

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD; ANÁLISIS CRÍTICO A LAS CAUSALES  
QUE PERMITEN SU APLICACIÓN**

**ANDRÉS MAURICIO CERVANTES DÍAZ  
HUGO RAFAEL ESCOBAR FERNÁNDEZ DE CASTRO  
JUAN CAMILO GARCÍA VERNAZA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
BOGOTÁ, D.C.  
2009**

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD; ANÁLISIS CRÍTICO A LAS CAUSALES  
QUE PERMITEN SU APLICACIÓN**

**ANDRÉS MAURICIO CERVANTES DÍAZ  
HUGO RAFAEL ESCOBAR FERNÁNDEZ DE CASTRO  
JUAN CAMILO GARCÍA VERNAZA**

**Trabajo de Grado para optar al Título de  
ABOGADO**

**JOSE FERNANDO MESTRE ORDÓÑEZ  
Director de Tesis**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
BOGOTÁ, D.C.  
2009**



## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN	13
1. APROXIMACIÓN A LAS CONCEPCIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	16
1.1 CONCEPTO	16
1.2 ALGUNOS ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	18
1.2.1 A Nivel Mundial	18
1.2.2 En Colombia oportunidad	20
1.3 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN OTROS SISTEMAS	21
1.4 OBJETIVOS, VENTAJAS Y DESVENTAJAS	22
2. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SU REGULACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO	26
2.1 EI ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002	26
2.1.1 Breve referencia a la exposición de Motivos	26
2.1.2 El Principio de Oportunidad en el Acto Legislativo 03 de 2002	27
2.3 LA LEY 906 DE 2004 Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	33
2.3.1 Introducción	33
2.3.2 La renuncia a la Acción Penal	39
2.3.3 La Suspensión del Procedimiento a Prueba	43
2.3.4 Controles Sobre la Aplicación del Principio de Oportunidad	44
3. CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 906 DE 2004	48
4. CONCLUSIONES DEL TRABAJO DE CAMPO CON LOS FISCALES DELEGADOS ANTE LOS JUECES PENALES MUNICIPALES Y JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ Y POPAYÁN	73
4.1 PREGUNTAS DIRIGIDAS A LOS FISCALES	73
4.2 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS	75
5. REFORMA A LAS CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA	90
5.1 REFERENCIA AL PROYECTO DE LEY No. 342 / 2008 CAMARA 261 / 2008 SENADO. "POR MEDIO DE LA CUAL SE REFORMA LA LEY 906 DE 2004 EN LO RELACIONADO CON EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD".	90
5.2 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA PROPUESTA A LAS CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CONSAGRADO EN LA LEY 906 DE 2004	105

5.2.1 Dificultades del Principio de Oportunidad	105
5.3 PROPUESTA DE REFORMA Y JUSTIFICACIÓN	107
6. CONCLUSIONES	118
BIBLIOGRAFIA	121

## INTRODUCCIÓN

La concepción de nuestro sistema procesal penal ha sufrido una importante modificación con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 y con la posterior expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal mediante la Ley 906 de 2004. Esta es una realidad que no podemos desconocer puesto que el cambio constitucional y legal lleva consigo una importante mutación en la concepción que teníamos en Colombia sobre el derecho procesal penal. La reforma trae consigo una figura que consideramos una evolución y un verdadero mecanismo de política criminal del Estado, cual es el principio de oportunidad, que en la medida en que tenga una adecuada aplicación entre nuestros operadores jurídicos, permitirá el juzgamiento de aquellos delitos que verdaderamente pongan en peligro a los asociados y afecten transcendentalmente los bienes jurídicos tutelados.

Por este motivo y teniendo en cuenta que el Estado debe hacer uso del derecho penal cuando no tenga más mecanismos para controlar el actuar de los asociados, consideramos que el principio de oportunidad es un mecanismo apropiado para empezar a consolidar en Colombia una verdadera política criminal, pues la delincuencia en un Estado Social de Derecho no se combate llevando a todas las personas que cometan delitos a una cárcel ni aumentando las penas de las conductas punibles. La delincuencia se combate con una verdadera reforma social y con una verdadera política criminal que permita que los asociados tengan mayores oportunidades frente al Estado, buscando que el derecho penal sea utilizado lo menos posible, solamente en casos extremos donde se justifique una privación de la libertad<sup>1</sup>.

Pero el principio de oportunidad no debe quedar solamente consagrado en una normatividad. Su verdadera efectividad se debe dar en la práctica, y debe ser desarrollado por los Fiscales quienes por mandato del Acto Legislativo 03 de 2002 son quienes tienen a su cargo decidir si aplican o no esta figura en un caso concreto. Para el efecto, es pertinente que los fiscales tengan a su disposición unas directrices claras sobre la materia y una adecuada capacitación, que no solamente genere confianza en el órgano investigador y acusador, sino que su aplicación se realice con un completo respeto de los derechos constitucionales y

---

<sup>1</sup> Sobre este punto se expresa acertadamente el profesor alemán Claus Roxin de la siguiente manera: "Resocializar no significa introducir sentencias indeterminadas o disponer a capricho del condenado para tratamientos estatales coactivos. Más bien únicamente satisface la reforma al mandato constitucional, si al mismo tiempo fortalece la situación jurídica del condenado con la introducción de modernos métodos de terapéutica social y se reestructura jurídicamente la especial relación de poder que hasta ahora ha sido poco accesible a la especulación jurídica. El tema mismo lo exige, pues una educación para la vida legal en la libertad del Estado de Derecho puede difícilmente llevarse a cabo con la privación de todas las libertades". ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Barcelona: Bosch: Casa Editorial, 1972. p. 33-34.

garantías fundamentales que son la base de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho

Así las cosas, creemos que algunas de las causales de aplicación del principio de oportunidad reguladas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004 tienen defectos en su redacción y, en tratándose de la renuncia a la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, creemos que dichas causales deben ser supremamente claras e inequívocas, buscando que los fiscales las apliquen sin ningún temor, logrando la ejecución de una efectiva política criminal, que aplique el derecho penal única y exclusivamente como último mecanismo de control social formal.

En este orden de ideas debemos anotar entonces, que el presente estudio tiene como objetivo principal hacer una aproximación crítica a las causales que permiten la aplicación del principio de oportunidad contenidas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, a efectos de determinar cuales de estas diez y seis causales<sup>2</sup> tienen dificultades en su aplicación práctica, para una vez identificadas proceder a formular una reforma sobre el particular.

En primer lugar trataremos de aproximarnos a la concepción jurídica del principio de oportunidad desarrollando el concepto y algunas antecedentes de la figura en Colombia y en otros países del mundo.

Posteriormente abordaremos los motivos que llevaron a que el Congreso de la República, en calidad de Constituyente derivado, incorporara esta figura en el artículo 250 de la Carta mediante la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, teniendo claro que el presente estudio no pretende explicar detalladamente la regulación legal del principio de oportunidad. Por el contrario, nuestra finalidad es acercarnos un poco al tema del principio de oportunidad, observando la regulación que sobre el mismo se desarrolla en la ley 906 de 2004, particularmente en lo relacionado con las causales consagradas en el artículo 324 de la normatividad en mención, con el objetivo de entender mejor un trabajo de campo que desarrollamos con fiscales delegados ante los Jueces Penales Municipales y Jueces Penales del Circuito de Bogotá y de Popayán, el cual nos conducirá a determinar qué tan efectiva ha sido la aplicación del principio de oportunidad en algunos de los estrados judiciales de nuestro país.

En segundo lugar mostraremos los resultados del trabajo de campo realizado con los fiscales basados en las preguntas que prepararemos para el efecto. De lo anterior tomaremos las conclusiones que nos permitirán desarrollar el objetivo central de esta propuesta cual es formular una reforma al Código de

---

<sup>2</sup> Hablamos de diez y seis causales habida cuenta que la causal número 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-673 de 2005.

Procedimiento Penal en punto de aplicación de las causales que regulan el principio de oportunidad. De este modo, las conclusiones derivadas del trabajo de campo y el apoyo en doctrina nacional y extranjera, nos permitirán formular nuestra propia propuesta de reforma a las causales de aplicación del principio de oportunidad en nuestro país.

Finalmente desarrollaremos unas conclusiones de nuestro trabajo.

# 1. APROXIMACIÓN A LAS CONCEPCIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

## 1.1 CONCEPTO

El principio de oportunidad abarca la posibilidad de decidir y de disponer de la acción penal y así decidir cuando se acusa y cuando no. Al respecto el profesor y actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Doctor Augusto Ibáñez Guzmán señala que, “el principio de oportunidad es una estrategia estatal, una fórmula de política criminal, un plan de ejecución frente al delito como lo es el plan de desarrollo para las cuestiones económicas. En su configuración, a propuesta del ejecutivo, como lo señala la Constitución, debe trazar pautas, referencias y gestiones para resolver el conflicto social, es decir, es eminentemente social”<sup>3</sup>.

Es entonces una forma de no llevar a cabo la persecución penal de ciertas conductas que por algún motivo permiten el no ejercicio de la acción penal. Se miran entonces criterios de importancia, trascendencia o insignificancia de hechos que se consideran como conductas punibles, pero dada su afectación mínima a la sociedad, el Estado prefiere que se solucionen por mecanismos alternativos al derecho penal.

Para una mayor explicación sobre el particular, analizando un poco la legislación española, se habla en la doctrina del principio de oficialidad de la acción penal o de la acción penal oficial, el cual constituye un complemento al principio de legalidad y en virtud del cual es necesario que exista un órgano del Estado que, respetando a cabalidad todas las garantías constitucionales fundamentales, tenga la obligación de ejercer la acción penal ante la comisión de un delito público<sup>4</sup>. Según el citado autor español Gimeno Sendra, si bien es cierto que el órgano investigador –llamado en España el Ministerio Fiscal- es uno de los principales garantes del principio de legalidad, existen otras dos funciones que le encomienda la Constitución española de 1978, que son la tutela de los derechos de los ciudadanos y del interés público, que “autorizan, en ocasiones, a determinadas restricciones del principio de legalidad en beneficio de su propio antitético, cual es, el de **oportunidad**, que legitima al MF, bajo el cumplimiento de determinadas circunstancias previstas en la Ley, a no ejercitar la acción penal, no obstante la comisión de un delito, a solicitar su archivo, aunque la instrucción haya determinado dicha existencia y la responsabilidad de un determinado autor”<sup>5</sup>. Para Gómez Pavajeau, siguiendo a Ferrajoli, se trata de “una adquisición pacífica de toda la experiencia procesal contemporánea y hacer caso omiso del mismo puede propiciar un resquebrajamiento de la defensa de los débiles, al romper las

---

<sup>3</sup> IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto José. El Principio de Oportunidad. En: Revista Universitas, Bogotá, D.C., No. 109. Pontificia Universidad Javeriana, (Junio, 2005); p. 87.

<sup>4</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. Madrid: Editorial Colex, 2004. p.188.

<sup>5</sup> Ibíd., p.188.

reglas de trato igualitario. Resulta contrario al poder de disposición que integra, puesto que después de verificado el hecho, el supuesto legal se permea con valoraciones ético políticas de naturaleza discrecional, circunstancia que debe ser rechazada especialmente cuando se trata del derecho punitivo, pues es propio del derecho administrativo y del derecho positivo, donde, los peligros de desconocer el principio de legalidad podrían desembocar en tiranía procesal”<sup>6</sup>.

Para Rosero González, el principio de oportunidad se traduce en “una facultad discrecional asignada al ministerio fiscal, a quien se le permite evaluar la conveniencia del ejercicio de la acción penal en situaciones concretas y decidir autónomamente sobre su aplicación”<sup>7</sup>.

El profesor Esiquio Sánchez lo considera como límite recíproco del principio de legalidad. Estas son sus palabras: “En nuestro sentir el principio de oportunidad es un principio constitucional que se limita recíprocamente con el de legalidad, en virtud del cual el titular de la acción penal, en últimas, renuncia a la persecución penal de delitos, de conformidad con causas legales y por motivos de utilidad social, justicia material y razones político criminales”.<sup>8</sup>

El autor peruano Jorge Rosas Yataco se refiere al principio de oportunidad así: “En suma la ratio legis de la vigencia del principio de oportunidad responde a un verdadero negocio jurídico-procesal penal, evitando que delitos de escasa gravedad y que causen mínima alarma social que amerite una sanción penal leve, sigan su trámite configurando en algunos casos un supuesto de allanamiento en el proceso y la no prosecución del ejercicio de la acción penal pública, ahorrándose tiempo y la onerosidad que el proceso implica, restableciéndose inmediatamente el daño causado a la parte civil, así como descargando la labor procesal del Juez y el Fiscal”<sup>9</sup>.

Para la Honorable Corte Constitucional, el principio de oportunidad tiene las siguientes características:

---

<sup>6</sup> GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La oportunidad como Principio Complementario del Proceso Penal. Segunda Edición. . Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. p.18-19.

<sup>7</sup> ROSERO GONZALES, Ricardo. Audiencia de Control del Principio de Oportunidad. En: El Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Tomo II. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005. p. 175.

<sup>8</sup> SANCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. La Constitucionalización del Proceso Penal y La Justicia de Oportunidad. Bogotá. En: Procuraduría general de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio Público, Colección Derecho Penal, No. 6, p. 42.

<sup>9</sup> ROSAS YATACO, Jorge. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003. p. 237-238.

*“( i ) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; ( ii ) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; ( iii ) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; y, ( iv ) su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”<sup>10</sup>.*

Los anteriores conceptos nos permiten señalar entonces que el principio de oportunidad consiste en una facultad discrecional radicada en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, que se enmarca dentro del ámbito de la política criminal del Estado y que permite que el ente acusador renuncie, interrumpa o suspenda la persecución penal, conforme a unas causales taxativamente establecidas por el legislador, condicionado a una plena reparación de los perjuicios de las víctimas y sometida su aplicación a un control de legalidad y constitucionalidad posterior por parte de un Juez de Control de Garantías. Infortunadamente la regulación que sobre el mismo desarrolló nuestro legislador en la Ley 906 de 2004 es bastante confusa, particularmente en el tema de las causales, lo cual ha llevado a una inadecuada comprensión de la figura por parte de nuestros operadores jurídicos, especialmente en los fiscales que deben dar aplicación al principio de oportunidad<sup>11</sup>.

## **1.2 ALGUNOS ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

### **1.2.1 A Nivel Mundial.**

Los sistemas continentales siempre habían introducido como principio rector de su sistema penal el de la legalidad, donde todos los delitos debían ser investigados en cumplimiento de la ley penal, con el objetivo de que una vez iniciado el ejercicio de la acción penal, no se pudiera suspender, ni interrumpir, ni renunciar debido a que era menester cumplir con el ejercicio de imponer una pena a quien cometiera una conducta punible. Por otra parte, los sistemas anglosajones como el americano o británico han implementado siempre el principio de oportunidad donde se tienen otros criterios como el de la conveniencia o la utilidad cuando se ejerce la acción penal. Así, se puede decidir por el ente estatal si se persigue o no una determinada conducta.

---

<sup>10</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-673 de 2005. MP. Clara Inés Vargas.

<sup>11</sup> Según las cifras suministradas por la FGN aproximadamente el 1.8% de las salidas del sistema se debe a la aplicación del principio de oportunidad. Disponible en: [http://www.cej.org.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=480:aplicacion-principio-de-oportunidad-por-delito&catid=56:justiciometro&Itemid=116](http://www.cej.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=480:aplicacion-principio-de-oportunidad-por-delito&catid=56:justiciometro&Itemid=116).

Los sistemas continentales se han dado cuenta, en desarrollo de este estricto principio de legalidad, que tienen que existir algunos casos donde se permita ser más flexibles y crear excepciones. Es por esto que algunos de estos sistemas han introducido la oportunidad reglada como, en opinión de algún sector de la doctrina, excepción al principio de legalidad. Como ejemplo podemos mencionar a Alemania que en los años setenta introdujo lo que algunos consideran una excepción a la legalidad, es decir el principio de oportunidad.

Así se fue creando en Alemania un sistema en el cual en casos donde el juicio de culpabilidad no fuere significativo o las consecuencias de los hechos fueren insignificantes se podía pedir un permiso al juez para poder renunciar a la acción penal.

Asimismo, después en las décadas de los ochenta y noventa esta tendencia penetró en otros países con sistemas continentales como por ejemplo los latinoamericanos. Los sistemas siempre se tienen que adaptar a las realidades de un país y estos se vinieron dando cuenta que era imposible cumplir con un sistema de estricta legalidad por diversas razones. La congestión judicial necesariamente obliga a que se investiguen unos crímenes y se dejen de lado algunos. Al existir esta tendencia se crea una idea de impunidad ya que muchas veces no se denunciarían delitos que se cree ni siquiera serían investigados.

Por esta razón algunos países Latinoamericanos decidieron incorporar como una excepción este principio de oportunidad reglado y taxativo por vía legislativa y que no fuera al arbitrio del sistema judicial<sup>12</sup>. Para citar un ejemplo podemos traer a colación el Código de Procedimiento Penal peruano<sup>13</sup>, donde, a diferencia del Código Colombiano, se observan unas causales sin tanto contenido dogmático, mucho más generales y que a nuestro criterio responden a una adecuada política criminal.

---

<sup>12</sup> GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. El Principio de Oportunidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2006.

<sup>13</sup> **ARTÍCULO 2º, Sección 1. Principio de oportunidad.- 1.** El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

**a)** Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

**b)** Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

**c)** Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14º, 15º, 16º, 21º, 22º y 25º del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

### 1.2.2 En Colombia.

Se siguió esta misma tendencia hacia este sistema de aplicación del principio de oportunidad y podemos ver antecedentes a lo que hoy es nuestro sistema acusatorio que incluye el principio de oportunidad:<sup>14</sup>

- Proyecto de Acto Legislativo No. 1 de 1980: En este proyecto se planteó la implementación del principio de oportunidad, la creación de la Fiscalía General de la Nación y un sistema acusatorio. Sin embargo, este fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia el 3 de septiembre de 1981 y no fue posible implantar ninguna de estas figuras.
- Proyecto Reformatorio de la Constitución de 1886 en Febrero de 1991: Este pretendió instaurar el sistema acusatorio y se dijo que el Fiscal no debería intervenir en todos los procesos penales.
- Proyecto de Acto Legislativo No. 150 de 2001: Se propuso el principio de oportunidad reglado y con control judicial previo.
- Proyecto de Acto Legislativo No. 151 de 2001: Este pretendía reformar el artículo 250 de la Constitución. Aquí se discutieron las dos formas de actuar de la fiscalía, por un lado, haciendo énfasis al sistema donde el acusador sin ninguna base legal decide si acusa o no a una persona y por otro lado el principio de oportunidad reglado en donde se establecen previamente los parámetros dentro de los cuales se puede decidir si se ejerce o no la acción penal.
- **ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002**: Se estableció que este principio tenía como propósito hacer que la administración de justicia fuera más eficiente y simple. Así se podrían descongestionar los despachos judiciales con criminalidad mínima y enfocarse más hacia la reparación de la víctima, dándole oportunidad de reinserción social a quien cometió la conducta punible. Como vimos anteriormente, se planteó como una excepción al principio de legalidad, una forma de terminar el proceso y así como una forma de descongestión.

---

<sup>14</sup> GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. El Principio de Oportunidad. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2006.

### 1.3 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN OTROS SISTEMAS

Como ya lo veníamos planteando, los sistemas Continentales y Anglosajones difieren, ya que desde un principio en los ordenamientos de estirpe anglosajón se estableció el principio de oportunidad como una parte esencial del sistema, donde el funcionario acusador responde políticamente por su decisión de aplicar o no el principio de oportunidad.

Por ejemplo en Inglaterra, no existen criterios legales para decidir cuando acusar y cuando no sino que simplemente se acude a razones de interés general. Al respecto, el profesor Mestre Ordóñez anota lo siguiente: “En efecto, la formulación de la pretensión penal en Inglaterra sigue siendo una función esencialmente descentralizada que corresponde prioritariamente a la policía, aunque puede hacerlo cualquier persona en nombre de la corona.

Dado el anterior esquema, no es extraño concluir que en este modelo la acusación penal es una tarea que se puede ejercer de manera discrecional<sup>15</sup>. En los Estados Unidos también se destacó el papel que jugaba la víctima y su importancia en la reparación convirtiendo el principio de oportunidad en la regla general y no en una excepción como lo es en los sistemas continentales. Así, en este sistema los criterios de discrecionalidad al momento de acusar varían dependiendo del lugar, aunque existen unos criterios uniformes impuestos por los superiores jerárquicos.

En contraposición, encontramos los sistemas continentales donde siempre existe un fiscal que dispone de la acción penal, sometido a unas causales legales que le permiten hacerlo. Según el estudio de la autora Whanda Fernández León<sup>16</sup> acerca de derecho comparado en el principio de oportunidad, podemos ver que por ejemplo en Alemania, se permite no perseguir aquellos asuntos de poca importancia como en el caso de delitos que tengan una pena privativa de la libertad inferior a un año o cuando no exista un interés público. En España, por ejemplo, desde las leyes 7 de 1988 y 10 de 1992, se implantó el principio de oportunidad como una excepción al de oficiosidad. Asimismo, en Italia, se incorporó este principio en 1981 pero únicamente para criminalidad baja y mediana a través de una figura que se denominó el patteggiamento. Esta figura es similar a la que se plantea en el sistema anglosajón que se denomina el plea bargaining que tiene por objeto aplicar una sanción sustitutiva como una pena pecuniaria o una pena que involucre la voluntad del imputado en los términos de un consenso.

---

<sup>15</sup> MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. La Discrecionalidad para Acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia. Bogotá: Segunda Edición. Pontificia Universidad Javeriana. 2007. p. 182-183.

<sup>16</sup> FERNANDEZ, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Bogotá: Ediciones del Profesional, 2005.

Otros ejemplos en América Latina incluyen a Bolivia, donde se establece la obligatoriedad en el artículo 121 de su Código de Procedimiento Penal pero con la excepción en cinco casos taxativos. Y el siguiente artículo, 122 CPP que establece los efectos del principio de oportunidad. También en Chile, en el artículo 170 del CPP se consagra el principio de oportunidad como permiso a los Fiscales de no iniciar una persecución penal o abandonar una ya iniciada en casos correspondientes a hechos que no comprometen gravemente el interés público y al igual que en el proceso colombiano, debe tener un control posterior por el juez de control de garantías. Por tan solo mencionar otro ejemplo, en Venezuela en el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal se establece este principio de oportunidad donde el Fiscal debe solicitar al Juez de Control de Garantías la autorización para prescindir total o parcialmente el ejercicio de la acción penal en cinco supuestos taxativamente establecidos. De igual manera, como vimos anteriormente, la legislación procesal penal del Perú se encuentra bastante avanzada en lo relacionado con el principio de oportunidad, con unas causales bastante genéricas que podrían constituir un buen ejemplo a seguir para el legislador colombiano con el fin de corregir los desacertados errores de redacción y la combinación de criterios dogmáticos con aspectos políticos en las causales que permiten la aplicación del principio de oportunidad en la ley 906.

En cuanto a la Corte Penal Internacional, en el artículo 53 del Estatuto, se consagra este principio de oportunidad para ser aplicado al inicio de investigación o en la etapa de juzgamiento. No existen criterios de oportunidad reglados sino que el Fiscal debe sujetarse a fundamentos razonables y al interés de la justicia. Esta renuncia a la acción penal tiene un control por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares<sup>17</sup>.

#### **1.4 OBJETIVOS, VENTAJAS Y DESVENTAJAS**

La aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal del Estado busca dar cumplimiento al postulado según el cual el derecho penal es la *última ratio*, esto es, el último mecanismo de control social formal que debe utilizar el Estado para garantizar los derechos de los asociados y el orden social.

---

<sup>17</sup> “Para comenzar, es importante anotar que la aplicación del principio de oportunidad puede presentarse, de conformidad con el Estatuto de Roma y sus reglas de procedimiento y prueba, tanto en el momento de abrir la investigación, como en el momento de decidir sobre el enjuiciamiento. El numeral 1 del artículo 53 citado se refiere a lo primero y el 2 a lo segundo. De conformidad con lo anterior, el Estatuto de la Corte Penal Internacional consagra el principio de oportunidad para ser aplicado en dos momentos procesales diferentes: el inicio de la investigación o el inicio del juzgamiento. En ambos casos, la decisión corresponde al fiscal”. <sup>17</sup> MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. La Discrecionalidad para Acusar. El Fiscal y el Principio de Oportunidad en El Estado Social de Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003. p.194-195.

Así, se puede lograr que el delincuente pueda reinsertarse y readaptarse mediante un procedimiento voluntario teniendo en cuenta que existen unos mecanismos más eficaces cuando sea innecesaria la pena. Igualmente se garantizará la vigencia de un Estado democrático puesto que en el Estado Social de Derecho, se debe plantear una política criminal como política pública social, y el principio de oportunidad es un importante avance para lograr dichos cometidos.

Por lo anterior, siempre que el fiscal se enfrente ante la decisión de acusar o no, ser verá limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad de la pena, intervención mínima y *ultima ratio*<sup>18</sup>.

Sin embargo, podemos ver que existen tanto ventajas como desventajas; por un lado, “el principio de oportunidad es una conquista del derecho procesal, en aras de lograr eficacia, eficiencia y descongestión del sistema penal”<sup>19</sup>. Así, pretende tener propósitos de política criminal en cuanto a las soluciones y formas de tratar los conflictos que tengan que ver con lo penal. Desde otra perspectiva, podemos ver que la discrecionalidad de la acción penal podría llegar a generar efectos tales como que se aumente la cantidad de personas que cometen un determinado crimen y que éste no sea perseguido.

Por esto se podría llegar a pensar que a través de este principio se está estimulando la impunidad y por consiguiente se diera una prevalencia del derecho procesal sobre el derecho sustancial. Sobre el particular la Corte Constitucional se expresa en los siguientes términos:

*“la merma de significación social de una conducta proviene de una serie de circunstancias como, por ejemplo, las condiciones personales en las que el agente actuó (bajo cansancio extremo, tensión extrema, insomnio, ingesta de medicamentos, etc.), el poco valor del objeto del delito en los tipos penales que protegen el patrimonio económico (hurto de una fruta...), el contexto social en el cual la conducta se ejecuta, o cualquiera otras que sólo se conocen en las circunstancias concretas e infinitas posibilidades que compete*

---

<sup>18</sup> En suma lo que se quiere con el principio de oportunidad no es que el fiscal deje de investigar o acusar arbitrariamente, sino que es pertinente anotar que cada conducta punible es diferente y por lo tanto esto exige que se analice y se evalúe la comisión de un delito en un caso concreto. Por ello se encuentran situaciones como “la readecuación social del hecho, la ínfima importancia, la culpabilidad disminuida, la retribución natural (pérdida de un hijo con el que se tiene relación de afecto actual en un siniestro provocado por culpa del imputado) o la reevaluación del interés público en la persecución de la conducta”. Así como la posibilidad de prescindir de un hecho delictivo de menor importancia para aplicar esfuerzos y recursos en conductas más lesivas para la sociedad. Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2005. MP. Clara Inés Vargas.

<sup>19</sup> GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. El Principio de Oportunidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2006.

*conocer al fiscal en cada caso, y que son establecidas probatoriamente en cada ocasión*<sup>20</sup>.

La profesora Teresa Armenta Deu, en afortunada síntesis, presenta como ventajas del principio de oportunidad:

- “1) Que el principio de oportunidad atiende a razones de interés social o utilidad pública en una triple vertiente:
  - a. porque permite reaccionar de forma proporcional a la falta de interés público en la persecución de ciertos delitos, en aquellos casos en que conlleven una escasa lesión social.
  - b. porque estimula la pronta reparación de la víctima.
  - c. porque evita los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad.
- 2) Que el principio de oportunidad contribuye decisivamente a la consecución de la justicia material por encima de la formal.
- 3) Que el principio de oportunidad favorece el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- 4) Que el principio de oportunidad constituye el único instrumento – desde una perspectiva eminentemente práctica- que permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, y aquellos otros en que se considera que la mínima lesión social debe conducir a su no persecución”<sup>21</sup>.

Siguiendo a la misma autora<sup>22</sup>, se señalan algunos argumentos en contra del principio de oportunidad. En primer término se dice que éste podría lesionar el

---

<sup>20</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-095 de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>21</sup> ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. Barcelona: Marcial Pons. 2003, p. 40.

<sup>22</sup> En relación con las desventajas o motivos en contra de la consagración del principio de oportunidad la mencionada tratadista, anota: “De una parte, y desde el punto de vista constitucional, la implantación del principio de oportunidad podría lesionar el principio de igualdad, dado que la respuesta al delito no sería la prevista en la ley para todos los imputados, sino que ello dependería del criterio del Fiscal en cada caso concreto: ante supuestos análogos, el Fiscal de un lugar podría entender que no procede abrir proceso penal por razones de oportunidad, siendo así que en otro lugar del país otro Fiscal sí que instara el ejercicio de la acción penal. Por otra parte, y siempre desde la perspectiva constitucional, también ha de reconocerse que la vigencia del principio de oportunidad atentaría contra el postulado de que la Administración de Justicia es una función encomendada exclusivamente a los órganos jurisdiccionales: en efecto, en muchos supuestos sería el fiscal el encargado de decidir lo que es “justo”, promoviendo o no, según su criterio, la persecución de conductas aparentemente delictivas.

principio de igualdad en la medida que la respuesta al delito no sería la prevista legalmente para todos los imputados, sino que esta situación dependería del órgano investigador en cada caso concreto, y que la división regional del Ministerio Fiscal no permite una unificación de criterios en punto de aplicación del principio de oportunidad, y por consiguiente se podría afectar el derecho a la igualdad al solucionar casos análogos en diferentes latitudes<sup>23</sup>. “No se olvide, finalmente, que la incorporación del principio de oportunidad deja sin cobertura el riesgo de que el órgano al que se atribuye la facultad discrecional de incoar o no un proceso penal sea quien decida en definitiva sobre la realización del Derecho Penal (dado que no puede haber pena sin proceso)<sup>24</sup>”.

