

# PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

**BASES CONCEPTUALES  
PARA SU APLICACIÓN**

**LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA  
CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ  
CLAUDIA PATRICIA VANEGAS PEÑA**





**PRINCIPIO DE  
OPORTUNIDAD**  
**BASES CONCEPTUALES  
PARA SU APLICACIÓN**

Guillermo Mendoza Diago ( e )  
**Fiscal General de la Nación**

Fernando Adolfo Pareja Reinemer  
**Vicéfiscal General de la Nación**

Ligia Marina Ortega Bermúdez  
**Secretaria General ( e )**

Germán Enciso Uribe  
**Director Nacional de Fiscalías**

Marilú Méndez Rada  
**Directora Nacional  
Cuerpo Técnico de Investigación**

Mercedes Méndez Muñoz  
**Directora Nacional Administrativa y Financiera**

Francisco Javier Echeverri Lara  
**Director Asuntos Internacionales**

Simón Joaquín Rodríguez Wilches  
**Director Escuela de Estudios e Investigaciones  
Criminalísticas y Ciencias Forenses**

Paul Vaky  
**Director Programa de Reforma al Sector Justicia de la Embajada de los  
Estados Unidos**

Guerthy Acevedo Romero  
**Asesora Legal Departamento de Justicia - OPDAT  
Embajada de los Estados Unidos**

Luis Fernando Bedoya Sierra  
Carlos Andrés Guzmán Díaz  
Claudia Patricia Vanegas Peña

Fiscales delegados ante Jueces Penales del Circuito de Bogotá en comisión  
en la Escuela de Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, bajo la  
coordinación del Despacho del señor Vicéfiscal General de la Nación

#### **Coordinación editorial**

Germán Gómez Rojas  
**Jefe Oficina de Divulgación y Prensa**

Cristina Díaz Vásquez  
**Asesor II**  
Karol Johanna Bonilla Ramírez  
Oficina de Divulgación y Prensa  
Fiscalía General de la Nación

Diseño y diagramación  
**Jorge Iglesias**

ISBN: 978-958-8374-25-3

Este material puede reproducirse citando su fuente. Prohibida su venta.  
www.fiscalia.gov.co - 2010

“Esta publicación fue financiada por el pueblo y el gobierno de Estados Unidos a través del Departamento de Justicia. Los textos de esta publicación son responsabilidad de sus autores y no representan los puntos de vista del Departamento de Justicia, ni del gobierno de Estados Unidos, ni de la Fiscalía General de la Nación.”



## Presentación

La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal rompe con una tradición de los sistemas colombianos de enjuiciamiento criminal. Esta característica innovadora implica dos requisitos mínimos en su efectiva aplicación. El primero, un conocimiento y comprensión de la nueva figura. Y el segundo, un cambio en la mentalidad de quienes a ella acuden en la práctica cotidiana.

El presente estudio es una propuesta para continuar la discusión y el examen constante que exigen las novísimas instituciones procesales que trajo consigo el sistema acusatorio, y de cuyo oportuno y acertado manejo dependerán los resultados de justicia ágil y eficaz, con el respeto de las garantías constitucionales.

Y en este sentido, tal vez sea necesario recordar que el principio de oportunidad es una alternativa al principio de legalidad, que involucra en su aplicación la política criminal del Estado, pues el aparato de justicia de cualquier lugar no alcanza develar todos los delitos que se cometen y denuncian, generándose de esta manera una creciente cifra de impunidad, frente a la cual las políticas públicas deben adoptar mecanismos que propendan por su reducción, en pro de la convivencia pacífica.

Diversas experiencias reconocen la importancia del principio de oportunidad para dirigir la persecución penal hacia los delitos más graves y las organizaciones criminales. Concebido como un mecanismo de terminación de la actuación penal, se orienta a enfocar los recursos de la administración de justicia a la investigación de las conductas más lesivas, incentivar la auto composición del conflicto, facilitar la colaboración de imputados y acusados para combatir la delincuencia organizada, y evitar la imposición de penas innecesarias.

Sin desconocer que desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 se ha presentado un importante desarrollo doctrinario y jurisprudencial de esta figura, es preciso admitir que no ha sido posible lograr una aplicación en los niveles esperados.

Lo anterior, sumado a la reforma introducida por la Ley 1312 de 2009, motivó la realización del presente trabajo, dirigido a fiscales, jueces, defensores, delegados del Ministerio Público y demás intervinientes, así como a la comunidad académica en general. La finalidad es facilitar la comprensión del principio de oportunidad y, a partir de allí, dinamizar su aplicación.

Esta es una obra que se escribe desde la práctica. Al exponer las principales situaciones observadas en la aplicación del principio de oportunidad, y proponer posibles respuestas a las mismas, como aporte para la discusión de este importante tema en los contextos judicial y académico.

El lector encontrará en los siguientes capítulos información sobre aspectos del principio de oportunidad como: trámite para su aplicación, análisis de los requisitos de cada una de las causales, limitaciones generales, momentos procesales, aspectos más trascendentes en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes y un análisis de los acuerdos y negociaciones.

En los anexos se incluyen documentos complementarios de consulta, tales como la reglamentación interna de la Fiscalía General de la Nación y un resumen de la jurisprudencia más relevantes sobre este tema.

**GUILLERMO MENDOZA DIAGO**  
Fiscal General de la Nación ( e )

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos siente gran orgullo por el trabajo realizado con la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación y, en especial, por el cumplimiento con los fiscales comisionados autores del módulo de “ **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD - Bases conceptuales para su aplicación**” doctores Claudia Patricia Vanegas Peña, Luis Fernando Bedoya Sierra y Carlos Andrés Guzmán Díaz.

Este módulo es el producto del juicioso y dedicado estudio de los autores frente al desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinario de la figura del principio de oportunidad, en él se abordan los problemas jurídicos y prácticos más sensibles frente a la aplicación de cada causal y se proponen posibles respuestas a cada uno de ellos.

Estamos convencidos que la presente publicación, escrita por fiscales y para fiscales, dirigida a los diferentes operadores jurídicos y la comunidad académica en general, será una fuente permanente de consulta para todos aquellos interesados en el conocimiento y aplicación de esta figura, cuya principal característica es permitir la terminación anticipada del proceso penal y que tiene como objetivos básicos el incentivar la participación de la víctima y el victimario en la solución de conflictos, bien por la vía de reparación integral, o a través de la justicia restaurativa; lograr la solución alternativa del conflicto derivado de delitos de menor intensidad, para destinar los recursos estatales a la investigación de los delitos más graves; evitar la imposición de penas innecesarias o que resulten desproporcionadas o inhumanas; lograr soluciones alternativas a las necesidades de la pena y , el incentivar la colaboración de personas involucradas en conductas punibles, para lograr la desarticulación de bandas criminales, evitar la consumación de delitos graves y lograr la desarticulación de bandas criminales, evitar la consumación de delitos graves y lograr el procesamiento de cabecillas de organizaciones criminales.

Es grato poder continuar brindando nuestro apoyo y colaboración frente a éste y todos los temas que sean necesarios para facilitar el proceso de formación, consulta y estudio en lo relacionado con el sistema penal acusatorio colombiano.

## **PAUL VAKY**

Director Programa Reforma Sector Justicia  
Departamento de Justicia EE.UU. – OPDAT  
Embajada de los Estados Unidos de América

-----

# ÍNDICE



<b>INTRODUCCIÓN</b>	23
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>TRÁMITE DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b>	27
<b>1.</b>	Adecuado conocimiento del caso a partir de los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida _____ 28
<b>2.</b>	Procedencia de alguna de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad desde la perspectiva jurídica, fáctica y probatoria _____ 30
<b>3.</b>	Modalidades de aplicación del Principio de Oportunidad _____ 31
<b>4.</b>	Protección de los derechos de las víctimas y garantía de su participación en el proceso de aplicación del Principio de Oportunidad _____ 32
<b>4.1.</b>	¿Quién o quiénes son las víctimas y de dónde se deriva tal calidad? _____ 33
<b>4.2.</b>	La posibilidad de que las víctimas participen en el proceso de aplicación del Principio de Oportunidad _____ 33
<b>4.3.</b>	Velar por los derechos de las víctimas _____ 33
<b>4.4.</b>	La armonización de los derechos de las víctimas y los fines inherentes a la aplicación del Principio de Oportunidad _____ 33

<b>5.</b>	Competencia para la aplicación del Principio de Oportunidad _____	33
<b>5.1.</b>	Delitos sancionados con pena superior a seis años, salvo cuando se trata de las causales 2, 3, 4 y 8 _____	34
<b>5.1.1.</b>	En los asuntos de competencia de las unidades nacionales _____	35
<b>5.1.2.</b>	En los casos sometidos a conocimiento de las demás unidades de Fiscalía _____	35
<b>5.1.3.</b>	Delegación especial _____	35
<b>5.2.</b>	Causales 2, 3, 4 y 8, independientemente de la pena consagrada para el delito _____	36
<b>5.2.1.</b>	Cuando se trata de delitos sancionados con pena de prisión superior a seis años y procedan las causales 2, 3, 4 u 8 _____	36
<b>5.2.2.</b>	Cuando se trata de delitos sancionados con pena de prisión inferior a seis años y proceden las causales 2, 3, 4 u 8 _____	36
<b>5.3.</b>	Delitos sancionados con pena inferior a seis años, salvo las causales 2, 3, 4, y 8 _____	37
<b>5.4.</b>	Cuando hay conexidad _____	37
<b>6.</b>	Regulación del trámite interno cuando la decisión la toma autónomamente el fiscal del caso o cuando es obligatoria la intervención del Fiscal General de la Nación o su delegado especial _____	37
<b>6.1.</b>	Cuando la decisión la toma autónomamente el fiscal del caso _____	38
<b>6.1.1.</b>	Emitir la orden de aplicación de Principio de Oportunidad _____	38
<b>6.1.1.1.</b>	Contenido de la orden _____	38
<b>6.1.2.</b>	Solicitar la audiencia de control _____	39
<b>6.1.3.</b>	Informar al equipo de Principio de Oportunidad sobre los resultados _____	40
<b>6.2.</b>	Cuando la decisión debe ser tomada por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial _____	40
<b>6.2.1.</b>	Consideraciones previas _____	40
<b>6.2.2.</b>	Trámite _____	41
<b>6.2.2.1.</b>	Solicitud _____	41

<b>6.2.2.1.1.</b>	Contenido de la solicitud _____	42
<b>6.2.2.2.</b>	Envío de la solicitud _____	44
<b>6.2.2.3.</b>	Decisión del Fiscal General de la Nación o su delegado especial _____	45
<b>6.2.2.4.</b>	Audiencia de control _____	45
<b>6.2.2.5.</b>	Informe al equipo de Principio de Oportunidad _____	47
<b>6.3.</b>	Intervención del equipo de Principio de Oportunidad _____	47
<b>6.3.1.</b>	Funciones del equipo de Principio de Oportunidad _____	48
<b>6.3.2.</b>	Otros aspectos importantes del trámite que debe surtirse ante el equipo de Principio de Oportunidad _____	49
<b>7.</b>	Audiencia de legalidad ante el Juez de Control de Garantías _____	50
<b>7.1.</b>	Desarrollo de la audiencia _____	51
<b>7.1.1.</b>	Término _____	51
<b>7.1.2.</b>	Intervinientes _____	51
<b>7.1.3.</b>	Presentación del caso _____	51
<b>7.1.4.</b>	Causal aplicada _____	51
<b>7.1.5.</b>	Competencia del fiscal que expidió la orden _____	52
<b>7.1.6.</b>	Entrega de la orden mediante la cual se aplicó el Principio de Oportunidad _____	52
<b>7.1.7.</b>	Modalidad bajo la cual se dará aplicación al Principio de Oportunidad _____	52
<b>7.1.8.</b>	Se indicará todo lo atinente a la manera como se garantizaron o consideraron los derechos de las víctimas _____	52

## **CAPÍTULO II**

### **ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE CADA UNA DE LAS CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD \_\_\_\_\_**

<b>1.</b>	Causal primera _____	57
<b>1.1.</b>	Principales problemas jurídicos de la causal primera _____	57
<b>1.1.1.</b>	Que el extremo máximo de la pena no supere los seis años de prisión _____	57

<b>1.1.1.1.</b>	Alcance del límite temporal consagrado en la causal _____	57
<b>1.1.1.2.</b>	Delitos frente a los que procede la causal primera _____	58
<b>1.1.1.2.1.</b>	Los argumentos para sostener que la causal primera es aplicable a cualquier delito, sin importar la pena _____	58
<b>1.1.1.2.2.</b>	Los argumentos para sostener que la causal primera sólo es aplicable a delitos de menor gravedad _____	60
<b>1.1.2.</b>	Segundo requisito: que la víctima haya sido indemnizada integralmente _____	65
<b>1.1.2.1</b>	Concepto de víctima _____	66
<b>1.1.2.2</b>	Alcance de la indemnización integral _____	69
<b>1.1.2.2.1</b>	Situaciones problemáticas frente al concepto de indemnización integral _____	69
<b>1.1.2.2.1.1</b>	La víctima manifiesta estar plenamente indemnizada con cifras que el fiscal considera irrisorias o insuficientes _____	70
<b>1.1.2.2.1.2</b>	La víctima tiene una pretensión económica desproporcionada _____	72
<b>1.1.2.2.1.3</b>	La víctima se opone aduciendo sus derechos a la verdad y la justicia _____	75
<b>1.1.2.2.1.4</b>	La víctima es desconocida o no puede ser localizada _____	77
<b>1.2.</b>	La eliminación del tercer requisito de la causal primera _____	78
<b>2.</b>	Causal segunda _____	80
<b>2.1.</b>	Que el investigado hubiese sido entregado en extradición a otra potencia _____	80
<b>2.1.1</b>	Concepto de extradición _____	80
<b>2.1.2</b>	Trámite de la extradición _____	80
<b>2.1.3</b>	Restricciones a la extradición _____	81
<b>2.1.4</b>	Fase de la extradición en que resulta viable la aplicación de esta causal _____	81
<b>2.2.</b>	Que se trate de la misma conducta delictiva _____	82
<b>2.3.</b>	Consideraciones finales _____	83
<b>3.</b>	Causal tercera _____	84
<b>3.1.</b>	Existencia de una sentencia condenatoria con efectos de cosa juzgada por un delito distinto	

	al que se investiga en Colombia _____	84
<b>3.2.</b>	Que la persona haya sido entregada en extradición _____	84
<b>3.3.</b>	Que se hubiere impuesto pena con efectos de cosa juzgada en el exterior _____	85
<b>3.4.</b>	La comparación de la pena impuesta en el exterior y la que eventualmente se impondría en Colombia _____	85
<b>4.</b>	Causal Cuarta _____	87
<b>4.1.</b>	El balance de intereses que supone la aplicación de la causal cuarta _____	87
<b>4.2.</b>	El análisis de los diferentes eventos que la causal consagra _____	92
<b>4.3.</b>	La causal cuarta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional _____	94
	a. Delitos frente a los cuales procede la aplicación de la causal cuarta _____	94
	b. La reparación de las víctimas _____	96
	c. ¿Las causales 4 y 5 están asociadas a la no necesidad de pena, o a la solución alternativa del conflicto derivado de la conducta punible? _____	97
	d. La posible manipulación de la verdad por parte del colaborador _____	98
<b>4.4.</b>	Los derechos de las víctimas frente a la aplicación de la causal cuarta _____	99
<b>4.4.1.</b>	En cuanto a la reparación _____	100
<b>4.4.2.</b>	En cuanto a la verdad y la justicia _____	101
<b>5.</b>	Causal quinta _____	103
<b>5.1.</b>	Concepto de testigo de cargo _____	103
<b>5.2.</b>	El concepto de inmunidad _____	105
<b>5.3.</b>	Medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el imputado o acusado a raíz de la aplicación del Principio de Oportunidad _____	107
<b>6.</b>	Causal sexta _____	109
<b>6.1.</b>	Problemas jurídicos de la causal sexta _____	109
<b>6.1.1.</b>	Que se trate de conductas culposas _____	109
<b>6.1.2.</b>	Que el imputado haya sufrido daño físico o moral grave _____	110

