente con los intereses de la justicia restaurativa, figura que también introdujo la ley 906 de 2004.
5. En Colombia el ejercicio de la acción penal continúa regido primordialmente por el principio de legalidad, ya que la aplicación del postulado de la oportunidad es excepcional, como quiera que solo opera en las causales previamente definidas por el legislador en el artículo 324 de la ley 906 de 2004, desde luego, sujeta al cumplimiento de los presupuestos legales que se establecieron para cada una de ellas.
6. Esta figura jurídica se diseñó con inclinación al modelo del sistema continental europeo, no del anglosajón, por ello, la oportunidad que se estableció con la ley 906 de 2004 es estrictamente reglada, para verificar que no se desconozca el procedimiento que para tal efecto se previó tanto en la Constitución Política como en la ley, en virtud de lo cual se estableció el control automático y obligatorio por parte del Juez de Control de Garantías.
7. La Fiscalía General de la Nación no puede, en forma discrecional disponer de la acción penal (aplicación de las hipótesis de oportunidad), ya que su actuación

debe guiarse de conformidad con las causales previstas en el artículo 324 del nuevo esquema procesal penal.

8. De conformidad con el canon 250 del Estatuto Superior, la aplicación del mencionado principio ha de estar enmarcado dentro de la política criminal que defina el Gobierno, la que debe entenderse como el conjunto de respuestas y estrategias normativas (procésales o sustanciales) o no normativas (económicas, sociales, administrativas, culturales, entre otros) que aquél diseña para enfrentar conductas que se consideran perjudiciales para el grupo social, con el fin de garantizar la protección de los fines e intereses del Estado, los derechos y garantías de los ciudadanos (ley 888 de 2004).

9. La introducción del postulado de oportunidad al ordenamiento jurídico colombiano implica una flexibilización del principio de legalidad, que permite un mayor acercamiento a uno de los objetivos que orientan el proceso penal moderno, esto es, la realización de la justicia material, en este sentido, su aplicación conlleva una alternativa para el logro de los fines constitucionales propios de esta clase de actuaciones a un menor costo político - criminal.

10. La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional señaló en sentencias C-673 y C-975 de 2005, dos aspectos de singular relevancia: el artículo 324 prevé algunas tendencias político criminales que deben ser atendidas por la Fiscalía General de la Nación cuando acuda a este instituto como forma dar por terminado el proceso penal; el principio de oportunidad significa al ejercicio obligatorio de la acción penal y, a su vez, un desarrollo del principio de legalidad.

11. Como ventajas que traerá su aplicación pueden resaltarse: la descriminalización (si el comportamiento delictivo es de poca significación social o contiene mínima culpabilidad); desjudicialización, despenalización ( si la retribución penal se obtiene de manera natural o en los casos en que la pena sea mínima es mejor evitar sus efectos criminógenos y buscar una pronta resocialización y no someter al autor a tratamiento penitenciario, con la consecuente privación de su libertad). Lograr la eficiencia en la administración de justicia, por ejemplo: en las causales que se consagró la delación de los demás partícipes o extradiciones.

12. En la reconceptualización del derecho penal colombiano prevalece el interés de resolver el conflicto social generado por la comisión de un delito que la imposición de la respectiva condena al responsable, por tanto, los esfuerzos de investigación se dirigen a perseguir conductas punibles que causan más daño a la comunidad, los ilícitos de menor entidad puede ser auto gestionados por la misma comunidad.

13. La regulación del principio de oportunidad en Colombia no está exenta de críticas. La primera surge del artículo 250 del Estatuto Superior, pues tal como quedó establecido dicho postulado, se entrega la facultad de definir los delitos que serán perseguidos primariamente al Gobierno. El Fiscal debe consultar la política criminal para dar aplicación al aludido principio, lo que genera para la rama judicial dependencia del ejecutivo y afecta la separación de los poderes, en perjuicio igualmente para los intereses de la democracia y el imperio de la ley.

14. Esta vulneración al principio de independencia de la administración de justicia, consagrado en el artículo 228 de la Carta Política, conduce a una segunda observación. Tratándose de un país que ha cimentado el proceso penal en el principio de legalidad, es necesario adaptar la figura de la oportunidad al ordenamiento constitucional, habida cuenta que el citado postulado no puede invocarse en contra de los mandatos contenidos en la norma de normas. Son varios los principios y derechos que deben ser armonizados:

- El derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia penal (artículo 229 de la Constitución Nacional) se entendían bajo los principios de oficiosidad y obligatoriedad de la persecución penal, lo que suponía para quien daba noticia de un crimen que el delito sería investigado y los responsables perseguidos. Al dar aplicación al principio de oportunidad, el denunciante (que no necesariamente tiene que ser la víctima) puede sentir que su derecho a obtener protección por vía judicial es completamente desconocido. Es previsible que se disminuyan las denuncias de hechos que no serán investigados, lo que puede generar mayor criminalidad y venganza privada. La ausencia del carácter preventivo del derecho penal frente a estos comportamientos es un factor que en el mediano y largo plazo no puede descuidarse.
- El derecho de igualdad ante la ley, contemplado en el canon 13 del Estatuto Superior el cual implica - al ser armonizado con el principio de Legalidad - que no puede escogerse arbitrariamente a qué personas se investigan y a quienes no. Si bien es cierto en la práctica se presentaba una selección que conllevaba a la discriminación (en especial por la condición social), ahora que aquélla está legalizada es necesario garantizar que la Fiscalía y el gobierno actuarán correctamente y con sujeción a tal derecho, y que la condición social o la posición en el poder no serán factores determinantes en la escogencia de los delincuentes que dejarán de perseguirse.
- Dado que las conductas punibles susceptibles de la aplicación del principio de oportunidad no quedaron definidas por completo (depende siempre de la

política criminal del gobierno), el sistema tiende hacia la desigualdad en la aplicación de la ley.

15. En cuanto a las limitaciones, si bien se excluyeron los delitos más graves como el genocidio y el secuestro, el principio de oportunidad puede operar frente a delitos de igual relevancia por ejemplo, los delitos contra la administración pública. En este aspecto, en el derecho comparado, concretamente en el ordenamiento jurídico peruano la solución fue un poco más apropiada, al excluir de tal postulado a los funcionarios públicos.

16. Existen al interior mismo del artículo 324 inconsistencias que denotan la ausencia de rigor jurídico en la elaboración del texto. Por ejemplo, la limitación del párrafo 3º del artículo 324 en relación con los delitos de narcotráfico, pensada para impedir que a través de las causales de colaboración con la justicia el delincuente eludiera la sanción, prácticamente anula la viabilidad de aplicar el principio de oportunidad en el evento del numeral 2 del artículo en comento (delitos cometidos por persona entregada en extradición). Gran parte de las solicitudes de extradición tienen relación directa con el punible de narcotráfico. Esto también tiene efectos negativos sobre otros apartes del mismo Estatuto procesal Penal, como las nuevas actuaciones de la Fiscalía para la investigación de los delitos, por ejemplo, la infiltración de organizaciones criminales, los agentes encubiertos y la entrega vigilada.

17. Surge igualmente preocupación acerca de la forma en que opera el principio de oportunidad en los casos de colaboración con la justicia (numerales 5 y 6 del artículo 324). En virtud a que la limitación del párrafo 1º no opera en este evento, el jefe de una organización criminal, esto es, el responsable principal de sus delitos, podría escapar a la persecución del Estado por el hecho de colaborar con la justicia, entregando a algunos de los miembros menos importantes de tal organización. Asimismo, por esta vía podría concederse el perdón judicial a los delitos políticos, sin que la norma ofrezca protección especial para las víctimas ni garantías de verdad y de justicia. En todo caso, es importante recordar nuevamente, que no pueden quedar en la impunidad delitos que lesionen gravemente los derechos humanos, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

18. El principio de oportunidad tal como quedó regulado en la legislación procesal penal, puede evitar la selección arbitraria que en la práctica opera en el sistema judicial, al establecer en forma clara y precisa los eventos en los cuales la Fiscalía renuncia a la persecución penal.

19. Conviene diseñar programas que permitan la capacitación de todos los servidores judiciales sobre la conveniencia de salidas alternativas en el marco de

la nueva legislación existente, además, estrategias dirigidas a implementar mecanismos de monitoreo, evaluación y seguimiento de las ventajas y desventajas que reporten la aplicación del principio de oportunidad, no solo políticas orientadas a obtener simples datos estadísticos carentes de contenido.

20. El siguiente aparte que se transcribe de la sentencia C-673 DE 2005 proferida por la H. Corte Constitucional resume los lineamientos principales del principio de oportunidad: “Pues bien, un examen atento de los antecedentes legislativos del nuevo C.P.P, en materia de principio de oportunidad, evidencia que partiendo del texto del Acto Legislativo 03 de 2002, fue la voluntad del legislador: (i) diseñar un modelo acusatorio propio de la aplicación del principio de oportunidad reglado; (ii) antes que ser concebido como un simple mecanismo de descongestión de la justicia penal, se buscó con aquél racionalizar la ejecución de la política criminal del Estado; (iii) se establecieron diversos **límites normativos y controles materiales judiciales** concretos y efectivos al ejercicio de dicho principio, en el sentido de que no quedase su aplicación al completo arbitrio de la Fiscalía General de la Nación ; (IV) fue la voluntad del Congreso de la República que el principio de oportunidad se aplicase no solo para los delitos “*bagatela*” sino que también se constituyó un instrumento para combatir el crimen organizado; y (VI) las víctimas fuesen tenidas en cuenta al momento de adoptar una decisión en la materia”

21. Igualmente, la doctrina ha elaborado algunas acotaciones acerca de este instituto<sup>57</sup>:

21.1 “La aplicación del principio de oportunidad es un proceso de justicia restaurativa que constituye un nuevo paradigma en oposición a la justicia retributiva o del “ojo por ojo” más centrada en la reparación que en la punición.