---

Por otra parte, también se puede rechazar el principio de oportunidad bajo la acusación de poner en peligro los logros que conlleva la estricta sujeción al principio de legalidad; especialmente el efecto conminatorio de la sanción penal o la seguridad jurídica implícita en la certidumbre de que todo hecho que revista los caracteres de delito será perseguido en términos de igualdad.

No se olvide, finalmente, que la incorporación del principio de oportunidad deja sin cobertura el riesgo de que el órgano al que se atribuye la facultad discrecional de incoar o no un proceso penal sea quien decida en definitiva sobre la realización del derecho penal (dado que no puede haber pena sin proceso)<sup>22</sup>. ARMENTA DEU, Teresa, Lecciones de derecho procesal penal, Barcelona, Marcial Pons, 2003. p. 41-42.

<sup>23</sup> Ibid., p. 41.

<sup>24</sup> Ibid., p. 41.

## 2. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SU REGULACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

### 2.1 EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002

#### 2.1.1 Breve referencia a la exposición de Motivos.

En el texto del “Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara. Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política”<sup>25</sup>, se expusieron los siguientes motivos: ( I ) se trata de un principio que se viene aplicando “*en forma larvada*”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial; ( II ) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; ( III ) constituye “*una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal*”; ( IV ) ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema americano constituye la regla y se traduce en las figuras del *plea guilty* o confesión dirigida a evitar el juicio, y del *plea bargaining*, es decir, negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado; ( V ) es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de la justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; y ( VI ) bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.

De los debates que tuvieron lugar en el Congreso de la República, puede concluirse que la consagración del principio de oportunidad se justificaba por los siguientes motivos:

( I ) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado, en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; ( II ) se descongestiona y racionaliza la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social; ( III ) los modelos acusatorios americano y europeo consagran dicho principio, aunque la fórmula adoptada no responde exactamente a ninguno de ellos por cuanto el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo sino que tiene que acudir ante el juez de control de garantías e invocar alguna de las causales expresamente señaladas

---

<sup>25</sup> Gaceta del Congreso. No. 134 de 2002.

en la ley; ( IV ) en el caso de reparación integral de las víctimas, no se justifica seguir adelante con la acción penal, en especial, en delitos de contenido económico.

### **2.1.2 El Principio de Oportunidad en el Acto Legislativo 03 de 2002.**

Como bien sabemos, en lo referente al principio de oportunidad existen dos sistemas o dos modelos evidentemente diferenciados. Uno es el modelo reglado, en el cual el legislador, para efectos de la aplicación del principio de oportunidad, señala una serie de causales a las que se debe someter el órgano investigador, es decir, la Fiscalía, en el momento de dar aplicación a dicho mecanismo; el otro es el sistema discrecional, donde no se manejan ningún tipo de causales sino que el funcionario aplica el principio por razones de política criminal y conveniencia.

El profesor Jesús Ignacio García Valencia, miembro de la Comisión Redactora del Nuevo Código de Procedimiento Penal explica los anteriores puntos en los siguientes términos: “En materia de regulación del principio de oportunidad, se presentan dos modelos claramente diferenciados: el discrecional, de origen anglosajón, en el cual el órgano de persecución penal tiene libertad para decidir cuando lo aplica y responde políticamente por su determinación; y el reglado, de origen continental, que se caracteriza porque al aplicarlo el órgano de persecución penal debe someterse a un catálogo previsto en la ley y su decisión es controlada por un juez de garantías”<sup>26</sup>.

Se puede entonces observar como en materia de aplicación del principio de oportunidad existen dos sistemas: el reglado, que como se puede ver es de interpretación eminentemente restrictiva, pues el órgano de persecución penal se somete a una serie de causales taxativamente contempladas por el ordenamiento jurídico, haciéndose imposible la aplicación de la analogía o las interpretaciones extensivas. También observamos el sistema de oportunidad flexible, amplia y totalmente discrecional en el que el funcionario operador del principio objeto de estudio, cuenta con una gran libertad para adoptarlo, ante lo cual debe tener en cuenta las condiciones de conveniencia y las circunstancias fácticas y jurídicas que se le presentan, e igualmente debe tener en cuenta que puede llegar a responder políticamente por la decisión que adopte en torno a la aplicación o no del principio de oportunidad.

En este orden de ideas, corresponde mencionar que con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, no existía en Colombia la consagración constitucional ni legal de la figura que analizamos. No había entonces en el régimen penal anterior, ningún caso en que la Fiscalía General de la Nación, por motivos de política criminal, renunciara a la persecución penal. Es

---

<sup>26</sup> GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. Conferencias Sobre el Proceso Penal Acusatorio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005. p. 33.

cierto que el artículo 41 de la Ley 600 de 2000 permitía la conciliación en aquellos delitos que admitieran desistimiento o indemnización integral; pero esta era una posibilidad que dependía de la voluntad de la víctima, y en ningún momento podía el fiscal renunciar a la acción penal, la cual, para efectos de estos delitos quedaba extinguida única y exclusivamente cuando las partes llegaban a un acuerdo sobre el delito investigado y la reparación de los perjuicios.

Así, pues, el Acto Legislativo 03 de 2002, como bien sabemos, introdujo el sistema penal acusatorio como modelo de legislación procesal penal. El Congreso de la República, como constituyente derivado, mediante la reforma constitucional en mención, decidió acoger la figura del principio de oportunidad, regulándolo de acuerdo a las connotaciones del sistema reglado que tuvimos oportunidad de analizar. Dispone el reformado artículo 250 de la Constitución Política que

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de 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<sup>27</sup> a la persecución penal, **salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías**”<sup>28</sup>. (Negrilla fuera de texto).

Es claro entonces como el legislador optó por un sistema normativamente regulado propio del derecho continental. Así, pues, es preciso anotar que, como bien se ha señalado, para algunos autores, el principio de oportunidad se traduce

---

<sup>27</sup> Sobre la diferenciación entre los conceptos de suspensión, interrupción y renuncia, el profesor José Fernando Mestre Ordoñez expone lo siguiente: “La suspensión es la cesación temporal de una actividad a la espera del cumplimiento de un término o una condición. Es decir, suspender la persecución penal no implica desistir definitivamente de la posibilidad de formular la pretensión penal, sino aplazar esa decisión a un momento futuro en el cual se verifique el cumplimiento de la condición o condiciones fijadas para el efecto.

La interrupción es la detención de una actividad que no ha culminado y que puede ser reiniciada en cualquier momento posterior. En relación con la persecución penal, al igual que la suspensión no implica un desistimiento definitivo, pues existe la posibilidad de emprenderla de nuevo. Sin embargo, ello no depende de un término o condición fijados, sino de una decisión de la Fiscalía.

Por su parte, la renuncia si es el desistimiento definitivo de la actividad respectiva, en este caso la persecución penal. Renunciar implica la imposibilidad futura de reabrir la investigación y formular pretensiones relacionadas con los hechos a los que se refirió la renuncia” MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. Op, cit., p. 215.

<sup>28</sup> Constitución Política de Colombia, Artículo 250, Reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002.

en una excepción al principio de legalidad, pues la Fiscalía General de la Nación de manera oficiosa debe ejercitar la acción penal, y de manera excepcional podrá aplicar el principio de oportunidad por razones de política criminal, teniendo en cuenta las causales que establece la ley para el efecto.

De igual manera, debemos tener en cuenta que la actuación de la Fiscalía en relación con la aplicación del principio de oportunidad se encuentra sometida a un control de legalidad y constitucionalidad por parte del Juez de Control de Garantías, figura ésta última, creada por el Acto Legislativo 03 de 2002.

En este orden de ideas resulta imperativo hacer referencia a la opinión que sobre el particular emitió el Procurador General de la Nación con relación al Acto Legislativo 03 de 2002, en particular, en lo pertinente a la consagración de la figura del principio de oportunidad.

Adujo en dicho momento el jefe del Ministerio Público:

“.....el principio de oportunidad reglado, que es justamente el que se nos presenta en el Acto Legislativo y que debe obedecer a las razones de política criminal que defina el legislador para que se exceptúe un comportamiento previsto como punible de la acción penal del Estado, el cual, no puede quedar sin control, pues, como se ha definido en la más clara dogmática procesal, la aplicación del principio de oportunidad tiene como contrapeso que las facultades otorgadas a la Fiscalía, se ejecuten sin afectar los legítimos derechos colectivos en los cuales está interesada la sociedad. El Ministerio Público, conceptuará sobre la posibilidad de que el Fiscal abra investigación o exigiendo que se continúen las acciones cuando la necesidad de protección de intereses de la sociedad o el patrimonio público lo aconseje”<sup>29</sup>.

Vemos entonces cómo, la reforma del Acto Legislativo 03 de 2002, acogió un sistema de principio de oportunidad acorde con nuestro modelo de Estado, pues es necesario que el legislador, en punto de abandono de la persecución penal, sea lo suficientemente claro a la hora de establecer los motivos por los cuales la Fiscalía puede abstenerse de cumplir con su obligación de ejercer la acción penal. Así las cosas,

“la introducción del principio de oportunidad en el sistema penal debe estar condicionada al establecimiento previo y claro de los criterios que orientan la función del fiscal a la hora de prescindir del ejercicio de la acción. No en todos los sistemas podrá regularse de la misma forma, así como el establecimiento de los criterios a los que obedece,

---

<sup>29</sup> Concepto del Procurador General de la Nación, respecto del Acto Legislativo 03 de 2002.

los cuales deberán concretarse con referencia a la singularidad y necesidades de la sociedad y de acuerdo con su particular situación cultural; lo que si es claro, a pesar de las diferentes formas en que pueda ser consagrado, es que el principio de oportunidad es una herramienta fundamental en el proceso penal como instrumento de realización de la política criminal del Estado”<sup>30</sup>.

Infortunadamente, la forma como nuestro legislador decidió regular la aplicación del principio de oportunidad, particularmente en lo relacionado con las causales, como podremos observar en el siguiente capítulo, no fue la más acertada, pues este catálogo de eventos legales que le permiten al fiscal discrecionalmente disponer de la acción penal, se encuentra bastante lejos de ser claro e inequívoco, lo cual hace que en la práctica la aplicación del principio de oportunidad sea escasa, habida cuenta que las numerosas contradicciones y confusiones que genera la normatividad de este mecanismo en la Ley 906 no permiten que el fiscal aplique esta figura con una clara convicción de estar dando la solución correcta al caso concreto.

Además de lo anterior, es claro entonces como la aplicación de este principio no solamente se relaciona con unas causales establecidas en la ley para su operación, sino que también como presupuesto para garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general, es menester el control por parte de un Juez de Control de Garantías, no solo para efectos de preservar los derechos de los afectados con la conducta punible, sino también para precaver que con la aplicación del principio en mención, no se vulnere bajo ninguna circunstancia el orden constitucional y legal.

Por otra parte debemos afirmar que el principio de oportunidad ha sido definido por la doctrina como un principio de naturaleza política “y de esta circunstancia nace la polémica sobre si debe tener aplicación en el proceso penal donde las decisiones deben regirse por el principio de la legalidad”<sup>31</sup>.

Algún sector doctrinal considera que el principio de oportunidad no debe tener aplicación en la medida en que la conveniencia de tipificar una conducta como delito se debe discutir dentro del trámite legislativo y que por consiguiente su aplicación daría lugar a generar impunidad<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. “La Humanización del Proceso Penal”. Bogotá: Legis. 2003. p. 242.

<sup>31</sup> GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. Conferencias sobre el proceso penal acusatorio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005. p. 88.

<sup>32</sup> Sobre lo anterior GARCIA VALENCIA, citando a MONTERO AROCA se expresa en los siguientes términos: “Este es un principio que despierta mucha polémica porque hay tratadistas que argumentan que él tiene naturaleza política y que no debe considerarse en las instancias judiciales, porque los criterios políticos se agotaron cuando el legislador decidió erigir una conducta en delito y señalarle una sanción. Sin embargo, en aquellos sistemas donde la titularidad de la acción penal corresponde al Ministerio

Empero, nosotros creemos que para el legislador es imposible predecir los innumerables casos que se pueden presentar en la práctica y que por consiguiente el principio de oportunidad, siempre y cuando su regulación sea clara, se traduce en una herramienta muy importante de política criminal que permite resolver muchos de los conflictos que se presentan en una sociedad, mediante elementos distintos al derecho penal.

Así las cosas, es notorio como el Congreso colombiano optó por consagrar la figura del principio de oportunidad como un mecanismo perteneciente a la política criminal del Estado. Pero, ¿qué entendemos nosotros por política criminal? Es necesario entonces, a partir de las consideraciones precedentes, desarrollar una aclaración sobre este concepto.

No es nuestro objetivo extendernos sobre éste tópico que ha sido bastante discutido en la doctrina. Para la Fiscalía General de la Nación, la política criminal puede definirse como, “el conjunto de acciones del Estado encaminadas a prevenir, disuadir y contrarrestar la materialización de conductas delictivas”<sup>33</sup>. Fernández Carrasquilla, siguiendo a Alf Ross se refiere al concepto de política criminal de la siguiente manera: “Como disciplina del “ser”, la política criminal no puede ser sino una aplicación de la política jurídica y ésta, a su turno, una derivación de la sociología jurídica, presentándose como una técnica para lograr y refinar ciertos efectos causales de las normas de derecho en la organización y el funcionamiento de la vida social”<sup>34</sup>. De acuerdo con lo anterior, en punto de política criminal, el profesor José Fernando Mestre Ordóñez se expresa de la siguiente manera: “Con ello se reconoce que, si bien el proceso penal es un medio para el cumplimiento de los fines de política criminal del Estado, no siempre es el más apropiado. Los fines pretendidos evidentemente se pueden lograr por mecanismos o instrumentos diferentes a él. Por esta razón, según el principio de oportunidad, el proceso sólo debe iniciar –o sea, solo se debe acusar, formular la pretensión penal- cuando haya certeza que ese es el mecanismo que mejor asegura la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”<sup>35</sup>.

Para Forero Ramírez, la política criminal debe entenderse como, “...las herramientas que utiliza el Estado para combatir el fenómeno de la criminalidad

---

Público o a la fiscalía dependientes del ejecutivo, se acepta que exista el principio precisamente porque dicha rama del poder también toma decisiones de tipo político y en un momento dado puede prescindir de ejercer la acción penal por un delito determinado precisamente por razones de ese carácter”. GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. Aproximación al Sistema Acusatorio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 29-30.

<sup>33</sup> Disponible en: [www.fiscalia.gov.co/programas/futurocolombia.pdf](http://www.fiscalia.gov.co/programas/futurocolombia.pdf).

<sup>34</sup> FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental 1. Bogotá: 3ra Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004. p. 71.

<sup>35</sup> MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. ¿Quién controla a la Fiscalía General de la Nación? Reflexiones puntuales y Mención Especial en relación con el Principio de Oportunidad. Estudios Penales, Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Bogotá: Legis, 2005. p. 694.

reprimiéndolo o previniéndolo”<sup>36</sup>. Mestre Ordóñez, siguiendo a la Corte Constitucional, se refiere al concepto de política criminal en los siguientes términos: “En ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos, esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario. Así, entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de “política criminal”, se encuentran: i. las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas. ii. Las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos. iii. Las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia. iv. Las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales. v. las que regulan la detención preventiva y las medidas cautelares, vi. Las que señalan los términos de prescripción de la acción penal. En idéntico sentido, ha reconocido dicha corporación que las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo de la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten esta política en la práctica”<sup>37</sup>.

Así, pues, la política criminal la concreta el Legislador al cumplir con la función legislativa en materia penal, bien sea tipificando conductas antijurídicas y señalando sanciones porque la norma penal está llamada a cumplir, en principio, una función preventiva, en la medida en que al señalar a la conducta punible una sanción, con ello se pretende evitar la trasgresión de la ley penal; y por otra parte una función represiva cuando el sujeto realiza la conducta punible y el Juez le impone una sanción<sup>38</sup>.

Igualmente el Legislador puede concretar esa política criminal en el señalamiento de beneficios o privilegios para quienes siendo trasgresores de la ley penal,

---

<sup>36</sup> FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez. 2006. p. 131.

<sup>37</sup> MESTRE ORDOÑEZ. Op. cit., p. 67.

<sup>38</sup> “Con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas políticocriminales en el sistema de Derecho Penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación. Su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente del Liszt. La vinculación al Derecho y la utilidad políticocriminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica: un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, pero que no consigue la garantía de la libertad como en el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal”. ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1972. p. 33.

faciliten al Estado la aplicación de la misma, tal como acontece, con las negociaciones o la aceptación de cargos, para citar algunos ejemplos. En tratándose del principio de oportunidad, éste encierra una definición de política criminal, en cuanto el Estado puede renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando se someta a unas causales específicas, todo con el objeto de dedicar la función de investigación y acusación de la Fiscalía a perseguir la delincuencia de mayor impacto social.

Empero, creemos que el concepto de política criminal al confundirse con criterios dogmáticos, tal y como sucede en las causales de aplicación del principio de oportunidad reguladas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, puede llevar a innumerables conflictos y confusiones entre los operadores jurídico-penales. “Desde hace tiempo se han estudiado también como elementos de política criminal los principios de la dogmática penal que razonabilizan la aplicación de las normas penales sustanciales e informan la actuación de los sujetos del proceso penal. Sin embargo, la política criminal también supera estas definiciones dogmáticas y se inserta en la discusión pragmática de la efectividad de los instrumentos diseñados y de la adaptabilidad de dichos instrumentos a las realidades sociales y a las finalidades del Estado”<sup>39</sup>.

## **2.3 LA LEY 906 DE 2004 Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

### **2.3.1 Introducción.**

Siguiendo los lineamientos de la reforma constitucional, el Congreso de Colombia, expidió la Ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal, donde se reglamentó la implantación del sistema penal acusatorio dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal. Siguiendo el mandato del artículo 250 de la Carta Política, el nuevo Código se encargó de llevar a cabo una regulación sobre el tema del principio de oportunidad. Para mayor claridad, analizaremos a continuación las normas que desarrollan esta figura, sus connotaciones jurídicas y nuestro criterio sobre el particular.

En primera medida el artículo 66 de la Ley 906 consagra que es obligación de la Fiscalía ejercer la acción penal. *“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”*<sup>40</sup>. Así las cosas, corresponde a la Fiscalía llevar a cabo toda una investigación que le permita obtener elementos materiales de prueba a efectos de sustentar la responsabilidad del acusado en el juicio oral.

---

<sup>39</sup> MESTRE ORDOÑEZ. Op. cit., p. 69.

<sup>40</sup> Ley 906 de 2004, Artículo 66.

Con posterioridad a la anterior disposición podemos ver la regulación que sobre el tema se desarrolla en el artículo 321 de la Ley 906 de 2004. En dicha norma se dispone que la aplicación del principio de oportunidad se debe desarrollar de conformidad con la política criminal del Estado. Por consiguiente, algún sector de la doctrina<sup>41</sup> considera que la aplicación de este principio se lleva a cabo principalmente sobre los delitos considerados como de bagatela, esto es, que por su grado tan bajo de antijuridicidad material, no logran poner en peligro o afectar significativamente el bien jurídicamente tutelado por la ley penal. Lo anterior hace referencia a que el Estado debe aplicar el derecho penal como último mecanismo de control social formal, de lo cual se colige, que eventos que no tienen gran trascendencia jurídica y que no afectan sustancialmente a la comunidad, no deben internarse dentro de la esfera del ordenamiento jurídico-penal. “Este supuesto, al igual que el fijado en el inc. 3, entraña un caso típico de falta de merecimiento de pena, por cuanto vistos en su conjunto atienden a la escasa medida del injusto y de la culpabilidad, así como a la falta de interés público en la persecución, siempre que –en resguardo del interés de la víctima- el imputado repare el daño ocasionado”<sup>42</sup>.

Con relación a la antijuridicidad material de las conductas punibles, el respetado profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, se refiere al concepto de antijuridicidad material, citando los pronunciamientos jurisprudenciales que sobre el particular desarrolló la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, particularmente aquellos con ponencia del maestro Alfonso Reyes Echandía. En este orden de ideas,

*“de relevante significación resulta el pronunciamiento de noviembre 10 de 1984, cuya ponencia fue elaborada por el magistrado Alfonso Reyes Echandía, y donde se dijo que “como quiera que la existencia misma de los tipos penales está ligada a la pretensión legislativa de proteger con la amenaza de sanciones determinados intereses jurídicos susceptibles de ser puestos en peligro, disminuidos en su integridad o destruidos, es de la esencia del hecho punible generador de responsabilidad que su autor o cómplice haya vulnerado aquel interés jurídico cuya tutela pretendió el Estado. Si la conducta realizada, a pesar de acomodarse formalmente a un tipo penal determinado no tuvo entidad suficiente para poner en peligro, disminuir o destruir –según el caso- dicho bien jurídico, de tal manera*

---

<sup>41</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición actualizada y aumentada. Tomo I. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003. p. 325-327.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 325.

*que este permaneció incólume, no habrá lugar a deducción de responsabilidad punitiva*<sup>43</sup>.

Por consiguiente, creemos que al ser el delito una conducta típica, antijurídica y culpable, en el caso de los delitos bagatela la conducta claramente es formalmente antijurídica, pero no desde el punto de vista material, esto es, que no ha tenido la suficiente connotación para lesionar o poner en peligro el bien jurídicamente tutelado por la ley penal. Por lo anterior, es preciso anotar que ante un caso concreto de un delito de afectación mínima, en aras de garantizar el principio de economía procesal, será mejor que el fiscal no inicie ningún tipo de investigación, pues no se configura el delito.

Empero, es de aclarar que en la práctica judicial, particularmente en delitos contra el patrimonio económico, es bastante difícil definir en un caso concreto cuando hay o no antijuridicidad material. El ejemplo cotidiano es el de los grandes supermercados en donde a diario se presentan hurtos de artículos como frutas, dulces, entre otros. Si se analiza la situación posiblemente el hurto de una fruta para un almacén como el Exito o Carrefour no significaría mayor vulneración a su patrimonio económico. Sin embargo, el problema se presenta cuando estas grandes cadenas muestran al público una serie de datos estadísticos donde se ven millonarias pérdidas como consecuencia de estos hurtos que a simple vista no tendrían la virtualidad para lesionar a estos grandes almacenes.

Por lo anterior, es muy importante que los operadores jurídicos tengan en cuenta todos estos aspectos al momento de analizar la antijuridicidad material de una conducta, pues en algunos casos puede ser de fácil determinación pero en otros la cuestión puede ser compleja. Así, en el evento de determinar en un caso concreto que la conducta consiste en un delito bagatela, es preciso que el fiscal aplique el principio de oportunidad dada la poca afectación al bien jurídico tutelado, pues sería contrario a la economía procesal y a las finalidades relacionadas con la descongestión del sistema penal, continuar con el proceso para esperar una sentencia absolutoria. Igualmente, también podría solicitar una preclusión ante el juez de conocimiento.

Por otra parte, el artículo 322 del Nuevo Código de Procedimiento Penal consagra: *“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.* Así las cosas, según algunos autores, el principio de oportunidad se consagra como una excepción a la legalidad.

---

<sup>43</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la Antijuridicidad Material. Regulación y Aplicación. Bogotá: Tercera Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 13.

Otros consideran que el principio debe tener total aplicabilidad, "...para racionalizar el trabajo judicial y que por razones de economía y eficiencia penal debe ser aplicado por los operadores jurídicos"<sup>44</sup>.

En lo referente a si el principio de oportunidad es una excepción al principio de legalidad, hay posiciones encontradas en la doctrina que trata el tema.

Según Roxin,

"el principio de legalidad enuncia, por un lado, que la fiscalía debe realizar investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra parte, que está obligada a formular la acusación cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha vehemente. Su antítesis teórica está constituida por el principio de oportunidad, que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible"<sup>45</sup>.

Es claro entonces como para Roxin, la aplicación del principio de oportunidad, claramente constituye una excepción al principio de legalidad. Dice el respetado profesor alemán que el principio de legalidad "...es quebrantado por tantas excepciones en que 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. No obstante, ello sólo es correcto para la Fiscalía; la Policía no tiene facultad para sobreseer discrecionalmente, de modo que para ella el principio de legalidad rige de forma ilimitada"<sup>46</sup>.

Sobre este punto se han presentado bastantes discusiones doctrinales a efectos de determinar si la aplicación del principio de oportunidad se traduce o no en una excepción al principio de legalidad. Así las cosas, "el principio de legalidad en su manifestación procesal atiende, desde esta perspectiva, a la ideología del Estado de Derecho, en cuanto pretende el sometimiento de los poderes públicos a la ley. Las formulaciones clásicas que son concreción de este principio en el ámbito penal (*nullum crime sine poena; nulla poena sine lege*), son claros exponentes de esta idea cuyos destinatarios son los poderes públicos"<sup>47</sup>. Es claro como el principio de legalidad se traduce en una garantía ciudadana, por cuya virtud

---

<sup>44</sup> GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. Conferencias Sobre el Proceso Penal Acusatorio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005. p. 89.

<sup>45</sup> ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000. p. 89.

<sup>46</sup> ROXIN, Claus. Op. cit., p. 90.

<sup>47</sup> ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid: Marcial Pons. 2003. p. 39.

cualquier actuación de las diferentes ramas del poder público debe estar ajustada a la ley.

Según la profesora española Teresa Armenta Deu, “el principio de legalidad se opone al principio de oportunidad. Conforme al mismo –siempre en el ámbito que nos ocupa- el ius puniendi no debe ser satisfecho en todos los casos en que concurriesen los presupuestos al efecto, sino que se conceden márgenes más o menos amplios de discrecionalidad a los sujetos públicos –generalmente al Ministerio Fiscal- para desarrollar sus funciones”<sup>48</sup>.

La tratadista Sandra Janette Castro Ospina, expone lo siguiente:

“El principio de oportunidad y criterios de oportunidad son, en principio, una excepción al principio de legalidad, los titulares de la acción penal están autorizados para decidir si la ejercen o no y para solicitar el sobreseimiento. Desde su origen el fundamento de la oportunidad es su tendencia hacia las consecuencias externas, a la efectividad del proceso penal, procurando abandonar todas las talanqueras que implican un principio de legalidad estricto, pretende legitimarse desde el punto de vista externo en razones de utilidad pública o interés social”<sup>49</sup>.

El profesor Juan Carlos Forero Ramírez menciona a grandes rasgos los argumentos encontrados en relación con este tema: “De conformidad con una primera concepción, el principio de oportunidad resultaría ser la antítesis del principio de legalidad, por cuanto el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio. Tal es el caso de los países en los cuales no está previsto el principio de oportunidad como ocurría en Colombia antes del Acto Legislativo 03 de 2002”<sup>50</sup>.

Otros autores consideran que el principio de oportunidad no es la antítesis del principio de legalidad sino que se trata de figuras que son jurídicamente complementarias. Así, pues, “el principio de oportunidad no es una excepción del principio de legalidad, hace parte del mismo, su aplicación se encuentra autorizada por la Carta Política y desarrollado en normatividad aprobada, donde se determinaron las reglas que debe cumplir”<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> ARMENTA DEU, Teresa. Op. cit., p. 40.

<sup>49</sup> CASTRO OSPINA, Sandra Janette. Influencias del Funcionalismo en el Sistema Penal. Bogotá: Librería el Profesional, 1996. p. 96-97.

<sup>50</sup> FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2006. p. 54.

<sup>51</sup> ROSERO GONZALEZ, Ricardo. Audiencia de Control del principio de Oportunidad en: El Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Tomo II. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005. p. 175.

Rosero González se expresa sobre el particular así: "...una segunda tendencia entiende el principio de oportunidad como una manifestación del principio de legalidad. También se le conoce como principio de oportunidad reglada, y consiste en que el legislador establece directamente las causales de aplicación de dicho principio, y por ende, el fiscal únicamente puede invocar aquellas que previamente se encuentren consagradas en la ley"<sup>52</sup>.

Siguiendo con la exposición del profesor Ricardo Rosero Gonzáles, "...la garantía fundamental del principio de legalidad no se vulnera, ni siquiera por excepción, con la aplicación del principio de oportunidad. Según las previsiones del Acto Legislativo 03 de 2002 corresponde al juez que ejerce las funciones de control de garantías someter al control de legalidad su aplicación en cada caso concreto"<sup>53</sup>.

Con respecto a la anterior discusión, consideramos que es válida la opinión de algún sector de la doctrina que afirma que el principio de oportunidad si constituye, de alguna manera, una excepción al principio de legalidad, pues es claro que el legislador ha señalado la punibilidad para ciertas conductas que lesionan o ponen gravemente en peligro bienes jurídicos trascendentales para el logro de un orden social justo. Empero, es preciso recordar, que si bien el principio de oportunidad constituye una facultad discrecional en cabeza de la Fiscalía General de la Nación para renunciar a la acción penal, conforme a unas causales legales que se lo permiten, no es menos cierto que, como bien lo señala el profesor Mestre Ordóñez<sup>54</sup>, el artículo 121 de la Carta señala imperativamente que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

Lo anterior hace referencia a que, bajo ninguna circunstancia, ningún servidor público que ejerza una facultad o potestad discrecional, puede vulnerar el principio de legalidad sosteniéndose en la amplitud de su función. Sobre este punto, se expresa acertadamente el respetado tratadista de Derecho Administrativo, profesor Jaime Orlando Santofimio, quien manifiesta que, "la potestad discrecional es, por lo tanto, de evidente y estricta sujeción al bloque de la legalidad, siendo por su naturaleza de esta misma estirpe, en la medida que se presente tan solo en aquellas oportunidades en que la ley o los reglamentos permiten cierto grado de

---

<sup>52</sup> ROSERO GONZÁLES, Ricardo. Audiencia de Control del Principio de Oportunidad, en El Proceso Penal Acusatorio en Colombia. Tomo II. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005. p. 54.

<sup>53</sup> ROSERO GONZÁLES, Ricardo. Op. cit., p.176.

<sup>54</sup> "Es decir, no hay funciones públicas de ninguna naturaleza –ni siquiera las discrecionales- que escapen al principio de legalidad y que dejen de generar responsabilidades en cabeza de los servidores que las ejercen". MESTRE ORDÓÑEZ. Op. cit., p. 217.

amplitud en la apreciación de los hechos que motiven su aplicación por los funcionarios administrativos”<sup>55</sup>.