<b>6.1.2.1.</b>	Debe establecerse si se trata de daño físico o daño moral _____	110
<b>6.1.2.2.</b>	El daño debe ser grave _____	111
<b>6.1.2.3.</b>	La demostración del daño _____	111
<b>6.1.2.3.1.</b>	El daño físico puede demostrarse a través de dictamen pericial _____	111
<b>6.1.2.3.2.</b>	El daño moral puede acreditarse de diferentes maneras _____	112
<b>6.1.3.</b>	Que en virtud del grave daño físico y/o moral sufrido por el imputado haga desproporcio- nada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humaniza- ción de la sanción punitiva _____	113
<b>7.</b>	Causal séptima _____	117
<b>7.1.</b>	Problemas jurídicos de la causal séptima _____	118
<b>7.1.1.</b>	Delitos frente a los cuales procede _____	118
<b>7.1.1.1.</b>	El monto de la pena _____	118
<b>7.1.1.2.</b>	El bien jurídico afectado _____	120
<b>7.1.2.</b>	Lo que debe entenderse por justicia restaurativa _____	122
<b>7.1.3.</b>	Los criterios para la imposición de las obliga- ciones consagradas en el artículo 326 _____	125
<b>7.1.4.</b>	Las diferencias con la causal primera _____	130
<b>7.1.4.1.</b>	Delitos frente a los que procede _____	130
<b>7.1.4.2.</b>	Participación de la víctima _____	131
<b>7.1.4.3.</b>	Medidas alternativas para lograr uno o varios fines de la pena _____	132
<b>8.</b>	Causal octava _____	133
<b>8.1.</b>	Riesgo o amenaza grave a la seguridad exte- rior del Estado _____	133
<b>8.2.</b>	Relación entre el riesgo o amenaza y el ejerci- cio de la acción penal _____	135
<b>9.</b>	Causal novena _____	137
<b>9.1.</b>	Principales problemas de esta causal _____	137
<b>9.1.1.</b>	Delitos frente a los que procede _____	137
<b>9.1.2.</b>	La afectación al bien jurídico funcional debe ser poco significativa _____	137
<b>9.1.3.</b>	Que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el re- proche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes _____	140

<b>9.1.3.1.</b>	¿Qué debe entenderse por deber funcional? _____	140
<b>9.1.3.2.</b>	La respuesta disciplinaria como fundamento de la aplicación de esta causa _____	141
<b>9.1.3.2.1.</b>	¿La causal novena implica que la sanción disciplinaria haya sido impuesta? _____	143
<b>9.2.</b>	La causal novena frente a los particulares _____	147
<b>9.2.1.</b>	Particulares que cumplen funciones públicas _____	147
<b>9.2.2.</b>	Particulares que no cumplan funciones públicas _____	148
<b>10.</b>	Causal décima _____	152
<b>10.1.</b>	Eventos en que debe optarse por archivo o preclusión y no por el Principio de Oportunidad _____	152
<b>10.2.</b>	La víctima frente a la aplicación de la causal 10 _____	156
<b>10.2.1.</b>	La concurrencia de otras causales de aplicación de Principio de Oportunidad _____	156
<b>10.2.2.</b>	La alegación de daños inexistentes _____	157
<b>11.</b>	Causal once _____	159
<b>11.1</b>	Requisitos de la causal _____	159
<b>11.1.1.</b>	Que la imputación subjetiva sea culposa _____	159
<b>11.1.1.1.</b>	Delitos frente a los que procede _____	159
<b>11.1.1.2.</b>	Factores que “determinan” una imputación culposa _____	160
<b>11.1.1.3.</b>	Desde la infracción al deber objetivo de cuidado _____	161
<b>11.1.1.4.</b>	Teoría de la imputación objetiva _____	163
<b>11.1.2.</b>	La mermada significación jurídica y social _____	166
<b>11.1.3.</b>	Aspectos que la diferencian de otras causales _____	168
<b>12.</b>	Causal doce _____	170
<b>12.1.</b>	El juicio de reproche de culpabilidad _____	170
<b>12.1.1.</b>	Fundamentos normativos de lo que se denomina juicio de reproche de culpabilidad disminuido _____	172
<b>12.1.2.</b>	La obligación de allegar evidencia de las circunstancias fácticas que sustentan el juicio de reproche de culpabilidad disminuido _____	176
<b>13.</b>	Causal trece _____	177
<b>13.1.</b>	El concepto de bien jurídico colectivo _____	177
<b>13.2.</b>	La afectación mínima de bienes jurídicos colectivos _____	178
<b>13.3.</b>	La indemnización integral _____	182
<b>13.4.</b>	La garantía de no repetición _____	184

<b>14.</b>	Causal catorce _____	185
<b>14.1.</b>	La persecución penal como causa del problema social _____	185
<b>14.2.</b>	Juicio de ponderación entre las consecuencias de no ejercer la acción penal y los problemas sociales que podrían generarse del cabal ejercicio de la misma _____	186
<b>14.3.</b>	Pluralidad de sujeto activo _____	187
<b>14.4.</b>	Prohibiciones específicas _____	188
<b>15.</b>	Causal quince _____	189
<b>15.1.</b>	Exceso en la justificante _____	191
<b>15.2.</b>	Derivado de la desproporción _____	194
<b>15.3.</b>	Menor valor jurídico o social explicable en la culpabilidad _____	196
<b>16.</b>	Causal dieciséis _____	198
<b>16.1.</b>	Delitos por los que procede _____	199
<b>16.2.</b>	Entrega de los bienes al Fondo de Reparación de Víctimas _____	201
<b>16.3.</b>	Prohibiciones específicas _____	203
<b>17.</b>	Causal diecisiete _____	205
<b>17.1.</b>	Antecedentes de la causal _____	205
<b>17.2.</b>	Estructura de la causal _____	208
<b>17.2.1.</b>	Calidad de desmovilizado _____	208
<b>17.2.2.</b>	Reintegración a la sociedad _____	209
<b>17.2.3.</b>	No puede haber sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos de la Ley 975 de 2005 _____	210
<b>17.2.4.</b>	Inexistencia de otras investigaciones _____	211
<b>17.2.5.</b>	Declaración juramentada _____	212
<b>17.2.6.</b>	Trámite de la audiencia _____	212

## **CAPÍTULO III**

### **1. LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD \_\_\_\_\_ 215**

<b>1.1.</b>	Competencia derivada de la pena y su reglamentación interna _____	215
<b>1.2.</b>	Tipo de participación en la organización criminal y en delitos de narcotráfico y terrorismo _____	216

<b>1.3.</b>	Graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio _____	217
<b>1.4.</b>	Edad de la víctima _____	222
<b>1.5.</b>	Empleados públicos que accedan o permanezcan en sus cargos con ayuda de grupos ilegales _____	223

## **CAPÍTULO IV**

### **MOMENTOS PROCESALES PARA SU APLICACIÓN \_\_\_\_\_ 227**

<b>1.</b>	El desarrollo doctrinario, jurisprudencial y posiciones internas de la Fiscalía General de la Nación frente al tema _____	227
<b>2.</b>	La regulación de las fases de la actuación donde puede aplicarse el Principio de Oportunidad _____	229
<b>2.1.</b>	El carácter reglado del Principio de Oportunidad _____	229
<b>2.2.</b>	Alcance del requisito consagrado en el Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal _____	230
<b>2.3.</b>	Dos posibles respuestas al interrogante sobre los momentos de aplicación del Principio de Oportunidad a partir del análisis del Artículo 327 _____	233
<b>2.3.1.</b>	Basta con la existencia de evidencias sobre la ocurrencia de la conducta y la autoría o participación del implicado _____	233
<b>2.3.2.</b>	Los límites impuestos en la Constitución política _____	234
<b>2.3.2.1.</b>	Límites legales _____	235
<b>2.3.2.1.1.</b>	Artículo 327 _____	235
<b>2.3.2.1.2.</b>	Artículo 175 _____	237
<b>2.3.3.</b>	Análisis de las fases de la actuación donde resulta procedente la aplicación del Principio de Oportunidad, a partir de lo dispuesto en el Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal _____	239
<b>2.3.3.1.</b>	Posibles interpretaciones del Artículo 324 en lo atinente a las fases de la actuación en que puede aplicarse el Principio de Oportunidad _____	240
<b>2.3.3.1.1.</b>	El artículo 324 no consagra límites para la aplicación del Principio de Oportunidad en las diferentes fases de la actuación _____	240

<b>2.3.3.1.2.</b>	El Artículo 324 sí consagra límites para la aplicación del Principio de Oportunidad en las diferentes fases de la actuación _____	240
<b>3.</b>	Conclusiones _____	243

## **CAPÍTULO V**

### **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES \_\_\_\_\_ 247**

<b>1.</b>	¿Por qué es de preferente aplicación el Principio de Oportunidad, en las investigaciones adelantadas en contra de adolescentes? _____	247
<b>2.</b>	Causales aplicables al sistema de responsabilidad penal de adolescentes _____	251
<b>2.1.</b>	Causales 1, 7 y 14: espacios de justicia restaurativa _____	252
<b>2.1.1.</b>	La suspensión del procedimiento a prueba _____	252
<b>2.1.2.</b>	La responsabilidad solidaria de los padres _____	253
<b>2.2.</b>	Causales 10 y 13: mínima lesividad _____	254
<b>2.3.</b>	Causales 12 y 15. menor culpabilidad _____	255
<b>2.4.</b>	Causales relacionadas con delitos culposos y con los fines de la “pena”. Causales 6 y 11 _____	257
<b>2.5.</b>	Cooperación con la justicia. Causales 4 y 5 _____	257
<b>3.</b>	Causales que por regla general, no son aplicables. _____	261
<b>4.</b>	Modalidades de aplicación de Principio de Oportunidad _____	262
<b>5.</b>	¿En el estado actual de cosas, es posible aplicar el Principio de Oportunidad en el sistema de responsabilidad para adolescentes? _____	266

## **CAPÍTULO VI**

### **ALLANAMIENTOS, ACUERDOS Y NEGOCIACIONES** \_\_\_\_\_ 273

Algunos problemas jurídicos y las reglas fijadas para resolverlos.

<b>1.</b>	¿Por qué abordar el tema de acuerdos en un módulo de Principio de Oportunidad? _____	273
<b>2.</b>	Metodología _____	275
<b>3.</b>	Relación de problemas jurídicos y análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales _____	276
<b>3.1.</b>	¿Es el allanamiento a cargos una modalidad de acuerdo? _____	276
<b>3.2.</b>	¿Puede asimilarse la aceptación de cargos por allanamiento, a la sentencia anticipada? _____	280
<b>3.3.</b>	¿Procede la retractación ante la aceptación de cargos? _____	287
<b>3.4.</b>	¿Cuáles son las facultades del Juez de Conocimiento frente a la aceptación de cargos? _____	290
<b>3.5.</b>	¿Es necesario presentar escrito de acusación, una vez aceptados los cargos? _____	298
<b>3.6.</b>	¿Cuáles son los momentos procesales en que se puede realizar el allanamiento? _____	299
<b>3.7.</b>	¿La rebaja de pena por aceptación o acuerdo es sólo privativa de la libertad? _____	300
<b>3.8.</b>	¿Puede invalidarse parcialmente un acuerdo? _____	301
<b>3.9.</b>	¿Cuál es el alcance del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, en cuanto a rebajas por acuerdos? _____	302
<b>3.10.</b>	¿Puede el acuerdo contemplar aspectos relacionados con la reparación y cuáles serían sus consecuencias? _____	303

**ANEXOS** \_\_\_\_\_ 307

<b>1.</b>	Resumen de los más importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente al Principio de Oportunidad _____	307
<b>1.1.</b>	De la Corte Constitucional _____	307
<b>1.1.1.</b>	Sentencia C- 480/05 _____	307
<b>1.1.2.</b>	Sentencia C- 673/05 _____	308
<b>1.1.3.</b>	Sentencia C- 979/05 _____	310
<b>1.1.4.</b>	Sentencia C-648/06 _____	315
<b>1.1.5.</b>	Sentencia C-988/06 _____	316
<b>1.1.6.</b>	Sentencia C- 095/07 _____	320
<b>1.1.7.</b>	Sentencia C-033/08 _____	332
<b>1.1.8.</b>	Sentencia C-738/08 _____	335
<b>1.2.</b>	De la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. _____	342
<b>1.2.1.</b>	Sentencia 29183 de 2008 _____	342
<b>2.</b>	La última reforma legislativa Ley 1312 de 2009 _____	349
<b>3.</b>	Reglamentación interna del Principio de Oportunidad _____	356
<b>3.1.</b>	Resolución No. 6657 de 2004 _____	356
<b>3.2.</b>	Resolución No. 6658 de 2004 _____	361
<b>3.3.</b>	Resolución No. 3884 de 2009 _____	363
<b>3.4.</b>	Memorando No. 009. de 2005 _____	368
<b>3.5.</b>	Memorando No. 0062. de 2005 _____	371
<b>3.6.</b>	Memorando No. 00139. de 2005 _____	374
<b>3.7.</b>	Memorando No. 000032. de 2008 _____	378
<b>3.8.</b>	Memorando No. 00062. de 2009 _____	384
<b>3.9.</b>	Memorando No. 0001 de 2010 _____	386
<b>3.10.</b>	Formato de solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad _____	394

**BIBLIOGRAFÍA** \_\_\_\_\_ 403





# INTRODUCCIÓN



Luego de arduos debates en el Congreso de la República, el Principio de Oportunidad fue incluido en el ordenamiento jurídico procesal que entró en vigencia a partir del acto legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004. Aunque existían reparos sobre la manera como la Fiscalía General de la Nación podría hacer uso de la posibilidad de renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal, finalmente se incluyó el Principio de Oportunidad como una importante herramienta para lograr la solución alternativa de conflictos derivados de conductas punibles de poca monta, impulsar la justicia restaurativa como mecanismo de reconstrucción del tejido social, evitar la imposición de penas innecesarias, lograr la colaboración de personas involucradas en conductas punibles para lograr la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, entre otros fines que serán abordados a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, después de la entrada en vigencia del sistema acusatorio en Colombia, el Principio de Oportunidad no ha tenido la aplicación esperada, por lo que no se ha convertido aún en la “*válvula de escape*” del proceso penal. Por ello, uno de los fundamentos de la Ley 1312 de 2009 fue precisamente impulsar la aplicación y fomentar el desarrollo de dicha figura jurídica.