21.2 La discrecionalidad de la acción penal, en su generalidad, no viola las garantías fundamentales siempre que sus casos de aplicación se encuentren taxativamente en la ley, que se tenga en cuenta la víctima, dentro de una perspectiva de justicia restaurativa, y que se ejerza bajo control jurisdiccional, donde el Juez determine en el caso concreto si se ha violentado o no los derechos protegidos y amparados en la Constitución.

21.3 La titularidad de la oportunidad radica única y exclusivamente en la Fiscalía General de la Nación por mandato expreso de la Constitución Nacional, la ley y los procedimientos internos de dicha entidad.

---

<sup>57</sup> GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA César Augusto; Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2006, págs 291-298.

- 21.4 La consagración taxativa de los casos en que la Fiscalía puede escoger entre adelantar una investigación o extinguir la acción penal podría ser un mecanismo legal a través del cual se pueda reducir la arbitrariedad de la selectividad de los casos penales que son sometidos al conocimiento del sistema judicial. Desde la perspectiva de la víctima, si la figura garantiza la reparación del daño, no se contrapondría con los intereses de la justicia restaurativa que motivan el proceso penal.
- 21.5 Con la oportunidad, también se vislumbra la construcción de un sistema penal fundamentado en sus consecuencias, principalmente en la necesidad de la pena, la búsqueda de otras soluciones diferentes al encarcelamiento y una reparación de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta punible, donde las víctimas encuentren satisfacción, sin atentar contra los derechos fundamentales del procesado, ni los intereses generales del Estado, en cuanto a los fines de prevención en el ejercicio del Derecho penal”

## 6. BIBLIOGRAFÍA

BAZZANI MONTOYA, Darío, reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal, los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano, Bogotá D.C, Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Quinta Edición, Bogotá, Julio de 2004, páginas 179 - 199.

CAMARGO, Pedro Pablo. Manual de Enjuiciamiento Penal Colombiano. Sistema Acusatorio y Juicio Oral Público. Editorial Leyer, segunda edición, Bogotá, 2005, páginas 125 – 134

Código de Procedimiento Penal. Editorial Leyer, Bogotá D.C, 2005.

CONSUELO MÉNDEZ DE CASA (Compiladora). Apuntes sobre Juicio Oral, Memorias de Seminario-Taller, Tunja, Fiscalía General de la Nación, 1996.

Corporación excelencia en la justicia. Reforma constitucional de la justicia penal, texto del acto legislativo 03 de 2002 y documentos de trámite, primera edición, Bogotá 2003.

En: [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co). Actualización permanente.

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA Manual para el juez de control de garantías, Bogotá D.C, 2004.

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Plan Integral de Formación y Capacitación en el Sistema Acusatorio Penal; contenida en C.D Rom, Volúmenes 1,2 y 3, Bogotá, 2005.

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal; contenida en CD ROM con el mismo nombre.

ESPITIA GARZÓN, Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Penal, editores legis, Bogotá, Cuarta Edición, 2003, Páginas 379 - 392.

Fiscalía General de la Nación, resolución No 0 - 6657, diciembre 30 de 2004.

GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, César Augusto. Principio de oportunidad, ediciones nueva jurídica, colección estudios No. 8. primera edición, Bogotá 2006.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. Sistema de juzgamiento penal acusatorio, editorial leyer, primera edición, Bogotá 2005.

JIMÉNEZ VARGAS Nancy, y JIMÉNEZ VARGAS, Pedro Pablo. 215 preguntas sobre el sistema penal acusatorio, ediciones doctrina y ley Ltda, Bogotá 2004, páginas 49 -50 y 109 - 113.

MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando, la discrecionalidad para acusar, Bogotá D.C, Universidad Javeriana, 2003.

Nuevo Código de Procedimiento Penal. Eruditos prácticos legis, segunda edición, Bogotá 2005, páginas 6681 – 6746.

Reunión de la comisión redactora del Código Penal para iberoamérica, derecho penal y sistema acusatorio para Iberoamérica, ponencias: Antonio José Cancino Moreno, Universidad Externado de Colombia, séptima edición, 2003.

VILLANUEVA MEZA, Javier Antonio. El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio, editorial leyer, Bogotá, septiembre de 2005.

VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo, reforma a la Fiscalía y Sistema acusatorio, Medellín, librería jurídica Sánchez Ltda, 2003.