En este orden de ideas, sería apropiado afirmar, más bien, que el principio de oportunidad constituye un complemento al principio de legalidad, en la medida en que es la propia Carta Política y la misma ley las que autorizan su aplicación en los eventos que la ley señala, sometido a un procedimiento supremamente estricto, precisamente diseñado por el legislador en aras de evitar esa vulneración a la garantía de la legalidad. A su vez, tal y como está consagrado en Colombia, el principio de oportunidad es aplicable en la medida en que cumpla con todo lo relacionado con la reparación a las víctimas, pues en el nuevo sistema penal acusatorio las víctimas dejan de ser un objeto del proceso para pasar a ser un sujeto del mismo. Por otra parte, el Acto Legislativo 03 de 2002 creó, con gran acierto, la figura del Juez de Control de Garantías con el fin de verificar la no vulneración de las garantías fundamentales de quienes son partícipes del proceso penal.

En tratándose del principio de oportunidad, es claro que la función de estos jueces constitucionales es la de llevar a cabo un **control de legalidad** de la aplicación del principio, y por ende, esto se traduce en una protección a la garantía de la legalidad como principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. A su vez la presencia del Ministerio Público, en cumplimiento del mandato del artículo 277 del Texto Superior, es una herramienta más a efectos de garantizar la no vulneración al principio de legalidad.

Para concluir, “en este sentido, profesores como Conde-Pumpido han señalado que cuando el uso de la oportunidad está autorizado por la ley, y su ejercicio se produce sólo en supuestos taxativamente fijados por la norma, cumpliendo con las condiciones que para ellos establece la ley, la oportunidad no vulnera el principio de legalidad, básicamente por dos razones: la primera, porque el principio de legalidad no es absoluto, todos lo reconocen excepciones, la segunda, una facultad que la propia ley reconoce, no puede vulnerarla”<sup>56</sup>.

### 2.3.2 La renuncia a la Acción Penal:

En la siguiente disposición de la Ley 906 de 2004, esto es, artículo 323, se anota lo siguiente: *“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”*.

---

<sup>55</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 47.

<sup>56</sup> HENAO CARDONA, Luís Felipe. Los Principios del Proceso en el Nuevo Código Procesal Penal Colombiano en: Sistema Penal Acusatorio. Bogotá: Centro editorial Universidad del Rosario, 2005. p. 50-51.

Bajo esta premisa, es evidente que la Fiscalía General de la Nación debe centrarse en atacar y contrarrestar los delitos que mayor daño le hacen a la comunidad en general. Entonces, el principio de oportunidad, “.....es un instrumento para que el Estado concentre su actividad en los delitos de mayor entidad, en los que realmente afecten de manera grave bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Ello no significa impunidad en la persecución del delito; eso tiene que quedarle muy claro al país. El principio de oportunidad es una herramienta de ponderación o balance de derechos constitucionales en conflicto”<sup>57</sup>.

Se puede observar y analizar con claridad que es posible que en una conducta se configure el elemento de la tipicidad, no obstante, su afectación a la comunidad y a la misma víctima se hace tan tenue que no se justifica hacer uso del derecho penal para su corrección. Así, pues, “el principio de oportunidad ha sido considerado por Sandra Pumpido y Garberi como el que surge por razones de utilidad pública o interés social y consiste en que los titulares de la acción penal están autorizados a dejar de ejercerla, a través de varios medios: suspensión, terminación o no iniciación”<sup>58</sup>.

En punto de aplicación del principio de oportunidad, es menester tener en cuenta ciertos parámetros que nos pueden guiar un poco para entender el tema y saber bajo qué circunstancias es aplicable o no la figura. El profesor García Valencia, expone lo anterior en los siguientes términos:

“Por lo general, entre las consideraciones que se tienen en cuenta para aplicar el principio de oportunidad, cabe destacar: el grado de lesión al bien jurídico; la naturaleza del bien jurídico y la frecuencia de comisión del ilícito; la comisión del los hechos en el extranjero; cuando se trata de la comisión de varios delitos, la insignificancia de la pena prevista para uno o unos de ellos, frente a la que se vaya a interponer por otro u otros de los punibles”<sup>59</sup>.

Siguiendo la misma línea, en relación con el principio de oportunidad, el profesor Alejandro Aponte resalta: “Debe tenerse en cuenta que su aplicación es excepcional, puesto que la regla general continua siendo el ejercicio obligatorio de la acción penal, cuando el fiscal decida aplicarlo debe motivar y exponer con claridad en la audiencia de control de legalidad, el juez no puede, por su iniciativa, y sin aval del fiscal, aplicar el principio de oportunidad, su aplicación puede darse en cualquier momento del proceso e, incluso antes de que exista proceso en

---

<sup>57</sup> MONTEALAGRE LYNETT, Eduardo. En: *Ámbito Jurídico*. Año VII, No. 161. p. 9B.

<sup>58</sup> MONROY VICTORIA, William. *XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre, 2004. p. 27-28.

<sup>59</sup> GARCIA VALENCIA, Op. cit., p. 33.

sentido formal, las razones de política criminal de su fundamento deben estar previstas en la ley, ya que es competencia del legislador evaluar las razones de política criminal que deben servir para abstenerse de la acción penal<sup>60</sup>. Bajo similar óptica, Jaime Granados considera que: "...el principio de oportunidad consagra las razones por las cuales el Estado puede legítimamente dejar de perseguir una conducta, por motivos tales como el ínfimo grado de culpabilidad, la presencia de una pena natura, o la prelación de otros intereses estatales, por ejemplo la extradición. Se resalta que la posibilidad de la Fiscalía de no investigar no se crea con el principio de oportunidad, sino que existe per se, es inevitable. En consecuencia, es todo lo contrario: la regulación del principio de oportunidad lo que hace es restringir la discrecionalidad en el archivo de casos"<sup>61</sup>.

Lo expuesto con anterioridad se fundamenta, según la Corte Constitucional en que *"en el Estado de Derecho, a la sanción penal en función del principio de necesidad sólo debe llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre y cuando que la pena resulte estrictamente necesaria"*<sup>62</sup>. Así las cosas, la Corte comenta que el artículo 250 de la Carta Política modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 indica que el principio de oportunidad según su regulación excepcional fue *"supeditado por el Constituyente derivado a la política criminal del Estado"*; *Segundo, su aplicación no viola el principio de legalidad al ser una oportunidad reglada, definida por el legislador, sujeta a controles como la que ejerce el Juez de Control de Garantías, con presencia del Ministerio Público y con la participación de las víctimas. Tercero, es fruto de un análisis realizado por el legislador en su facultad de desarrollar la acción punitiva del Estado y así determinar la protección de los bienes jurídicos. Cuarto, el principio alude a delitos menores, como en el caso en cuestión, que se refiere a los atentados contra la administración pública o recta administración de justicia. Por último, la filosofía del principio de oportunidad radica en la opción que tiene el Estado de no proseguir con la acción penal conforme a una valoración que debe haber sido hecha en la política criminal*<sup>63</sup>.

Como punto complementario, es de aclarar que de acuerdo con los lineamientos de la Ley 906 de 2004, no es posible la aplicación de la estudiada figura en delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio. Esto lo dispone el parágrafo tercero del artículo 324 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, veremos que la causal 3ª del artículo 324 para la aplicación del principio de oportunidad, permite prescindir de la acción penal, dando aplicación a los criterios

---

<sup>60</sup> APONTE, Alejandro. "Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal". Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura. p. 131-132.

<sup>61</sup> GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique. Antecedentes y Estructura del Proyecto de Código de Procedimiento Penal. Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. P. 25.

<sup>62</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>63</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis.

de oportunidad, cuando la persona haya sido puesto a disposición de la Corte Penal Internacional.

Esto, a nuestro juicio, enmarca una clara contradicción entre las mencionadas disposiciones, tal y como lo observaremos más adelante. No obstante, la anterior contradicción debe ser mirada también de acuerdo al principio del *Non Bis In Idem*, habida cuenta que si el individuo es investigado y juzgado por la Corte Penal Internacional y al mismo tiempo se ejerce la acción penal en nuestro país, es posible que se configure una violación a este postulado constitucional y por supuesto a la garantía fundamental del debido proceso. Debemos recordar que esta causal es derogada por el proyecto de ley que cursa actualmente en el Congreso, tal y como lo observaremos en el capítulo correspondiente. Empero, nosotros consideramos que lo procedente no es derogar la causal, sino el párrafo, habida cuenta que no encontramos justificación para sustentar que el principio de oportunidad no pueda ser aplicado en este tipo de delitos cuando la misma Corte Penal Internacional puede hacer uso de este mecanismo.

Finalmente es necesario hacer referencia a la regulación que sobre el principio de oportunidad desarrolla la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia. En primera medida es menester anotar que para esta normatividad la aplicación preferente del principio de oportunidad es un postulado rector del Código. Así, pues, el artículo 174 establece que las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad. A su vez se establece que cuando de la aplicación de este principio puedan derivarse consecuencias adversas para el menor que pongan en peligro su vida e integridad personal, el juez competente deberá adoptar otras medidas de protección.

Por otra parte el legislador tiene en cuenta la difícil situación de los menores que son obligados a participar en las actividades desarrolladas por los grupos terroristas al margen de la ley y permite bajo una serie de condiciones la aplicación del principio de oportunidad en los procesos donde se investigan delitos en los que los menores actuando con los grupos al margen de la ley tengan la calidad de partícipes<sup>64</sup>. Lo anterior es una clara muestra de una política criminal

---

<sup>64</sup> ARTÍCULO 175. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS PROCESOS SEGUIDOS A LOS ADOLESCENTES COMO PARTÍCIPES DE LOS DELITOS COMETIDOS POR GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY. La Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley cuando:

1. Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.

coherente que busca no solo la protección sino también la resocialización de los menores de edad que por circunstancias ajenas a su voluntad han caído en el desafortunado conflicto armado que vive nuestro país.

Para finalizar este punto es preciso recordar que el numeral 3 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia prohíbe la aplicación del principio de oportunidad a delitos de homicidio, lesiones personales, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes<sup>65</sup>.

### **2.3.3 La Suspensión del Procedimiento a Prueba.**

Por otra parte el artículo 325 del Nuevo Código de Procedimiento Penal prevé que el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir. El plan a que hace referencia la norma básicamente se relaciona con el tema de reparación a las víctimas. El Fiscal para poder suspender el procedimiento deberá escuchar a la víctima y deberá emitir una decisión donde consten todas las condiciones bajo las cuales se suspende. Igualmente podrá modificar el plan trazado por el imputado, teniendo en cuenta los principios de la justicia restaurativa a que hace referencia el nuevo Código de Procedimiento Penal.

La norma aclara que si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado, no podrá ser utilizada como prueba de culpabilidad en el juicio oral y público. Es de aclarar que de conformidad con la Sentencia de constitucionalidad C-979 de 2005, la decisión de suspender el procedimiento a prueba debe tener un control de legalidad por parte de un Juez de Control de Garantías.

En punto del principio de oportunidad, debemos manifestar que el Fiscal podrá llevar a cabo la suspensión del procedimiento a prueba, cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

---

2. Se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad.

3. Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social.

4. Por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento.

Los adolescentes que se desvinculen de grupos armados al margen de la ley, tendrán que ser remitidos al programa de atención especializada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares.

<sup>65</sup> El artículo 3 de la Ley 1098 de 2006, nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de los establecidos en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

Lo anterior quiere decir que para efectos de la aplicación del principio de oportunidad, mientras el fiscal toma la decisión de abandonar la persecución penal, puede suspender el procedimiento contra el imputado de conformidad con lo estipulado en el artículo 325 del Nuevo Código de Procedimiento Penal.

Con relación a la suspensión, el imputado estará en un periodo de prueba fijado por el fiscal, el cual no podrá ser superior a tres años. Igualmente deberá el fiscal determinar las condiciones que el imputado deberá cumplir, de conformidad con el artículo 326 de la Ley 906 de 2004. Sobre este punto, Forero Ramírez anota: “Realmente la suspensión del procedimiento no es la renuncia pura e incondicional de la acción penal, sino una renuncia condicionada que impone obligaciones al imputado dentro del concepto de alternatividad penal constituyéndose de esta manera en autentica sanción diversa”<sup>66</sup>.

#### **2.3.4 Controles Sobre la Aplicación del Principio de Oportunidad.**

El principio de oportunidad y su aplicación respecto de determinada conducta que la ley ha señalado como delito, tiene un control de legalidad ejercido por el Juez de Control de Garantías. Esto por disposición expresa del artículo 250 de la Carta Política, reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002.

Debemos aclarar que en el ordenamiento procesal anterior, esto es, en el sistema inquisitivo de la Ley 600, no existía la figura del Juez de Control de Garantías. Su consagración se llevó a cabo con la reforma constitucional que hemos venido mencionado en el año 2002, con la cual, como quedó dicho, se instauró el sistema penal acusatorio dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Básicamente la función de este juez constitucional es llevar a cabo una vigilancia del cumplimiento de las garantías y de los derechos fundamentales de todos los sujetos que se ven involucrados en una investigación penal.

Por otra parte y siguiendo con el estudio del tema del control a la aplicación del principio de oportunidad, el artículo 327 del nuevo Código de Procedimiento Penal regula la materia. Dispone la norma que el juez deberá efectuar el control a que hacemos referencia, a más tardar cinco días después de que la Fiscalía haya determinado la aplicación del principio de oportunidad, **siempre que esta extinga la acción penal**<sup>67</sup>.

No obstante, dicho control es obligatorio y se da automáticamente, esto es, que ni el sujeto pasivo de la persecución penal, ni su defensor, ni el Ministerio Público,

---

<sup>66</sup> FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2006. p. 234-235.

<sup>67</sup> La expresión subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 979 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

deben elevar solicitud formal del mismo, pues una vez la Fiscalía ha decidido su aplicación, el juez deberá llevar a cabo la audiencia de control de legalidad del mismo<sup>68</sup>.

Dicha audiencia puede hacerse con presencia de las víctimas y del Ministerio Público, quienes podrán contradecir la prueba aludida por la Fiscalía. Vemos entonces como en el presente caso se garantizan los principios de contradicción de las pruebas y la inmediación judicial, así como también se lleva a cabo dicha actuación en un escenario de publicidad y especialmente de oralidad. Anota la disposición bajo análisis que el juez decidirá de plano, y que sobre la decisión que este tome no procede recurso alguno<sup>69</sup>, esto es, la decisión hace tránsito a cosa juzgada, haciéndose inimpugnable. “El efecto de la aplicación de los criterios de oportunidad es generar algo muy parecido a la cosa juzgada y que la denominamos cosa decidida (...). Aquella denuncia que el fiscal archivó definitivamente aplicando un criterio de oportunidad no podrá ser reabierta ni por él mismo ni por otro fiscal”<sup>70</sup>

Es de anotar cómo el inciso final del artículo 327, prevé que la aplicación del principio de oportunidad, no podrá en ningún momento comprometer la presunción de inocencia y solo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o la participación en la conducta y su tipicidad. Así las cosas, “Es el Juez de Control de Garantías quien tiene la responsabilidad de verificar que los fines esenciales del Estado se materialicen en la actuación penal y por ende lo que

---

<sup>68</sup> La aplicación del principio de oportunidad se encuentra sujeta a un control de legalidad “obligatorio y automático por parte del juez de garantías. Como quiera que la regla general es el ejercicio obligatorio de la acción penal, al punto que la persecución por falta de mérito debe ser decretada por el juez de conocimiento, el constituyente dispuso que en todos los casos debe existir control de legalidad por parte del juez de garantías, el cual debe entenderse tanto en sentido formal como material. Es por ello que en la audiencia deben presentarse y controvertirse las pruebas sobre el fundamento de la causal y es el juez quien finalmente, después de valorarlas, decide si hay lugar a o no a su aplicación. En este sentido conviene precisar que la decisión del juez de garantías cuando accede a la aplicación del principio de oportunidad tendrá efectos preclusivos, pero no requiere de un nuevo pronunciamiento por parte del juez de conocimiento porque el constituyente le otorgó esa facultad al juez de garantías. Lógicamente, se trata de una decisión que no tiene los mismos efectos de una preclusión dictada por el juez de conocimiento, pues si bien hace tránsito a cosa juzgada, no tiene poder vinculante respecto de la posible responsabilidad civil, como si puede tenerlo en algunos casos la preclusión de la investigación proferida por el juez de conocimiento”. APONTE, Alejandro. “Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal”. Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura. p. 134.

<sup>69</sup> La expresión “contra esta no procede recurso alguno” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-209 de 2007. MP Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>70</sup> ANGULO ARANA, Pedro Miguel. El Principio de Oportunidad en el Perú. ED. Palestra. Lima, 2004. p. 78.

concierno respecto de la aplicación del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía General de la Nación”<sup>71</sup>.

Igualmente debemos anotar que el nuevo sistema penal acusatorio consagra a las víctimas ya no como un objeto del proceso, sino como un sujeto del mismo. En este orden, el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 consagra los derechos de las víctimas. “En desarrollo del principio rector contenido en el artículo 11 del Código, el texto normativo define las víctimas, sus derechos, determina y delimita sus actuaciones dentro del proceso, en los artículos 132 a 137. En especial llama la atención el numeral 11 del artículo 136, donde se define que quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, tiene derecho a recibir información de la Fiscalía General de la Nación sobre la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada, tanto por la Fiscalía como por el juez de control de garantías”.<sup>72</sup> Como bien sabemos, con la aplicación del principio de oportunidad pueden entrar en conflicto el derecho que tienen las víctimas a que se haga justicia en el caso concreto, con la materialización de la acción del Estado sobre conductas que efectivamente lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de importancia para el Derecho Penal. Por este motivo en punto de aplicación del principio de oportunidad, el legislador permitió que las víctimas participen en la aplicación de este principio, siendo obligación del Fiscal tener en cuenta los intereses de aquellas, debiendo oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.

De lo anterior, siguiendo al profesor Rosero, podemos afirmar que, “El juez debe velar por la garantía de los derechos de las víctimas reconocidas dentro del proceso quienes, directamente, por medio de la Fiscalía o del Ministerio Público, se pueden pronunciar en la audiencia de control de legalidad de aplicación del principio de oportunidad, tal y como lo señalan la nueva disposición de la legislación penal; específicamente el artículo 11 del nuevo Código de Procedimiento Penal”<sup>73</sup>.

Desde otra perspectiva, siguiendo con el análisis de lo relacionado al control de la aplicación del principio de oportunidad, el profesor Julio Andrés Sampredo Arrubla clasifica estos controles así:

- a) Unos controles internos por parte de la Fiscalía, para establecer claramente quien puede prescindir de la acusación. Hay casos donde lo puede hacer el fiscal del proceso, o también se prevén posibilidades donde lo lleve a cabo el mismo Fiscal General de la Nación.

---

<sup>71</sup> ROSERO GONZÁLES, Ricardo. Audiencia de Control del Principio de Oportunidad, en El Proceso Penal Acusatorio en Colombia. Tomo II. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005. p. 177.

<sup>72</sup> ROSERO GONZÁLES, Ricardo. Op. cit., p. 179.

<sup>73</sup> ROSERO GONZÁLES, Op. cit., p. 177.

- b) En segundo lugar, los controles externos, lo cual supone contar con la autorización expresa de Tribunal o Juez. El fiscal debe sustentar la abstención ante el juez competente del proceso, quien examinará la legalidad de la actuación. Es decir que se encargará de velar porque se cumplan los supuestos de hecho consagrados en las normas de aplicación del principio de oportunidad, así como también velará por el respeto a los derechos de las víctimas.
- c) En tercer lugar, controles de protección a las víctimas, a quienes se les debe informar de la decisión del fiscal para que manifiesten su criterio, se opongan y eventualmente sustituyan al órgano acusador, al otorgar la facultad de formular la acusación por estar en desacuerdo con la determinación del fiscal<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés, "La Humanización del Proceso Penal". Bogotá: Legis, 2003. p. 245-246.

### **3. CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 906 DE 2004**

Como tuvimos oportunidad de analizar en los capítulos precedentes, el legislador colombiano en su calidad de constituyente derivado mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 al reformar el artículo 250 de la Carta optó por el modelo de la oportunidad reglada, esto es, que el Fiscal única y exclusivamente puede ceñirse a los eventos que el legislador señale taxativamente para la aplicación del principio de oportunidad.

Consideramos que con este modelo se avanza hacia una verdadera política criminal estatal que sirva como mecanismo de lucha contra la delincuencia con pleno respeto de las garantías constitucionales fundamentales, tal y como debe ser en un Estado Social de Derecho.

Así, pues, mediante la expedición del Código de Procedimiento Penal, por medio de la ley 906 de 2004, el legislador cumplió los mandatos del Acto Legislativo 03 de 2002, al consagrar en el artículo 324 del nuevo código, un catalogo de eventos taxativos que le permiten al funcionario investigador y acusador dar aplicación a la figura del principio de oportunidad en un caso concreto.

Para empezar el análisis de cada una de las causales, debemos afirmar que en nuestro sentir, su compleja redacción ha dado lugar a interpretar las causales de diferentes maneras, generando con esto no solo discusiones en la doctrina y en la academia, sino también una inseguridad jurídica para los fiscales y jueces de control de garantías, quienes no tienen todavía claro este confuso catálogo de eventos donde la Fiscalía General de la Nación puede llevar a cabo la aplicación del principio de oportunidad.

El artículo 324 del Nuevo Código de Procedimiento Penal dispone que el principio de oportunidad se aplique en los siguientes casos:

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

En el presente caso, la aplicación del principio de oportunidad se da respecto del valor punitivo que el legislador ha dado a una determinada conducta descrita como punible dentro del Código Penal.

A manera de crítica debemos anotar que la mencionada causal no incluye ni menciona a los delitos sancionados con multa<sup>75</sup>. Consideramos que la aplicación del principio de oportunidad, conforme a como está redactada la causal, debería extenderse a este tipo de conductas, pues no resulta lógico que la Fiscalía pueda aplicar el principio respecto de delitos a los que la ley sustancial ha atribuido como sanción una pena privativa de la libertad, y que no pueda hacerlo frente a delitos que generan con su comisión una sanción pecuniaria, pues es obvio que estos últimos tienen menos poder para la vulneración de bienes jurídicos protegidos por la ley penal.

Es importante también resaltar que la causal omite consideraciones respecto del concurso de conductas punibles, en los términos del artículo 31 del Código Penal, por lo que consideramos que la causal solamente puede ser aplicada, en la medida en que la dosificación de la pena no supere los seis años a los que hace mención la disposición.

La causal bajo análisis exige igualmente para su aplicación, que el imputado haya reparado a la víctima, en caso de haberla conocido<sup>76</sup>. Pero creemos que la reparación no solamente se debe extender a la víctima sino a todas aquellas personas que pudiesen haber recibido un perjuicio con la comisión de la conducta típica y antijurídica. Esta reparación debe ser integral, pues no solamente se deben resarcir los perjuicios materiales y morales causados, sino que se hace necesario exteriorizar y enfatizar el derecho a la verdad, del que son titulares las víctimas.

En este orden de ideas, Forero Ramírez, siguiendo a Alastuey Dobón, anota lo siguiente:

“Cuando se habla de compensación entre autor y víctima se está pensando en un proyecto organizado consistente en que el delincuente y la víctima, a instancias del juez o del Ministerio Fiscal, se pongan de acuerdo con la ayuda de un mediador (asistente o trabajador social en la mayoría de los casos) sobre las prestaciones que, tras la comisión de un delito, podría llevar a cabo aquel a favor de esta, de forma que, en el caso de alcanzarse un acuerdo, el proceso penal sea en la mayoría de las ocasiones sobreseído o, al menos, se atenúe la sanción”<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> El profesor SANCHEZ HERRERA estima en una interpretación amplia que la causal incluye delitos que tengan pena diferente de la prisión. Cfr. Op. cit., p. 60.

<sup>76</sup> El profesor Darío Bazzani Montoya considera que la causal no procede hasta tanto no se compruebe que efectivamente se ha reparado a las víctimas. El Principio de Oportunidad y la Terminación Anticipada del Proceso en el Nuevo Sistema Procesal Penal. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006. p. 41.

<sup>77</sup> FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2006. p. 150.

Sin embargo, Mestre Ordoñez muestra con suma claridad un problema de constitucionalidad que afecta a esta causal, particularmente en lo relativo al tema de las víctimas. La causal señala que procede la aplicación del principio de oportunidad siempre y cuando se haya reparado integralmente a la víctima, **de conocerse esta**, lo que resulta a todas luces contrario a la Carta Política, habida cuenta que,

“una de las principales labores de la Fiscalía es buscar y encontrar a las víctimas de los delitos, máxime si va a tomar una decisión discrecional, por la disposición del literal f del artículo 11 de la ley 906. No es viable constitucionalmente que la Fiscalía se conforme con adelantar su labor frente a las víctimas que aparezcan. Además, una lectura inadecuada de la causal tal como está redactada indicaría que es posible aplicar el principio de oportunidad en los casos en que la pena máxima no supere los seis años, aun si no hubo reparación integral debido a que no se conocía a las víctimas, lo cual contradice el espíritu mismo de la figura”<sup>78</sup>.

Finalmente, la causal establece que para ser aplicada, se debe determinar de una manera objetiva el desinterés del Estado en cuanto al ejercicio de la acción penal. Esto pretende significar que en el momento en que el Juez de Control de Garantías lleve a cabo el examen de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, debe verificar una decadencia en los intereses del Estado para perseguir la conducta que se está estudiando. Solo así la aplicación del principio de oportunidad será ajustada a derecho. Sin embargo, surge una duda que se centra en determinar qué se entiende por interés del Estado.

Al respecto vemos cómo el operador judicial en la presente situación se encuentra ante un concepto jurídico indeterminado, esto es, que dada su ambigüedad y su poca claridad, le permite al fiscal a la hora de solicitar la aplicación del principio de oportunidad, y al Juez de Control de Garantías a la hora de examinar su legalidad, tener cierta discrecionalidad para la interpretación de este concepto. Consideramos que en este caso el legislador no ha sido claro, generando con ello conflictos de interpretación jurídica al momento de aplicar la normatividad. No es nuestro objetivo determinar una concepción de lo que significa “interés del Estado”, pues al ser un concepto tan amplio, demandaría demasiado tiempo el tratar de definirlo.

Consideramos que, no obstante la ambigüedad del concepto que mencionamos, es menester, cuando se vaya a aplicar la causal, en lo relacionado con la pérdida del interés del Estado, tener en cuenta elementos tales como la afectación que pueda sufrir el bien jurídico con la conducta, el interés del perjudicado y la frecuencia en la comisión del mismo tipo de delitos, entre otros.

---

<sup>78</sup> MESTRE ORDOÑEZ, Op. cit., p. 285.

*2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.*

Para aclarar lo relacionado con la presente causal es necesario hacer mención al artículo 35 de la Norma Fundamental: “*La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto; con la ley. Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La ley reglamentará la materia*”<sup>79</sup>. Vemos entonces cómo la figura de la extradición tiene una finalidad, que no es otra que la cooperación de los Estados en la lucha contra la criminalidad. Con ello se evita que un individuo que cometió una conducta punible en un Estado determinado, pretenda tomar refugio en el territorio de otro Estado. Se observa claramente cómo nuestro ordenamiento jurídico permite extraditar a otros países a colombianos por nacimiento, siempre y cuando la conducta cometida en el exterior, sea considerada como punible dentro de la ley penal colombiana.

Así las cosas, en punto de la aplicación del principio de oportunidad, cuando el Estado efectúa la extradición, está renunciando a la acción penal. No es de nuestro interés profundizar sobre lo pertinente al trámite de la extradición, pues consideramos que ello traspasa los objetivos del presente estudio. Debemos entonces anotar, siguiendo a Forero Ramírez que “...una vez que el gobierno decida extraditar a una persona, en caso de que la extradición se haya hecho por una conducta respecto de la cual también se estuviere investigando en Colombia, la Fiscalía aplicará el principio de oportunidad”<sup>80</sup>.

Vemos entonces que cuando el Estado vaya a conceder la extradición, debe verificar que la conducta que se va a investigar está considerada como delito en Colombia, para con posterioridad, llevar a cabo un trámite que se encuentra claramente establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Una vez se haya agotado lo anterior, la Fiscalía deberá aplicar el principio de oportunidad, con todos los controles de ley y sometido a cada una de las condiciones que para el efecto señala nuestro orden jurídico.

En este orden de ideas, para efectos de dar aplicabilidad al principio de oportunidad por esta causal deben acreditarse simplemente dos cosas: que se ha verificado la extradición<sup>81</sup> y, que la misma corresponde a una solicitud para adelantar un proceso respecto de la misma persona y por la misma conducta que estaba siendo investigada por la fiscalía<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Constitución Política de Colombia, Artículo 35.

<sup>80</sup> FORERO RAMÍREZ, Op. cit., p. 165.

<sup>81</sup> En igual sentido se expresa Bazzani Montoya. Op. cit., p. 41.

<sup>82</sup> MESTRE ORDOÑEZ, Op. cit., p. 267.

Así mismo es pertinente anotar que esta causal pretende dar cumplimiento al principio del *non bis in ídem*, habida cuenta que si una persona es extraditada su juzgamiento se realizará en el exterior y ya no tendría sentido continuar con el ejercicio de la acción penal en Colombia, pues podría vulnerarse esta garantía fundamental del imputado. No obstante si no es claro hasta donde pueda llegar el juzgamiento en el exterior, lo mejor es no dar aplicación al principio de oportunidad, mientras culmina el proceso en el extranjero.

*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.*

Mediante la aprobación del Estatuto de Roma por parte de Colombia por medio de la Ley 742 de 2002, nuestro país aceptó la competencia y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Así las cosas, cuando un imputado sea entregado a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos del Estatuto de Roma<sup>83</sup>, la Fiscalía General de la Nación podrá dar aplicación al principio de oportunidad.