La labor de monitoreo realizada por la Fiscalía General de la Nación en todo el país permitió detectar un buen número de problemas frente a la aplicación del Principio de Oportunidad, que abarcan desde el desconocimiento de las figuras dogmáticas que sirven de fundamento a algunas

causales, hasta la complejidad del trámite regulado al interior de la Fiscalía General de la Nación. En la presente obra se abordan dichas problemáticas, con el propósito de proponer respuestas adecuadas a partir del desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ha tenido el mencionado instituto jurídico.

En consonancia con lo anterior, este trabajo se orienta al análisis de cada una de las causales a partir de los problemas jurídicos que les son inherentes, con el propósito de brindar herramientas argumentativas a fiscales y demás operadores jurídicos, para que el Principio de Oportunidad cumpla los fines trazados en el acto legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, reformada por la Ley 1312 de 2009.

No se abordará directamente el análisis de los fundamentos constitucionales y otros aspectos generales del Principio de Oportunidad, pues dichos temas han sido tratados en otras obras, entre ellas el Módulo de Formación para Fiscales en Principio de Oportunidad. Sin embargo, en el análisis de las diferentes causales se tocarán estos aspectos en cuanto resulte pertinente, además, que el trabajo incluye un resumen de las decisiones emitidas por la Corte Constitucional sobre esta materia.

El trabajo tiene la siguiente estructura:

En el Capítulo Primero se analiza en detalle el trámite que debe seguirse para la aplicación del Principio de Oportunidad, tanto desde la perspectiva legal como desde la reglamentación al interior de la Fiscalía General de la Nación.

El Capítulo Segundo está destinado al estudio de cada una de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad, incluyendo las reformas introducidas por la Ley 1312 de 2009. El trabajo se ha estructurado a partir de los problemas jurídicos inherentes a cada una de las posibilidades de aplicación de esta forma de terminación anticipada de la actuación penal. El texto incluye el análisis de la doctrina y la jurisprudencia que existe sobre la materia.

El Capítulo Tercero trata de los límites generales a la aplicación del Principio de Oportunidad. Este apartado complementa el análisis de los límites específicos a la aplicación de cada una de las causales.

El Capítulo Cuarto se ocupa de los momentos de la actuación penal en que resulta procedente la aplicación del Principio de Oportunidad. A partir del estudio del ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia que ha tratado el tema, se elabora una propuesta que permite racionalizar y dinamizar la utilización de este instituto jurídico. Lo planteado en este apartado va de la mano con la reforma introducida por la Ley 1312 de 2009, donde se amplió la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad hasta la etapa de juzgamiento, concretamente hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral.

El Capítulo Quinto desarrolla aspectos puntuales de la aplicación del Principio de Oportunidad en el sistema de adolescentes. En especial, se tratan los principios que rigen esta normativa y la incidencia de que en la misma el Principio de Oportunidad haya sido considerado como la regla general.

En el Capítulo Sexto se estudia la línea jurisprudencial sobre acuerdos y negociaciones, bajo el presupuesto de que se trata de una forma de terminación anticipada de la actuación penal, que si bien guarda diferencias con el Principio de Oportunidad, también tiene importantes similitudes.

Finalmente, se incluye un acápite de anexos, donde se encuentra toda la normativa en materia de Principio de Oportunidad, incluyendo la reglamentación interna de la Fiscalía General de la Nación. Además, se agrega un resumen de las sentencias de la Corte Constitucional donde se ha analizado esta figura jurídica.



# CAPÍTULO I



## TRÁMITE DEL Principio de Oportunidad

**E**l objetivo central de este capítulo es brindar herramientas suficientes para la correcta aplicación del Principio de Oportunidad en lo que concierne al trámite al interior de la Fiscalía General de la Nación y a la audiencia ante el Juez de Control de Garantías. Para ello, se hará alusión a cada uno de los pasos que deben seguirse para la aplicación de dicho mecanismo jurídico, de acuerdo con el siguiente orden: **(i)** conocer adecuadamente el caso a partir de los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida; **(ii)** establecer la procedencia de alguna de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad (jurídica, fáctica y probatoria); **(iii)** precisar la modalidad de aplicación del Principio de Oportunidad (renuncia, suspensión o interrupción); **(iv)** velar por la protección de los derechos de la víctima y garantizar su participación en el proceso de aplicación del Principio de Oportunidad; **(v)** determinar la competencia al interior de la Fiscalía General de la Nación para la aplicación del Principio de Oportunidad; **(vi)** adelantar el trámite regulado al interior de la Fiscalía General de la Nación, bien cuando el fiscal del caso puede aplicar directamente el Principio de Oportunidad o cuando dicha decisión debe ser tomada por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial; **(vii)** agotar el trámite ante el Equipo de Principio de Oportunidad<sup>1</sup>, y **(viii)** solicitar y participar en la audiencia de control ante el juez de garantías.

<sup>1</sup> Las funciones que anteriormente cumplía la Secretaría Técnica en materia de Principio de Oportunidad le fueron asignadas a un grupo de funcionarios denominado equipo de Principio de Oportunidad, según lo dispuesto en la Resolución 3884 del 27 de julio de 2009, a la que se hará alusión más adelante.

## **1. ADECUADO CONOCIMIENTO DEL CASO A PARTIR DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y LA INFORMACIÓN LEGALMENTE OBTENIDA**

La aplicación del Principio de Oportunidad constituye una decisión determinante en el deber del Estado de brindar una respuesta adecuada a las diferentes expresiones de la criminalidad. Por tratarse de una decisión esencialmente reglada, la aplicación de dicho instituto está determinada por el cumplimiento de requisitos específicos, de acuerdo con las exigencias de cada causal.

El debate sobre la procedencia de la suspensión, interrupción o renuncia al ejercicio de la acción penal no se limita a aspectos meramente jurídicos. En cada caso es fundamental establecer si los presupuestos fácticos de las diferentes normas que resulten aplicables están suficientemente acreditados, como por ejemplo el nivel de daño causado, el perjuicio físico o moral sufrido por el sujeto activo y las circunstancias que atenúan el juicio de reproche de culpabilidad, entre otros.

Si se parte del presupuesto obvio de que el fiscal no tuvo conocimiento directo de los hechos, sino que se aproxima a los mismos a partir de las evidencias recopiladas, es necesario que se preste la suficiente atención a este aspecto, para cerrar el campo a las especulaciones o simples ejercicios intuitivos y, en cambio, constatar la razonabilidad de las conclusiones relacionadas con los hechos a partir de un análisis detallado de los elementos materiales probatorios y demás información allegada.

Aunque, como es apenas lógico, para la aplicación del Principio de Oportunidad no se exija un nivel de conocimiento tan amplio como el requerido para proferir una condena <sup>2</sup>, sí es necesario que existan bases suficientes para concluir que ha ocurrido una conducta punible y que una o varias personas en particular son autoras o partícipes. A manera de ejemplo, no basta con establecer que ocurrió un accidente de tránsito y que a raíz del mismo una persona resultó muerta o lesionada; es necesario precisar si hubo un comportamiento imprudente atribuible a una persona determinada, si existe relación causal entre dicha imprudencia y el resultado, entre otros<sup>3</sup>.

2. El Artículo 327 habla de la existencia de un mínimo de prueba.

3. Desde otra perspectiva, debe establecer si el resultado realmente le es imputable a una persona en particular.

La determinación de la ocurrencia de una conducta punible a partir de los medios de conocimiento allegados es presupuesto necesario pero no suficiente para la aplicación del Principio de Oportunidad. Se requiere además que los elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida sustenten los presupuestos fácticos de cada causal, como sería, siguiendo con el ejemplo del accidente de tránsito, que los factores que determinaron el comportamiento culposos permitan calificar la conducta como de mermada significación jurídica y social<sup>4</sup>, que el sujeto activo sufrió grave perjuicio físico o moral<sup>5</sup> y entre otros.

Las falencias en el conocimiento de los hechos a partir de las evidencias recopiladas limitan significativamente la motivación de las decisiones en materia de Principio de Oportunidad. En todo caso debe tenerse en cuenta que las exigencias consagradas en la parte final del Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal en torno a la existencia de *“un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta o su tipicidad”* están relacionadas con aspectos constitucionalmente importantes, como los siguientes:

En primer lugar, constituye un mecanismo de protección de la presunción de inocencia, porque aunque se trate de una decisión en principio favorable al implicado, no tiene el mismo alcance de una preclusión o de un archivo, pues mientras en estos eventos generalmente se parte de que no hubo conducta punible, en el primero se asume que el ciudadano ha actuado al margen de la ley. De ahí que el Artículo 327 disponga expresamente 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 sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*.

De otro lado, como quiera que la aplicación del Principio de Oportunidad generalmente conlleva la no realización del juicio oral, es posible que su aplicación comprometa el derecho de las víctimas a conocer la verdad. Por lo tanto, resulta fundamental que para la aplicación de dicho instituto se logre un conocimiento razonable de los hechos, en pro de que las víctimas tengan acceso a lo que la Corte Constitucional

4. Si se opta por la causal once.

5. De resultar aplicable la causal sexta.

ha denominado “*un principio de verdad*”<sup>6</sup>, que permita un adecuado equilibrio entre los derechos de los afectados con la conducta punible y los importantes fines que pueden lograrse con la aplicación del Principio de Oportunidad, aspectos que serán abordados a lo largo de este trabajo.

## **2. PROCEDENCIA DE ALGUNA DE LAS CAUSALES DE APLICACIÓN DEL Principio de Oportunidad DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA, FÁCTICA Y PROBATORIA**

El adecuado conocimiento del caso, a partir de la información recopilada, le permitirá al fiscal analizar la procedencia de alguna de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad. Para ello deberá tener en claro los presupuestos de cada una de ellas, desde las perspectivas jurídica, fáctica y probatoria.

El ordenamiento jurídico consagró 17 causales de Principio de Oportunidad<sup>7</sup>. Cada causal tiene una finalidad diferente frente al desarrollo del instrumento jurídico objeto de análisis, pues, a manera de ejemplo, algunas se centran en la indemnización integral a las víctimas de delitos menores; otras se orientan a evitar que se impongan penas desproporcionadas o innecesarias; otras a lograr la colaboración de personas incursores en delitos en pro de la desarticulación de bandas, entre otras. El fiscal debe tener suficiente conocimiento de los presupuestos jurídicos de las diversas posibilidades de aplicación del Principio de Oportunidad, pues sólo así podrá establecer si los mismos se cumplen frente a un caso concreto. Por ello, buena parte de este trabajo se orienta a mostrar el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de cada una de las causales.

Desde esta perspectiva, el fiscal debe establecer si los hechos del caso se enmarcan en los presupuestos fácticos de la causal que resulte aplicable. Por ejemplo, si se opta por la causal sexta, deberá tener claro que se trata de una conducta culposa, que el imputado sufrió un daño físico o moral grave que haga que la pena resulte desproporcionada o violatoria del principio de humanización, si se opta por la causal doce,

6. Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007.

7. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1312 de 2009, pues antes eran 17 causales pero una de ellas fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

deberá establecerse cuáles son los hechos que permiten concluir que el juicio de reproche de culpabilidad es de “*tan secundaria consideración*”, como podría ser el caso de las apremiantes circunstancias económicas que, a pesar de no constituir un estado de necesidad, incidieron en la realización de la conducta punible.

Finalmente, como quiera que judicialmente no es suficiente con enunciar que unos determinados hechos han tenido ocurrencia, el fiscal debe verificar que los presupuestos fácticos del caso, que a su juicio hacen aplicable una determinada causal, están respaldados con evidencias físicas o información legalmente obtenida. Retomando los ejemplos anteriores, éste debe constatar si existe evidencia suficiente para predicar que se trata de una conducta culposa, que el imputado sufrió un daño físico o moral grave; debe precisar de qué manera los medios de conocimiento respaldan la conclusión de que la apremiante situación económica del imputado incidió en la realización de la conducta, sin que se constituya un estado de necesidad.

Frente a este aspecto es siempre necesario consultar al Equipo de Principio de Oportunidad<sup>8</sup>, si el indiciado, imputado o acusado, según el caso, ha sido beneficiado en otras ocasiones con la aplicación del Principio de Oportunidad. Esta información puede ser determinante para la procedencia o no de esta forma de terminación anticipada.

### **3. MODALIDADES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

Tal y como lo indica el artículo 250 de la Constitución Política y el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, las modalidades bajo las cuales se puede aplicar el Principio de Oportunidad son: suspensión, interrupción o renuncia.

La modalidad que decida aplicar el fiscal dependerá de la naturaleza de la causal. A manera de ejemplo, la causal séptima presupone, como regla general, la suspensión del procedimiento a prueba para verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas al imputado o acusado. En otros eventos, el fiscal podrá acudir directamente a la modalidad de renuncia, aspecto analizado en el acápite destinado al estudio de cada una de las causales.

8. Conforme se hacía antes con la Secretaría Técnica.

Al momento de elegir la modalidad de aplicación del Principio de Oportunidad debe considerarse, además, lo siguiente:

- Las modalidades de suspensión e interrupción están orientadas básicamente a preparar la renuncia al ejercicio de la acción penal. Por lo tanto, debe establecerse en cada caso la necesidad de acudir a dichas figuras “*intermedias*”, sobre todo si se tiene en cuenta sus implicaciones en la duración del trámite.
- En todas las modalidades de aplicación del Principio de Oportunidad debe acudirse al control jurisdiccional tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional<sup>9</sup> concluyó que el control del juez procede frente a cualquier modalidad del Principio de Oportunidad. Al respecto debe tenerse en cuenta que la Resolución 3884 del 27 de julio de 2009 ajustó la reglamentación del trámite al interior de la Fiscalía General de la Nación a lo decidido por la Corte Constitucional, para lo cual modificó las Resoluciones 6657 y 6658 de 2004 en el sentido de que “*el control judicial en la aplicación del Principio de Oportunidad previsto en el Artículo 327 de la Ley 906 de 2004 tendrá lugar en la renuncia, suspensión e interrupción de la persecución penal*”<sup>10</sup>.
- El procedimiento para la aplicación de las suspensión, interrupción o renuncia tiene algunas variaciones dependiendo de si el Principio de Oportunidad puede ser aplicado directamente por el fiscal del caso, o si la decisión debe ser proferida por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y las Resoluciones 6657, 6658 de diciembre de 2004, y 3884 del 27 de julio de 2009, aspecto que será analizado en otro acápite.