Bien se sabe que es competencia de la Corte Penal Internacional juzgar los delitos de lesa humanidad o que violentan gravemente los derechos humanos. Como ejemplo clásico se ha mencionado el delito de genocidio. De lo anterior, se colige que la presente causal se contradice con lo mencionado por el parágrafo 3º del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal. Reza la mencionada disposición: *“En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma<sup>84</sup>, y delitos de narcotráfico y terrorismo”*. Vemos entonces

---

<sup>83</sup> Sobre el término Estatuto de Roma ver la Sentencia C-095 de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>84</sup> El aparte que hacía referencia al “Estatuto de Roma” fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-095 de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Al respecto el alto tribunal se expuso así: “No obstante, al actor le asiste razón cuando afirma que ciertos delitos, como por ejemplo un homicidio intencional o una violación que se produjeran por fuera de situación de conflicto interno o internacional y por fuera de ataques sistemáticos contra la población civil, o el tipo de genocidio político podrían eventualmente llegar a ser objeto de la aplicación del principio de oportunidad. Y lo mismo podría decirse de otros delitos aislados de situaciones de conflicto interno o internacional, o de los mencionados ataques sistemáticos, como el secuestro, las lesiones personales, el abandono de menores, el infanticidio o el incesto, por citar algunos ejemplos. Así pues, después de haber analizado detenidamente si la remisión al Estatuto de Roma contenida en el parágrafo 3º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 implica que el principio de oportunidad podría llegar a aplicarse respecto de algunas graves violaciones a los derechos humanos que no caen dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional, la Corte ha concluido que en algunos casos ello sí es posible. En tal virtud, para excluir esta posibilidad, declarará la inexecutable de la expresión “de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma”, contenida en este parágrafo 3º, pues ella restringe inconstitucionalmente la protección de los derechos humanos que constituyen los bienes jurídicos amparados por ciertos delitos descritos en algunos tipos

cómo el párrafo prohíbe hacer uso de la figura del principio de oportunidad en delitos de lesa humanidad o de graves afectaciones a los derechos humanos. Ante esto debemos mencionar como la causal tercera del artículo 324 se contradice con lo estipulado en el párrafo, pues este último prohíbe la aplicación del principio de oportunidad en estos delitos atroces y, la causal tercera de alguna manera lo permite<sup>85</sup>. Sobre el particular, Mestre Ordoñez expresa: “El párrafo fue introducido en el Senado de la República, cuando ya se habían asentado las diferentes causales, incluyendo ésta. Pero el Congreso no reparó en las contradicciones que se podían presentar al hacer esta modificación de último momento y dejó ver la falta de criterio para adelantar los debates y la ausencia de cuidado en los asuntos de técnica legislativa. Esa desafortunada realidad conduce a la inaplicabilidad de esta causal para la renuncia a la persecución”<sup>86</sup>.

No obstante, esta contradicción se puede subsanar si interpretamos que la aplicación del principio de oportunidad tendría como finalidad evitar la vulneración del principio constitucional del *non bis in ídem*, pues de no aplicarse, se estaría juzgando dos veces la misma conducta, pues dicho comportamiento sería juzgado no solo por la Corte Penal Internacional, sino también por la justicia colombiana.

Finalmente es pertinente anotar que si una persona es entregada a la Corte Penal Internacional por una conducta diferente a la que se le investiga en Colombia, en ese evento, procede, en el proceso que aquí se esté adelantando, la suspensión o interrupción de la persecución penal.

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

En el presente caso es posible que la Fiscalía aplique el principio de oportunidad, cuando un individuo sea entregado en extradición por la comisión de una conducta punible en el extranjero y al mismo tiempo, se esté adelantando en su contra una investigación penal en Colombia por otro delito que reviste menor gravedad y, por

---

penales del Código Penal, y en otros tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte”.

<sup>85</sup> No obstante, Sánchez Herrera considera que en esta causal se consigna una excepción a lo estipulado en el párrafo tercero del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, pues “cuando la Corte Penal Internacional solicita la entrega de un nacional para juzgarlo debe ser para procesarlo por los delitos de violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario o por crímenes de genocidio. En este sentido, si la Corte solicita la entrega de un colombiano que está siendo investigado por genocidio para procesarlo por esa misma conducta, procede la justicia de oportunidad. En cambio si lo investiga por una tal conducta y la Corte lo pide por otra sólo se aplica la suspensión o la interrupción del trámite procesal. Ello significa que la prohibición del párrafo tercero sólo aplica cuando no se esté frente al pedimento de la Corte Penal Internacional”. SÁNCHEZ HERRERA. Op. cit., p. 64.

<sup>86</sup> MESTRE ORDOÑEZ, Op. cit., p. 267.

ende una pena menor que la prevista para el delito que ha cometido en el exterior. Piénsese por ejemplo en el caso que una persona esté siendo investigada en el extranjero por un delito de narcotráfico y lavado de activos, mientras que en Colombia se lo investiga por un delito de lesiones personales culposas o por un delito de injuria. Si el infractor de la ley penal en este caso es extraditado al país donde cometió los delitos de narcotráfico y lavado de activos, la Fiscalía podrá prescindir de la acción penal, aplicando el principio de oportunidad, respecto de los delitos de lesiones personales culposas y de injuria. El profesor Juan Carlos Forero nos aclara este punto de la siguiente manera:

“Un parámetro que puede ser tenido en cuenta por el fiscal para determinar la carencia de importancia de la persecución penal en Colombia es el siguiente: si al comparar el tiempo que dura la aplicación de la pena en el extranjero, implica que, a través de una proyección objetiva, una vez cumplida la misma, en Colombia ha operado la prescripción de la pena (para las otras conductas punibles) resulta clara la aplicación de las facultades discrecionales de la Fiscalía”<sup>87</sup>.

Además de lo anterior es necesario recordar que la presente causal fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-095 de 2007 en los siguientes términos. *“Por lo tanto, en este caso la carencia de importancia de la pena imponible en Colombia viene definida por una comparación de resultados objetivos”*. Por ello el fiscal deberá verificar estos requisitos señalados por la Corte:

*“a. Verificar que contra la persona investigada existe una sentencia condenatoria con efectos de cosa juzgada, por un delito distinto del que se investiga en Colombia.*

*b. Verificar que dicha persona fue entregada en extradición.*

*c. Comparar si la pena impuesta en la sentencia extranjera es más importante en términos cualitativos y cuantitativos que la que sería imponible en Colombia, de manera que esta última vendría a ser irrelevante”<sup>88</sup>.*

Sobre esta causal es preciso señalar que, si bien la Corte trata de señalar algunos criterios interpretativos, esta adolece de una dificultad cual es la de determinar cuando la pena imponible en Colombia carece de importancia frente a la pena que se va a imponer en el extranjero. De todas maneras, es preciso advertir, siguiendo al profesor Sánchez Herrera que “la razón política criminal en la que se asienta la

---

<sup>87</sup> FORERO RAMÍREZ, Op. cit., p. 169.

<sup>88</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2007.

causal es clara: Colmar el interés público exterior garantizando la aplicación de las sanciones por conductas más graves<sup>89</sup>.

*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.*

Con respecto a esta causal, para dar mayor claridad a la explicación de la misma, Forero Ramírez expone el siguiente caso. “Pedro quien es uno de los hombres de confianza de Luís el jefe de una organización criminal colabora de manera eficaz para la búsqueda de información relevante (ubicación de los secuestrados) impidiendo perpetrar un homicidio planeado por la banda. Ante esto la Fiscalía decide después de la formulación de la imputación aplicar el principio de oportunidad al considerar la información esencial y la colaboración eficaz<sup>90</sup>.”

Es preciso anotar que la presente causal hace referencia a la colaboración del imputado<sup>91</sup> para evitar que se continúe el delito, lo cual da a entender claramente que se trata de delitos de ejecución continuada, esto es, que el verbo rector de la conducta se va consumando en varios instantes. La causal no incluye como sujetos para su aplicación ni al indiciado ni al acusado.

Sobre esta causal es preciso recordar, como bien lo hace Mestre Ordóñez, que por medio de las resoluciones 6657 y 6658 de la Fiscalía, se le dio la competencia exclusiva al Fiscal General de la Nación para hacer uso de esta causal, puesto que se trata de “una negociación que depende de la voluntad de las dos partes, por lo cual la Fiscalía debe determinar hasta donde puede ceder en su pretensión de persecución y qué tan importante es la colaboración que está ofreciendo el investigado<sup>92</sup>.”

Sobre el particular, la Fiscalía General de la Nación señala que,

“el núcleo central de estas causales es que el imputado haya realizado un esfuerzo real para impedir que continúe la ejecución del delito que ya se ha iniciado o evitar que se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. (...) El fiscal debe analizar en cada situación concreta si la colaboración del imputado es o va a ser eficaz par detener la ejecución de la conducta punible, evitar que se

---

<sup>89</sup> SÁNCHEZ HERRERA. Op. cit., p. 63.

<sup>90</sup> FORERO RAMÍREZ, Op. cit., p. 169.

<sup>91</sup> Al referirse la causal el imputado, es menester anotar que su aplicación única y exclusivamente se puede dar en la medida en que se haya celebrado la audiencia de formulación de la imputación, pues sólo con posterioridad a ésta se adquiere la calidad de imputado que se exige para efectos de la causal.

<sup>92</sup> MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. Op. cit., p. 273.

inicie la ejecución de otros delitos o contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave. Debe valorar si lo que se pretende evitar es un delito grave o si por el contrario, es una conducta que podría caer en el delito de bagatela o de poca lesividad”<sup>93</sup>.

Igualmente, hace referencia a colaborar para efectos de evitar la realización de otros delitos. Sobre lo anterior, Sánchez Herrera considera que, “lo lógico sería que se evite la comisión de un delito más grave que el que se esté investigando, no podría por ejemplo, aplicar la oportunidad en relación con un homicidio por colaborar eficazmente para evitar una falsedad por hecho veraz”<sup>94</sup>.

En estos casos, la Fiscalía General de la Nación, puede aplicar el principio de oportunidad. La disposición también hace referencia a aportar información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada<sup>95</sup>. Es necesario aclarar que la aplicación de esta causal no puede ser confundida con la figura de los preacuerdos y negociaciones<sup>96</sup>, ni mucho menos con el allanamiento a los cargos.

En el principio de oportunidad es claro que el fiscal renuncia a la acción penal una vez verificadas las causales legales para dicha actuación. En los preacuerdos y negociaciones no hay renuncia a la acción penal, pues sólo excepcionalmente, cuando el fiscal elimina dentro de la acusación un cargo determinado, podría afirmarse que está disponiendo de la acción penal.

En la aplicación del principio de oportunidad siempre existe disposición de la acción penal, bien sea mediante interrupción, renuncia o suspensión de la persecución.

---

<sup>93</sup> Modulo de Formación para Fiscales en “Principio de Oportunidad”. Fiscalía General de la Nación. Bogotá. p. 105-109.

<sup>94</sup> SÁNCHEZ HERRERA. Op. cit., p. 65.

<sup>95</sup> De acuerdo con Sánchez Herrera, “en principio están sus agentes frente a la comisión de un delito de concierto para delinquir. Para esta causal no opera la prohibición del parágrafo primero del artículo 324, con lo cual la fiscalía debe ser muy cuidadosa en el manejo de la oportunidad, en tanto podrían salir beneficiados cabecillas por delatar delincuentes de muy poca monta”. SÁNCHEZ HERRERA. Op. cit., p. 65.

<sup>96</sup> ARTÍCULO 350. PREACUERDOS DESDE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

*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<sup>97</sup>.*

Se observa entonces que la norma hace referencia al imputado como testigo. Bien se sabe que dicha calidad, esto es, la de imputado, se adquiere con posterioridad a la celebración de la audiencia de formulación de la imputación. La Ley 906 de 2004 en esta causal, hace referencia a la calidad de imputado, más no de acusado, ni de indiciado. Así las cosas, con posterioridad a la audiencia de formulación de la imputación, el fiscal podrá aplicar el principio de oportunidad<sup>98</sup>, en la medida en que el imputado sirva como testigo en contra de los autores o partícipes de la conducta que se le imputa. Su declaración deberá llevarse a cabo durante la audiencia de juicio oral y público.

En esta, el imputado como testigo se encuentra protegido por la figura de la inmunidad<sup>99</sup>, la cual puede ser total o parcial. Con respecto a la inmunidad, Forero Ramírez anota que, "...en la inmunidad transaccional el Estado, representado por la Fiscalía, renuncia a la persecución penal de un ciudadano respecto de una conducta punible. Este testigo puede incluso llevar a cabo en la audiencia pública una declaración autoincriminatoria, pero se considera que conforme al artículo octavo literales b y l ha renunciado a este derecho como contrapartida de la inmunidad que le otorga la Fiscalía"<sup>100</sup>. Sobre lo anterior, el autor mencionado cita a Chiesa Aponte en los siguientes términos: "Esta inmunidad protege al testigo contra procedimiento, convicción o castigo por el delito con relación al cual invoca el privilegio contra la autoincriminación. Desde el punto de vista criminal el testigo

---

<sup>97</sup> Sobre las causales 5 y 6, la Corte Constitucional se ha expresado así: "el principio de oportunidad sólo está llamado a ser aplicado en dos supuestos: cuando la persecución penal resulte ser excesiva, o cuando resulte ser innecesaria". Según la Corte la acusación se refiere a que "la Constitución emana de un impedimento para que la colaboración con la Administración de Justicia fuera considerada como un factor determinante para la aplicación del principio de oportunidad". Sin embargo, en opinión de la Corte de la Carta no emana dicha limitación, pues, ella ni dice que sea imposible que la colaboración con la justicia no pueda ser un criterio válido para la aplicación del principio. "Antes bien, del estudio de los antecedentes del Acto Legislativo 03 de 2002 en el Congreso de la República se desprende que tal tipo de criterios fueron puestos como ejemplo de la aplicación "en forma larvada" del principio de oportunidad penal, que ya venía haciéndose antes de la reforma constitucional". Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>98</sup> Recordemos que con posterioridad a la audiencia de formulación de la imputación la ley le da al fiscal 30 días para tomar una de las siguientes decisiones: Aplicar el principio de oportunidad, solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento o presentar el escrito de acusación. En caso de no hacerlo la investigación la asumirá otro fiscal, quien tiene igualmente plazo de 30 días para tomar cualquiera de estas decisiones, so pena de que precluya la oportunidad para actuar por parte de la fiscalía.

<sup>99</sup> Respecto de las inmunidades ver Bazzani Montoya. Op. cit., p. 42.

<sup>100</sup> FORERO RAMÍREZ, Op. cit., p. 176.

queda protegido, y en mejor posición que si se hubiera abstenido de declarar bajo su derecho contra la autoincriminación”<sup>101</sup>.

Es igualmente importante resaltar que el imputado adquiere la obligación de declarar en el Juicio Oral y Público, habida cuenta que es titular de una inmunidad para el efecto. En el caso de que el individuo incumpla con su obligación de declarar, la fiscalía se encuentra facultada para continuar con el ejercicio de la acción penal revocando la decisión de aplicar el principio de oportunidad a favor del imputado. Lo anterior significa, “que la acción penal no se extinguió, ni la decisión hizo transito a cosa juzgada, porque en este caso sería irrevocable, inmodificable y definitiva”<sup>102</sup>.

Sobre este punto el profesor Sánchez considera que “frente a la causal lo propicio es la suspensión de la actuación, imponiéndole como compromiso al investigado su declaración en el juicio y a partir de lo que diga sirve eficazmente al fallo condenatorio de los demás intervinientes. Si incumple, pues no se hace merecedor al beneficio de oportunidad, de esa manera se evita la revocación de la ya concedida. Ahora bien: la ley no señala el procedimiento para la revocación del beneficio si hay incumplimiento, pero como las cosas se deshacen como se hacen tal facultad no será de la fiscalía sino del juez de control de garantías. El ente acusador solicita la revocatoria y el juez determina, en últimas si acude o no a ella”<sup>103</sup>.

*7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.*

En primera medida debemos resaltar que la presente causal solamente permite su aplicación cuando el sujeto investigado haya adquirido la calidad de imputado.

Desde otra perspectiva, algún sector de la doctrina sostiene que para que una conducta sea considerada como delito no solamente es menester que se configuren en ella los elementos tradicionales de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Agregan que además de los anteriores presupuestos, es necesario cumplir con el principio de la necesidad de la pena. Lo anterior tiene sustento legal en las normas rectoras del Código Penal Colombiano. Al respecto, el artículo 3º de la mencionada disposición reza: “*la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de **necesidad**, proporcionalidad y razonabilidad*” (Negrilla fuera de texto).

---

<sup>101</sup> FORERO RAMÍREZ, Op. cit., p. 176.

<sup>102</sup> MESTRE ORDOÑEZ, Op. cit., p. 260.

<sup>103</sup> SÁNCHEZ HERRERA. Op. cit., p. 67.

Es claro entonces, que la conducta para ser castigada con una sanción de estirpe penal, debe responder a unos principios básicos, pues bien se sabe que el derecho penal es el último mecanismo de control social formal, es la última razón de Estado, y por ende, antes de acudir a sus disposiciones para corregir y castigar una conducta, es necesario revisar qué otras posibles soluciones trae el ordenamiento jurídico para corregir dicha situación. Sobre este punto el profesor Luigi Ferrajoli enseña: “Es obvio que las penas, si quieren desarrollar la función preventiva que tienen asignada, deben consistir en hechos desagradables, o, en cualquier caso, en males idóneos para disuadir de la relación de otros delitos y evitar que la gente se tome la justicia por su mano”<sup>104</sup>.

En punto del principio de la necesidad de la pena anota Gómez López que, “el Estado únicamente estará justificado para criminalizar conductas, en tanto la punición resulte estrictamente necesaria y útil para el objetivo protector del bien y el logro de la convivencia pacífica”<sup>105</sup>. En lo relacionado con el tema la Corte Constitucional se ha expresado así:

*“La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”<sup>106</sup>.*

En diferente providencia nuestro Tribunal Constitucional sostuvo que:

*“Pero hoy en día, teniendo en cuenta que la pena debe responder al principio de necesidad, en el marco de la prevención especial y las instituciones que la desarrollan, el legislador colombiano ha considerado que si un condenado, bajo determinadas condiciones y circunstancias, no necesita de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad, debe brindársele la oportunidad de cumplir con su condena mediante mecanismos que, sin dejar de ser eficaces, comporten una menor aflicción. En este sentido, es claro*

---

<sup>104</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Valladolid: Editorial Trotta, 1995. p. 387.

<sup>105</sup> GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2001. p. 632.

<sup>106</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-647de 2001. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

*que nuestra legislación no es ajena a las corrientes de la criminología crítica, pues pese a no recoger una posición extrema como sería la corriente abolicionista, le da cabida a los subrogados penales para evitar la permanencia de los individuos en las prisiones, cuando son sentenciados y condenados a penas privativas de la libertad, buscando con estas medidas dar aplicación en concreto a una de las funciones declaradas de la pena como es la resocialización del sentenciado”<sup>107</sup>.*

Siguiendo el análisis de este punto, es pertinente traer a colación lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 34 del Código Penal.

*“En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria”<sup>108</sup>.*

En este acápite, resulta forzoso mencionar una situación fáctica que consideramos encaja dentro de la causal que se viene analizando. Un padre conduce su vehículo en reversa y atropella a su hijo de cuatro años. En este evento, el sujeto no puede ser condenado por homicidio culposo; creemos que la pérdida de sus seres queridos le genera al individuo una aflicción tan grande, que la pena privativa de la libertad se hace innecesaria.

Es allí donde es susceptible que la Fiscalía aplique el principio de oportunidad. Si el fiscal “percibe que es posible que el juez no sancione por enmarcarse el asunto en la pena natural, puede prescindir de un proceso que no representa interés político criminal y en el que eventualmente puede existir absolución o ausencia de sanción, independientemente de consideraciones de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta”<sup>109</sup>.

Debemos entonces, para finalizar, anotar que, en punto de aplicación de la causal séptima, del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, no es necesario que las consecuencias alcancen exclusivamente a los sujetos que menciona el artículo 34 del Código Penal. La causal va más allá, pues para aplicar la norma no es necesario que exista parentesco alguno entre la víctima y el autor de la conducta.

---

<sup>107</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-806 de 2002. MP. Clara Inés Vargas.

<sup>108</sup> Código Penal Colombiano, Artículo 34.

<sup>109</sup> MESTRE ORDOÑEZ, Op. cit., p. 288.

*8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.*

En el presente caso, cuando se han cumplido con todas las condiciones de la suspensión del procedimiento, y el imputado ha llegado a un acuerdo con las víctimas en los términos de la justicia restaurativa<sup>110</sup>, el fiscal podrá aplicar el principio de oportunidad.

Veámos con anterioridad cómo el fiscal puede dar suspensión al procedimiento cuando se cumplan una serie de condiciones establecidas en los artículos 325 y 326 del Nuevo Código de Procedimiento Penal. Si el imputado cumple con todas las exigencias impuestas mediante la suspensión del procedimiento, particularmente en lo pertinente a la reparación a las víctimas, el fiscal podrá prescindir de la acción penal, haciendo uso de la figura del principio de oportunidad. Esta decisión obviamente deberá tener un control por parte del Juez de Garantías<sup>111</sup>. Sobre lo anterior, algún sector de la doctrina establece que esta causal no consagra una facultad discrecional en cabeza del fiscal, sino un verdadero deber de renunciar a la acción penal cuando se haya cumplido con las condiciones acordadas en el marco de una suspensión del procedimiento a prueba<sup>112</sup>.

Sobre esta causal, Mestre Ordoñez expone: “Después de verificar el cumplimiento, la Fiscalía no tiene alternativa diferente a la de renunciar a la persecución, con la consecuente extinción de la acción penal. Por otra parte es pertinente precisar de nuevo que la extinción no la decreta el juez de control de garantías, como dice el artículo 5 de la resolución 6657, pues éste simplemente hace el control de legalidad por el cual la decisión puede ser revocada o avalada”<sup>113</sup>.

Finalmente, a manera de crítica es preciso anotar que la figura de la suspensión del procedimiento a prueba solamente procede con respecto al imputado, pues así lo establece el artículo 325 de la ley 906. Por consiguiente debe entenderse que la causal octava solamente es posible aplicarla entre la audiencia de formulación de

---

<sup>110</sup> **ARTÍCULO 518. Ley 906 de 2004. DEFINICIONES.** Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

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.

<sup>111</sup> “Obviamente la única cuestión a verificar y a acreditar es el cumplimiento de las condiciones a que se comprometió el investigado en la suspensión, pues los demás asuntos deben ser verificados en el control que se le realice a la suspensión como aplicación del principio de oportunidad”. MESTRE ORDOÑEZ, Op. cit., p. 282.

<sup>112</sup> *Ibíd.*, p. 281-282.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, p. 282.

la imputación y la de formulación de la acusación, pues es en ese momento procesal donde el sujeto pasivo de la persecución penal adquiere la calidad de imputado exigida por el artículo en mención. El proyecto de ley que cursa actualmente en el Congreso incluye dentro del artículo 325 al acusado, lo cual es un claro avance. No obstante, debemos considerar que nada se dice respecto del indiciado, no habiendo ninguna justificación constitucional ni legal para el efecto.

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

Debemos empezar por anotar que al hacer mención la norma a la noción de “...riesgo o amenaza grave<sup>114</sup>.” a la seguridad exterior del Estado, hace clara referencia a un concepto jurídico indeterminado. Consideramos por ello que la Fiscalía, en el momento de dar aplicabilidad a esta causal, debe ser sumamente cuidadosa, pues bien sabemos que este tipo de conceptos ambiguos o indeterminados, dan lugar a muchas interpretaciones, de lo cual se colige que una decisión errada de la Fiscalía en relación con el punto bajo análisis, puede poner en peligro los intereses de nuestro país en el ámbito internacional.

Este concepto de seguridad del Estado debe ir de la mano con el concepto de política criminal, y en su consecución deben participar todos los integrantes del poder público; en particular, la rama ejecutiva. Así las cosas, es necesario resaltar cómo el artículo 189, numeral 6º del Estatuto Superior, ordena al Presidente de la República, “.....proveer la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la nación y la inviolabilidad del territorio, declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerlo sin tal autorización para repeler una agresión externa y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual se dará cuenta inmediata al Congreso”<sup>115</sup>. Así las cosas, “...para proceder a aplicar la causal deben seguirse las directrices de política exterior que ha trazado el gobierno nacional y consultarse directamente al presidente de la república”<sup>116</sup>.

En este orden de ideas, es preciso señalar que la Corte Constitucional se refirió al concepto de seguridad del estado, en sentencia C-095 de 2007: Según la Corte el artículo 189 # 6 de la Constitución Política otorga al Presidente de la República, la facultad de “*proveer la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera; y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso.*” Por lo tanto, dicho concepto “*seguridad exterior del Estado*” es un concepto determinado que hace relación a “*la independencia y*

---

<sup>114</sup> MESTRE ORDOÑEZ, Op. cit., p. 275.

<sup>115</sup> Constitución Política de Colombia, Artículo 189, Numeral 6.

<sup>116</sup> FORERO RAMÍREZ, Op. cit., p. 183.

*la honra de la nación, la inviolabilidad del territorio y la situación de guerra exterior”.*

En este orden de ideas debemos anotar que es posible que la concepción de seguridad exterior del Estado no haga referencia a un concepto jurídico indeterminado. No obstante, lo que es confuso en la causal es el calificativo de grave que se hace con respecto a la seguridad estatal. Además no se entiende por qué razón se pueda aplicar el principio de oportunidad con respecto a las amenazas contra la seguridad exterior y no en lo referente a la seguridad interior. Por consiguiente creemos que la causal, a fin de evitar estas discusiones, debería ser más simple y hacer referencia únicamente a la seguridad del Estado sin mencionar ningún calificativo específico.

*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.*

En cuanto a los delitos contra la recta impartición de justicia, es preciso anotar que la comisión del mismo no debe generar mayor perjuicio al sujeto pasivo de la conducta. El profesor Forero Ramírez, formulando un caso hipotético aclara esta situación de la siguiente manera: “Juan, quien se desempeña como servidor público responde un derecho de petición elevado por un ciudadano 3 días después del término legalmente previsto para ello. Es denunciado penalmente por retardar un acto propio de sus funciones y se le adelanta una investigación disciplinaria y otra penal por el presunto punible de prevaricato por omisión. La tardanza en la contestación de la petición, no generó perjuicio alguno para el particular”<sup>117</sup>.

En punto de los delitos contra la Administración Pública, debemos señalar que para poder dar aplicación a la causal que venimos analizando, es necesario que se den algunos requisitos. En primer lugar, este título del Código Penal colombiano, consagra una serie de delitos que tienen un sujeto activo calificado, esto es, que quien comete una conducta descrita en los tipos penales de este título, debe ostentar la calidad de Servidor Público, en los términos del artículo 20 del Código Penal.

Por otra parte, también es apenas lógico que el delito sobre el cual se dará aplicación a la causal, deba estar contemplado dentro del título de los delitos contra la Administración Pública. A su vez, la afectación al bien jurídico tutelado debe ser poco relevante. Exige también la norma, que la infracción debe haber tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria.

---

<sup>117</sup> *Ibíd.*, p. 184.

Sobre este particular Forero Ramírez, anota que, “...es importante tener en cuenta que para aplicar esta causal no es necesario que se haya producido una sanción disciplinaria, pues el Código aclara expresamente que esta conducta debe tener o haber tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarias. Por ello, el Fiscal puede considerar que frente a la conducta que investiga, el reproche y la sanción adecuados sea el que lleve a cabo la entidad encargada de la acción disciplinaria, bien sea la propia entidad en la que labora el servidor público, la personería, o la misma Procuraduría General de la Nación”<sup>118</sup>.

*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.*

Como bien hemos mencionado con anterioridad, la acción penal del Estado se debe centrar en conductas que efectivamente lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de trascendencia para toda la sociedad. En lo pertinente a esta causal, es preciso anotar que ella es restrictiva, en cuanto solo es aplicable a delitos contra el patrimonio económico, y que el objeto material sobre el que recae la conducta, que en este caso es de carácter real, debe encontrarse en un alto grado de deterioro, siendo más costosa la persecución penal.

El profesor Forero anota que en la Comisión Constitucional Redactora del Nuevo Código de Procedimiento Penal, en un principio se habló del deterioro del “bien jurídico”, situación que fue corregida por el concepto de objeto material. “La importante modificación que se introdujo aclara que solamente se aplicaría a delitos contra el patrimonio económico y no a otros bienes jurídicos y lo que realmente estaba en alto grado de deterioro no era el bien jurídico sino el objeto o cosa sobre la cual recae la conducta en esta clase de delitos y que dogmáticamente recibe el nombre de objeto material”<sup>119</sup>.

Es importante anotar que algún sector de la doctrina considera que en los delitos bagatelares, al no establecerse la antijuridicidad material, no se configura todo el delito en su estructura básica. Así las cosas, lo que debería aplicarse, no es exactamente el principio de oportunidad; resultaría más preciso que la Fiscalía solicitara la preclusión ante el Juez de Conocimiento.

Además de lo anterior el legislador incurre nuevamente en un yerro de técnica legislativa pues al hablar de un alto grado de deterioro es impreciso pues el concepto no permite entender si la causal se refiere a una conducta atípica o a la comisión de una verdadera conducta punible. No obstante la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de la causal objeto de estudio, con un equivocado

---

<sup>118</sup> Ibíd., p. 185.

<sup>119</sup> Ibíd., p. 187.

criterio señaló en sentencia C-095 de 2007 lo siguiente. “El legislador se ocupa de señalar expresamente el grado de deterioro que debe presentar el objeto material, calificándolo de alto. En tal virtud, debe entenderse que dicho objeto debe estar muy deteriorado, esto es muy estropeado o muy menoscabado con miras al cumplimiento de su fin propio”.

El profesor José Fernando Mestre Ordóñez es muy claro cuando deja ver como este tipo de causales mezclan aspectos de dogmática penal con cuestiones de carácter político, generando confusión tanto en el fiscal que decida dar aplicación a la causal, como en el juez de control de garantías que efectúen el control de legalidad respectivo<sup>120</sup>.

Así, pues, “la redacción final de la causal resulta casi incomprensible, pues de su lectura parece que se tratara de una conducta atípica o no delictiva y no de una orientación de selectividad político criminal”<sup>121</sup>. Por consiguiente esta causal se enmarca dentro de eventos donde la conducta no tiene la posibilidad de poner en peligro o lesionar gravemente el bien jurídico del patrimonio económico, es decir que carece de antijuridicidad material y que por ende no daría lugar a la aplicación del principio de oportunidad, sino que al no configurarse el delito el fiscal debe abstenerse de proseguir con la investigación.

*12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.*

Esta causal es aplicable a los delitos de carácter culposos, esto es, aquellos en los cuales se incurre por el sujeto en una violación al deber objetivo de cuidado. De la aplicación de la causal, quedan excluidas aquellas vulneraciones al deber de cuidado que sean de gran significación jurídica y social como sería el caso del guardavías que por estar dedicado al juego con un amigo omite cumplir con sus obligaciones y debido a ello se ocasiona el accidente de un tren donde mueren cientos de personas. A contrario sensu, cuando la violación del deber de cuidado no tiene gran significación jurídica porque el conductor imprudente causa una levísima lesión a un transeúnte se configuran las condiciones para la aplicación de esta causal.

Al referirse la causal a que los factores que determinan la conducta deben ser calificados como de mermada significación jurídica y social, se hace referencia al tema de los delitos bagatela, esto es, aquellos en los cuales es posible hacer un juicio de adecuación típica, siendo la conducta además de típica, formalmente antijurídica, pero no desde el punto de vista material, es decir que no es una

---

<sup>120</sup> *Ibíd.*, p. 291.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, p. 291.

conducta con la virtualidad para vulnerar o afectar el bien jurídicamente tutelado por el ordenamiento penal.

Sobre este tema, al declarar la exequibilidad de la causal se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-095 de 2007, en los siguientes términos:

*“la mermada significación social de una conducta proviene de una serie de circunstancias como, por ejemplo, las condiciones personales en las que el agente actuó (bajo cansancio extremo, tensión extrema, insomnio, ingesta de medicamentos, etc.), el poco valor del objeto del delito en los tipos penales que protegen el patrimonio económico (hurto de una fruta...), el contexto social en el cual la conducta se ejecuta, o cualquiera otras que sólo se conocen en las circunstancias concretas e infinitas en posibilidades que compete conocer al fiscal en cada caso, y que son establecidas probatoriamente en cada ocasión”.*

*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.*

Para iniciar el estudio de la presente causal, es indispensable comentar que el artículo 12 del Código Penal consagra que solo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad y, que queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva. El concepto de la culpabilidad se define como un juicio de reproche que el Estado hace a un individuo que pudiéndose comportar de una manera, no lo hace y se comporta contrario a derecho, es decir, que no obstante conocer la antijuridicidad de la conducta, actúa de manera contraria al ordenamiento jurídico.

En relación con el concepto de la culpabilidad, Gómez López enseña: “El finalismo partiendo de la teoría final de la acción, ubicó sistemáticamente el dolo y la culpa en el tipo, eliminando de la culpabilidad en lo esencial los elementos psicológicos, quedando la culpabilidad como un puro juicio de reproche; la culpabilidad continua siendo definida como juicio de reproche personal que se le formula al agente dotado de motivación normal, por haber realizado una acción antijurídica, pese a haber podido actuar de modo distinto; pero la relación de requisitos que para tal juicio se exigen, experimentan una modificación”<sup>122</sup>.

En este punto es pertinente anotar, en lo relacionado con la causal, que el sujeto activo de la conducta comete una conducta típica, antijurídica y culpable. Sin embargo la culpabilidad tiene una trascendencia mínima para los intereses del

---

<sup>122</sup> GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Teoría del Delito. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2003. p. 844.

ordenamiento jurídico penal. Ante esto debemos mencionar que el Código Penal consigna una serie de causales en donde la culpabilidad adquiere un valor secundario, y por ende no hay lugar a la aplicación de la sanción penal. Entre estas disposiciones podemos citar: La indigencia o falta de ilustración en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible; las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible; la ira e intenso dolor; la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; el obrar en estado de emoción, pasión excusable o de temor intenso. Además de lo anterior, el artículo 56 del Código penal dispone, *“El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”*. Toda esta serie de disposiciones se encuentran a su vez relacionadas con el principio de la necesidad de la pena ya estudiado.

En esta serie de eventos, donde la culpabilidad no tiene mayor trascendencia para el ordenamiento jurídico, el fiscal podrá dar aplicación al principio de oportunidad para efectos de sustraerse a la acción penal.

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

Para explicar esta causal es menester traer a colación algunos ejemplos donde se afectan bienes jurídicos de carácter colectivo. Por ejemplo si miramos los tipos penales de la pesca ilegal y de la caza ilegal, podemos ver como, cuando dichas conductas quedan consumadas se afecta un bien jurídico de carácter colectivo, que no es otro que los recursos naturales y el medio ambiente. Si la afectación de este bien jurídico con la comisión del ilícito es mínima, y se da la reparación integral, el fiscal podrá prescindir de la acción penal, y por ende aplicar el principio de oportunidad.

Para efectos de la reparación integral, piénsese por ejemplo el caso de la pesca ilegal, donde el sujeto activo de la conducta, después de cometerla, hace una resiembra de peces. Más hay que advertir que tratándose de delitos que afecten bienes colectivos en la mayoría de los casos se dificulta identificar y determinar los sujetos beneficiarios de la reparación lo que en la práctica dificulta la aplicación de la causal<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> Sobre el particular, Sánchez Herrera, Op. cit., p. 75.

Igualmente el fiscal debe tener motivos claros que le permitan inferir que tal conducta no volverá a cometerse, por ejemplo porque el imputado era un pescador ocasional<sup>124</sup>. No obstante lo anterior consideramos que al decirse que pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse, se pueden generar dificultades interpretativas, puesto que es posible que la fiscalía llegue a esa deducción pero el Juez de Control de Garantías no<sup>125</sup>.

*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.*

Señala acertadamente Forero Ramírez que, “En nuestro país es desafortunadamente frecuente que diversos sectores de la comunidad opten por comportamientos colectivos delictuosos que en muchas ocasiones no llegan a ser de gravedad y frente a los cuales la iniciación del proceso penal es casi imposible desde el punto de vista práctico, económico y político”<sup>126</sup>. Esta causal entonces deberá ser aplicada en los casos donde la conducta punible sea cometida por una multiplicidad de personas, como por ejemplo en el caso de una asonada<sup>127</sup>, donde no es pertinente ejercitar la acción penal a cargo del Estado, pues con un proceso penal se podrían llegar a hacer más graves las condiciones que dieron lugar a la comisión del ilícito.

En estos eventos, los problemas sociales deben ser resueltos por mecanismos diferentes al derecho penal. Además, como anota el profesor Forero, en muchas de estas situaciones, es prácticamente imposible iniciar el proceso por cuestiones de orden práctico, político y económico. Es de aclarar que de conformidad con el parágrafo primero del artículo 324 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, esta

---

<sup>124</sup> Además del ejemplo anterior, el Profesor José Fernando Mestre Ordoñez trae a colación el tipo penal de la usurpación de marcas. “Como ejemplo de la utilización de la causal, puede traerse colación la persecución por el delito de usurpación de marcas. El bien jurídico protegido es el orden público económico, que tiene naturaleza colectiva, pero las víctimas son fácilmente identificables como las titulares de la marca usurpada. Así, si la marca usurpada lo fue en una baja cantidad de bienes y la penetración al mercado no se había hecho en amplia extensión, podría propiciarse un escenario de reparación y aplicarse el principio de oportunidad. Quedaría pendiente el asunto de la “deducción” de que no volverá a incurrirse en el delito, pero habrá que utilizar la creatividad en el caso concreto para hacer la demostración al juez de control de garantías. Esta solución es mucho mejor a las preclusiones por ausencia de antijuridicidad material, pues la preclusión no implica la reparación y genera un precedente que obliga a considerar que, por ejemplo, la usurpación de marcas de bebidas en “solamente” 100 botellas no es delito, pues no vulnera el bien jurídico, y resultaría complicado hacer la persecución a otras personas que se dediquen a comercializar mercancías con la marca usurpada, cuidándose siempre de no exceder el número indicado en la preclusión anterior”. MESTRE ORDOÑEZ, Op. cit., p. 297.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, p. 296.

<sup>126</sup> FORERO RAMÍREZ, Op. cit., p. 194.

<sup>127</sup> Código Penal, Artículo 469. Los que en forma tumultuaria exigen violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en prisión de uno a dos años.

causal no podrá ser aplicada a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para la realización del ilícito colectivo. Empero, en algunos eventos puede ser difícil, desde el punto de vista probatorio, demostrar quienes han sido los jefes o promotores del desorden social.

De otro modo, creemos que, pese al ejemplo mencionado en el párrafo anterior, contrario a lo que señala la Corte Constitucional, al hablar de “problemas sociales más significativos” se hace referencia nuevamente a un concepto jurídico indeterminado que no es fácil establecer en la práctica, puesto que al ser un concepto tan amplio puede llevar a múltiples interpretaciones y a generar conflictos de criterios entre el fiscal que aplique la causal y el juez de control de garantías que examine la legalidad de su aplicación.

No obstante la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta causal y se refirió sobre el particular así en sentencia C-095 de 2007: En consideración de la Corte “dado que el cargo, formulado por el demandante en lo referente a la falta de claridad de la causal, no está llamado a prosperar debido a que el concepto *“problemas sociales más significativos”* permite ser determinado, pues, la investigación histórica de los antecedentes de la reforma constitucional que incorporó el principio de oportunidad señala que la renuncia a la persecución penal debe darse cuando se presentan *“conflictos sociales”* que, a pesar de involucrar conductas que materialmente podrían ser objeto de adecuación típica, no alcanzan a vulnerar los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal”. Sobre dicho concepto se dijo que eran comportamientos que *“que no alcanzaban a configurar una vulneración material de bienes jurídicos”*, es decir, conductas de adecuación típica pero materialmente antijurídicas que encuentran justificación dentro del contexto en el que se realizan.

A ejemplo la Corte explica que estas se pueden dar a través de *“marchas, paros, protestas ante evidenciables problemas colectivos como la falta de servicios públicos, los constantes atentados contra la paz, el desplazamiento, etc.”*. Por ello no es que se busque favorecer la impunidad sino que se permita que el Fiscal pondere el interés colectivo con el interés público en restituir la paz alterada.

En suma la Corte afirma que *“, la causal de aplicación del principio de oportunidad penal “cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos” descansa en el principio de proporcionalidad, que llama a no sancionar penalmente sino aquellas conductas que realmente constituyan una amenaza para la convivencia pacífica, y no un reclamo social justificado”*.

Cabe la aclaración de que el fiscal debe motivar su decisión teniendo en cuenta los supuestos fácticos y decir por qué la persecución penal generaría mayores problemas sociales que la falta de ella. *“En todo caso, esta decisión del fiscal siempre estará sujeta a la revisión del juez de control de garantías y a la intervención del Ministerio Público”*.

*16. El numeral 16 disponía: 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 analizada por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-673 de 2005, la cual inicia anotando que para no vulnerar la disposición del artículo 250 de la Constitución Política, se hace necesario que el Legislador defina de manera clara y precisa las condiciones bajo las cuales se va a dar aplicación al principio de oportunidad. Y es que en un sistema de principio de oportunidad reglado, la consagración de causales ambiguas u oscuras, pueden darse para interpretaciones de carácter arbitrario. Sobre el particular, nuestra Corte Constitucional sostiene que, “...el establecimiento de causales equívocas y ambiguas de aplicación del principio de oportunidad hace imposible el ejercicio del control por parte del Juez de Garantías”<sup>128</sup>.

En este punto, cabe recordar que la causal objeto de análisis afirmaba que, ante un delito cometido por un imputado a título de autor o partícipe, si la persecución penal de dicho delito afecta, dificulta u obstaculiza la investigación de la Fiscalía respecto de otros delitos de mayor importancia para la sociedad, cometidos por el mismo autor o por otras personas, el fiscal puede dar aplicación al principio de oportunidad.

En el presente caso, nuestra Corte Constitucional consideró que el Legislador no fue claro en la consagración de la causal, habida cuenta que

*“...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 investigación hacia otra de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, resulta de esta manera una norma completamente ambigua, indeterminada y oscura (...) En efecto, determinar por parte de un Fiscal que un hecho delictivo tiene mayor relevancia o trascendencias sociales 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, bajo consideraciones de carácter subjetivo, la excepcional aplicación del principio de oportunidad. (...) En este orden de ideas, 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*

---

<sup>128</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2005. MP. Clara Inés Vargas.

*imperativos constitucionales, resultándole en este caso imposible al juez de control de garantías establecer si la decisión de la Fiscalía es constitucionalmente admisible*<sup>129</sup>.

Por lo anteriormente anotado, la causal fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia que mencionamos, razón por la cual dicha causal ya no hace parte del ordenamiento jurídico colombiano.

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

Para explicar esta compleja causal debemos traer a colación algunos ejemplos citados por el profesor Mestre Ordóñez. “ El celador que disparó a una persona que según su percepción condicionada por el miedo estaba haciendo ruidos distractores para que otra persona consumara el hurto; la persona que defendía con la culata de su arma a su jefe de una agresión de terceros y el arma se disparó accidentalmente matando a uno de los agresores; el diestro tirador que defendía con arma de fuego a un tercero de una agresión y, debido a una lesión en su mano, erró su disparo a la pierna y mató al agresor por una bala en el abdomen; etc.”<sup>130</sup>.

Siguiendo al citado autor consideramos que incluir este tipo de eventos en la normatividad procesal penal puede llevar a innumerables confusiones entre los fiscales y jueces de garantías en punto de aplicación de la oportunidad reglada. Es por esto que estamos de acuerdo con Mestre Ordóñez, quien considera que estos casos deben ser resueltos mediante la aplicación del Código Penal a través de las normas referentes a las causales de exclusión de responsabilidad<sup>131</sup>.

Al respecto Forero Ramírez enseña que, “cualquiera de los excesos mencionados anteriormente puede ser doloso o culposo, en el ejemplo de partida nos encontramos frente a un exceso culposo en la legítima defensa, que daría lugar a aplicar el principio de oportunidad”<sup>132</sup>.

Sin embargo consideramos que la causal es confusa y creemos que generará dificultades en su aplicación. Con respecto a la ambigüedad de esta causal, Mestre Ordóñez expone acertadamente que, “es lamentable que una causal que pretende autorizar a la fiscalía a usar su facultad discrecional de aplicar el principio de oportunidad deba ser leída varias veces, con diccionario alemán-

<sup>129</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2005. MP. Clara Inés Vargas.

<sup>130</sup> MESTRE ORDÓÑEZ, Op. cit., p. 298.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 298

<sup>132</sup> FORERO RAMÍREZ, Op. cit., p. 208.

español en mano y después de superar diversos debates complejos desde el punto de vista sustancial, para poder ser comprendida y utilizada cabalmente”<sup>133</sup>.

Para finalizar este punto es preciso aclarar cómo, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 324, la aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto. Lo anterior quiere decir que exclusivamente el Fiscal General de la Nación, o en su defecto el delegado que designe, pueden dar aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos cuya pena privativa de la libertad sea superior a 6 años.

Con respecto a esta disposición en lo referente a la competencia de aplicación del principio de oportunidad, siguiendo las Resoluciones 6657 y 6658 de la Fiscalía General de la Nación, la doctrina se ha expresado en los siguientes términos: “ En conclusión, la competencia al interior de la fiscalía para aplicar el principio de oportunidad está atribuida al fiscal a cargo de la investigación, salvo que el Fiscal General asuma directamente el asunto, delegue especialmente a otro funcionario o que se trate de investigaciones de delitos con pena de prisión cuyo máximo exceda de seis años, caso en el cual el competente será el Fiscal General de la Nación o su delegado especial de conformidad con la resolución 6658 o con la resolución específica que expida en el caso concreto”<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> MESTRE ORDOÑEZ, Op. cit., p. 298.

<sup>134</sup> *Ibíd.*, p. 308-309.

#### **4. CONCLUSIONES DEL TRABAJO DE CAMPO CON LOS FISCALES DELEGADOS ANTE LOS JUECES PENALES MUNICIPALES Y JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ Y POPAYÁN**

En este punto es pertinente mostrar el trabajo de campo que desarrollamos con fiscales locales de las ciudades de Bogotá y Popayán. Aclaramos que no es nuestra finalidad mostrar al lector un trabajo de incidencias estadísticas exactas. Simplemente buscamos con estas entrevistas tener una visión general sobre la aplicación del principio de oportunidad en las ciudades anteriormente mencionadas.

Así, pues una vez determinadas cuales son las principales dificultades de la figura procederemos a formular nuestra propuesta de reforma al artículo 324 de la ley 906.

A continuación mostraremos las preguntas que dirigimos a los fiscales.

##### **4.1 PREGUNTAS DIRIGIDAS A LOS FISCALES**

*1. Considera usted que la consagración de la figura del principio de oportunidad en Colombia mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 es:*

- A) Oportuna.
- B) Inoportuna.

*2. Considera usted que el principio de oportunidad es un verdadero mecanismo de política criminal del estado? Si, no, por qué?*

*3. Cómo califica el entendimiento y la comprensión que la figura ha tenido entre los diferentes operadores jurídicos de nuestro sistema penal?*

- a) Excelente.
- b) Muy buena.
- c) Buena.
- d) Regular.
- e) Deficiente.

*4. Considera que la capacitación que ha dado el Estado a los Fiscales y Jueces de Control de Garantías para efectos de la aplicación y control del principio de oportunidad, ha sido:*

- a) Excelente.
- b) Muy Buena.
- c) Buena.
- d) Regular.

e) Deficiente

5. *Cree usted que en Colombia, la aplicación del principio de oportunidad ha sido:*

- a) Una herramienta que genera impunidad por los beneficios que se le pueden otorgar al investigado.
- b) Un mecanismo que genera mayor eficiencia en la descongestión de la jurisdicción penal y que constituye un verdadero mecanismo de política criminal estatal.

6. *Ha aplicado usted el principio de oportunidad? Bajo qué Causales tiene su mayor aplicación?*

7. *Cuales causales considera usted que tienen una redacción confusa y que por consiguiente dificultan la utilización del principio de oportunidad?*

8. *Del número de casos que usted recibe en su despacho, señale un porcentaje estimado de cuales de estos son resueltos mediante la aplicación del principio de oportunidad?*

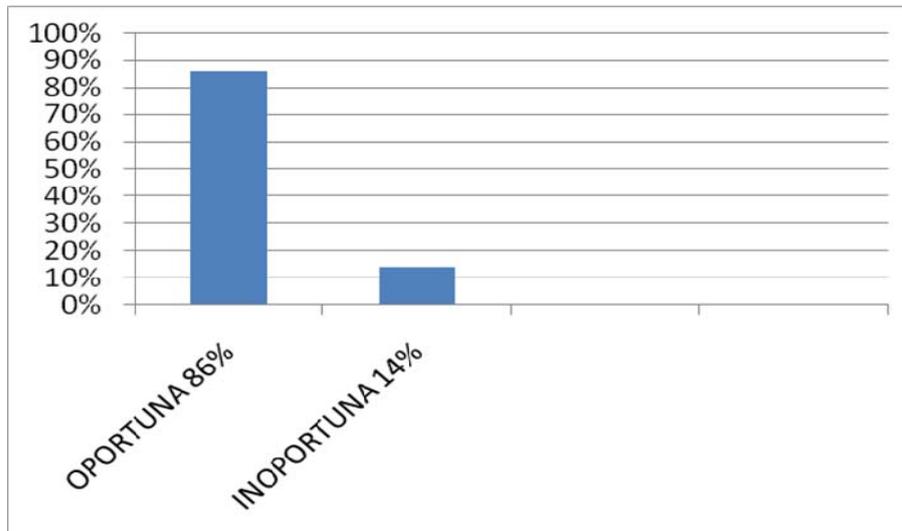
9. *Cree usted que la creación de la figura del Juez de Control de Garantías, particularmente en punto de aplicación del principio de oportunidad, es:*

- a) Fundamental para efectos de dar más garantías al investigado.
- b) Inconveniente porque genera mayores obstáculos para el logro de los fines del derecho penal.
- c) Su participación es básica porque no solamente otorga mayor transparencia en el proceso penal sino que también garantiza el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a las víctimas.
- d) Innecesaria porque la aplicación de esta figura debería ser un acto discrecional de la Fiscalía General de la Nación.

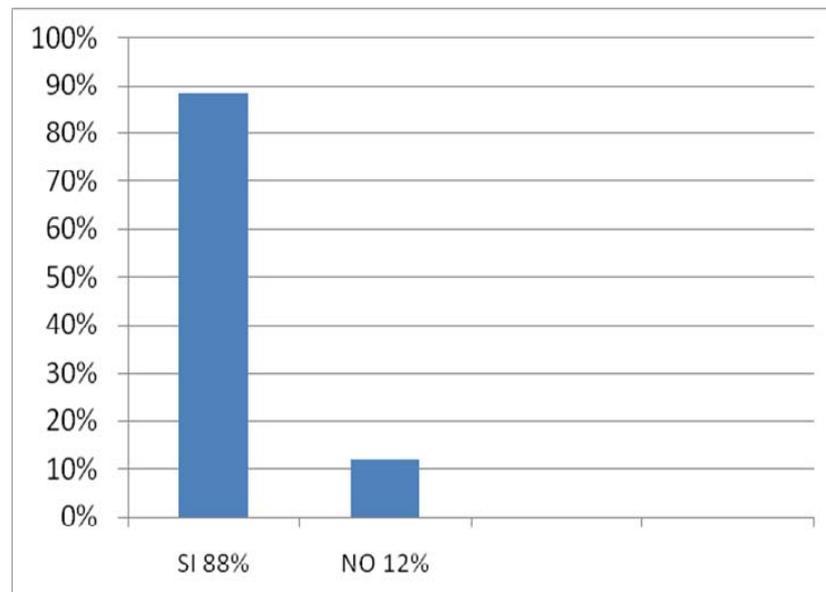
10. *Qué soluciones propondría usted para efectos de una mayor utilización, un mayor entendimiento y sobre todo una mayor eficiencia de la figura del principio de oportunidad.*

## 4.2 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

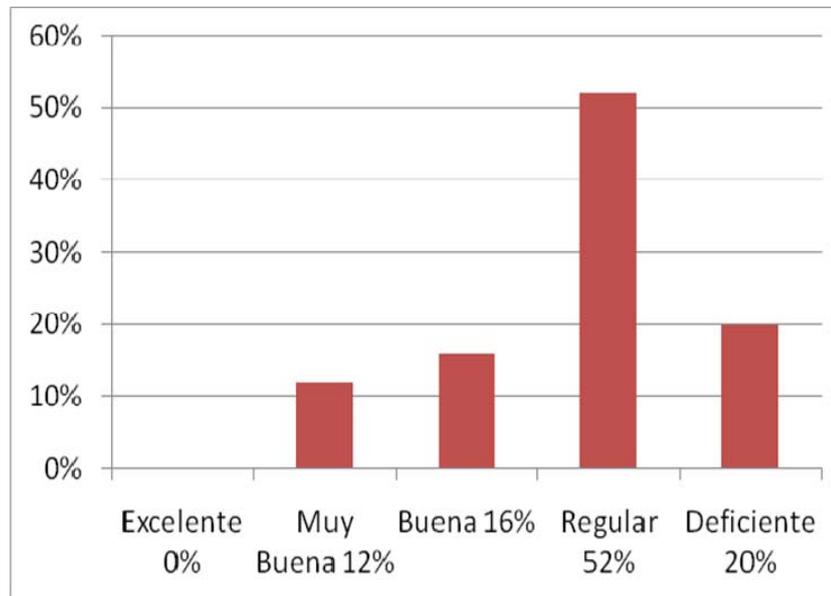
1. Considera usted que la consagración de la figura del principio de oportunidad en Colombia mediante el acto legislativo 03 de 2002 es:



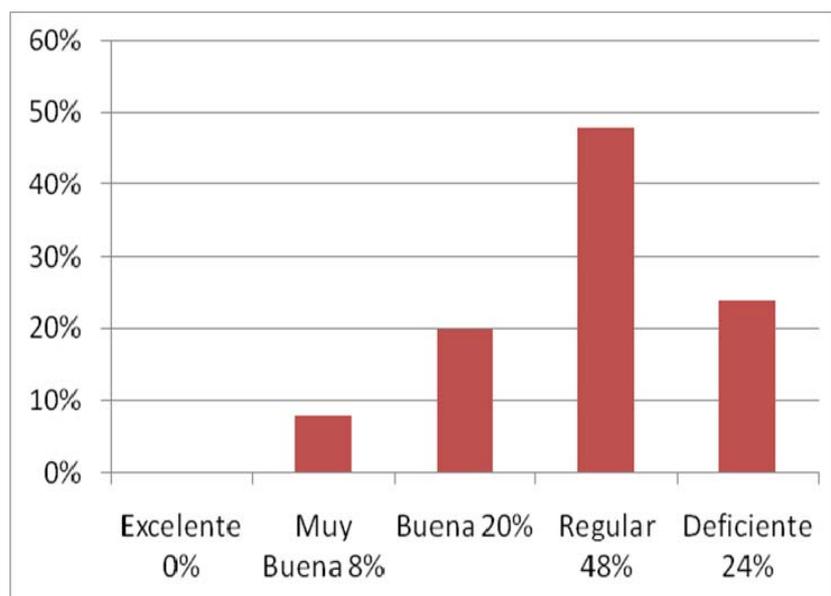
2. Considera usted que el principio de oportunidad es un verdadero mecanismo de política criminal del Estado:



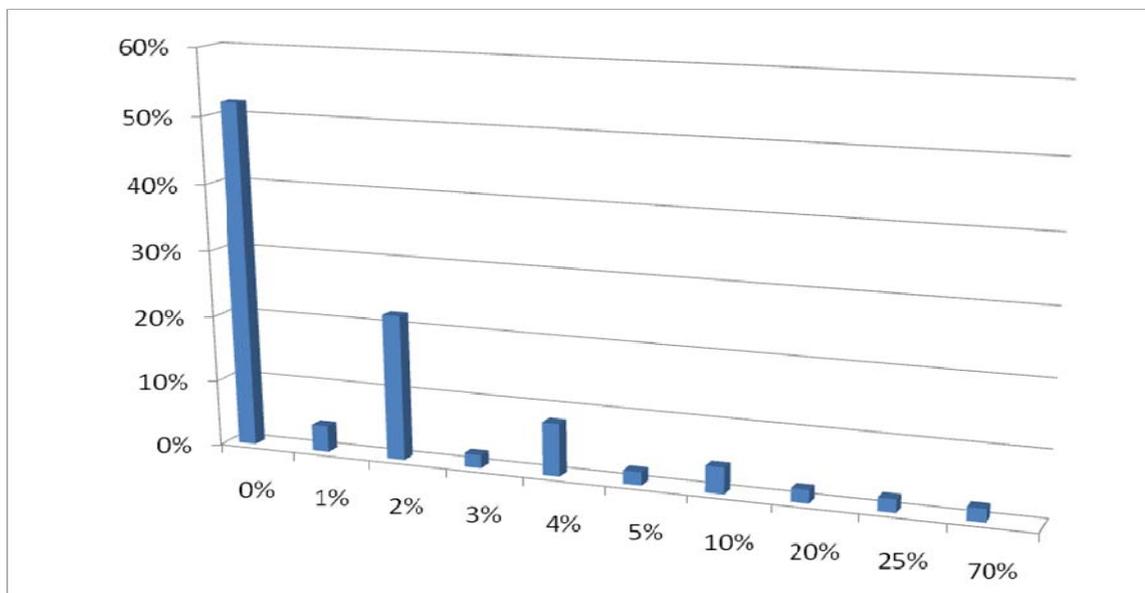
3. ¿Cómo califica el entendimiento y la comprensión que la figura del principio de oportunidad ha tenido entre los diferentes operadores jurídicos de nuestro sistema penal?:



4. Considera que la capacitación que ha dado el Estado a los fiscales y jueces de control de garantías para efectos de la aplicación y control del principio de oportunidad ha sido:



5. ¿Del número de casos que usted recibe en su despacho, señale un porcentaje estimado de cuáles de estos son resueltos mediante la aplicación del principio de oportunidad?



Es necesario aclarar que en este punto nos permitimos mostrar los resultados arrojados por las preguntas de carácter cerrado que se pueden tabular sin mayores inconvenientes. En el siguiente punto miraremos lo relacionado con las otras preguntas abiertas que consideramos permiten obtener diversas opiniones de lo que piensan los fiscales sobre la consagración de la figura del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento procesal penal.

#### 4.3 CONCLUSIONES JURÍDICAS DE LAS RESPUESTAS DE LOS FISCALES.

##### *a). Introducción.*

Antes de mostrar las conclusiones que pudimos obtener de las encuestas realizadas con los Fiscales de las ciudades de Bogotá y Popayán, queremos dejar muy claro que nuestra finalidad no es presentar un análisis estadístico completamente certero o exacto, pues es claro que 50 entrevistas no son suficientes para determinar si estos resultados tienen un impacto estadístico alto. Nuestro objetivo se centró en desarrollar un trabajo de campo con los fiscales mencionados que nos permitiera tener una aproximación, más o menos clara, y una visión muy general con respecto a la forma como se ha venido aplicando la figura del principio de oportunidad en estos distritos judiciales. Así, pues, no queremos de ninguna manera demostrar que nuestras encuestas tienen una validez estadística del 100%, pues sabemos que para el efecto sería necesario entrevistar a muchos más fiscales y asesorarnos de personas expertas en la

materia para poder llegar a unos resultados más cercanos al ciento por ciento. Además, es claro para nosotros lo costoso que puede llegar a ser desarrollar un trabajo estadístico de esta naturaleza.

Igualmente, al inicio de nuestra investigación sabíamos que no era fácil desarrollar este trabajo con los fiscales, lo cual pudimos comprobar cuando lo estábamos ejecutando, ya que muchas veces no respondían las encuestas por falta de tiempo o se demoraban en entregarlas, lo que nos llevo a disminuir el número de encuestas que teníamos pensado realizar de 100 a 50 entrevistas. Dejando claro este punto entonces, pasamos ahora a mostrar cuales fueron las conclusiones de las preguntas abiertas del cuestionario que pudimos obtener como consecuencia del desarrollo de nuestro trabajo de campo.

### ***b) Conveniencia del Principio de Oportunidad.***

En primera medida es evidente en las entrevistas, que los fiscales, en su gran mayoría, están de acuerdo con la implantación del sistema acusatorio, particularmente con la figura del principio de oportunidad como mecanismo de la política criminal del Estado.