#### **4. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y GARANTÍA DE SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DE APLICACIÓN DEL Principio de Oportunidad**

En la explicación de cada una de las causales se indica la manera específica de protección de los derechos de las víctimas, pues aunque existen algunas pautas generales, el tratamiento es diverso de acuerdo con los requisitos de cada uno de los numerales del Artículo 324

<sup>9</sup> Sentencia C-979 de 2005.

<sup>10</sup> Artículo tercero.

de la Ley 906 de 2004. En este apartado basta recordar que al decidir sobre la aplicación del Principio de Oportunidad, el fiscal deberá considerar los siguientes aspectos.

- 4.1.** ¿ Quién o quiénes son las víctimas y de dónde se deriva tal calidad?
- 4.2.** La posibilidad de que las víctimas participen en el proceso de aplicación del Principio de Oportunidad o, por lo menos, se les garantice dicha participación. Ello de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 250 de la Constitución Política, 11, literales f y g, del Código de Procedimiento Penal, y 11 de la Resolución 6657 de 2004.
- 4.3.** Velar por los derechos de las víctimas. Así lo dispone la normativa relacionada en el literal anterior, además que este aspecto fue resaltado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-095 de 2007, donde se concluyó que los derechos del afectado deben ser considerados cuando se aplique cualquiera de las causales de Principio de Oportunidad y no sólo en aquellas en que la indemnización a la víctima es consagrada como requisito, aspecto que será abordado con mayor profundidad cuando se analice cada una de las causales, aunque en este momento cabe insistir en que la labor investigativa también debe orientarse a la verificación de los perjuicios causados y el monto de los mismos.
- 4.4.** La armonización de los derechos de las víctimas y los fines inherentes a la aplicación del Principio de Oportunidad.

## **5. COMPETENCIA PARA LA APLICACIÓN DEL Principio de Oportunidad**

El conocimiento adecuado del caso, basado en las evidencias recopiladas, le permitirá al fiscal establecer con precisión la calificación jurídica de los hechos y la posibilidad de aplicar alguna de las causales de Principio de Oportunidad. Estos aspectos inciden de manera determinante en la distribución de funciones al interior de la Fiscalía General de la Nación en lo que respecta a la aplicación de dicho instituto.

La competencia para la aplicación del Principio de Oportunidad al interior de la Fiscalía General de la Nación está regulada en el párrafo segundo del Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal y en las

Resoluciones 6657 y 6658 de 2004 <sup>11</sup> y 3884 de 2009, donde se establece en que eventos la decisión puede ser tomada directamente por el fiscal del caso y en qué eventos es necesaria la intervención del Fiscal General de la Nación o su delegado especial. A continuación se indicará dicha distribución de competencias a partir de los criterios establecidos en la normativa en comentario.

### **5.1. Delitos sancionados con pena superior a seis años, salvo cuando se trata de las causales 2, 3, 4 y 8<sup>12</sup>.**

11 Estas resoluciones se emitieron en ejercicio de la facultad reglamentaria que tiene el Fiscal General de la Nación. La Corte Constitucional revisó la exequibilidad de dicha potestad en la Sentencia C-979 de 2005. En esa oportunidad los demandantes cuestionaron las potestades dadas por el legislador al Fiscal General en esta materia, cuando ello, según la misma Carta Política, es una facultad exclusiva del Presidente de la República (Artículo 189, numeral 11). Además cuestionaron el poder vinculante que el reglamento podría tener para los jueces, ya que estos, al tenor del Artículo 230 de la Constitución Política, sólo están sometidos al imperio de la ley. La Corte abordó dichos problemas a partir de los siguientes planteamientos: (i) La facultad reglamentaria del Fiscal General de la Nación deriva de la misma autonomía limitada que le otorga la Constitución la cual le permite la organización y funcionamiento interno de la institución y a la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, que propende por el eficaz funcionamiento de la administración de justicia en su conjunto. (ii) No es facultativo porque cuando el artículo indica que “deberá” expedir no es simplemente una potestad que puede o no ejercerse, se está frente a un mandato legal que tiene como objetivo rodear de certeza los procedimientos en el ámbito interno para la aplicación del Principio de Oportunidad. (iii) El reglamento debe ser general y abstracto para que con ello se respete el principio de igualdad, competencia preferente, protección de las víctimas. (iv) El ámbito de aplicación de la regulación será el interno de la institución, haciendo alusión al principio de unidad de gestión en la entidad. Es clara la Corte en señalar que “(...) No puede en consecuencia vincular a actores externos y particularmente al Juez de Control de Garantías, cuya labor está amparada por los principios de autonomía e independencia (...)”. Sin embargo es claro que el Juez de Control de Garantías debe exigir el sometimiento del fiscal a su propio reglamento. (v) Su límite está dado por su finalidad, y para ello se hace referencia al contenido del mismo artículo cuando indica que lo que busca el reglamento interno es que la aplicación de la figura del Principio de Oportunidad cumpla con su finalidad y se ajuste a la Constitución, la ley y la línea jurisprudencial trazada sobre la materia. (vi) Debe desarrollar esta reglamentación el plan de política criminal del Estado, para ello indica en la misma sentencia la Corte que “(...) el Fiscal está sujeto a los lineamientos de política criminal que se derivan de la Constitución y a la política criminal que traza el Estado a través de la ley penal (...)”. (vii) Los reglamentos entonces así creados hacen parte del ordenamiento jurídico y por ello el fiscal debe estar sometido a su cumplimiento. Declarando exequible la norma demandada, y dejándose en claro que la reglamentación debe ser acatada por el Fiscal al momento de aplicar la figura jurídica del Principio de Oportunidad, y puede igualmente ser revisada en su cumplimiento por el Juez de Control de Garantías, por lo cual es primordial que el fiscal del caso de cumplimiento a las normas de competencia que allí se contemplan.

12 Debe tenerse en cuenta que la Ley 1312 de 2009 modificó la nomenclatura de las causales consagradas en el texto original del Artículo 324 de la Ley 906. En tal sentido, la Resolución 3884 del 27 de julio de 2009 modificó las Resoluciones 6657 y 6658 de diciembre de 2004 en lo referente a los casos en los que el Principio de Oportunidad es decidido directamente por el Fiscal General de la Nación.

El párrafo segundo del Artículo 324 dispone que “la aplicación del Principio de Oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para el efecto”.

En desarrollo de esta norma se expedieron las Resoluciones 6657 y 6658 de 2004, modificadas por la Resolución 3884 de 2009, en las que se hacen las siguientes designaciones en materia de aplicación del Principio de Oportunidad:

- 5.1.1.** En los asuntos de competencia de las unidades nacionales. Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis años en su máximo -valga la repetición-, se designa para dar aplicación directa al Principio de Oportunidad al coordinador de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia <sup>13</sup>.
- 5.1.2.** En los casos sometidos a conocimiento de las demás unidades de fiscalía. Se designa para dar aplicación directa del Principio de Oportunidad al coordinador de las unidades delegadas ante tribunales, en su correspondiente distrito <sup>14</sup>.
- 5.1.3.** Delegación especial. De manera excepcional de acuerdo con un examen preliminar y de resultar necesario, la decisión sobre la aplicación del Principio de Oportunidad podrá ser tomada directamente por el fiscal del caso en virtud de la delegación especial que para esos efectos haga el Fiscal General de la Nación <sup>15</sup>.

13 Resolución 6658 de 2004, Artículo Primero, inciso segundo: “En los casos de conocimiento de las Unidades Nacionales de Fiscalía, el delegado especial será el coordinador de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia”.

14 Resolución 6658 de 2004, artículo primero, inciso primero: “Designar como delegados especiales del señor Fiscal General de la Nación para dar aplicación al Principio de Oportunidad en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis años en su máximo a quienes desempeñen funciones de coordinador de las Unidades Delegadas ante el Tribunal, en su correspondiente distrito (...)”.

15 Resolución 6658 de 2004, Artículo Primero, Inciso Tercero: “Excepcionalmente de acuerdo con un examen preliminar del caso y la forma como se conduce la respectiva investigación, el Fiscal General de la Nación podrá delegar especialmente la aplicación del Principio de Oportunidad en el mismo fiscal de conocimiento”.

La reglamentación atrás relacionada implica que en muchos eventos la aplicación del Principio de Oportunidad requiere la intervención del Fiscal General de la Nación o su delegado especial, máxime si se tiene en cuenta que la Ley 890 de 2004 aumentó de manera general las penas consagradas para los delitos -en una tercera parte el mínimo y en la mitad del máximo- lo que dio lugar a que la aplicación directa del Principio de Oportunidad por parte del fiscal del caso se redujera considerablemente. Sobre este aspecto se profundizará al abordar cada una de las causales.

**5.2.** Causales 2, 3, 4 y 8, independientemente de la pena consagrada para el delito.

En estos eventos, la aplicación directa del Principio de Oportunidad por parte del Fiscal General de la Nación tiene dos fundamentos diferentes:

**5.2.1.** Cuando se trata de delitos sancionados con pena de prisión superior a seis años y procedan las causales 2, 3, 4 u 8. La aplicación del Principio de Oportunidad será proferida por el Fiscal General de la Nación, conforme lo establece el parágrafo segundo del artículo 324. Respecto de estas causales el Fiscal General optó por asumir directamente el conocimiento y, por lo tanto, no designar un delegado especial. Este aspecto fue regulado en la Resolución 6657 de 2004, en el Artículo Primero, modificado por la Resolución 3884 de 2009.

**5.2.2.** Cuando se trata de delitos sancionados con pena de prisión inferior a seis años y procedan las causales 2, 3, 4 u 8. Aunque en estos eventos por regla general -según el parágrafo segundo del Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal- la aplicación del Principio de Oportunidad debe ser proferida por el fiscal del caso, el Fiscal General de la Nación decidió asumir de manera directa la aplicación del Principio de Oportunidad cuando se trata de las causales referidas. Este desplazamiento tiene como fundamento la facultad de sustitución prevista en el numeral tercero del Artículo 251 de la Constitución Política y el Artículo 116, Numeral Segundo, de la Ley 906. En tal sentido, el Artículo Primero de la Resolución 6657 de 2004, modificado por el Artículo Tercero de la Resolución 3884 de 2009, dispone:

*“El Fiscal General de la Nación conocerá directamente de la aplicación del Principio de Oportunidad en los eventos relacionados con las causales previstas en los numerales 2, 3, 4, y 8 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, reformado por la Ley 1312 de 2009”.*

### **5.3.** Delitos sancionados con pena inferior a seis años, salvo las causales 2, 3, 4 y 8.

En este caso el fiscal del caso aplicará de manera directa el Principio de Oportunidad. Para tales efectos debe emitir la correspondiente orden y llevar a cabo el respectivo control, además, debe informar al equipo de Principio de Oportunidad, tal y como se explicará más adelante.

### **5.4.** Cuando hay conexidad

Cuando la aplicación del Principio de Oportunidad pueda involucrar delitos de los que conozca otro fiscal u otros fiscales, será competente para adelantar el trámite el funcionario que corresponda de acuerdo con las normas que regulan la conexidad, contempladas en el Artículo 52 del Estatuto Procesal Penal o aquel que designe de manera especial el Fiscal General de la Nación. Este aspecto también fue regulado en la Resolución 6657 de 2004, en el Artículo Séptimo<sup>16</sup>.

### **6.** Regulación del trámite interno cuando la decisión la toma autónomamente el fiscal del caso o cuando es obligatoria la intervención del Fiscal General de la Nación o su delegado especial.

En las Resoluciones 6657 y 6658 de 2004, modificadas por la Resolución 3884 de 2009, se establecen los trámites específicos tanto al interior de la Fiscalía General de la Nación como en lo concerniente a la audiencia ante el Juez de Control de Garantías. El trámite tiene variaciones dependiendo de si la decisión la toma directamente el fiscal del caso o si es necesaria la intervención del Fiscal General de la Nación o su delegado especial; también se presentan variaciones cuando se acude directamente a la renuncia o se opta por la suspensión como acto preparatorio de la renuncia.

<sup>16</sup> Resolución 6657 de 2004, Artículo 7: “Cuando la aplicación del Principio de Oportunidad en un caso específico pueda involucrar delitos de conocimiento de otros fiscales, el funcionario que lo advierta comunicará a los demás, pero será competente para aplicarlo el que resulte de la activación de las reglas de conexidad o el que designe especialmente el Fiscal General de la Nación”.

**6.1.** Cuando la decisión la toma autónomamente el fiscal del caso. Luego de agotar los pasos explicados en los numerales uno al cinco y establecer que tiene plena autonomía para aplicar el Principio de Oportunidad<sup>17</sup>, el fiscal del caso debe agotar el siguiente trámite:

**6.1.1.** Emitir la orden de aplicación de Principio de Oportunidad

La decisión de aplicar el Principio de Oportunidad, bien cuando lo hace autónomamente el fiscal del caso o cuando es obligatoria la intervención del Fiscal General de la Nación o su delegado especial, debe plasmarse en una orden en la que deben expresarse las razones para dar aplicación a dicho instrumento jurídico.

**6.1.1.1.** Contenido de la orden

De acuerdo con lo señalado en los Artículos 161 y 162 de la Ley 906 de 2004, todas las decisiones que tome la Fiscalía General de la Nación deben cumplir unos requisitos básicos. A esos requisitos generales se suman los requisitos específicos para la aplicación del Principio de Oportunidad hasta ahora relacionados. En este orden de ideas, la orden debe contener lo siguiente:

- Funcionario que la profiere.
- Lugar, fecha y hora.
- Radicado del caso.
- Competencia del fiscal que emite la orden, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del Artículo 324 y en las Resoluciones 6657, 6658 y 3884.
- Identificación plena del (los) beneficiado(s) con la aplicación.
- Hechos jurídicamente relevantes.

<sup>17</sup> De acuerdo con la distribución de competencia atrás analizada.

- Adecuación típica -delito(s)- por los que se procede y medios de conocimiento en los que se soporta su ocurrencia.
- Explicación sucinta de la inferencia de autoría o participación, basada en los medios materiales probatorios o información en la que se basa la misma.
- Causal(es) por la(s) que se procede para la aplicación del Principio de Oportunidad y explicación de los requisitos de cada una de ellas.
- Acreditar el resarcimiento de los daños y perjuicios a la víctima, así como la constancia de que ésta fue informada oportunamente de la aplicación del Principio de Oportunidad. Si no se ha logrado la indemnización de las víctimas, debe explicarse por qué, a pesar de ello, es procedente la suspensión, interrupción o renuncia al ejercicio de la acción penal.
- Modalidad bajo la cual se aplica el Principio de Oportunidad.
- En caso de que sea bajo la modalidad de suspensión o interrupción, deberá indicarse de manera expresa las obligaciones impuestas al beneficiado y las razones que les sirven de soporte.

### 6.1.2. Solicitar la audiencia de control

En la audiencia de control el fiscal debe abordar cada uno de los problemas jurídicos relevantes y suministrar los medios de conocimiento que sirven de soporte a su pretensión. Una orden debidamente diligenciada será el mejor derrotero para que el fiscal exponga oralmente sus razones; concretamente deberá dejar claro: **(i)** que de los elementos materiales probatorios e información legal obtenida puede inferirse razonablemente que la conducta punible ocurrió y que el indiciado, imputado o acusado probablemente es el autor o partícipe, **(ii)** la causal procedente, para lo que deben analizarse cada uno de los requisitos y suministrar los medios de conocimiento que le sirven de soporte, **(iii)** la modalidad de aplicación del Principio de Oportunidad **(iv)** la explicación somera de por qué es competente para tomar la decisión, de acuerdo con la causal invocada y a la pena consagrada para el delito y

(v) la forma cómo se han garantizado los derechos de la víctima.

### **6.1.3.** Informar al Equipo de Principio de Oportunidad sobre los resultados

Deberá hacerlo dentro de los ocho días siguientes, en el formato denominado “Informe de aplicación del Principio de Oportunidad”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo noveno de la resolución 6657 de 2004<sup>18</sup>, modificado por el Artículo Quinto de la Resolución 3884 de 2009. El informe debe incluir lo decidido por el Juez de Control de Garantías. Cabe recabar en el carácter obligatorio de este informe, no sólo porque así lo dispone la reglamentación interna (que hace parte de la reglamentación general del Principio de Oportunidad), sino además porque sólo a partir del cumplimiento de esta obligación el equipo de Principio de Oportunidad puede cumplir sus funciones, entre ellas informar a los diferentes fiscales si un ciudadano ha sido beneficiado en otros eventos con la aplicación del Principio de Oportunidad.

## **6.2.** Cuando la decisión debe ser tomada por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial

### **6.2.1.** Consideraciones previas

Para la adecuada comprensión del trámite que debe surtirse cuando la aplicación del Principio de Oportunidad es decidida por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, que de conformidad con lo establecido en el Párrafo Segundo del Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, *“la aplicación del Principio de Oportunidad respecto de delitos*

18 “Cuando se trate de la posibilidad de dar aplicación al Principio de Oportunidad, el fiscal correspondiente enviará a la secretaría técnica en el formato diseñado para tal efecto, la siguiente información: a) número de radicación de la actuación, con indicación de sus partes e intervinientes, si los hubiere, y los datos que los identifiquen y permitan su ubicación, b) resumen de la situación fáctica objeto de investigación, con señalamiento del estado de la misma y los elementos materiales probatorios o evidencia física o información legalmente obtenida que desvirtúe la presunción de inocencia y permitan inferir que la conducta es delictiva y que el imputado es autor o partícipe, c) elementos de convicción relacionados con los presupuestos de la causal invocada, y d) las razones de orden jurídico y procesal que motivan la aplicación de ese principio”.

*sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para el efecto”, a lo que debe sumarse lo establecido en las Resoluciones 6657 y 6658 de 2004, y 3884 de 2009. Si en esos eventos la decisión debe adoptarla el Fiscal General de la Nación o el funcionario que éste designe, es claro que el trámite debe estar orientado a articular el conocimiento que tiene el fiscal del caso, quien toma la iniciativa para la aplicación de dicho instituto jurídico, y la facultad decisoria asignada a un funcionario de mayor jerarquía.*

De otro lado, el equipo de Principio de Oportunidad tiene, entre otras, la función de llevar un registro de la aplicación del Principio de Oportunidad, cuya utilidad se da en varios sentidos: **(i)** permite llevar un control sobre las personas que han sido beneficiadas con la aplicación del Principio de Oportunidad, lo que puede incidir en que un ciudadano sea nuevamente beneficiario de ese tipo de decisiones, **(ii)** facilita la uniformidad de las decisiones de la Fiscalía General de la Nación sobre el Principio de Oportunidad y **(iii)** permite el desarrollo y perfeccionamiento de dicho instituto. De ahí que en las Resoluciones 6657, 6658 y 3884 se consagre la obligación de remitir oportunamente a estos funcionarios la respectiva información.

## 6.2.2 Trámite

El trámite de aplicación del Principio de Oportunidad cuando la decisión debe tomarla el Fiscal General de la Nación o su delegado especial se asemeja en algunos aspectos al procedimiento que debe seguirse cuando la decisión corresponde al fiscal del caso. A continuación se analizarán los puntos en los que difiere, para lo cual se abordará desde la solicitud hasta el informe final al equipo de Principio de Oportunidad.

### 6.2.2.1. Solicitud

La solicitud de aplicación de Principio de Oportunidad debe diligenciarse en el formato diseñado para tales efectos. El formato<sup>19</sup> no debe mirarse como un obstáculo, sino como una ayuda

<sup>19</sup> En el acápite de los anexos se cuenta con una muestra del formato elaborado por la Fiscalía General de la Nación, al cual se hace referencia.

para que la información sea completa y organizada y, por lo tanto, permita que los funcionarios competentes tomen oportunamente las decisiones. También debe considerarse que la elaboración de dicho informe es obligatoria y no potestativa<sup>20</sup>, lo que guarda coherencia con el proyecto de sistema de gestión de calidad que adelanta la Fiscalía General de la Nación. En cuanto al contenido del formato de solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad, el Artículo Noveno de la Resolución 6657 de 2004, en este sentido ratificada por la Resolución 3884 de 2009, consagra lo siguiente:

#### **6.2.2.1.1. Contenido de la solicitud**

- Número de radicación de la actuación, con indicación de sus partes e intervinientes, si los hubiere, y los datos que los identifiquen y permitan su ubicación.
- Resumen de la situación fáctica objeto de investigación, con señalamiento del estado de la misma y los elementos materiales probatorios o evidencia física o información legalmente obtenida que desvirtúe la presunción de inocencia y permitan inferir que la conducta es delictiva y que el imputado es su autor o partícipe.
- Elementos de convicción relacionados con los presupuestos de la causal invocada. Este requisito puede descomponerse en dos aspectos puntuales.
- La relación de los hechos o circunstancias que permiten la aplicación de la causal. Al efecto, deben analizarse los requisitos de cada causal que se considere pertinente. Por ejemplo, si procede la aplicación de la causal sexta, debe establecerse que se trata de una conducta culposa (lo que puede quedar satisfecho con los datos suministrados en el numeral segundo), y que el autor sufrió daño físico o moral grave.

<sup>20</sup> Resolución 6657 de 2004, Artículo 1, Parágrafo: “Si un fiscal delegado adelantare una investigación y surgieren los requisitos y condiciones para aplicar el Principio de Oportunidad cuya aplicación corresponda al Fiscal General de la Nación o su delegado especial, de inmediato presentará un informe motivado al primero con el fin de que éste asuma el conocimiento o designe el delegado especial”.

- Deben indicarse los medios de conocimiento que sirven de soporte a los requisitos; siguiendo con el ejemplo de la causal sexta, debe indicarse de dónde se infiere que la persona ha sufrido un daño físico y/o moral y por qué se considera que el mismo es grave. No basta con indicar la conclusión de que ha existido un daño grave, deben indicarse los medios de conocimiento que permiten hacer dicha inferencia para que el funcionario competente cuente con los suficientes elementos de juicio para tomar la decisión.
- Las razones de orden jurídico y procesal que motivan la aplicación del Principio de Oportunidad. Aunque la relación fáctica (tanto de los hechos investigados como de los presupuestos de la causal) y la indicación de los respectivos medios de conocimiento son un factor determinante para optar por esta forma de terminación anticipada de la actuación, es necesario hacer las respectivas consideraciones jurídicas. Por ejemplo, en la causal primera debe expresarse si la indemnización hecha puede catalogarse como integral; en la causal 12 debe explicarse por qué los hechos o circunstancias relacionados permiten concluir que el juicio de reproche de culpabilidad es de secundaria consideración; en la causal 13 debe explicarse por qué se considera que la afectación al bien jurídico ha sido mínima. Cuando la víctima se oponga a la aplicación del Principio de Oportunidad, debe explicarse por qué se justifica la aplicación de dicho instituto. Cabe aclarar que en el análisis que en este trabajo se hace de cada causal se brindan herramientas argumentativas para cumplir con este requisito.
- Aunque el formato de solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad no lo incluya expresamente, siempre debe considerarse la situación de la víctima, toda vez que algunas causales incluyen como requisito la indemnización integral o la celebración de un acuerdo restaurativo, amén que debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional concluyó que los intereses de las víctimas deben ser considerados frente a todas las causales, por ser una exigencia general consagrada en el Artículo 250 de la Constitución Política y el Artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, entre otros<sup>21</sup>.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2007.

### 6.2.2.2. Envío de la solicitud

La labor de monitoreo al sistema acusatorio realizada a nivel nacional permitió establecer que algunos funcionarios se abstienen de aplicar el Principio de Oportunidad porque consideran bastante complejas las diligencias que deben adelantarse, ante el Fiscal General de la Nación o su delegado especial, y ante el equipo de Principio de Oportunidad. Esta circunstancia fue considerada en la Resolución 3884 de 2009 y en el Memorando No. 062 de 2009<sup>22</sup>, donde se introdujeron importantes modificaciones orientadas a hacer más expedito dicho diligenciamiento, para lo cual se establecieron reglas diferentes para cuando el fiscal del caso está radicado en la ciudad de Bogotá o está asignado a otra seccional.

Cuando la aplicación del Principio de Oportunidad está en cabeza del Fiscal General de la Nación o su delegado especial, y el fiscal del caso está radicado en la ciudad de Bogotá, éste debe remitir el formato de solicitud de aplicación al equipo de Principio de Oportunidad, dependencia que lo hará llegar al funcionario competente y luego remitirá la respectiva respuesta al fiscal solicitante. Luego de surtida la audiencia ante el Juez de Control de Garantías, el fiscal del caso deberá informar lo sucedido al equipo de Principio de Oportunidad, para lo cual remitirá la correspondiente acta o registro.

En los eventos en que la aplicación del Principio de Oportunidad deba ser decidida por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial, y el fiscal del caso esté radicado fuera de Bogotá, debe surtirse exactamente el mismo trámite, con la salvedad de que el superior jerárquico podrá remitir directamente la decisión al fiscal del caso. En todos los eventos existe la obligación de informar a la Dirección Nacional de Fiscalías -equipo de Principio de Oportunidad- sobre la decisión del Juez de Control de Garantías y la interposición de recursos, si a ello hubo lugar<sup>23</sup>.

22 (...) “Simultáneamente con el trámite anterior, la Fiscalía de conocimiento enviará de manera directa a la delegada ante el Tribunal correspondiente copia del formato de solicitud de aplicación de Principio de Oportunidad y los anexos o soportes necesarios de acuerdo con el delito y la causal invocada conforme los parámetros de la Ley 1312 de 2009. El formato correspondiente se encuentra en la página de intranet de la institución distinguido como formato FGN 50000F33”.

23 Resolución 3884 de 2009, Artículo Quinto, parágrafo.

### 6.2.2.3. Decisión del Fiscal General de la Nación o su delegado especial

El fiscal competente (Fiscal General de la Nación, fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia o fiscal delegado ante el tribunal, según el caso), deberá decidir en el término de ocho días<sup>24</sup>. En el evento de requerir información adicional del fiscal del caso<sup>25</sup>, deberá solicitarla por el medio más expedito y de esa misma forma le debe ser enviada. Es posible que en estos eventos sea necesario que la respectiva Dirección Nacional facilite los medios técnicos con que cuente.

Si el competente decide que no hay lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad, emitirá la orden donde consten los fundamentos de la decisión. Si se concluye que sí hay lugar a la aplicación de dicho instituto, se emitirá una orden que debe contener los mismos aspectos de la orden que emite el fiscal del caso en los eventos en que puede decidir autónomamente (relacionados en párrafos anteriores), aunque su punto de partida, por razones obvias, serán los argumentos esbozados por el fiscal que presentó la solicitud.

### 6.2.2.4. Audiencia de control

Una vez tomada la decisión por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial, se remitirá lo actuado al fiscal del caso, quien será el que intervenga en el control judicial ante el Juez de Control de Garantías, tal y como está señalado en el Artículo

24 Resolución 6657 de 2004, artículo 9, modificada parcialmente por el artículo 5 de la resolución 3884 de 2009: “El equipo de Principio de Oportunidad si fuera del caso, enviará inmediatamente la información recibida al Fiscal General de la Nación o su delegado especial, con el fin de que asuma el conocimiento del asunto, en el término de ocho días hábiles, uno u otro, deberá decidir e informar lo resuelto a esta dependencia, para que ésta comunique lo pertinente al fiscal de conocimiento, en lo referente a los trámites de Principio de Oportunidad que se surtan en la ciudad de Bogotá. Para las demás ciudades será el fiscal delegado especial quien envíe directamente lo resuelto al fiscal de conocimiento por celeridad y eficacia en la actuación, remitiendo copia a la Dirección Nacional de Fiscalías, equipo de Principio de Oportunidad”.

25 Memorando No. 032 de 2008, Dirección Nacional de Fiscalías, página 2, párrafo segundo: “No es necesario enviar la carpeta del caso, a menos que el Tribunal del Distrito respectivo la solicite, para mayor ilustración, es decir, al formato sólo se adjuntarán los documentos necesarios para soportar la causal que estén invocando, como es en los casos de reparación, indemnización y justicia restaurativa, entre otros”.

Primero, Parágrafo, de la Resolución 6657 de 2004<sup>26</sup>, adicionado por el Artículo Segundo de la Resolución 3884 de 2009, así como el artículo 8 de la primer resolución mencionada<sup>27</sup>, con lo cual se armonizó la reglamentación interna con las sentencias de la Corte Constitucional, en lo atinente a la procedencia del control judicial automático frente a todas las modalidades consagradas en el ordenamiento jurídico<sup>28</sup>.

Cuando la modalidad de aplicación del Principio de Oportunidad sea la suspensión, como acto preparatorio de la renuncia, surgen decisiones intermedias que deben ser tomadas por el fiscal competente (Fiscal General de la Nación, fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia o fiscal delegado ante tribunal) y controladas por el juez. En efecto, la suspensión de la actuación penal debe ser ordenada por el fiscal competente y controlada por el juez.

La verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas debe ser realizada por el fiscal del caso, de acuerdo con lo dispuesto en las Resoluciones 6657 y 6658, labor que podrá ser apoyada por el equipo de Principio de Oportunidad. Una vez vencido el término, el fiscal del caso debe informarle al fiscal competente para la aplicación del Principio de Oportunidad sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas; si se incumplen, éste decidirá que la actuación continúe; si se cumplen, ordenará la renuncia al ejercicio de la acción, evento en el cual el fiscal del caso será el encargado de asistir a la respectiva audiencia de control.