Empero, uno de los grandes inconvenientes que se pueden observar en las encuestas es que los funcionarios del órgano investigador y acusador, demandan por una mayor capacitación, no solamente en lo relacionado con la aplicación del principio de oportunidad, sino también en cuanto a todas las instituciones procesales del nuevo sistema penal acusatorio. En este punto, encontramos que los fiscales de la ciudad de Bogotá, el 80% considera que la implantación de la figura del principio de oportunidad es oportuna. En cuanto a la ciudad de Popayán, un 93.3 % de los entrevistados, considera que la consagración de esta herramienta es necesaria. Lo anterior muestra que el sistema acusatorio ha tenido una buena acogida entre nuestros operadores jurídicos, lo cual no quiere de ninguna manera significar que éste no tenga inconvenientes en la práctica.

### ***c) Principio de Oportunidad y Política Criminal.***

Para nosotros es claro cómo el Congreso de la República, en calidad de Constituyente derivado, al expedir el Acto Legislativo 03 de 2002, aprobó la implantación constitucional del principio de oportunidad, manifestando que éste consistía en un mecanismo de la política criminal del Estado<sup>135</sup>. Como bien

---

<sup>135</sup> Lo anterior buscando descongestionar los despachos judiciales pues era evidente la mora en los procesos y los altos índices de impunidad. Lo anterior lo explica el profesor García Valencia así: “El atraso se reflejó en la mora que trascendió a la fase del juzgamiento. En la medida que la Fiscalía calificaba congestionaba los juzgados pero la mayor dilación estaba en la fiscalía. Un estudio del Consejo Superior de la Judicatura reveló que de los casi 3 años que demoraba una condena por homicidio el 67% del retraso obedecía a la Fiscalía y el 70% de los más de tres años que tomaba una conducta por un delito contra la fe pública el 70% correspondía a la fiscalía, lo

aclaremos en los capítulos precedentes, no es nuestro objetivo principal desarrollar un tratado sobre el concepto, tan discutido por cierto, de la política criminal. No obstante, para poder entender la finalidad del Constituyente de 2002, al consagrar la figura del principio de oportunidad, fue necesario en este trabajo llevar a cabo una aproximación al significado de la política criminal del Estado, para efectos de comprender por qué razón el principio de oportunidad es una de las manifestaciones de dicha política estatal.

Para los funcionarios entrevistados, evidentemente el principio de oportunidad constituye una de las manifestaciones de la política criminal del Estado. En efecto, según los fiscales encuestados, la congestión de los despachos judiciales impide que los recursos físicos y humanos puedan destinarse a hacer una verdadera justicia material rápida y efectiva. Por consiguiente, el principio de oportunidad surge como una solución clara para activar la persecución penal hacia los delitos más graves y perseguir a las organizaciones criminales ante la crisis del principio de legalidad y de la pena. Así, pues, esta figura permite destinar los recursos para la criminalidad que afecta en mayor medida los bienes jurídicos, se logra la descongestión, se solucionan casos donde la pena es innecesaria, permite esclarecer las conductas graves – caso de organizaciones criminales- cuando los procedimientos ordinarios son insuficientes.

A su vez, se dice que el principio de oportunidad como mecanismo de la política criminal del Estado, se encuentra acorde con un sistema penal de corte acusatorio, donde se busca en la efectividad y terminaciones anticipadas no llegar a un juicio, sino a una solución del conflicto con parámetros humanos, sociales, constitucionales, legales y de política criminal, ayudando a resolver la congestión judicial, a reducir en la medida de lo posible la difícil crisis del sistema carcelario, que para nada responde al concepto de dignidad humana consagrado en el artículo primero del Texto Constitucional, ni mucho menos al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que acogió nuestro Constituyente de 1991.

De igual manera, la oportunidad reglada es un verdadero mecanismo de política criminal del Estado porque el propósito de dicha figura y como está concebida lleva a simplificar, a acelerar y a hacer más eficiente la administración de justicia, descongestionándola y humanizándola, para que la Fiscalía centre su atención y cuidado en asuntos trascendentales, dedicando tiempo y concentración en comportamientos que generan gran daño social, porque no podemos desconocer que abundan conductas o acciones que no ameritan toda la atención del aparato sancionatorio del Estado. Lo anterior, tiene como finalidad una mejor destinación

---

mismo que el 60% en casos de hurto y delitos contra el patrimonio. La represión de los asuntos y la congestión se tradujeron en impunidad cuando el 50% de los casos no encontraban una definición cierta de los fiscales. No se solucionaron, entonces, los problemas que motivaron la reforma de la justicia penal". GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. Conferencias Sobre el Proceso Penal Acusatorio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005. p. 22 - 23.

de recursos físicos y humanos con miras a una verdadera, pronta y efectiva justicia.

***d) Comprensión de la Figura y Capacitación del Estado.***

El Congreso de la República al expedir el Acto Legislativo 03 de 2002 fue acertado al consagrar la figura del principio de oportunidad reglado para nuestro sistema penal. Lo anterior, habida cuenta que nuestra tradición jurídica ha sido de un gran apego al principio de legalidad, y por consiguiente era necesario establecer la aplicación de la oportunidad reglada no como un acto absolutamente discrecional de la Fiscalía sino sometido a un catalogo de eventos taxativamente señalados por el legislador y con un control de legalidad posterior por parte de un juez de control de garantías. Así, pues, la implantación del nuevo sistema penal acusatorio fue un gran paso de nuestra legislación procesal penal hacia un modelo mucho más garantista de los derechos constitucionales de todos los sujetos procesales, acorde con los parámetros del Estado Social de Derecho.

No obstante, consideramos que de nada sirve implantar en la Constitución y la ley sistemas procesales garantistas, si su verdadera efectividad no se da dentro de la práctica judicial, pues es en dichos escenarios donde se debe observar el verdadero respeto por las garantías fundamentales y el logro de una tutela judicial efectiva de los bienes jurídicos afectados o amenazados por las diferentes conductas de los asociados.

Así las cosas, del trabajo de campo desarrollado es posible concluir que el entendimiento que entre nuestros operadores jurídicos del sistema penal han tenido las instituciones procesales del sistema acusatorio, no ha sido el más adecuado ni el esperado por quienes impulsaron la reforma constitucional del año 2002, buscando en Colombia unos procesos más rápidos, más efectivos y sobre todo más humanos. En primer lugar, en cuanto a la comprensión que, en términos generales ha tenido el sistema acusatorio entre los diferentes funcionarios, particularmente la figura del principio de oportunidad, encontramos que un 72% de los fiscales encuestados consideran que el entendimiento de esta herramienta no ha sido el esperado, lo cual se ve reflejado en los bajos índices de aplicación del principio de oportunidad durante sus primeros años de vigencia. De este 72%, la mayoría de los fiscales califican la claridad que ha tenido la figura como REGULAR, encontrando serias deficiencias como por ejemplo la falta de técnica legislativa en la redacción de las normas que regulan el principio de oportunidad, particularmente en el tema de las causales.

Por otra parte, solamente el 28% de los fiscales encuestados considera positiva la forma como ha sido entendida por nuestros operadores jurídicos la figura del principio de oportunidad. No podemos pasar por alto que ninguno de los fiscales considera como excelente la comprensión del principio de oportunidad, situación que refleja claramente que en la práctica no están funcionando adecuadamente

los postulados teóricos que se quisieron implantar con la reforma de nuestro sistema penal.

Desde otra perspectiva, los mismos porcentajes señalados en los párrafos anteriores se pueden observar ante la pregunta referente a qué tan buena ha sido la capacitación del Estado, en punto de aplicación del principio de oportunidad. Los resultados arrojados, claro está, sin querer demostrar con ellos una validez estadística alta o exacta, son claros al mostrar cómo una de las principales falencias que ha tenido la implantación del sistema penal acusatorio en nuestro ordenamiento jurídico es la de la falta de capacitación para los funcionarios que manejan el sistema penal. Una de las principales críticas que se hizo cuando estaba en curso la reforma del año 2002 fue que los sistemas de estirpe acusatorio demandan una cantidad considerable de recursos del presupuesto nacional, y que Colombia al ser un país con una economía pequeña y en crisis no se encontraba preparado para implantar un sistema tan costoso desde el punto de vista económico, y que por consiguiente era mejor continuar con el sistema acusatorio mixto de la ley 600 de 2000<sup>136</sup>.

Por supuesto que la falta de recursos en un Estado influye en la financiación de los diferentes operadores de nuestro sistema penal, pues no solamente es necesario invertir recursos en la investigación de los delitos, sino que también, y particularmente cuando se cambia de sistema, es imperativo capacitar adecuadamente a los funcionarios que van a tomar parte de este nuevo modelo. Y, en tratándose de una figura tan compleja, pero que puede llegar a ser supremamente efectiva para combatir la criminalidad, como lo es el principio de oportunidad, es menester una capacitación más minuciosa y especializada, pues el sólo hecho de renunciar a la acción penal en un Estado Social de Derecho puede lesionar principios, valores y derechos fundamentales, no solamente del indiciado o imputado<sup>137</sup>, sino también de las víctimas como nuevos sujetos de nuestro proceso penal.

---

<sup>136</sup> Empero, siguiendo al profesor Ramiro Marín, “la comparación de costos (que pueden ser mayores para la implementación del futuro sistema) no puede hacerse a partir de una igualación de rendimientos, porque debe tenerse en cuenta que el acusatorio oral augura mayor efectividad en la averiguación de los hechos que deban ser juzgados y permite un mayor respeto a los derechos fundamentales. Por otra parte, como lo ha advertido en distintos escenarios el Fiscal Luís Camilo Osorio Isaza, la justicia más costosa es la que no produce rendimientos sociales, porque no le responde suficientemente a la comunidad ni al individuo, a pesar de las inevitables cifras de funcionamiento e inversión”. MARÍN VÁSQUEZ, Ramiro. Sistema Acusatorio y Prueba. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2004. p. 17.

<sup>137</sup> Afirmamos esto habida cuenta que el artículo 327, inciso 3 del Nuevo Código de Procedimiento Penal señala con suma claridad que 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.

Lo anterior claramente constituye un reto para el Estado colombiano, pues de nada sirve tener una gran cantidad de normas que muestren ante la sociedad y el mundo un sistema penal eficiente, cuando en la práctica judicial no se ven los resultados esperados.

***e) Causales de mayor utilización y algunas cifras de aplicación del principio de oportunidad.***

Las encuestas nos muestran que la causal que ha tenido mayor aplicación, es la causal primera, que tuvimos oportunidad de analizar en el capítulo correspondiente a las causales de aplicación del principio de oportunidad. Así, pues, el 27.4% de los fiscales encuestados respondió que esta es la causal que más veces ha aplicado en el ejercicio de su cargo dentro del ente acusador. Lo anterior obedece a que, si bien esta causal tiene bastantes deficiencias en su redacción y un problema de inconstitucionalidad que pudimos observar en el capítulo pertinente, es preciso anotar que obedece a un claro fin de política criminal, puesto que al aplicar el principio de oportunidad a delitos con penas inferiores a seis años, el legislador es consciente que en muchos de estos eventos la lesión al bien jurídico puede no tener una gran trascendencia social y que por consiguiente en la medida en que se reparare adecuada e integralmente a la víctima, el fiscal de turno podrá hacer uso del principio de oportunidad, sin llegar a la compleja fase del juicio oral y público.

Siguiendo con el análisis de los datos obtenidos, la siguiente causal más aplicada es la número 13, la cual reza: “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”. De acuerdo con los fiscales encuestados, el 7.84 % ha dado aplicación a esta causal. Le sigue la causal 7<sup>138</sup> con un 5.88% de aplicación por parte de los fiscales que respondieron nuestras preguntas.

Sin embargo, no podemos considerar que las cifras mostradas con anterioridad tengan un impacto estadístico alto, pues en la misma encuesta pudimos observar que el mayor porcentaje de fiscales no ha aplicado aun la figura del principio de oportunidad, aduciendo lo que veníamos comentando anteriormente con respecto a la capacitación que han tenido y el entendimiento de la figura. Así, pues, un 47.05% de los fiscales a quienes entregamos las encuestas no han aplicado aun la figura del principio de oportunidad, lo cual demuestra que algo no está funcionando bien y que los objetivos trazados con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 en punto de política criminal, no se están cumpliendo a cabalidad, pues el principio de oportunidad no está funcionando como se esperaba.

---

<sup>138</sup> Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

Desde otro punto de vista, teniendo claro que una de las finalidades de la Fiscalía General de la Nación al impulsar en el Congreso de la República la reforma constitucional y legal de nuestro sistema procesal penal fue la de solucionar los casos que llegaran a su despacho aproximadamente en un 10% mediante la aplicación del principio de oportunidad, decidimos preguntar a los fiscales encuestados, cuál era el porcentaje de casos que en su ejercicio como fiscales resolvían mediante la aplicación de esta importante figura. La primera impresión que tuvimos y que nos confirma una vez más que la figura del principio de oportunidad no está funcionando como era esperado, fue que el 52% de los fiscales señaló que el principio de oportunidad era utilizado por ellos en un número de casos situados entre el 0% y 1% de los recibidos en sus respectivos despachos.

Aclarando nuevamente que nuestra intención no es demostrar cifras estadísticas exactas, pues tenemos total claridad del complejo trabajo que ello demanda, sí consideramos que las cifras señaladas con anterioridad nos permiten obtener una conclusión general, cual es que algo está fallando en la aplicación de la figura del principio de oportunidad. Lo anterior se confirma cuando al mirar la siguiente cifra observamos que el 22% de los fiscales entrevistados señala que el número de casos que salen de su despacho mediante el uso del principio de oportunidad no supera el 2% de los mismos.

Por consiguiente, creemos que los fiscales no han tenido una adecuada percepción de esta figura que en la actualidad no cumple con su función de ser un mecanismo idóneo para cumplir los objetivos de la política criminal estatal. Así, pues, creemos que nuestros operadores jurídicos ya han tomado conciencia de estos inconvenientes, particularmente el Congreso de la República, donde actualmente se tramita un proyecto de ley que busca reformar toda la regulación referente al tema del principio de oportunidad. No obstante, como podremos observar en el siguiente capítulo, pensamos que, en términos generales, el proyecto busca mejorar la redacción de las normas, pero no hay una clara concepción aun en Colombia sobre la importancia que una figura como el principio de oportunidad puede llegar a tener en el ámbito de la política criminal del Estado.

#### ***f) Causales de redacción confusa y de difícil aplicación.***

Es claro como la causal de más confusa redacción es la número 17 donde se anota que habrá lugar a la aplicación del principio de oportunidad “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”. Es interesante ver como hasta el mismo computador donde nos encontramos desarrollando este trabajo nos subraya un error gramatical al transcribir la causal en cuestión. Es increíble que para poder entender esta causal haya que recurrir a leerla en varias oportunidades, y que

como bien lo señala Mestre Ordoñez, sea necesario tener un diccionario alemán-español<sup>139</sup> en mano para tratar de comprender su desafortunada y compleja redacción, pues no solamente se siguen combinando elementos de la dogmática penal con aspectos de política criminal, sino que también el legislador no se tomó la molestia de revisar su desastrosa escritura.

Lo anterior se sustenta con que el 27.63% de los fiscales encuestados considera esta causal como la más compleja en su redacción y por consiguiente de más difícil aplicación. Al respecto, es menester traer a colación la opinión de la Fiscal Seccional de la URI de la ciudad de Popayán, doctora Dolly Soraya Ramírez Osorio, quien empieza calificando las causales como un completo “desastre”, señalando lo siguiente: “No encuentro explicación, en lo referente a que en la redacción de cada una de las causales no fueron claras, concretas y precisas. Se complicaron tanto que lo único que han generado es que no se cumpla exitosamente con el fin que se pretendía con la consagración del principio de oportunidad. Olvidaron que cualquier clase de normas van dirigidas a la comunidad en general y no exclusivamente a los profesionales del derecho”.

Otra causal de difícil aplicación es la número 6, la cual reza: “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 motivo”. Los fiscales aducen que no es claro el régimen de inmunidades consagrado por el legislador en relación con el principio de no autoincriminación.

Así las cosas, el 13.15% de los funcionarios aduce que esta causal es confusa y de difícil utilización. Igualmente la causal número 15<sup>140</sup> también es considerada por los funcionarios de la fiscalía como de compleja aplicación práctica. Un 11.84 % de los fiscales tiene esta opinión. Además de lo anterior, llama la atención que de las 16 causales vigentes actualmente, 11 son mencionadas por los fiscales como confusas y de difícil utilización práctica.

Para finalizar este punto, es pertinente citar la opinión del Fiscal Tomas Bucheli de la ciudad de Popayán, quien al responder la encuesta anotó: “en el seminario realizado en Bogotá sobre el tema se concluyó que la aplicación del principio de oportunidad no alcanzaba los niveles esperados, pues lejos de ser un instituto dinamizador del ejercicio de la acción penal y de las soluciones alternativas del conflicto derivado del delito, su aplicación ha sido escasa y su desarrollo jurídico aislado y disperso.

---

<sup>139</sup> MESTRE ORDOÑEZ, Op. cit., p. 298.

<sup>140</sup> 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.

Algunas dificultades son la disparidad de criterios, los problemas para entender cada una de las causales, el desconocimiento de las cargas argumentativas, etc.”.

### ***g) El Juez de Control de Garantías y el Principio de Oportunidad***

La creación de la figura del Juez de Control de Garantías al interior del proceso penal, es un novedoso mecanismo que busca lograr a cabalidad el respeto por los derechos y garantías fundamentales de los que son titulares todos los intervinientes en este tipo de procesos. Al suprimir un importante número de funciones jurisdiccionales que tenía la fiscalía en el sistema anterior, el Constituyente de 2002 decidió trasladar su ejercicio y control a estos nuevos jueces de creación constitucional. La implantación de esta nueva categoría de jueces es una manifestación más del modelo de Estado Social de Derecho en el cual prima el respeto por los derechos fundamentales de los asociados y el cumplimiento de unos cometidos y fines esenciales que tienen precisamente como límites estas garantías de todas las personas.

Entre las principales funciones del juez de control de garantías que trae el acto legislativo podemos observar que este funcionario debe controlar en la etapa de la investigación todas las medidas adoptadas por la Fiscalía que afecten derechos fundamentales, como por ejemplo el evento en que la Fiscalía decide realizar un allanamiento o registro a un domicilio determinado, donde el control del Juez de Garantías es posterior a la actuación del órgano investigador. De igual manera impone medidas de aseguramiento, decreta el embargo y secuestro preventivo de bienes que aseguren que si el proceso termina con una sentencia condenatoria se indemnice integral y efectivamente a las víctimas.

Igualmente como habíamos visto con anterioridad es de su competencia controlar la aplicación del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía. Así las cosas, “en la etapa de investigación, en sentido amplio, el juez de control de garantías está llamado a desempeñar un papel transcendental ejerciendo control sobre las actuaciones de la Fiscalía que requieren control judicial, bien sea previo o posterior, el cual se concreta fundamentalmente sobre las medidas que implican limitación de derechos fundamentales por parte de la Fiscalía”<sup>141</sup>.

En materia de principio de oportunidad bien sabemos que el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 consagra el control que debe realizar el Juez de Control de Garantías a la decisión discrecional de la Fiscalía de aplicar el principio de oportunidad en un caso concreto. En relación con el trabajo de campo desarrollado, la opinión de la fiscalía parece ser en términos generales favorable con respecto al control de legalidad que este juez constitucional lleva a cabo en lo referente a la aplicación

---

<sup>141</sup> ANDRADE CASTRO, Jason A y CORDOBA ANGULO, Miguel. Estructura Básica del Sistema Procesal Colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 61.

del principio de oportunidad y a la figura de la suspensión del procedimiento a prueba por mandato de la Corte Constitucional. La mayoría de encuestados señaló que la creación de la figura del juez de control de garantías, particularmente en lo que concierne a la aplicación del principio de oportunidad es necesaria con el fin de respetar los derechos que tienen los sujetos pasivos de la acción penal en un modelo de estirpe acusatorio. Además, también respondieron los fiscales que la participación de estos jueces es esencial no solamente en lo atinente a las garantías del indiciado o imputado, sino que también se da más transparencia al proceso penal y a su vez permite el resarcimiento de los prejuicios generados a las víctimas del delito.

Empero, encontramos algunas opiniones de fiscales que no parecen estar muy de acuerdo con la figura, pues creen que ésta es inconveniente porque genera mayores obstáculos para el logro de los fines del derecho penal y que por consiguiente al ser la aplicación del principio de oportunidad un acto discrecional de la fiscalía por motivos de política criminal, no debería tener ningún tipo de control jurisdiccional. Algunos de los encuestados señalaron que es suficiente con el control que desarrolla el Ministerio Público cumpliendo los mandatos constitucionales del artículo 277 de la Carta y que por ende el principio de oportunidad debería ser aplicado directamente por la Fiscalía.

Sobre este punto, el Fiscal Giovanni Bolaños de la ciudad de Popayán, señaló que se debe “reformular el artículo 250 de la Carta Política, para que el principio de oportunidad pueda ser aplicado directamente por la Fiscalía sin necesidad de acudir ante el juez de control de garantías. Empero debería existir un control previo o posterior dentro de la misma fiscalía, ejercido por fiscales delegados ante Tribunales o ante la Corte Suprema, según sea el caso”.

Sobre las opiniones anteriores somos partidarios de que es imperativo consagrar una figura que controle el actuar de la fiscalía en materia de principio de oportunidad. En primera medida porque para poder aplicarlo el fiscal debe tener un mínimo de prueba que le indique que el procesado es autor o participe de la conducta que se investiga, y su correspondiente tipicidad, situación que puede llegar a afectar sus derechos fundamentales al debido proceso y a la presunción de inocencia.

En este orden de ideas, siguiendo a Bazzani Montoya, “la referencia a la presunción de inocencia, debe entenderse aplicable tanto a los eventos en los cuales se aplica el principio de oportunidad como en los acuerdos de reconocimiento de responsabilidad. En el primer caso, es evidente, como lo advertimos atrás, que si existe prueba de no responsabilidad, lo conducente es dirigirse al juez de conocimiento para que este profiera una preclusión de la

investigación con ese fundamento”<sup>142</sup>. Por lo anterior, qué mejor opción que un juez imparcial, autónomo y de creación constitucional sea quien verifique que en un caso concreto no se vulneren estos postulados sin los cuales es inconcebible la viabilidad de un Estado Social de Derecho, el cual “implica que ni el proceso ni la prueba se pueden aducir con la violación de los valores superiores de la vida, la dignidad humana, la libertad, etc., ni tampoco pueden desarrollarse para atentar contra ellos”<sup>143</sup>.

Además, como lo hemos repetido en numerosas ocasiones a lo largo de este escrito, la participación de las víctimas en el nuevo proceso penal, no puede pasar por alto que éstas son titulares de los derechos a la verdad, justicia y reparación, en los términos de la sentencia C-228 de 2002. En este orden de cosas, “un sistema penal que pretenda ser coherente con el modelo de Estado social y democrático de derecho debe buscar su humanización, superar la masificación a la que se ha sometido al entender el delito como la puesta en peligro o daño a un bien jurídico protegido por la ley, para comprender que ante todo es un conflicto humano en el que se encuentran víctimas y victimarios estableciendo una relación interhumana que, si bien en su origen tiene algo de pesimista, es una potencialidad para reconocer el pasado (no para quedarse en él, pero tampoco para olvidarlo) y visualizar un futuro de convivencia pacífica”<sup>144</sup>. Estamos seguros entonces, que la implantación de la figura del Juez de Control de Garantías es un mecanismo y un gran avance que sin duda contribuye al cumplimiento de estos objetivos.

#### ***h) Soluciones propuestas por los fiscales.***

Como bien se anotaba en la introducción del presente estudio, nuestro objetivo principal es desarrollar una aproximación crítica a las causales que permiten la aplicación del principio de oportunidad al interior del procedimiento penal colombiano, buscando desarrollar y plantear una reforma de las mismas. Empero, es evidente que nada positivo se obtiene solamente con criticar los desafortunados yerros en que incurrió nuestro legislador en el año 2004 al expedir la ley 906 si entre operadores jurídicos, académicos, profesores y estudiantes no proponemos soluciones que puedan ayudar a mejorar en aquellos aspectos que no permiten que en la actualidad el principio de oportunidad en Colombia no se esté aplicando adecuadamente como un verdadero mecanismo de la política criminal estatal. Por este motivo, en este acápite del trabajo vamos a sintetizar las principales sugerencias que dejaron los fiscales al responder nuestras encuestas.

---

<sup>142</sup> BAZZANI MONTOYA, Darío. El Principio de Oportunidad y la Terminación Anticipada del Proceso en el Nuevo Sistema Procesal Penal. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006. p. 44.

<sup>143</sup> GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. Las Pruebas en el Proceso Penal. Parte General. Bogotá: Cuarta Edición Actualizada. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 37.

<sup>144</sup> SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. La Construcción Victimológica del Proceso Penal en: Estudios Penales, Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Bogotá: Legis, 2005. p. 735.

Lo anterior, sin duda alguna, nos ayudará en gran medida para cumplir el objetivo principal de este trabajo, cual es el de formular una reforma del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 que consagra los eventos en que la Fiscalía General de la Nación puede dar aplicación al principio de oportunidad.

En primera medida la principal sugerencia que dan los fiscales es la de tener una mejor capacitación por parte del Estado, no solamente en materia del principio de oportunidad sino también en cuanto a las demás instituciones de nuestro nuevo procedimiento penal. La capacitación debe ser permanente, y teórico-práctica, pues el principio de oportunidad no se aplica por parte de los fiscales por desconocimiento, bajo entendimiento, temor y falta de compromiso, en palabras del fiscal Giovanni Bolaños de la Ciudad de Popayán.

A su vez se dice por parte de los funcionarios que la capacitación dirigida a jueces y fiscales debe permitir decantar y entender la figura como un mecanismo de política criminal del Estado y no como medio de impunidad. A su vez es menester sensibilizar a los funcionarios de la importancia de aplicar este mecanismo sobre todo en delitos de bagatela. A parte de la capacitación en cuanto a la consagración legal y constitucional de la figura, los fiscales demandan por un mayor entendimiento de los operadores jurídicos en lo relacionado a los reglamentos internos de la Fiscalía, buscando una mayor delimitación del ámbito de aplicación de los mismos con el fin de no caer en extralimitación de funciones o en prevaricatos por omisión.

Al respecto, la fiscal María Claudia Sendoya propone la creación por parte del Fiscal General de la Nación, con fundamento en su facultad reglamentaria, de directrices generales y abstractas, acompañadas de una verdadera capacitación, que permitan a los fiscales crear igualmente una serie de criterios uniformes de aplicabilidad igualitaria de los casos al interior de la fiscalía.

Entre otras recomendaciones se señalaron las siguientes: unificar, en cuanto sea posible, los criterios para su aplicación; sugerir cambios en la reglamentación interna de la Fiscalía General de la Nación para su aplicación; diseñar estrategias pedagógicas para su cabal comprensión y aplicación; establecer mecanismos de comunicación que permitan el continuo seguimiento de su aplicación; promover cambios legislativos para que el instituto sea más dinámico y practicable. Además es preciso constantemente estar compilando datos estadísticos que permitan generar un diagnóstico respecto del correcto funcionamiento y aplicación de la figura.

Otras de las soluciones aportadas por los fiscales consisten en imprimir mayor agilidad en el trámite de las solicitudes de aplicación del principio de oportunidad. Algunas de las causales no tienen aplicabilidad habida cuenta que señalan que solamente son aplicables al imputado, motivo por el cual, para efectos de aplicar el principio de oportunidad, el fiscal debe en primera medida celebrar la audiencia de

formulación de la imputación y con posterioridad a ello aplicar el principio de oportunidad, lo cual es una contradicción evidente si lo que se busca es descongestionar los despachos judiciales y atender solamente a la criminalidad de alto impacto social. Lo anterior, claramente atenta contra la economía procesal y contra la celeridad y eficiencia que deben regir la administración de justicia.

Por otra parte, se demanda por la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad a delincuentes considerados como “mandos medios” de las estructuras criminales cuando estos decidan colaborar con el desmantelamiento de más bandas criminales y permitan la captura de los responsables.

Uno de los aspectos más criticados por parte de los fiscales es el de la redacción de las causales, solicitando una mayor claridad de las mismas, pues su ambigüedad no ha permitido que los fiscales las apliquen a cabalidad como un verdadero mecanismo de la política criminal del Estado.

A parte de lo anteriormente expuesto, algunos fiscales propenden por hacer menos exigentes las prescripciones del artículo 327 en punto del control de legalidad posterior y automático que desarrolla el juez de control de garantías. Respetamos, aunque no compartimos el criterio de algunos fiscales que proponen la eliminación, vía reforma constitucional, de la participación del juez de control de garantías en materia de aplicación del principio de oportunidad, pues aducen que esta debería ser una decisión de aplicación directa por parte de la fiscalía y que este control judicial lo único que hace es entorpecer y retardar la aplicabilidad de la figura objeto de estudio.

Como bien mencionábamos en el punto anterior, no podemos concebir este tipo de posturas en un Estado Social de Derecho donde la primacía de los derechos constitucionales fundamentales es la base de nuestro ordenamiento jurídico. Lo que se debe buscar es una mayor capacitación a los jueces de garantías, ya que en la medida en que la figura tenga una mayor comprensión, se reducirán los conflictos de interpretación entre los fiscales y estos jueces en lo referente a la aplicación del principio de oportunidad.

En conclusión, “no cabe duda que la introducción del principio de oportunidad es una solución clara para activar la persecución penal hacia los delitos más graves y perseguir las organizaciones criminales sin descuidar la legalidad que rige también como principio, esta síntesis del pensamiento penal puede encontrarse en Hassemer quien acepta la existencia de los dos principios al expresar: “tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como sea necesaria (política y económicamente en el momento)”<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/moduloseeiccf/Principio%20de%20oportunidad%20l.pdf>

## 5. REFORMA A LAS CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA

### 5.1 REFERENCIA AL PROYECTO DE LEY No. 342 / 2008 CAMARA 261 / 2008 SENADO. “POR MEDIO DE LA CUAL SE REFORMA LA LEY 906 DE 2004 EN LO RELACIONADO CON EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD”.