26 Resolución 6657 de 2004, artículo primero, parágrafo, adicionado por la resolución 3884 de 2009, artículo segundo, quedando en la siguiente forma: “Una vez definida la aplicación del Principio de Oportunidad por el Fiscal General o su delegado especial, según el caso, de ser procedente la renuncia, la suspensión o la interrupción del ejercicio de la acción penal, será el fiscal de conocimiento quien intervenga en el control judicial ante el Juez de Garantías respectivo”.

27 Resolución 6657, numeral 8: “El control judicial de la aplicación del Principio de Oportunidad previsto en el Artículo 327 de la Ley 906 de 2004, tendrá lugar cuando, como consecuencia de la renuncia proceda la extinción de la acción penal”.

28 Sentencia C-979 de 2005 “(...) Finalmente, despojar de control jurisdiccional las decisiones de la Fiscalía, que como la suspensión del procedimiento a prueba, comporta afectación de derechos fundamentales, vulnera la primacía y garantía de protección que a estos valores confiere el orden constitucional (Artículos 2 y 5) así como el derecho a acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad (Artículos 13 y 228), por que se crearía la posibilidad que unas decisiones que afectan derechos fundamentales estuviesen amparadas por el control judicial, en tanto que otras que involucran la misma situación estuviesen sustraídas de tal control (...)”.

### 6.2.2.5. Informe al Equipo de Principio de Oportunidad

El Artículo Segundo de la Resolución 3884 de 2009 dispone que dentro de los ocho días siguientes a la celebración de la audiencia de control, debe remitirse al equipo de Principio de Oportunidad copia de la respectiva acta o, en su defecto, copia del correspondiente registro. En caso de haberse negado la aplicación del Principio de Oportunidad, debe hacerse la comunicación al equipo de Principio de Oportunidad en tal sentido, además de informar los recursos interpuestos.

### 6.3. Intervención del Equipo de Principio de Oportunidad

En este apartado se analizan las funciones del Equipo de Principio de Oportunidad<sup>29</sup>, y se relacionan algunos datos de interés para el trámite de la aplicación del Principio de Oportunidad. A continuación se describe una breve reseña histórica de la Secretaría Judicial, la Secretaría Técnica y el equipo de Principio de Oportunidad.

Mediante resolución 0-313 de 1998 la Dirección Nacional de Fiscalías creó la Secretaría Judicial, cuya función principal era adelantar los trámites por colaboración eficaz, específicamente el control de las notificaciones, el cumplimiento de los términos procesales, la custodia de los expedientes y asuntos secretariales en general. Posteriormente, mediante resolución 6657 de 2004, el Fiscal General de la Nación cambió su denominación por Secretaría Técnica<sup>30</sup>. Mediante Resolución 3884 del 27 de julio de 2009<sup>31</sup>, el Fiscal General de la Nación creó una nueva dependencia, denominada equipo de Principio de Oportunidad, independiente de la Secretaría Técnica pero también adscrito a la Dirección Nacional de Fiscalías, que en adelante cumpliría importantes funciones frente a la aplicación de esta forma

29 Hasta antes de la resolución 3884 del 27 de julio de 2009 dichas funciones estaban a cargo de la Secretaría Técnica.

30 Resolución 6657, artículo 9, Inciso Primero: “Asignar a la secretaría judicial creada en la Dirección Nacional de Fiscalías, mediante resolución 0-313 del 11 de febrero de 1998 para los trámites de beneficios por colaboración eficaz con la justicia, que en adelante se denominará Secretaría Técnica, además de las allí previstas, las siguientes funciones: a) recibir, registrar y consolidar los informes sobre la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad, b) recibir, registrar y consolidar los informes sobre aplicación efectiva del Principio de Oportunidad por el Fiscal General de la Nación, su delegado especial o por los fiscales de conocimiento (...)”

31 Este tema está regulado en los apartes cuarto y quinto de dicha resolución, que podrá ser consultada en el capítulo de anexos.

de terminación de la actuación, según se indica a continuación.

### **6.3.1. Funciones del equipo de Principio de Oportunidad**

- Recibir, registrar y consolidar los informes sobre la posibilidad de aplicación del principio.
- Recibir, registrar y consolidar los informes sobre aplicación efectiva del principio.
- Recibir, registrar y consolidar las aprobaciones dadas por los Jueces de Control de Garantías.
- Recibir, registrar y consolidar la negativa ante la solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad por alguno de los intervinientes.
- Crear y alimentar una base de datos de los beneficiarios del Principio de Oportunidad e informar a los fiscales que pretenden hacer uso de dicho instituto si las personas a cuyo favor se ordenaría la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal han sido beneficiadas con decisiones semejantes. Estos datos pueden incidir en la aplicación del Principio de Oportunidad, según las directrices trazadas en el memorando 032 del 4 de marzo de 2008.
- Medir los estándares de eficiencia frente a la aplicación del Principio de Oportunidad, mantener actualizada la doctrina y la jurisprudencia sobre este tema, y unificar la interpretación del Principio de Oportunidad al interior de la entidad<sup>32</sup>.
- En las modalidades de suspensión e interrupción, cuando el fiscal competente sea el Fiscal General o su delegado especial, tal y como se indicó anteriormente y como lo señala el artículo segundo, párrafo, de la resolución 6657, el control sobre el cum-

32 Resolución 6657 de 2004, Artículo Noveno, Inciso Quinto: “Para todos los casos la Secretaría Técnica llevará el control adecuado de la aplicación del Principio de Oportunidad para medir los estándares de eficiencia frente al nuevo sistema y, al efecto, enviará informes quincenales al despacho del Fiscal General de la Nación. Igualmente, deberá mantener actualizada la doctrina y la jurisprudencia que al respecto se emita para difundirlas en el ámbito nacional”.

plimiento de las condiciones siempre se mantendrá en el fiscal del caso, pero, según lo dispuesto en el memorando 009 de 2005, en su numeral séptimo, la Secretaría Técnica pueda coadyuvar dicho control y seguimiento<sup>33</sup>.

### **6.3.2.** Otros aspectos importantes del trámite que debe surtirse ante el Equipo de Principio de Oportunidad:

El trámite del fiscal del caso frente al equipo de Principio de Oportunidad fue analizado en anteriores apartados y por tanto se puede remitir a lo allí explicado. En este momento cabe hacer énfasis en lo siguiente:

En todos los casos se debe solicitar al equipo de Principio de Oportunidad que informe si el indiciado, imputado o acusado ha sido beneficiado con la aplicación del Principio de Oportunidad. Esta información debe solicitarse por el medio más eficaz<sup>34</sup>, así: podrá enviarse por correo físico a la carrera 22B No 52-01, Bloque F, piso 5; por correo electrónico a la dirección [dnfstpo@fiscalia.gov.co](mailto:dnfstpo@fiscalia.gov.co) o por fax al número (01) 570 2000, extensiones 1003 y 1004.

Cuando se aplique el Principio de Oportunidad en la modalidad de suspensión o interrupción, debe tenerse en cuenta lo siguiente: (a) tanto la decisión de suspensión o interrupción como la posterior renuncia, tienen control jurisdiccional; (b) la verificación del cumplimiento de las obligaciones durante la suspensión está a cargo del fiscal del caso, independientemente de que sea necesaria o no la intervención del Fiscal General de la Nación

33 Memorando No. 009 de 2005, página 3, numeral 7, “para los efectos anteriores, la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías realizará las siguientes labores: (...) Cuando se disponga la interrupción de la persecución penal, o la suspensión del procedimiento a prueba, de acuerdo con los párrafos de los artículos segundo y quinto de la resolución 6657 de 2004, de la FGN, el Fiscal General de la Nación o su delegado especial podrán disponer que el fiscal del caso vele por el cumplimiento de los requisitos y condiciones impuestas al aplicar uno u otro mecanismo, sin perjuicio de que la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías coadyuve en ese control y seguimiento”.

34 Memorandos 09, 139 de 2005 y 032 de 2008, en los que de manera reiterada se ha indicado en los asuntos de competencia del fiscal del caso: “... diligenciará integralmente el informe de aplicación del Principio de Oportunidad por el fiscal del caso, que con el presente se anexa y remitir una copia vía correo electrónico o por el medio más expedito a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, y continuar con el procedimiento previsto en los artículos 321 a 330 de la Ley 906 de 2004”.

o su delegado especial, de acuerdo con las reglas atrás relacionadas; el cumplimiento de dicha labor podrá ser apoyado por el equipo de Principio de Oportunidad; (c) debe informarse al equipo de Principio de Oportunidad la decisión de suspender, el cumplimiento o no de las obligaciones impuestas y la decisión de aplicar la modalidad de renuncia; (d) cuando sea necesaria la intervención del Fiscal General de la Nación o su delegado especial, el fiscal del caso debe someter a consideración la posibilidad de suspender, debe informar sobre el cumplimiento de las obligaciones y acatar lo decidido en torno a la posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción penal.

## **7. AUDIENCIA DE LEGALIDAD ANTE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS**

El tipo de control judicial que debía tener el Principio de Oportunidad fue objeto de arduos debates en la Comisión Constitucional Redactora y en el Congreso de la República. En efecto, mientras unos abogaban por un control rogado por la víctima o el Ministerio Público, otros hacían alusión a la necesidad de un control automático, formal y material. Finalmente, se acordó un control automático y obligatorio para los casos de renuncia. Más adelante, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-979 de 2005, concluyó que el control opera para todas las modalidades de aplicación del Principio de Oportunidad<sup>35</sup>. La Corte ha hecho énfasis en que el control que ejerce el juez de garantías es formal y material<sup>36</sup>.

En un sistema acusatorio, donde el método de comunicación es la oralidad, el control judicial a la aplicación del Principio de Oportunidad debe realizarse en audiencia pública. Durante dicha diligencia el fiscal tiene el deber de exponer de manera adecuada el caso y abordar los

35 “El control que ejerce el juez de garantías sobre la aplicación del Principio de Oportunidad, independientemente de sus consecuencias provisionales, precarias o definitivas (interrupción, suspensión o renuncia), debe estar orientado no solamente a emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado”, viéndose incluso compelido a verificar las situaciones de “competencia” del fiscal que ordenó la aplicación del Principio de Oportunidad, cuando siguiendo la misma sentencia indica la Corte que: “el Juez de Control de Garantías, exija el sometimiento del fiscal a su propio reglamento. Así se deduce del Artículo 330 que establece que el reglamento determinará de manera general el procedimiento “interno” de la entidad para asegura la aplicación del Principio de Oportunidad”.

36 Véanse, por ejemplo, las Sentencias C-1092 de 2003 y 591 de 2005.

problemas jurídicos generales y específicos que resulten procedentes para establecer la procedencia de la renuncia, suspensión o interrupción del ejercicio de la acción penal. El trámite de control judicial tiene las siguientes características:

## **7.1. Desarrollo de la audiencia**

**7.1.1.** Término: una vez emitida la orden, dentro de los cinco días siguientes, el fiscal presentará ante el Juez de Control de Garantías (o en la Oficina de Apoyo Judicial) la solicitud para llevar a cabo audiencia de control sobre la aplicación del Principio de Oportunidad.

**7.1.2.** Intervinientes: a la audiencia de control podrán comparecer, además del fiscal, la víctima, el Ministerio Público, el imputado o acusado y su defensor, razón por la cual deben ser citados por el medio más eficaz y dejar constancia de ello, so pena de nulidad de la actuación. Por lo tanto, el fiscal debe suministrarle al juez los datos sobre la ubicación de quienes deben intervenir, lo que no es óbice para que mantenga la iniciativa de garantizar la comparecencia de estas personas a la audiencia.

**7.1.3.** Presentación del caso<sup>37</sup>: para dar cumplimiento a este requisito el fiscal hará una narración sucinta de los hechos, indicará el grado de participación del imputado y pondrá a consideración del juez los medios de conocimiento que soportan dichas conclusiones, para de esa forma garantizar que la presunción de inocencia está siendo protegida, conforme lo ordena el Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal<sup>38</sup>.

**7.1.4.** Causal aplicada: el fiscal indicará la causal aplicada y deberá explicar al juez por qué jurídica, fáctica y probatoriamente se cumplen todos los requisitos de la misma. Ello implica la relación expresa de los problemas jurídicos, la exposición de las respues-

37 Módulo de Formas de terminación anticipada, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla “Por lo anterior, el primer acto de la audiencia debe ser la presentación del caso por parte del fiscal y si conforme a dicha presentación es evidente la no responsabilidad, el juez debe declararse incompetente y solicitar al fiscal la presentación de la solicitud de preclusión ante el Juez de Conocimiento”.

38 Artículo 327, Inciso Final: “La aplicación del Principio de Oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

tas o tesis frente a cada uno de ellos y la explicación de cómo las evidencias realmente soportan los hechos que materializan la conducta y que demuestran los presupuestos de la causal. En el módulo de Principio de Oportunidad de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla se hace énfasis en la necesidad de que el juez valore los medios de conocimiento aportados por el fiscal y -se agregan- los que eventualmente aporte la víctima<sup>39</sup>.

- 7.1.5.** Competencia del fiscal que expidió la orden. El fiscal debe explicarle al juez cómo fue el trámite al interior de la Fiscalía, de acuerdo con lo reglado en el parágrafo segundo del Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal y las Resoluciones 6657 y 6658 del 30 de diciembre de 2004 y la Resolución 3884 del 27 de julio de 2009. Es conveniente que el fiscal tenga a la mano esta reglamentación, pues en algunos eventos, aunque excepcionales, el juez no ha tenido acceso a la misma.
- 7.1.6.** Entrega de la orden mediante la cual se aplicó el Principio de Oportunidad, donde, según se anota en otro apartado, deben constar las razones que hacen procedente la renuncia, suspensión o interrupción de la sanción penal.
- 7.1.7.** Modalidad bajo la cual se dará aplicación al Principio de Oportunidad. De tratarse de suspensión o interrupción, deberá indicarse cuáles son las obligaciones impuestas al beneficiado. Si lo que se ha ordenado es la renuncia posterior a la suspensión o interrupción, se indicará sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas.
- 7.1.8.** Se indicará todo lo atinente a la manera como se garantizaron o consideraron los derechos de las víctimas, lo que incluye la comunicación del inicio del trámite de Principio de Oportunidad, la indemnización integral, los términos de acuerdo restaurativo, etcétera, de acuerdo con los requisitos específicos de cada causal.

<sup>39</sup> Op. cit. página 36, "(...) 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 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 esta 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".





# CAPÍTULO II



## **ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE CADA UNA DE LAS CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

En el Acto Legislativo 03 de 2002 y en la Ley 906 de 2004 se optó por una reglamentación estricta del Principio de Oportunidad, posición que ha sido ratificada por la Corte Constitucional en varias sentencias donde se ha analizado el tema<sup>40</sup>. Parte de esa reglamentación, según se ha dicho, está expresada en la consagración de causales taxativas.

Este apartado está orientado al estudio de cada una de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad, partiendo de las discusiones al interior de la Comisión Constitucional Redactora y del Congreso de la República. También se tienen en cuenta importantes aportes doctrinarios, tanto nacionales como internacionales, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional e incluso algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los que tangencialmente se ha hecho alusión a dicha figura jurídica.

Para facilitar el abordaje de esta temática, cada una de las causales consagradas en el Artículo 324, modificado por la Ley 1312 de 2008, será analizada desde sus requisitos específicos, ya que los mismos están orientados a desarrollar uno o varios aspectos jurídicos determinantes para la aplicación del Principio de Oportunidad. Además, de esta manera se pretende sugerir una propuesta argumentativa que permita sustentar adecuadamente las decisiones y pretensiones en esta materia.

40 C-095 de 2007, C-998 de 2007 y C-673 de 2005, entre otras.

Como quiera que el sentido y alcance de algunas causales -o sus requisitos específicos- han sido objeto de diversas interpretaciones, se hará alusión a las posiciones sobre cada aspecto en particular, para brindar mayores posibilidades argumentativas en los debates propios de la aplicación cotidiana del Principio de Oportunidad.

## 1. CAUSAL PRIMERA

Artículo 324, numeral primero, modificado por el artículo segundo de la Ley 1312 de 2009.

*“Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de seis años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público. Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles, siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior”.*

### 1.1. Principales problemas jurídicos de la causal primera

La causal primera tiene dos problemas jurídicos principales, a saber: **(i)** que el extremo máximo de la pena no supere los seis años de prisión y **(ii)** que se haya indemnizado integralmente a la víctima. Existen algunos problemas jurídicos derivados que serán analizados en cada apartado.

#### 1.1.1. Que el extremo máximo de la pena no supere los seis años de prisión

##### 1.1.1.1. Alcance del límite temporal consagrado en la causal.

Inicialmente cabe anotar que la Ley 1312 de 2009 hace una importante aclaración frente al límite de seis años a que hace alusión esta causal, pues la redacción inicial<sup>41</sup> dio lugar a discusiones en torno a si se trataba de la pena consagrada en abstracto en la respectiva disposición legal o la pena a imponer en el caso concreto. Con la reforma queda claro que se trata del extremo máximo de la pena prevista en el respectivo tipo penal, con lo que se cierran las discusiones que se dieron frente a este punto.

<sup>41</sup> “Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis años...”.

### **1.1.1.2. Delitos frente a los que procede la causal primera**

Este requisito ha dado lugar a diversas interpretaciones de la causal primera, sobre todo en lo atinente al tipo de delitos frente a los cuales procede. En efecto, mientras algunos sostienen que esta causal sólo es aplicable cuando se trate de conductas punibles de menor gravedad y por lo tanto objeto de una menor penalización -el máximo de la pena asignada debe ser inferior a seis años-, otros arguyen que la causal primera debe armonizarse con el parágrafo segundo del Artículo 324 y que, en consecuencia, resulta aplicable frente a cualquier delito; bajo esta última postura todo se reduce a un problema de “*competencia*”, en el sentido de que cuando el delito tiene asignada una pena máxima que no exceda de seis años el Principio de Oportunidad puede ser aplicado directamente por el fiscal del caso, y en los demás eventos la decisión debe ser tomada por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial, según las reglas explicadas en el anterior capítulo. A continuación se expondrán los argumentos que sirven de respaldo a cada una de estas interpretaciones.

#### **1.1.1.2.1 Argumentos para sostener que la causal primera es aplicable a cualquier delito sin importar la pena**

Quienes sostienen que la causal primera es aplicable a cualquier delito, independientemente de la pena que tenga asignada, soportan su conclusión en los siguientes argumentos:

Es el sentido más práctico que tiene el parágrafo segundo del Artículo 324. En efecto, lo que se pretende con esta norma es determinar la competencia al interior de la Fiscalía General de la Nación para la aplicación del Principio de Oportunidad, de tal manera que cuando se trate de delitos cuya pena sea inferior a seis años, el fiscal del caso decidirá autónomamente sobre la aplicación del Principio de Oportunidad, mientras que en los demás eventos la decisión deberá ser tomada por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial. En este orden de ideas, la interpretación sistemática de la causal primera con el parágrafo segundo permite concluir que dicha causal procede frente a cualquier delito<sup>42</sup> y que el límite de seis años sólo tiene relevancia para determinar la competencia al interior de la Fiscalía General de la Nación.

<sup>42</sup> Salvo las excepciones consagradas en el parágrafo tercero del Artículo 324 en cita.

De no ser así, se limitaría significativamente la aplicación del Principio de Oportunidad, toda vez que la causal primera sería aplicable a un número demasiado reducido de delitos, la mayoría de ellos querrelables y por ende susceptibles de otras formas de terminación anticipada.

La causal, así interpretada, desarrolla una nueva alternativa en materia de solución del conflicto penal, asociada a la indemnización integral de la víctima. Además, democratiza el proceso y, especialmente, permite una mayor participación de la víctima en la solución de los conflictos, ya que la causal está supeditada a la indemnización integral.

En el Manual de Procedimientos de la Fiscalía General de la Nación, que hace parte de la reglamentación interna sobre aplicación del Principio de Oportunidad (Resolución 6657 de 30 diciembre de 2004), se indica que la causal primera no está supeditada a delitos cuya pena máxima no exceda de seis años, y se deja entrever que se trata de un problema de competencia; en efecto, frente a un caso de hurto calificado y agravado, se dice:

*“Como el caso se adecua a la causal descrita y el fiscal constata que no existe prohibición legal para aplicar el Principio de Oportunidad, si se tiene en cuenta que la pena máxima del delito perseguido es superior a seis años, de inmediato diligencia el formato de solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad y lo envía a la Secretaría Técnica, informa al despacho del Fiscal General de la Nación que la situación fáctica se enmarca en la hipótesis contemplada en el parágrafo segundo del Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, para que asuma directamente la aplicación del Principio de Oportunidad o lo haga a través del delegado especial que designe”<sup>43</sup>.*

Algún sector de la doctrina da a entender que la causal primera es aplicable a delitos que tengan una pena superior a seis años<sup>44</sup>.

43 Fiscalía General de la Nación. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, 2 ed., Bogotá, 2006. p. 230.

44 En efecto, Forero Ramírez, Juan Carlos (en Aproximación al estudio del Principio de Oportunidad. Bogotá, Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez, 2006. p. 147) expresa: “La causal expresa que el Principio de Oportunidad se aplicará cuando se trate de un delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis años de prisión. De

**1.1.1.2.2.** Los argumentos para sostener que la causal primera sólo es aplicable a delitos de menor gravedad (cuya pena máxima no exceda de seis años) son los siguientes:

Las causales de aplicación del Principio de Oportunidad son taxativas. No es posible que el operador jurídico cree nuevas causales, ni siquiera por vía interpretativa, máxime cuando el texto legal es claro.

La causal primera estaba orientada a cobijar un considerable número de delitos, pero a raíz de la expedición de la Ley 890 de 2004 su rango de acción se vio significativamente disminuido. En efecto, delitos como el homicidio culposo y algunos eventos de lesiones personales que en principio podían solucionarse con esta causal, finalmente quedaron por fuera de su cobertura. Ahora bien, los efectos -al parecer no deseados por el legislador- de la Ley 890 de 2004 para la aplicación de la causal primera del Principio de Oportunidad no pueden solucionarse modificando el sentido de la norma, a no ser que ello se haga a través de una reforma legislativa.

El anterior argumento encuentra respaldo en el hecho de que tanto en el proyecto legislativo que a la postre se convirtió en la Ley 1142 de 2007, como en el proyecto de reforma que finalmente se concretó en la Ley 1312 de 2009, se pretendió modificar la causal primera en el sentido de que fuera aplicable a delitos cuyo extremo máximo no fuera superior a nueve años; esto es, se pretendió retornar a la cobertura que tenía antes de la expedición de la Ley 890 de 2004. En ambos eventos esta intención de reforma no fue aceptada. Así las

otra parte, el parágrafo primero del mismo artículo 324 expresa que “la aplicación del Principio de Oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que excedan seis años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que él designe para tal efecto...”. A renglón, y en referencia a la causal primera, expone: “Pensemos en el caso de un homicidio culposo, que inicialmente tenía prevista en el Código Penal una pena de dos a seis años de prisión, lo cual implicaría que no sería necesaria la intervención del Fiscal General de la Nación para la aplicación del multicitado principio. Sin embargo, la Ley 890 de 2004 aumentó las penas respecto de todas las conductas punibles (...), ello implica que el nuevo marco punitivo de un homicidio culposo simple sería de dos años ocho meses a nueve años...”. Y luego concluye que ante ese marco punitivo, “sería necesaria la intervención del Fiscal General de la Nación o el delegado especial que él designe, lo cual entorpecería aún más la aplicación del Principio de Oportunidad”.

cosas, si fuera cierto que la causal primera aplica para cualquier delito, ningún sentido hubiese tenido las propuestas de reforma, ya que las mismas nunca estuvieron orientadas a modificar la “*competencia*” para la aplicación del Principio de Oportunidad establecida en el parágrafo segundo del Artículo 324, sino a permitir que la causal primera fuera aplicable a un mayor número de delitos<sup>45</sup>.

La causal primera no es la única que consagra límites relacionados con las penas establecidas para los delitos. En efecto, la causal séptima del Artículo 324 también consagra un límite semejante, toda vez que el Artículo 524 -norma a la que se hace expresa remisión- dispone que la justicia restaurativa sólo dará lugar a la renuncia de la acción penal cuando se trate de delitos cuya pena mínima no sea superior a cinco años. En este orden de ideas, no se vislumbran las razones para que el legislador hubiese optado por una aplicación amplia de la causal primera (a cualquier delito) pero hubiera reducido el margen de aplicación de la causal séptima sólo a delitos cuya pena mínima inferior a cinco años, máxime si se tiene en cuenta que la causal séptima propende no sólo por la reparación de la víctima sino además por la protección de la sociedad, pues no basta el acuerdo restaurativo sino que además, por regla general, el imputado debe someterse a una o varias de las obligaciones del Artículo 326 del mismo estatuto.

<sup>45</sup> En los debates previos a la expedición de la Ley 1312 de 2009, se explicó por qué se justificaba el incremento del límite punitivo de la causal primera, de seis a nueve años: “La causal primera del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, se modifica de la siguiente manera: 1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de nueve años, o que 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 al concurso de conductas punibles, siempre que individualmente cumplan con los límites y calidades punitivas previstas en el inciso anterior. a) Se aclara que el límite señalado corresponde a la pena en abstracto fijada en el tipo penal y no a la realmente impuesta por el juez. b) Como la Ley 890 de 2004, posterior a la Ley 906 del mismo año, se trata de reformar en este proyecto, aumentó todas las penas del Código Penal, en la tercera parte de los mínimos y la mitad de los máximos, parece conveniente subir de seis a nueve años el límite previsto para aplicar el Principio de Oportunidad, a efecto de que conductas de poca gravedad no queden excluidas”. En el segundo debate del proyecto de Ley 261 (que dio lugar a la Ley 1312 de 2009), se explica por qué desistió del proyecto de reforma en lo atinente al incremento del límite punitivo de la causal primera: “Por solicitud de la Senadora Gina Parody, y con el propósito de que autores de delitos como el constreñimiento al elector, la violencia intrafamiliar, algunos abusos sexuales en menores, y otros de similar gravedad no puedan ser objeto de aplicación del Principio de Oportunidad, se volvió a la pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis años, siempre y cuando ocurra la reparación integral” .

En las discusiones en el Congreso, previas a la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, se hizo énfasis en que el Principio de Oportunidad estaba orientado en buena parte a lograr salidas alternativas a las conductas punibles de menor gravedad<sup>46</sup>. Este presupuesto fue tenido en cuenta por la Corte Constitucional en varias de las sentencias donde se decidió la exequibilidad de las normas que regulan el Principio de Oportunidad en Colombia<sup>47</sup>. La causal primera del artículo 324 parece ser un mecanismo idóneo para lograr que muchas conductas punibles, consideradas de menor gravedad en atención a la pena dispuesta por el legislador, puedan tener una solución alternativa. Frente a este tema, en la Sentencia C-673 de 2005, reiterada en la Sentencia C-098 de 2007, la Corte Constitucional resaltó que “fue la voluntad del Congreso de la República que el Principio de Oportunidad se aplicase esencialmente para los delitos *“bagatela” pero también que se constituyera en un instrumento para combatir el crimen organizado*”.

La doctrina colombiana considera, casi unánimemente, que la causal primera sólo procede frente a delitos menores: Sobre el particular, Mestre Ordóñez expresa:

46 “Como sería el caso, en un país como Colombia de veintisiete mil homicidios al año, tres mil secuestros al año, múltiples casos de corrupción pública, situaciones de delincuencia de cuello blanco, delitos relacionados de manera grave con la libertad sexual y con el tráfico de personas, entre otros, esos delitos deben formar parte del catálogo de prioridades de un Fiscal General en Colombia, que debe concertar con el Presidente como sumo responsable según la Corte Constitucional de la política criminal, pero hay otros delitos que no sean importantes pero que en función de los prioridades pueden tener un tratamiento diverso y para eso es el Principio de Oportunidad, para darle salidas diversas, no siempre un archivo, muchas veces a través de la justicia restaurativa, una solución diferente; en eso el proyecto es de vanguardia, en eso el proyecto está más lejos y logra aterrizar las fórmulas creo mejor que casi todos los códigos que hay en América Latina” (Congreso de la República, acta de discusión número 02). En su intervención ante el Congreso, Gómez Pavajeau resaltó: “no lo quitemos porque esas doce causales, están muy bien pensadas, para sacar del catálogo de lo que debe pasar a juicio una cantidad de criminalidad de bagatela, una cantidad de criminalidad pequeña y es que vale la pena correr el juicio, si eso se fuera a aplicar a una criminalidad dura, no valdría la pena correr riesgos, pero si se va a aplicar a la criminalidad numérica, a la que cuantitativamente suma, creemos que es pertinente, que revisemos ese articulado”.

47 Véase, por ejemplo, la Sentencia C-095 de 2007, donde la Corte resaltó: “... existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica (...) se descongestiona y racionaliza la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social. 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”.