El proyecto de ley bajo análisis fue presentado por el Ministro del Interior y de Justicia, Doctor Carlos Holguín Sardi, por el Fiscal General de la Nación, Doctor Mario Iguarán Arana y por el senador de la república, Doctor Héctor Helí Rojas. Actualmente el proyecto a sido aprobado en tres debates, restándole solamente la aprobación en la plenaria de la Cámara de Representantes.

En este punto de nuestro trabajo, es pertinente desarrollar una serie de comentarios con respecto a este proyecto de ley que actualmente cursa en el Congreso de la República, el cual consideramos que pretende corregir algunas de las deficiencias del régimen del principio de oportunidad en la Ley 906, pero al mismo tiempo deja ver con suma claridad que nuestro legislador aun no tiene una clara concepción de la importancia del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal del Estado. Así, pues, respondiendo a la situación actual del país y a las dificultades prácticas presentadas, se dio la necesidad de reestructurar la normatividad de la ley 906 en materia del principio de oportunidad, pues en las condiciones actuales esta figura no responde a los alcances que con ella quiso lograr el legislador desde el punto de vista político-criminal.

Desde la implementación del principio de oportunidad, se ha observado que su aplicación ha sido irrisoria, en la medida en que según estudios estadísticos solamente el 2% de los casos que llegan a conocimiento de la Fiscalía General de la Nación se resuelven acudiendo a este mecanismo<sup>146</sup>. La insuficiente acogida del mencionado instrumento de política criminal, se da en razón a diferentes situaciones que generan barreras en la efectiva aplicación del principio por parte de los Fiscales, las cuales se sintetizan de la siguiente manera:

- “1. Falta de claridad en la redacción de las causales que deja en dificultades al Fiscal que trata de aplicarlas;*
- 2. Un cultural apego de los fiscales al principio de legalidad que les genera temor a la hora de evaluar la utilización de la oportunidad;*
- 3. La imposibilidad de aplicar el principio como forma de lucha contra procesados por graves delito como el narcotráfico y el terrorismo.”<sup>147</sup>*

---

<sup>146</sup> Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 261 de 2008-Senado, “Por medio del cual se reforma parcialmente la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad.”.

<sup>147</sup> Ibídem.

Así las cosas, con el objetivo principal de contrarrestar los antedichos problemas se elaboró el Proyecto de Ley No. 342 de 2008 – Cámara – 261 de 2008 Senado “Por medio del cual se reforma parcialmente la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, que si bien en la forma en que se encuentra estructurado, no soluciona radicalmente los problemas de aplicación de la oportunidad, posee algunos elementos que tratan de mejorar la consagración legislativa de este mecanismo haciéndolo mas expedito.

Dentro de los novedosos componentes del Proyecto de Ley tenemos entre otros: la extensión del principio a delitos de narcotráfico y terrorismo, ampliación de la aplicación a la etapa de juzgamiento, prohibición de utilizarlo en temas relacionados con delitos dolosos y delitos dolosos contra menores de edad al igual que lo hace el nuevo Código de la Infancia y Adolescencia, así como la prolongación de la aplicación a desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley.

En orden a realizar un análisis esquemático del Proyecto de Reforma, se realizará un estudio del articulado del mismo el cual se expone a continuación:<sup>148</sup>

**Artículo 1º.** El artículo 323 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

**Artículo 323. Aplicación del Principio de Oportunidad.** *La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.*

El nuevo artículo pretende hacer extensiva la aplicación del principio de oportunidad al acusado, señalando como límite para ello, hasta antes de la audiencia pública de juzgamiento. Algunos consideran que este tipo de limitaciones temporales dificultan la aplicación del principio de oportunidad, pues no se ve razón de por qué se pueda aplicar el principio antes de la audiencia y no con posterioridad a ella. Empero, consideramos que la finalidad legislativa no es otra que evitar que los sujetos pasivos de la persecución penal se aprovechen del beneficio del principio de oportunidad, decidiendo esperar a la sentencia definitiva y con posterioridad a ello colaborar con la justicia y pedir al fiscal la aplicación del principio de oportunidad.

Además de lo expuesto, se observa que la restricción sin sentido que consagra la ley 906 de 2004, en la medida de reservar la aplicación del principio solo al

---

<sup>148</sup> Las partes de los artículos del texto del Proyecto de ley subrayadas, constituyen las modificaciones que se pretenden realizar a la ley 906 de 2004 en relación con el texto los artículos que se encuentra vigente.

imputado, se atenúa con la inclusión del acusado, pero según nuestro parecer no es suficiente. Cabe, entonces, preguntarse por qué no se incluyó dentro del proyecto de reforma al artículo 323 y por consiguiente en las causales del artículo 324 al indiciado. Se considera de capital importancia incluir a este sujeto, puesto que según la nueva redacción de las normas sigue existiendo para el Fiscal el problema obtuso de tener que adelantar la audiencia de formulación de imputación para una vez que el indiciado adquiera la calidad de imputado aplicarle el principio de oportunidad, lo cual, como lo hemos sostenido en numerosas ocasiones durante este escrito, no solamente atenta contra el principio de economía procesal sino también contra la celeridad y eficiencia que deben regir la administración de justicia en un Estado Social de Derecho. En consecuencia con lo anterior, se observa que la inclusión del sujeto en comento ayudaría a la descongestión de la jurisdicción penal, sin dejar de lado los fines que persigue el derecho penal.

**Artículo 2º.** El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

**Artículo 324. Causales.** El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis (6) años, o tenga como principal la de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima, si se le conoce o está individualizada. Si la víctima no se conoce, o no está individualizada, oído el concepto del ministerio público, se fijará caución de garantía de la reparación.  
El principio de oportunidad se aplicará el concurso de conductas punibles, siempre que individualmente cumplan con los límites y calidades punitivas del inciso anterior.

El primer aspecto que se incluye en esta causal es el referente a los delitos que tengan como pena principal la multa, lo cual representa un avance en cuanto a la ley 906 de 2004 la cual había dejado de lado estos delitos, siendo que ellos son de marcada menor relevancia, frente a los que se sancionan con pena principal privativa de la libertad, cuyo máximo no excede de seis años.

Por otra parte en lo relacionado con las víctimas, se subsanan los problemas de la causal primera en materia de constitucionalidad que se señalaban en la parte inicial de este trabajo. Se reconoce la trascendental importancia del Ministerio Público en la verificación de la actuación de la Fiscalía en materia de búsqueda e individualización de los sujetos que se vieron afectados con la realización de la conducta punible.

En este orden de ideas, al implementarse la obligación de constituir una caución a cargo del imputado o acusado, se garantiza que las víctimas de las conductas punibles no conocidas o individualizadas, pues es entendible que en algunos

casos pese a los grandes esfuerzos de la Fiscalía no puedan encontrarse, van a poder eventualmente contar con una reparación efectiva en el momento en que sean reconocidas como tales, eliminando así el yerro legislativo que se había plasmado en la ley 906 de 2004 que quebrantaba la disposición acotada en el literal f del Artículo 11 de la misma ley.

Desde otra perspectiva, en el análisis de esta causal nos encontramos que el Congreso de la República, decidió recoger las críticas que la doctrina le formuló al no incluir en esta causal el tema del concurso de conductas punibles, en los términos del artículo 31 del Código Penal Colombiano. La aplicación de la oportunidad al concurso, se realizará, según este contenido, con la salvedad de que se deben cumplir los presupuestos plasmados en el primer inciso de la causal. A su vez constituye éste otro mecanismo de descongestión judicial, cuya real eficacia, será determinado por el tiempo y la aplicación de la causal, obviamente, en la medida que se apruebe la reforma.

Finalmente, en la modificación propuesta, se elimina la condición de aplicabilidad que tenía esta causal, la cual consistía en que era menester determinar de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la acción penal respectiva. Consideramos lo anterior como un acierto del legislador, pues como bien lo anotábamos en el capítulo donde desarrollamos una aproximación a las causales de aplicación del principio de oportunidad en la Ley 906, es evidente que este tipo de conceptos jurídicos indeterminados como lo es el de “interés del Estado”, más que darle elementos de juicio al fiscal para aplicar el principio, lo que crean es un fenómeno de inseguridad jurídica y de confusión entre los diferentes operadores jurídico-penales, lo cual en materia de la oportunidad reglada es una evidente contradicción si lo que se busca es utilizar esta figura como un mecanismo de la política criminal del Estado.

2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.

En lo referente a la causal 2, del artículo 324 de la ley 906 de 2004, el proyecto de ley en comento no reformó la redacción ni el contenido de las mismas; en consecuencia para efectos de este trabajo debe estarse a los comentarios que sobre dichas causales se plasmaron en la parte inicial de este escrito. Igualmente, es preciso anotar que la causal tercera del Art. 324 de la ley 906 de 2004, es suprimida en el proyecto de ley por la clara contradicción existente entre su contenido y el del párrafo tercero del mismo artículo; deberá entenderse que los numerales de las causales desde el tercero en adelante, corresponden al numeral siguiente en el artículo del proyecto de ley en comento.

3. 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.

Esta causal reproduce exactamente la misma redacción del numeral 3 del artículo 324 de la Ley 906 que se encuentra vigente actualmente. Por lo anterior, nos remitimos a los comentarios que sobre esta causal se enunciaron en el capítulo pertinente.

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

Como primera medida observamos como positivo que se extienda la aplicación del principio de oportunidad al acusado, dándole así un mayor alcance, tanto a favor de los intereses del acusado como también de la Fiscalía como ente de persecución penal. Es claro, que el imputado o acusado, deben suministrar información que colabore al desmantelamiento de organizaciones criminales. Pero los datos que se aporten no van a ser calificados por la fiscalía bajo el requisito de la esencialidad como se señala en la actualidad en la ley 906 sino a partir de la eficacia. La eficacia según la define la Real Academia Española es la: "Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera"; en consecuencia con la definición se observa que la calidad de la información debe alcanzar un grado mayor al que se le impone en la ley 906 de 2004, en donde se hace referencia a que sea "esencial". Por tanto, se deberá tener en cuenta el efecto directo de la información en los propósitos que consagra la causal, pues de lo contrario el fiscal del caso no podrá hacer uso del principio de oportunidad.

Como crítica adicional debemos anotar que la causal tampoco hace referencia al indiciado, lo cual es contradictorio con los fines que persigue la política criminal. Además en ningún aparte de la exposición de motivos del proyecto se observan argumentos que justifiquen por parte del legislador la exclusión del indiciado como sujeto de aplicación de la causal en comento.

5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete (sic) a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

Esta causal es consecuente con el propósito del proyecto de ampliar la aplicación del principio de oportunidad al acusado, permitiéndole acogerse a él, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colaborando así con la descongestión

judicial. Empero, tampoco se incluye al indiciado, situación que hemos criticado en precedentes apartes de este escrito.

Por otra parte, encontramos un cambio sustancial en la redacción del segundo inciso de la causal, que según la Ponencia para Primer Debate Senado del Proyecto de Ley: “evita incumplimientos que burlen la justicia”. Consiste tal reforma en que los efectos de la aplicación de la principio de oportunidad quedan suspendidos hasta que efectivamente la persona testifique; muy diferente a lo que ocurre en la vigente reglamentación puesto que actualmente, los efectos son deferidos al procesado inmediatamente y solo cuando exista incumplimiento por parte del procesado testigo los beneficios son revocados.

Sin lugar a dudas esta reformulación de la disposición genera mayor seguridad en cuanto al compromiso que adquiere el imputado o acusado.

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva”.

La causal en lo sustancial y en su redacción conservan su espíritu, pero al igual que en algunas anteriores, se prevé la extensión de la aplicación del principio de oportunidad al acusado, hasta antes de que se de inicio a la audiencia de juzgamiento. Nos remitimos a las críticas que sobre el particular desarrollamos en el capítulo pertinente.

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

Esta causal contiene exactamente la misma redacción que la contenida en el numeral 8 del artículo 324 de la Ley 906. Nos remitimos a los comentarios que se desarrollaron en el capítulo pertinente.

8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes”

10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal 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.
11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
12. 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.
13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

En lo referente a las anteriores seis causales se sigue manteniendo la misma redacción que tienen en la Ley 906.

14. 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. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

El texto que se añade en el proyecto de ley a la causal, corresponde al párrafo primero del artículo 324 de la ley 906. Incluir el texto del párrafo primero en esta causal no se considera pertinente habida cuenta que, “la confusión se presenta por la falta de cuidado del Congreso en el momento de hacer las referencias legales en relación con el párrafo 1 del artículo 324. Como ya se ha dicho, dicho párrafo debió referirse a los numerales 5 y 6, que son los de colaboración con la justicia esencialmente para la desarticulación de bandas criminales, y no los numerales 15 y 16 para los que no se advierte pertinencia alguna”<sup>149</sup>.

A su vez, es de aclarar que la causal en comento no trae ningún elemento novedoso respecto de la regulación vigente en la ley 906, simplemente se adiciona a ella equivocadamente el contenido del párrafo primero el cual prohíbe la aplicación de la causal 15 a los jefes, organizadores o promotores o a quienes hayan suministrado elementos para realizar la conducta punible.

15. Quando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

---

<sup>149</sup> MESTRE ORDOÑEZ. Op. cit., p. 278.

La redacción de esta causal sufrió un cambio importante en relación con la plasmada en la ley 906, la cual anota lo siguiente: *“Cuando los condicionamiento 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”* Sin embargo se observa que aunque el precepto adquiere un mayor nivel de claridad no es suficiente y sigue existiendo un cierto grado de ambigüedad, lo que genera temor por parte del Fiscal en la aplicación e implica que la causal caiga en el desuso; problema actual del principio de oportunidad y razón de ser del proyecto de ley que se evalúa. Consideramos que los eventos a los que se refiere esta causal se encuadran dentro de las causales de ausencia de responsabilidad del Código Penal colombiano.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

Esta causal se encontraba reglamentada en los decretos de Justicia y Paz. Empero, creemos que el artículo 250 de la Carta es claro al señalar que las causales de aplicación del principio de oportunidad deben estar consagradas en la ley, no en decretos reglamentarios. Lo anterior evidencia con suma claridad la inconstitucionalidad de incluir causales de aplicación del principio de oportunidad en normatividad distinta a la ley. No obstante consideramos que esta causal que trae el proyecto de ley se podría convertir en una herramienta para lograr uno de los pilares en que se fundamenta la ley 906 de 2004 que es la reparación integral de las víctimas, el cual se encuentra estipulado en el artículo 11 literal c) de esta manera: *Derechos de las Víctimas c) “A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o participe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;”*

Como se colige del contenido de la causal, se busca darle aplicación al principio de oportunidad en tratándose del delito de testaferrato, el cual es definido en el artículo 326 del Código Penal así:

*“Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.*

*INC. 2º—Adicionado. L. 733/2002, art. 7º. La misma pena se impondrá cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con dineros provenientes del secuestro extorsivo, extorsión y conexos y la multa será de cinco mil (5.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del*

*decomiso de los respectivos bienes.”*

La implementación de la causal objeto de estudio, esta llamada a tener un efecto muy positivo en nuestro país, debido a la proliferación de testaferros, que sirven a los intereses del narcotráfico y de los grupos armados al margen de la ley. Como es bien sabido los grandes capos de las organizaciones delictivas nunca ostentan el derecho de dominio sobre la mayoría de los bienes obtenidos como consecuencia de sus actividades ilícitas, dando como resultado que las grandes riquezas que poseen éstos, se encuentren en cabeza de titulares ocultos.

En consecuencia, la aplicación del principio tendría como efecto un doble beneficio: por una parte, los testaferros se harán acreedores a las consecuencias jurídicas propias del mecanismo procesal en análisis, y, por otra parte, las víctimas se verán favorecidas, ya que los bienes que entreguen los sujetos activos del delito de testaferrato harán parte del Fondo para la Reparación de las Víctimas. Lo anterior constituye un claro avance en materia de política criminal estatal, particularmente en un país como Colombia donde se tiene una economía en vía de desarrollo con innumerables falencias que le crean limitaciones para reparar a quienes han sufrido las secuelas del delito. En este contexto, la causal se convierte en un instrumento adecuado para lograr que los testaferros entreguen bienes que permitan reparar a las víctimas a cambio de que el Estado renuncie a la acción penal. De esta manera se hace uso de un instrumento eficaz para perseguir la criminalidad organizada y restablecer los derechos de las víctimas.

Por ultimo, se debe señalar la necesaria y fundada prohibición que consagra la causal de no proceder la aplicación del principio de oportunidad cuando se este frente a jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de una organización criminal.

**PARAGRAFO 1º.** En los casos de trafico de estupefacientes y otros infracciones previstas en el capitulo II del titulo XIII del Código Penal, terrorismo, financiación del terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad cuando se den las causales cuarta o quinta del presente articulo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

Dentro de los lineamientos gubernamentales en los cuales se fundamenta la política de lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, encontramos la necesidad de consagrar instrumentos jurídicos expeditos que ayuden a combatir los problemas más grandes que afronta la sociedad colombiana.

La disposición que plantea el parágrafo objeto de estudio, se considera pertinente puesto que la aplicación del principio de oportunidad no puede recaer sobre los altos mandos de las organizaciones dedicadas al delito, sino que se aplicará a los

integrantes de las mismas que colaboren efectivamente, bien sea a través de suministrar información eficaz o rindiendo prueba testimonial, que permitan la desarticulación de la empresa criminal. La ponencia para primer debate al proyecto de ley 261 de 2008 Senado se expresa sobre el tema de la siguiente manera: “Solo si se logra aplicar el principio de oportunidad a alguno de sus integrantes como una herramienta importante que ayude a dismantelarlas, y con ello, aunque se suspende o se renuncia a la acción penal respecto de aquellos partícipes que no tengan un nivel jerárquico alto en la organización criminal, quienes a cambio suministren el conocimiento, la voluntad y la prueba eficaz para desactivarla, correlativamente los esfuerzos estatales podrán encaminarse hacia objetivos mas trascendentales para la comunidad nacional e internacional, como es el ataque a la estructura y funcionamiento de las sociedades delictivas”.

En relación con el conflicto armado en el cual se encuentra inmerso el país, se observa que al incluir el delito de terrorismo dentro de los tipos penales que son susceptibles de aplicación del principio de oportunidad, es menester anotar que es un arma jurídica interesante que podría incentivar la desmovilización de los miembros de grupos armados al margen de la ley y a su vez colaborar en el dismantelamiento de esta clase de estructuras delictivas. Al respecto la ponencia para primer debate al proyecto de ley 261 de 2008 Senado expone el tema anotando lo siguiente:

“De igual manera, esta aplicación del principio de oportunidad en el tema del conflicto armado, dado que se tendría la prueba razonable para que muchos jefes de grupos armados al margen de la ley o de organizaciones criminales fueran vinculados a investigaciones por este tipo de delitos y se lograría determinar quienes son los líderes, auspiciadores y promotores de estos grupos, el modus operandi, rutas, relaciones, entre otros datos, ya que operaria de una manera efectiva la colaboración con la justicia, de acuerdo con los numerales 5 y 6 del artículo 324 de la ley 906 de 2004, con las excepciones mencionadas, como es que no se aplique a la los jefes, directores, organizadores, promotores, determinadores o cabecillas”.

Los delitos tipificados en el Código Penal, que se verían cobijados con la aplicación del principio de oportunidad según el párrafo 1º serían:

- **Artículo 343.** Terrorismo.
- **Artículo 345.** Modificado por el art. 16, Ley 1121 de 2006. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas.
- **Artículo 375.** Conservación o financiación de plantaciones.
- **Artículo 376.** Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.
- **Artículo 377.** Destinación ilícita de muebles o inmuebles.
- **Artículo 378.** Estímulo al uso ilícito.

- **Artículo 379.** Suministro o formulación ilegal.
- **Artículo 380.** Suministro o formulación ilegal a deportistas.
- **Artículo 381.** Suministro a menor.
- **Artículo 382.** Tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos.
- **Artículo 383.** Porte de sustancias.
- **Artículo 385.** Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje.

**PARAGRAFO 2º.** No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

Es importante señalar la prohibición expresa que impone el párrafo, en la medida en que no es posible aplicar el principio a delitos cometidos contra menores de edad; esta restricción de este tipo se erige como necesaria dado el grado de indefensión en que se encuentran los menores y la constante tendencia que se viene presentando en el país de vulnerar los derechos de los niños. Sobre este tema se anota que: "... los niños, las niñas y los adolescentes colombianos merecen una especial protección, dado el interés superior que se les asigna y la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en promover su acceso al desarrollo material y espiritual. Todo acto de violación a sus derechos debe ser investigado y su autor juzgado y el menor reparado o indemnizado. Este grupo vulnerable de la sociedad no solo es victimizado por acción u omisión de agentes delincuenciales sino por reclutamiento o utilización para la realización de conductas punibles".<sup>150</sup>

**PARAGRAFO 3º.** La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.

El nuevo párrafo señala que los 6 años hacen referencia al máximo de la sanción punitiva prevista por el Código Penal. En la actualidad la redacción de la ley 906 no permite hacer tal distinción.

**PARAGRAFO 4º.** No se aplicara el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido a su cargo o curul o denominación pública con el apoyo o la colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

---

<sup>150</sup> Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 261 de 2008-Senado, "Por medio del cual se reforma parcialmente la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad."

Se consagra en este párrafo la prohibición de aplicar el principio de oportunidad a los llamados casos de “parapolítica y farcpolítica”, que han causado una inmensa conmoción social en los últimos tiempos, debido a la presunta financiación, que organizaciones al margen de la ley y redes de narcotráfico, proporcionaban a algunos políticos a lo largo y ancho del territorio nacional. Consideramos que esta disposición tiene como principal finalidad tratar de disuadir esta clase de comportamientos reprobables en que ha incurrido la clase política del país. Empero, estimamos que esta medida tomada en el ámbito penal no es la más adecuada pues no creemos que en la práctica ningún fiscal se vaya a atrever a aplicar el principio de oportunidad a un evento de estas características. Así, pues, creemos que la solución debe ir acompañada, más bien, de una reforma política integral que consagre un régimen de partidos y un adecuado sistema sancionatorio para los mismos, que prevenga, en un futuro, estos desafortunados eventos que desdican de la política como instrumento adecuado para lograr el desarrollo social.

17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Debido a la imposibilidad que tiene el gobierno, para definir la situación jurídica de los desmovilizados de los grupos de autodefensas se propone en este artículo aplicar el principio de oportunidad en esos eventos. Al respecto en entrevista concedida a *Ámbito Jurídico*, el Fiscal General de la Nación Mario Iguarán Arana explica que: “...considera necesario aplicar el principio de oportunidad para definir la situación jurídica de los 19.000 paramilitares desmovilizados”.<sup>151</sup>

Se estima que la aplicación del principio a los desmovilizados podría ser un mecanismo que logre poner fin al limbo jurídico en que se encuentran estas personas, quienes al no encontrar una solución a su situación pueden verse tentados a retornar a las actividades delincuenciales que ejercían en el pasado, generando un problema social de desproporcionadas consecuencias. El Informe de Ponencia al Proyecto de Ley No. 342 de 2008 Cámara, 261 de 2008-Senado, “Por medio del cual se reforma parcialmente la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, expone la situación en los siguientes términos:

---

<sup>151</sup> ENTREVISTA con Mario Iguarán Arana, Fiscal General de la Nación. *Ámbito Jurídico*. “Necesitamos aplicarles el principio de oportunidad a los desmovilizados”: Colombia: Año XI, No. 251, 16 al 29 de junio de 2008.

“De acuerdo a la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de julio 11 de 2007 en la que se determino que los desmovilizados de grupos de autodefensas debían responder ante la justicia ordinaria por el delito de concierto para delinquir agravado, este órgano legislativo debe responder a la necesidad de determinar de forma clara y expresa las circunstancias de modo tiempo y lugar en las que puede ser considerado objeto de aplicación del principio de oportunidad el caso de mas de 19.000 desmovilizados de las AUC, dado la problemática que frente al sistema judicial y frente a la sociedad colombiana, que reclama verdad, justicia y reparación, y representa el no definir de una un otra forma dicha situación”.

**Artículo 3º.** El artículo 325 de la Ley 906 de 2004, quedara así:

**Artículo 325.** *Suspensión del procedimiento a prueba.* El imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

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

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

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

**Parágrafo.** El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal. Respecto de este artículo simplemente hay que anotar que se incluye al acusado como sujeto que puede solicitar la suspensión del procedimiento a prueba, hasta antes de la celebración de la audiencia de juzgamiento, en los términos que establece la ley.

**Artículo 4º.** El artículo 326 de la ley 906 de 2004 quedara así:

**Artículo 326.** *Condiciones a cumplir durante el período de prueba.* El fiscal fijará el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una

o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento, entre las siguientes:

- a) Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
- b) Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.
- c) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
- d) Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
- e) No poseer o portar armas de fuego.
- f) No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.
- g) La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
- h) La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas.
- i) La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
- j) La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
- k) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.
- l) La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.
- ll) La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el párrafo 2º del artículo 324.

Durante el período de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad.

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

Como primera medida se observa la extensión al acusado de la obligación de someterse a la vigilancia del fiscal, hasta antes de la audiencia de juzgamiento.

Por otra parte se adiciona una condición a las preestablecidas en la ley 906 de 2004 en el sentido que el beneficiado con la suspensión del procedimiento a prueba colabore eficazmente con el desmantelamiento de organizaciones delictivas o que debido a ello, se suspendan los delitos en marcha.

A su vez, el literal incorpora la cooperación para evitar delitos a los cuales hace referencia el parágrafo 2º del artículo 324. Sobre es punto hay que anotar que el imputado o acusado que preste la colaboración no puede haber cometido los delitos que anota el parágrafo en comento puesto que de ser otra la interpretación se llegaría a una evidente contradicción entre estos dos tópicos del proyecto de ley.

**Artículo 5º.** El artículo 327 de la Ley 906 de 2004 quedara así:

**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,

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

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

La modificación de este artículo simplemente se encamina a armonizarlo con las demás disposiciones reformadas, al incluir al acusado.

**Artículo 6º.** La presente ley rige a partir de la fecha.

Como corolario se debe anotar que si bien el proyecto de ley objeto de estudio propende por generar una mayor claridad de las causales e incluir nuevos tópicos de aplicación del principio de oportunidad, se considera que no es suficiente puesto que seguiría existiendo inutilidad, ambigüedad y confusión en algunas de las causales en las cuales se fundamenta el principio.

Esta reforma debería proponer una verdadera reestructuración de la oportunidad que garantizará una eficaz aplicación de este mecanismo, para así lograr las

finalidades propias de este instrumento de política criminal, en cuanto busca la descongestión, la celeridad, la eficiencia y la eficacia de la administración de justicia.

## **5.2 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA PROPUESTA A LAS CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CONSAGRADO EN LA LEY 906 DE 2004**

En este punto de nuestro trabajo pretendemos desarrollar algunos puntos críticos en relación con el principio de oportunidad, para posteriormente formular nuestro proyecto de reforma al artículo 324 de la ley 906. No obstante, es claro, que no pretendemos repetir todas las críticas que hemos expuesto sobre la reglamentación legal de la figura, sino más bien desarrollar una síntesis de las mismas.

### **5.2.1 Dificultades del Principio de Oportunidad.**

El Acto Legislativo 03 de 2002 consagró la figura del principio de oportunidad reglado para permitirle a la Fiscalía General de la Nación renunciar, interrumpir o suspender la persecución penal como un mecanismo de la política criminal del Estado. Sin embargo, es claro que la figura no ha tenido el funcionamiento ni el entendimiento esperados. Según estadísticas de la Corporación Excelencia en la Justicia únicamente el 2% de casos en materia penal son resueltos mediante la aplicación del principio de oportunidad.

Lo anterior se explica en la compleja redacción que el régimen del principio de oportunidad tuvo en la ley 906 de 2004. En primera medida algunas de las causales contienen una serie de conceptos jurídicos indeterminados, lo cual dificulta la comprensión de la figura por parte del fiscal y le crea un sin número de confusiones para efectos de la aplicabilidad del principio en mención. Con respecto a lo anterior, la Corte Constitucional señaló mediante sentencia C-673 de 2005 que, *“...el establecimiento de causales equívocas y ambiguas de aplicación del principio de oportunidad hace imposible el ejercicio del control por parte del Juez de Garantías”*.

Así las cosas, partiendo de la base que la figura del principio de oportunidad tiene un control de legalidad y constitucionalidad por parte de un juez de garantías, la consagración legal de causales ambiguas y de compleja redacción, puede llevar a diferentes conflictos de interpretación jurídica entre el fiscal del caso y el juez de garantías que controla la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, situación que por supuesto en nada contribuye a que esta figura funcione como un adecuado mecanismo político-criminal.

Igualmente, es claro como, algunos de los eventos que le permiten al fiscal aplicar el principio de oportunidad, regulados en el artículo 324 de la ley 906, combinan

criterios de dogmática penal con elementos de política criminal, lo cual genera confusiones entre los operadores jurídicos. Creemos que este tipo de eventos donde se muestran criterios dogmáticos, se pueden resolver con los principios fundamentales del derecho penal sin necesidad de acudir a la figura del principio de oportunidad.

Además de las críticas hechas con anterioridad, la gran mayoría de las causales del artículo 324 tienen grandes deficiencias en su redacción, lo cual trae como consecuencia su no comprensión y por consiguiente su no aplicación como mecanismo de política criminal del Estado. Para citar un ejemplo es menester mencionar la causal número 17<sup>152</sup>, que sin lugar a dudas, es la que tiene la redacción más confusa entre todas las causales.

A su vez, algunos de los eventos del artículo 324 señalan que solamente son procedentes frente al imputado, calidad, que como bien se sabe, únicamente se adquiere con la formulación de la imputación en los términos del artículo 286 de la ley 906. Por consiguiente, no es claro por qué el legislador omitió incluir en estas causales al indiciado y al acusado, generando con ello innumerables dificultades prácticas como por ejemplo que con respecto a un indiciado, si se quiere aplicar el principio de oportunidad, el fiscal del caso debe, en primera medida, formular la imputación ante el juez de control de garantías y con posterioridad a ello aplicar el principio de oportunidad.

Lo anterior es una clara contradicción con los objetivos del Acto Legislativo 03 de 2002 consistentes en descongestionar la justicia con la implementación del sistema acusatorio.

La misma dificultad se observa en lo que concierne a la aplicación del principio de oportunidad cuando opera la figura de la suspensión del procedimiento a prueba y el imputado cumple con las condiciones impuestas. Creemos que la figura de la suspensión debe ser aplicable adicionalmente al acusado e indiciado y así permitir la aplicación de esta causal a estos sujetos procesales.

Adicionalmente, es pertinente anotar, que el principio de oportunidad puede llegar a constituir un interesante mecanismo que ayude en futuros procesos de paz con grupos armados al margen de la ley. Infortunadamente, en nuestra actual legislación procesal penal, no se encuentra una forma clara de cómo el principio de oportunidad podría servir como mecanismo para lograr estos cometidos. Además si tenemos en cuenta que la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal señaló que las conductas de los desmovilizados no constituían delito de sedición sino concierto para delinquir agravado, es pertinente

---

<sup>152</sup> Reza la mencionada causal, que habrá lugar a la aplicación del principio de oportunidad “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”.

abrir un mecanismo que permita la aplicación del principio de oportunidad a más de 19.000 desmovilizados.

Por lo anterior, en nuestro proyecto de reforma incluiremos una causal específica que permita aplicar esta figura de política criminal a los sujetos que se desmovilicen de los grupos al margen de la ley.

Aparte de lo anterior, es interesante ver la causal que se incluye en el proyecto de reforma del régimen del principio de oportunidad que actualmente cursa en el Congreso de la República, donde se permite aplicar la oportunidad reglada a quienes cometan el delito de testaferrato. El legislador no puede pasar por alto que los grandes capos y narcotraficantes de este país no son quienes en realidad ostentan el derecho de dominio sobre las lujosas propiedades y las grandes cantidades de dinero obtenidas como consecuencia de las actividades delictivas a las que se dedican.

Es claro como en Colombia la práctica del testaferrato cada día cobra mayor vigencia, y qué mejor opción que aplicarles el principio de oportunidad a quienes entreguen los bienes y dineros de los narcotraficantes para que estos sean destinados al Fondo de Reparación a las Víctimas. Lo anterior sin duda contribuirá a garantizar a las víctimas su derecho a una reparación integral.

Consideramos que en el presente estudio se han desarrollado suficientes críticas constructivas con la finalidad de plantear esta reforma, motivo por el cual no pretendemos en este punto extendernos más repitiendo nuevamente una a una las anotaciones que hicimos a cada una de las causales. Así, pues, a continuación formularemos nuestro proyecto de reforma con sus correspondientes explicaciones.

### **5.3 PROPUESTA DE REFORMA Y JUSTIFICACIÓN**

En primera medida proponemos reformar el artículo 324 de la Ley 906 que regula las causales de aplicación del principio de oportunidad. Así, pues, a continuación formularemos qué causales pretendemos reformar, cuales se derogarían, así como también adicionaremos dos causales, tomadas del proyecto de ley que cursa actualmente en el Congreso.

#### ***a) Causales a reformar.***

**Causal Primera:** La causal primera quedaría así: *Cuando se afecten mínimamente bienes jurídicos, siempre y cuando se repare integralmente a las víctimas. Si no es posible identificar o individualizar a la víctima, oído el concepto del Ministerio Público, se fijará una caución que garantice la reparación. Para poder aplicar el principio de oportunidad bajo esta causal, el sujeto pasivo de la persecución penal deberá comprometerse, firmando un acta, a no volver a llevar a*

*cabo la conducta investigada. En caso de reincidencia no será posible aplicar nuevamente el principio de oportunidad.*

No pretendemos nuevamente señalar las críticas que ya hicimos con relación a la actual redacción de la causal primera. El texto que proponemos es una combinación entre algunos aspectos de la causal primera y la causal número 14. En primera medida se elimina la condición de aplicabilidad de la causal 14 a bienes jurídicos colectivos, permitiendo su utilización en vulneraciones a cualquier tipo de bienes jurídicos tutelados por la ley penal. Lo anterior condicionado a que se de una efectiva de reparación a las víctimas. En caso de que pese a no haber sido posible ubicar a la víctima por parte de la fiscalía, es obligatorio fijar una caución que garantice su futura reparación, con posterioridad al concepto que sobre el particular deberá emitir el Ministerio Público.

Se elimina de la causal lo referente a la condición de aplicabilidad relacionada con la ausencia o decadencia del interés del Estado, pues consideramos que ello hace referencia a un concepto jurídico indeterminado que dificulta la aplicación de la causal.

**Causal Segunda:** Nuestra propuesta es la siguiente: *Cuando la persona fuere entregada en extradición a un país extranjero o a un organismo internacional de investigación y juzgamiento en materia penal. Sin embargo la Fiscalía podrá reabrir el procedimiento cuando lo considere pertinente, sin perjuicio de la cosa juzgada.*

Proponemos unificar en una misma causal los contenidos de las causales 2, 3 y 4 del artículo 324 de la ley 906. En primer lugar buscamos una causal mucho más genérica que agrupe no solamente los eventos en que una persona es enviada en extradición o ante la Corte Penal Internacional por el mismo delito que se le investiga en nuestro país, sino también cuando se aplican estas figuras a otros delitos diferentes al investigado en Colombia.

No consideramos pertinente hacer referencia en la nueva causal a la Corte Penal Internacional, teniendo en cuenta la posibilidad de que se creen nuevos organismos de investigación y juzgamiento de crímenes internacionales. En segundo lugar creemos que la causal cuarta es bastante ambigua al señalar que la sanción que puede llevar la persecución en Colombia debe carecer de importancia frente a la que se llegue a imponer en el extranjero.

Lo anterior puede generar conflictos interpretativos entre el fiscal del caso y el Juez de Garantías. Además, siguiendo la opinión del profesor Mestre Ordoñez, es mucho mejor que este tipo de causales sean de interrupción más no de renuncia. “Lo anterior, nos muestra que sería más conveniente que la causal fuera de interrupción. Así, aun aplicando el principio de oportunidad podría reanudarse la persecución en caso de ser necesario o conveniente. Obviamente, la reanudación

no procederá cuando en el otro país se haya tomado una decisión con efecto de cosa juzgada en relación con el caso, pues la cosa juzgada y el *non bis in ídem* imposibilitarían la persecución”<sup>153</sup>.

**Causal Tercera:** *Cuando el sujeto pasivo de la persecución penal colabore eficazmente para evitar que continúe la ejecución del delito o que se realicen otros, o aporte información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.*

Se reforma el numeral 5 del artículo 324 de la ley 906, con una redacción de la causal que hace referencia al sujeto pasivo de la persecución penal con el fin de incluir no solamente al imputado sino también al indiciado y al acusado como sujetos del proceso penal. Además se cambia la redacción de la causal señalando que para efectos de la desarticulación de bandas organizadas la información suministrada deberá ser eficaz más no esencial como actualmente se encuentra consagrado en la ley 906. Es decir que la información suministrada efectivamente debe contribuir a evitar que continúe la ejecución del delito, evitar la comisión de nuevas conductas punibles o colaborar verdaderamente a la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

**Causal Cuarta:** *Cuando el sujeto pasivo de la persecución penal, hasta antes de iniciarse la audiencia pública de juzgamiento, se comprometa a servir como testigo de cargo contra los demás procesados a cambio de que se lo exonere total o parcialmente de la responsabilidad.*

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

Proponemos modificar la redacción del numeral 6 del artículo 324 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Se habla al igual que en el caso anterior del sujeto pasivo de la persecución penal. Además de cambiar la redacción, al igual que en el proyecto de ley, con el fin de garantizar la seriedad de la declaración del testigo, se propone que los efectos de la aplicación del principio de oportunidad queden en suspenso hasta cuando el procesado cumpla con su deber de declarar y, en caso de no cumplir no será posible aplicar el beneficio de la oportunidad reglada.

**Causal Quinta:** Proponemos modificar el numeral 7 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal el cual reza: “Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del

---

<sup>153</sup> *Ibíd.*, p. 268.

principio de humanización de la sanción punitiva”. Como bien señalábamos en el capítulo donde analizamos las causales del artículo 324 de la ley 906, esta causal tiene algunas deficiencias en su redacción, pues no entendemos que quiso decir el legislador al hablar de un concepto tan ambiguo cual es el de daño físico y moral grave.

Así, pues, se podría sustentar una posible derogatoria de esta causal en que no es pertinente consagrar como evento de aplicación del principio de oportunidad, una circunstancia que aparentemente ya tiene solución en la ley, particularmente en el artículo 34 del Código Penal Colombiano, inciso segundo, donde se dice que en los casos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria. Empero, es claro que en algunos de estos casos se lleva el proceso hasta sus últimas instancias.

Por consiguiente, con el fin de descongestionar los despachos judiciales, que mejor opción que la aplicación del principio de oportunidad antes de llegar a la etapa del juicio para proferir una sentencia absolutoria. Así, pues, se modificaría la causal en su redacción con el fin de permitir su aplicación no solamente al imputado sino también al indiciado y acusado.

Siguiendo el Código Procesal Penal peruano proponemos la siguiente redacción. *“Cuando el sujeto pasivo de la persecución penal haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito culposo, y la pena resulte innecesaria”.*

**Causal Sexta:** La redacción de la causal sería la siguiente: *Cuando se aplique la suspensión del procedimiento a prueba y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.*

Se cambia la redacción de la causal octava del artículo 324 de la ley 906, anotando que es posible hacer uso del principio de oportunidad cuando se aplique la suspensión del procedimiento a prueba, no cuando proceda la suspensión, como actualmente se encuentra redactado en la ley 906. Sobre este punto es preciso anotar que para un adecuado funcionamiento, es menester reformar el artículo 325 de la ley 906 permitiendo la suspensión no solamente al imputado sino también al acusado y al indiciado con el fin de extenderles los beneficios de esta causal.

Se elimina lo relacionado con la justicia restaurativa pues consideramos que estas condiciones ya se encuentran establecidas imperativamente por el artículo 325 de la ley 906 de 2004 que regula la figura de la suspensión del procedimiento a prueba.

**Causal Séptima:** Esta es nuestra propuesta: *Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenazas a la seguridad del Estado.*

Se conserva exactamente la misma redacción de la causal novena, quitando el calificativo de “grave” al cual hace referencia la ley 906. Lo anterior habida cuenta que se hace mención a un concepto demasiado ambiguo que puede generar diferentes interpretaciones entre el fiscal del caso y el Juez de control de garantías. Además planteamos eliminar el tema de la seguridad exterior del Estado, pues no encontramos justificación para no aplicar la causal a la seguridad interior estatal. Por ello se hará referencia únicamente al término genérico de “seguridad del Estado”.

**Causal Octava:** *Tratándose de delitos contra la administración pública o recta impartición de justicia, cuando la sanción disciplinaria impuesta por la misma conducta resulte adecuada para sancionar la afectación al bien jurídico funcional.*

Se cambia la actual redacción de la causal 10. Para efectos de dar aplicación al principio de oportunidad con base en esta causal es imperativo que la sanción disciplinaria impuesta por la misma conducta sea apropiada para sancionar la afectación al bien jurídico funcional. Así, pues, si el fiscal del caso advierte que la sanción disciplinaria no es suficiente, no podrá aplicar el principio de oportunidad. Empero, dicha decisión depende exclusivamente del criterio del fiscal que este investigando la conducta.

**Causal Novena:** Se plantea reformar la causal 11 pues es bastante confusa y no ha tenido mayor aplicabilidad. La actual normatividad señala que será aplicable el principio de oportunidad cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tal 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. Creemos entonces que la causal trae demasiados elementos confusos y dogmáticos, particularmente en lo relacionado con la antijuridicidad material. Por consiguiente, siguiendo el Código de Procedimiento Penal boliviano, proponemos la siguiente redacción que consideramos mucho más genérica y práctica. *Cuando se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegido.*

**Causal Décima:** Para efectos prácticos, proponemos unificar las causales 12 y 13 del artículo 324 de la ley 906. La primera de éstas anota que hay lugar a aplicar el principio de oportunidad cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social. La segunda reza: 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. Para un mejor entendimiento proponemos la siguiente

redacción: *Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea mínimo, tratándose de delitos culposos o dolosos.*

#### **b) Parágrafos.**

**Parágrafo Primero:** El actual texto del parágrafo primero que anota que no será posible aplicar los numerales 15 y 16 a los jefes, promotores u organizadores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización se redactará en la reforma para que sea aplicable a las actuales causales 5 y 6 por considerarlo más conveniente que la confusa causal número 15. Es preciso anotar que los beneficios por colaboración no se pueden extender hasta quienes son los grandes cerebros de las actividades criminales en nuestro país. La finalidad de las causales 5 y 6 que en nuestro proyecto serán la 3 y 4 no es otra que buscar la colaboración con la justicia precisamente para llegar a la captura de los grandes capos. Por consiguiente sería una contradicción permitir su aplicación a los promotores del delito.

**Parágrafo Segundo:** *La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años será competencia del Fiscal General de la Nación o de quien delegue especialmente para el efecto.* Sencillamente se cambia la redacción.

**Parágrafo Tercero:** *En ningún caso la fiscalía podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones referentes a conductas dolosas cuando la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.* Se deroga lo referente a la prohibición de aplicar el principio de oportunidad a los delitos de lesa humanidad o violatorios contra el Derecho Internacional Humanitario, por su contradicción con los objetivos de la política criminal del Estado. No es entendible como si en el mismo procedimiento de la Corte Penal Internacional es posible aplicar el principio de oportunidad, por qué motivos el legislador colombiano restringe en tan importante medida una figura que como el principio de oportunidad puede ser un mecanismo sumamente eficaz para solucionar la situación jurídica de sujetos vinculados a grupos al margen de la ley que decidan someterse a un proceso de paz.

Por lo demás, se modifica el parágrafo prohibiendo en todo caso la aplicabilidad del principio de oportunidad en delitos dolosos cuando la víctima sea un menor de edad, pues consideramos que el Estado no puede dejar desprotegidos a los niños máxime cuando en la actualidad se observa una marcada tendencia de vulneración a sus bienes jurídicos, como por ejemplo los relacionados con su libertad y formación sexuales.

Creemos que si bien en Colombia este tipo de delitos se presentan básicamente por un problema cultural y de falta de educación en muchos casos, y algunos podrían decir que el derecho penal no debe ser utilizado en toda su extensión para

este tipo de conductas, no es menos cierto que en la coyuntura actual del país no sería adecuado atenuar la protección penal que se le da a los menores, mediante la aplicación de la figura del principio de oportunidad para delitos dolosos cometidos contra estos integrantes de la sociedad, pues creemos que las condiciones sociales y económicas de nuestro país no son las mejores para efectos de lograr una protección integral de nuestros niños y jóvenes contra los actos de criminalidad que se gestan en su contra, los cuales cada día van en aumento en Colombia.

**c) Nuevas Causales:**

En nuestro proyecto incluiríamos, al igual que en el que se tramita en el Congreso, las siguientes dos causales:

*1. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al Fondo para Reparación de las Víctimas, siempre y cuando no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.*

Así, pues, nos remitimos a todos los comentarios que sobre esta nueva causal desarrollamos en el capítulo pertinente, apoyando esta iniciativa.

*2. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que de acuerdo a la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el gobierno nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.*

Incluimos esta nueva causal con algunas modificaciones de redacción con respecto al proyecto de ley que cursa en este momento en el Congreso. Somos partidarios que este tipo de causales pueden ser un mecanismo idóneo para resocializar a más de 19000 desmovilizados que en este momento no tienen definida su situación jurídica, corriéndose el riesgo de que vuelvan a tomar el camino de las armas.

**d) Nuevos Parágrafos:**

Siguiendo el proyecto de ley, se incluirían un nuevo párrafos al texto del artículo 324 de la ley 906.

1. *En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación del terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den los eventos de las causales 3 y 4.*

#### **e) Otros Artículos y Derogatorias Expresas.**

Para armonizar el texto de nuestra reforma es necesario formular una modificación al artículo 325 de la Ley 906. Así, pues incluiremos la posibilidad de aplicar la figura de la suspensión al indiciado y al acusado, para a su vez aplicar el principio de oportunidad si se cumplen con las condiciones impuestas.

A su vez proponemos la derogatoria expresa de los numerales 15 y 17 del artículo 324 de la ley 906 de 2004. En cuanto la primera se señala que hay lugar a aplicar el principio de oportunidad 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.

Consideramos que el tema referente a los problemas sociales más significativos hace difícil la aplicación práctica de la causal, pues es un concepto supremamente indeterminado que genera confusiones entre los operadores jurídicos. En lo referente a la causal 17 ya hemos manifestado en varios apartes de este trabajo que su compleja e inadecuada redacción hace sumamente difícil su aplicación en la práctica.

#### **3. Articulado de nuestra propuesta de Reforma al las causales de Aplicación del Principio de Oportunidad consagradas en la Ley 906 de 2004.**

### **EL CONGRESO DE COLOMBIA**

**“Proyecto de ley por medio del cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”**

**DECRETA:**

**Artículo 1.** El artículo 324 de la ley 906 de 2004 quedará así:

**Artículo 324. Causales.** El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se afecten mínimamente bienes jurídicos, siempre y cuando se repare integralmente a las víctimas. Si no es posible identificar o individualizar a la víctima, oído el concepto del Ministerio Público, se fijará una caución que

garantice la reparación. Para poder aplicar el principio de oportunidad bajo esta causal, el sujeto pasivo de la persecución penal deberá comprometerse, firmando un acta, a no volver a llevar a cabo la conducta investigada. En caso de reincidencia no será posible aplicar nuevamente el principio de oportunidad.

2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a un país extranjero o a un organismo internacional. Sin embargo la Fiscalía podrá reabrir el procedimiento cuando lo considere pertinente, sin perjuicio de la cosa juzgada.

3. Cuando el sujeto pasivo de la persecución penal colabore eficazmente para evitar que continúe la ejecución del delito o que se realicen otros, o aporte información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

4. Cuando el sujeto pasivo de la persecución penal, hasta antes de iniciarse la audiencia pública de juzgamiento, se comprometa a servir como testigo de cargo contra los demás procesados a cambio de que se lo exonere total o parcialmente de la responsabilidad. En este evento, los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia pública de juzgamiento no hubiere declarado se prescindirá del beneficio.

5. Cuando el sujeto pasivo de la persecución penal haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito culposo, y la pena resulte innecesaria.

6. Cuando se aplique la suspensión del procedimiento a prueba y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

7. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenazas a la seguridad del Estado.

8. Tratándose de delitos contra la administración pública o recta impartición de justicia, cuando la sanción disciplinaria impuesta por la misma conducta resulte adecuada para sancionar la afectación al bien jurídico funcional.

9. Cuando se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegido.

10. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea mínimo, tratándose de delitos culposos o dolosos.

11. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al Fondo para Reparación de las Víctimas, siempre y

cuando no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

12. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que de acuerdo a la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el gobierno nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

**Parágrafo 1.** En los casos previstos en los numerales 3 y 4, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para la realización de la conducta punible.

**Parágrafo 2.** La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6 años) será competencia del Fiscal General de la Nación o de quien delegue especialmente para el efecto.

**Parágrafo 3.** En ningún caso la fiscalía podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones referentes a conductas dolosas cuando la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

**Parágrafo 4.** En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación del terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den los eventos de las causales 3 y 4.

**Artículo 2.** El artículo 325 de la ley 906 de 2004, quedará así:

**Artículo 325. Suspensión del Procedimiento a Prueba.** El sujeto pasivo de la persecución penal, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba, mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

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

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

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

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

**Artículo 4.** Derogase expresamente los numerales 15 y 17, y el párrafo 3 del artículo 324 de la ley 906 de 2004.

**Artículo 5.** La presente ley rige a partir de su fecha de promulgación.

## 6. CONCLUSIONES

1. El principio de oportunidad se traduce en una facultad discrecional en cabeza de la Fiscalía General de la Nación dentro del marco de la política criminal del Estado y que permite que el ente investigador y acusador renuncie, interrumpa o suspenda la persecución penal, conforme a unas causales taxativamente consagradas en la ley y, sometida su aplicación a un control de legalidad y constitucionalidad posterior por parte de un Juez de Control de Garantías.
2. Los sistemas Continentales y Anglosajones tienen marcadas diferencias en materia del principio de oportunidad, puesto que desde un principio en los ordenamientos de estirpe anglosajón se estableció el principio de oportunidad como una facultad totalmente discrecional, donde el fiscal responde políticamente por su decisión. Por el contrario, están los sistemas continentales donde siempre existe un fiscal que dispone de la acción penal, siguiendo un listado de causales legales que autorizan la aplicación del principio de oportunidad. Nuestro Constituyente derivado de 2002 mediante el Acto Legislativo 03 decidió acoger el modelo reglado.
3. La política criminal del Estado es el conjunto de herramientas que se tienen para combatir la criminalidad. El derecho penal es uno de estos mecanismos, pero no siempre es el más idóneo para corregir las conductas desplegadas por los asociados habida cuenta que en muchos de estos eventos la afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos es de tan poca relevancia que se hace innecesaria la utilización del proceso penal. Como mecanismo alternativo claramente encontramos la figura del principio de oportunidad.
4. Algún sector de la doctrina considera que el principio de oportunidad es aplicable a los delitos de bagatela, esto es, aquellos, que por su afectación mínima al bien jurídico carecen de antijuridicidad material. Sin embargo en la práctica no siempre es fácil determinar cuando un delito es de bagatela y cuando no. Así, en caso de determinar en un caso concreto que la conducta consiste en un delito bagatela, es posible que el fiscal aplique el principio de oportunidad sin necesidad de esperar a una sentencia absolutoria que desgaste el aparato jurisdiccional del Estado en eventos que no lo requieren.
5. Existen discusiones doctrinarias en lo referente a si el principio de oportunidad constituye o no un excepción al principio de legalidad. Nosotros creemos que se trata de una figura complementaria al mencionado principio habida cuenta que es el mismo ordenamiento constitucional que autoriza su aplicación y es la misma ley, por intermedio del Código de Procedimiento Penal, la que consagra las causales para su aplicación. Además se prevé que el principio de oportunidad será aplicable siempre y cuando se tengan en cuenta los intereses de las víctimas. Igualmente se establece en el Acto Legislativo 03 de 2002 un

control de legalidad por parte del Juez de Garantías y la presencia del Ministerio Público en cumplimiento del artículo 277 de la Carta.

6. Para tratar de entender un poco mejor la baja aplicación que ha tenido la figura del principio de oportunidad, decidimos realizar un trabajo de campo con fiscales seccionales de los Distritos Judiciales de Bogotá y Cauca, sin querer con ello mostrar resultados estadísticos exactos o cercanos al 100%. Infortunadamente, en Colombia el principio de oportunidad no ha tenido la aplicación esperada por quienes impulsaron la implantación del sistema penal acusatorio en el año 2002. Esto se explica, de acuerdo con el trabajo de campo realizado, en la compleja redacción de las normas que regulan la materia particularmente en lo referente a las causales que permiten la aplicación de la oportunidad consagradas en el artículo 324 de la ley 906 de 2004. Dichas causales no solamente son difíciles de comprender en cuanto a su redacción sino que también hacen referencia a una serie de conceptos jurídicos indeterminados y dogmáticos que generan dificultades interpretativas entre el fiscal del caso y el juez de garantías a la hora de aplicar el principio de oportunidad.
7. Debido a esto, actualmente se tramita en el Congreso de la República un proyecto de ley que pretende reformar el régimen legal del principio de oportunidad. El mencionado proyecto trae algunos avances como por ejemplo en el tema de aplicación del principio de oportunidad a quienes cometan el delito de testaferrato. No obstante creemos que se queda corto en algunos aspectos, tratando únicamente de mejorar la redacción de algunas causales pero sin ir al fondo del problema.
8. Decidimos en nuestra reforma suprimir algunas causales e incluir otras en el texto de algunas de las causales vigentes en la ley 906. Lo anterior obviamente tratando no solamente de mejorar su redacción sino también haciéndolas mucho más generales buscando con ello una aplicabilidad más ágil y sin dudas por parte de los operadores, buscando reducir al máximo los conceptos jurídicos indeterminados. A su vez proponemos, siguiendo los lineamientos del proyecto de ley que se encuentra en discusión en el Congreso, incluir dos nuevas causales de aplicación del principio de oportunidad que permitan su utilización en los casos de testaferrato y en cuanto a los desmovilizados de grupos al margen de la ley. Lo anterior es una muestra de elementos que podrían constituir una clara política criminal en la lucha contra el narcotráfico y contra los grupos terroristas al margen de la ley.
9. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la figura del principio de oportunidad reglado constituye un interesante mecanismo de la política criminal estatal, que sin duda puede ayudar a que eventos de poca trascendencia social se solucionen por medio de mecanismos alternos al derecho penal. No obstante, lo anterior se encuentra condicionado a que nuestro legislador tome

consciencia de la importancia de esta figura y la regule de una manera clara y general. A su vez es pertinente mejorar la capacitación de los operadores jurídicos de nuestro sistema penal con el fin de dar una mayor aplicabilidad a esta herramienta y solucionar este tipo de conflictos sin acudir al ius puniendi siempre con el respeto de los derechos y las garantías fundamentales.

## BIBLIOGRAFIA

1. ENTREVISTA con Mario Iguarán Arana, Fiscal General de la Nación. *Ámbito Jurídico*. "Necesitamos aplicarles el principio de oportunidad a los desmovilizados": Colombia: Año XI, No. 251, 16 al 29 de junio de 2008.
2. ANDRADE CASTRO, Jason A y CORDOBA ANGULO, Miguel. *Estructura Básica del Sistema Procesal Colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 61.
3. ANGULO ARANA, Pedro Miguel. *El Principio de Oportunidad en el Perú*. Lima: Ed. Palestra, 2004.
4. APONTE, Alejandro. "Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal". Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura.
5. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2003.
6. BAZZANI MONTOYA, Darío. *El Principio de Oportunidad y la Terminación Anticipada del Proceso en el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
7. CASTRO OSPINA, Sandra Janette. *Influencias del Funcionalismo en el Sistema Penal*. Bogotá: Librería el Profesional, 1996.
8. Código de Procedimiento penal de Venezuela.
9. Código de Procedimiento penal de Chile.
10. Código Procesal Penal Peruano.
11. Código de Procedimiento Penal de Bolivia.
12. Concepto del Procurador General de la Nación, respecto del Acto Legislativo 03 de 2002.
13. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental 1*. 3ra Edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
14. FERNÁNDEZ, Whanda. *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*. Bogotá: Ediciones del Profesional, 2005.
15. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Valladolid: Editorial Trotta, 1995.

16. FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2006.
17. GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. Las Pruebas en el Proceso Penal. Parte General. Bogotá: Cuarta Edición Actualizada. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
18. -----, Aproximación al Sistema Acusatorio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
19. -----, Conferencias Sobre el Proceso Penal Acusatorio. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005.
20. GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. El Principio de Oportunidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2006.
21. GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. Madrid: Editorial Colex, 2004.
22. GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2001.
23. -----, Teoría del Delito. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003.
24. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la Antijuridicidad Material. Regulación y Aplicación. Tercera Edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2003.
25. -----, La oportunidad como Principio Complementario del Proceso Penal. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
26. GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique. Antecedentes y Estructura del Proyecto de Código de Procedimiento Penal. Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
27. HENAO CARDONA, Luís Felipe. Los Principios del Proceso en el Nuevo Código Procesal Penal Colombiano en: Sistema Penal Acusatorio. Bogotá: Centro editorial Universidad del Rosario, 2005.
28. IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto José. El Principio de Oportunidad. En: Revista Universitas Número 109. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Junio de 2005.

29. MARÍN VÁSQUEZ, Ramiro. Sistema Acusatorio y Prueba. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2004.
30. MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. ¿Quién controla a la Fiscalía General de la Nación? Reflexiones puntuales y Mención Especial en relación con el Principio de Oportunidad. Estudios Penales, Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Bogotá: Legis, 2005.
31. ----- La Discrecionalidad para Acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia. Bogotá: Segunda Edición. Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
32. Módulo de Formación para Fiscales en “Principio de Oportunidad”. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
33. MONTEALAGRE LYNETT, Eduardo. En: *Ámbito Jurídico*. Año VII. Número 161. p. 9B.
34. MONROY VICTORIA, William. XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre, 2004.
35. Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 261 de 2008-Senado, “Por medio del cual se reforma parcialmente la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad.”.
36. Proyecto de Ley No. 342 / 2008 CAMARA 261 / 2008 SENADO. “Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”.
37. ROSERO GONZÁLEZ, Ricardo. Audiencia de Control del principio de Oportunidad en El Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Tomo II. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005.
38. ROSAS YATACO, Jorge. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003.
39. ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1972.
40. -----, Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
41. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés, “La Humanización del Proceso Penal”. Bogotá: Legis, 2003.

42. SANCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, La constitucionalización del proceso penal y la justicia de oportunidad, Bogotá: Procuraduría general de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio Público, Colección derecho penal No. 6, p. 42. En el mismo sentido GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho procesal penal, Madrid: Editorial Colex, 1ª edición, 2004.
43. SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lima: Segunda edición actualizada y aumentada. Tomo I. Editora Jurídica Grijley, 2003.
44. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

### **SITIOS WEB**

45. [www.fiscalia.gov.co/programas/futurocolombia.pdf](http://www.fiscalia.gov.co/programas/futurocolombia.pdf).
46. [www.fiscalia.gov.co/moduloseeiccf/Principio%20de%20oportunidad%20I.pdf](http://www.fiscalia.gov.co/moduloseeiccf/Principio%20de%20oportunidad%20I.pdf).

### **JURISPRUDENCIA**

1. Corte Constitucional, Sentencia C-647 de 2001.
2. Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002.
3. Corte Constitucional, Sentencia C-806 de 2002.
4. Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2005.
5. Corte Constitucional, Sentencia C-979 de 2005.
6. Corte Constitucional, Sentencia C- 1154 de 2005
7. Corte Constitucional, Sentencia C-984 de 2005.
8. Corte Constitucional, Sentencia C-648 de 2006
9. Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2006.
10. Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2007.