*“El único problema práctico que se ha generado en relación con esta primera parte es la confusión entre el límite de la pena contenido en la causal y la distribución de competencia con base en la pena, dispuesta por el parágrafo segundo del artículo 324. En algunos sectores de la Fiscalía se opina que si se trata de un caso en el que la pena máxima es superior a seis años y se cumple los demás requisitos de la causal, lo que se debe hacer es enviar el asunto al delegado especial del Fiscal General de la Nación para la aplicación del Principio de Oportunidad, quien lo hace utilizando este numeral 1. Una aplicación al Principio de Oportunidad en estas condiciones es ilegal y así debería concluirse...”<sup>48</sup>.*

Por su parte, Carlos Arturo Gómez Pavajeau apunta:

*“Se tiene en primer lugar, lo dispuesto en el artículo 324.1., cuando se trate de delitos cuya pena privativa de la libertad no supere un máximo de seis años. Para los efectos de la causal, se requiere tener en cuenta la pena máxima imponible en abstracto, teniendo en cuenta todos los elementos que inciden en la determinación de los límites inferiores y superiores para su tasación”.*

Además, Jorge Fernando Perdomo Torres refiere:

*“La primera causal consagrada en el artículo 324 es la manifestación tradicional del Principio de Oportunidad. Ella faculta a la autoridad competente para aplicar este principio, en primer lugar, cuando se esté ante delitos considerados de menor importancia debido a la valoración punitiva que de ellos ha hecho el legislador”.*

Es cierto que el Fiscal General de la Nación está facultado para reglamentar la aplicación del Principio de Oportunidad, y en tal sentido le es dado decidir que el manual interno de la Fiscalía haga parte de la reglamentación<sup>49</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo expresado por la Corte

48 Mestre Ordóñez, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. 2 ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007. pp. 284 y 285.

49 Resolución 6657 del 30 de diciembre de 2004, Artículo 11, parágrafo: “El contenido de la guía de introducción al Sistema Penal Acusatorio colombiano, en lo relacionado con definiciones, causales, procedimientos, responsabilidades del fiscal, recomendaciones y observaciones atinentes al Principio de Oportunidad, se entenderán integrados a este reglamento”.

Constitucional<sup>50</sup> en el sentido de que dicha reglamentación no puede trascender la organización interna del ente acusador y, por lo tanto, no vincula al Juez de Control de Garantías, por lo que es obvio que a través de la misma no puede ampliarse o cambiarse el sentido y alcance de una causal. Sobre el particular dijo la Corte:

- Los poderes de reglamentación que los artículos demandados radican en el Fiscal General de la Nación en materia de regulación de la aplicación del Principio de Oportunidad y fijación de criterios para el funcionamiento de los mecanismos de justicia restaurativa, se derivan de la autonomía limitada que la Constitución establece a favor del ente investigador.
- Más que una potestad, lo que las normas demandadas establecen es un deber de reglamentación de estas importantes materias.
- El deber de reglamentación adscrito al Fiscal General debe ser de alcance general y con un espectro de aplicación restringido al ámbito interno de la entidad.
- En tanto que operativo e interno el reglamento o el manual no puede limitar a actores externos, particularmente al Juez de Control de Garantías.
- El deber de reglamentación del fiscal está limitado por las finalidades que la Constitución y la ley asignan a las instituciones cuya aplicación regula.
- El reglamento y el manual que expida el Fiscal General de la Nación debe desarrollar los criterios de política criminal trazados por la Constitución y la ley penal.
- El reglamento y manual así expedidos, cumplen un papel de autolimitación del Fiscal General de la Nación, quien queda vinculado a su propio reglamento;

50 C-979 de 2005.

- A través de los deberes de reglamentación de carácter general e interno se promueven valores constitucionales como los principios de competencia preferente del Fiscal General de la Nación y unidad de gestión y jerarquía (Artículo 251.3), el principio de igualdad (Artículo 13, Constitución Política) y la protección de las víctimas (Artículo 251.6/7).

En la Comisión Constitucional Redactora se hizo alusión a la importancia de utilizar el monto de la pena para limitar la aplicación del Principio de Oportunidad y evitar una excesiva discrecionalidad sobre la materia; en tal sentido se expresó:

*“Frente a la fijación de quantum punitivo, el doctor Granados explicó que si bien los delitos tienen unas penas mínimas y máximas y que esa es una forma de identificar la lesividad del bien jurídico, propuso fijar un quantum de 5, 8, 10 años entre el cual se entienda que el Estado podrá aplicar el principio pero no dejando la facultad tan amplia porque en su concepto ello podría generar aplicaciones muy dispares”<sup>51</sup>.*

En síntesis, existen dos interpretaciones de este primer requisito de la causal primera, ambas sustentadas y admitidas en la práctica. Se presentan los argumentos que las soportan para que fiscales y demás operadores jurídicos puedan tomar la mejor decisión, a la espera de que el desarrollo jurisprudencial y doctrinario permita consolidar el proceso de unificación en pro de los principios de igualdad y seguridad jurídica.

### **1.1.2.** Segundo requisito: que la víctima haya sido indemnizada integralmente

En este punto se analizan cuatro aspectos básicos frente a los cuales se han evidenciado problemas<sup>52</sup> en la práctica judicial: **(i)** concepto de víctima, **(ii)** alcance de la indemnización integral y **(iii)** posibles soluciones cuando la víctima es desconocida.

51 Acta número 30, p. 754.

52 Que se han detectado gracias a la labor de monitoreo nacional realizada por la Comisión de Fiscales para la Capacitación y Seguimiento del Sistema Acusatorio de la Fiscalía General de la Nación.

### 1.1.2.1. Concepto de víctima

Se afirma, con razón, que el tema de los derechos de las víctimas ha dado lugar al mayor número de pronunciamientos de la Corte Constitucional a raíz de la implementación del sistema acusatorio colombiano. En efecto, en vigencia de la Ley 906 de 2004 se han expedido varias sentencias sobre el tema, en las que dicho tribunal ha fijado el alcance de los derechos de las víctimas en el contexto de la nueva sistemática procesal penal: C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-210 de 2007 y C-516 de 2007, entre otras. En la última de las sentencias en cita se fijaron reglas importantes frente al concepto de víctima, básicamente en dos aspectos: el concepto de perjudicado y el concepto de daño -directo o indirecto-.

La Corte Constitucional, basada en su propia jurisprudencia y en la doctrina de tribunales y otros estamentos internacionales, concluye que son inexecutable las normas que limitan el carácter de víctima y en tal sentido afirma:

“Al respecto conviene destacar que si bien la Constitución Política no contempla una definición de víctima, en su Artículo 250, Numeral 6, establece como una de las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación la de solicitar ante el Juez de Conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”. (Se destaca).

En el derecho internacional la tendencia es a considerar víctima a toda persona que hubiese sufrido un daño a consecuencia del delito. Así, el conjunto de principios y directrices básicas de la ONU sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones<sup>53</sup> establece que “A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda

53 E/CN.4/2005/L.48. 13 de abril de 2005. Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos mediante Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005.

*persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida económica o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de Derechos Humanos o una violación grave del Derecho Internacional Humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”.*

Sobre la estructuración del concepto de víctima a partir del concepto de daño, la Corte reiteró:

*“Siguiendo esa tendencia del derecho internacional<sup>54</sup> la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el alcance del concepto de víctima, precisando que son titulares de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación las víctimas y perjudicados con el delito que hubiesen sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste. Este criterio se ha sostenido tanto en el contexto de los procesos penales de la justicia ordinaria en el ámbito nacional, como en el contexto de la justicia transicional, y de la justicia internacional”<sup>55</sup>.*

En relación con los procesos que se adelantan conforme al estatuto procesal ordinario (Ley 600 de 2000), la Corte precisó que están legitimados para perseguir la garantía de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación tanto la víctima directa, como los perjudicados con el hecho punible:

*“La víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un*

54 La regla 85 del documento de las Reglas de Procedimiento y Pruebas, anexo al Estatuto de la Corte Penal Internacional, establece que “para los fines del Estatuto y de las Reglas procedimiento y Pruebas: a) Por ‘víctima’ se entenderá a las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”.

55 Sentencias C-228 de 2002, C-370 de 2006 y C-578 de 2002.

*daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también un daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado”<sup>56</sup>.*

*“Se requiere que haya un daño real, no necesariamente de contenido patrimonial, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. (...) Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando éste existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial”<sup>57</sup>.*

Resalta la Corte que el carácter directo del daño debe establecerlo el juez, pero no puede ser una cortapisa legislativa para aceptar la intervención de la víctima.

*“En cuanto al carácter “directo” del perjuicio, se ha considerado que tal cualidad no constituye un elemento o condición de existencia del daño, sino que plantea un problema de imputación, en cuanto pone de manifiesto el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. De tal manera que cuando el legislador en el Artículo 132 asigna al daño el calificativo de “directo” para el sólo efecto de determinar la calidad de víctima, está condicionando tal calidad a la concurrencia de un elemento de imputación que corresponde a un análisis posterior que debe efectuar el juez, al determinar tanto la responsabilidad penal como la civil del imputado o acusado. Este calificativo indudablemente restringe de manera inconstitucional la posibilidad de intervención de las víctimas en el proceso penal y su derecho a un recurso judicial efectivo. La determi-*

56 C-228 de 2002.

57 Sentencia C-228 de 2002.

*nación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo”.*

**Conclusión:** en el ordenamiento jurídico colombiano debe tenerse por víctima a la persona que haya sufrido un daño cierto, real y concreto derivado de la conducta punible, independientemente de que tenga o no la calidad de sujeto pasivo del delito o de que tenga o no vínculos de parentesco con el sujeto pasivo. En tal sentido, la Corte Constitucional declaró inexecutable los apartes de los Artículos 92, 102, 132 y 137 del Código de Procedimiento Penal que condicionaban la calidad de víctima, bien al concepto de “*víctima directa*” o al de “*daño directo*”.

### 1.1.2.2. Alcance de la indemnización integral

La causal primera del Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal consagra como requisito esencial para la aplicación del Principio de Oportunidad el que la víctima haya sido reparada integralmente. Actualmente, se acepta que para que la reparación sea integral, la misma debe ir más allá del simple resarcimiento del perjuicio económico derivado del delito y, en tal sentido, debe incluir la asistencia -cuando sea necesaria- y la garantía de no repetición, lo que es acorde con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre los derechos de las víctimas<sup>58</sup>. Al respecto deben tenerse en consideración todas las expresiones del daño, bien las más tradicionales como el daño emergente y el lucro cesante, ora las que corresponden a desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales más modernos como la afectación de la vida en relación.

#### 1.1.2.2.1. Situaciones problemáticas frente al concepto de indemnización integral

Frente a este aspecto el fiscal puede enfrentar las siguientes situaciones:

<sup>58</sup> Véanse, entre otras, las sentencias C-288 de 2002, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-210 de 2007 y C-516 de 2007.

**1.1.2.2.1.1.** La víctima manifiesta estar plenamente indemnizada con cifras que el fiscal considera irrisorias o insuficientes

En la práctica se han detectado casos -la mayoría de ellos en delitos culposos- en los que la víctima expresa al fiscal que ha sido plenamente indemnizada con cifras que parecen insuficientes para mitigar el daño causado, o presenta documentos escritos que dan cuenta de este tipo de acuerdos celebrados con los indiciados, imputados o acusados o con las aseguradoras de éstos. En estos eventos el fiscal debe decidir si un resarcimiento de esa naturaleza debe tenerse como indemnización integral, en este caso para la aplicación de la causal primera de Principio de Oportunidad.

La jurisprudencia nacional ha fijado pautas importantes sobre la posibilidad de intervención que tiene el funcionario judicial frente a las manifestaciones o decisiones de la víctima en torno a la indemnización de perjuicios.

En la Sentencia T-1062 de 2002 la Corte Constitucional expresó:

*“Puesto que es pecuniaria la naturaleza de la pretensión indemnizatoria, ésta se debe regular conforme a los principios generales del derecho privado, así el trámite sea adelantado por un juez penal. En efecto, teniendo en cuenta que este procedimiento se debe regir por los parámetros del derecho privado, al conocer del adelantamiento de éste, los titulares de la acción civil pueden disponer de su derecho en el sentido de decidir renunciar a éste o realizar una transacción sobre el mismo, decisión que debe ser respetada por el juez penal a pesar de que con ésta no se dé una reparación plena del daño. En consecuencia, aún en estas condiciones el juez debe decretar la extinción de la acción penal”.*

Basada en el anterior pronunciamiento, pero en el contexto de la Ley 906 de 2004, la Corte Suprema de Justicia también se refirió a la posibilidad de que la víctima celebre acuerdos en torno al monto indemnizatorio:

*“En realidad, no parece razonable que en el sistema procesal anterior la víctima pudiera disponer de su pretensión indemnizatoria, pero en el nuevo, cruzado transversalmente por el instituto de las negociaciones, preacuerdos y acuerdos, esa capacidad dispositiva quede limitada. Estas reflexiones en torno a las figuras que consagran modalidades de reparación, conducen a que se diferencie la actitud indemnizatoria del sujeto activo de la ilicitud y la negociación o del acuerdo indemnizatorio, de manera que en todos los casos en que se presente el primero -que incluye la negativa de la víctima a disminuir sus pretensiones- se exija el pleno resarcimiento de los perjuicios, pero si hay acuerdo se esté acorde con los términos fijados por la libre voluntad de las partes”<sup>59</sup>.*

A pesar de la posibilidad que tiene la víctima de negociar el monto de la indemnización, el fiscal debe tener presente que la víctima tiene derecho a *“recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este Código, información pertinente para la protección de sus intereses”<sup>60</sup>*, por lo que es necesario que conozca el alcance de sus derechos y, a partir de ello, pueda tomar las decisiones que considere pertinentes. De esta manera, aunque el fiscal no pueda desconocer las decisiones de la víctima sobre el monto indemnizatorio, la forma de pago, entre otros, sí puede garantizar que ésta esté debidamente informada sobre la naturaleza del daño y las posibilidades indemnizatorias. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona que ha perdido sus extremidades inferiores a raíz de un delito culposo, pero desconoce que la indemnización puede abarcar el daño emergente, el lucro cesante, la afectación de la vida en relación, entre otros, y a partir de ese desconocimiento decide aceptar un bajo monto de dinero a título de indemnización.

**Conclusión:** La víctima puede tomar diversas decisiones sobre la indemnización de perjuicios y, en principio, dichas decisiones vinculan al funcionario judicial. Sin embargo, el fiscal tiene el deber de suministrarle a la víctima información suficiente sobre el daño sufrido (en ocasiones ello sólo

59 Corte Suprema de Justicia, decisión adoptada en el radicado 24817 de 2006.

60 Ley 906 de 2004, Artículo 11, Literal E.

puede determinarse a partir de dictámenes periciales) y las posibilidades indemnizatorias que se derivan del mismo.

#### **1.1.2.2.1.2.** La víctima tiene una pretensión económica desproporcionada

Este evento, también de frecuente ocurrencia, es contrario al anterior, pues se presenta cuando la víctima pretende obtener un provecho económico desproporcionado, esto es, una “*indemnización*” que supere de manera significativa el daño sufrido.

En estos casos la labor del fiscal debe encaminarse, en primer lugar, a brindarle a la víctima información suficiente sobre el monto del daño y las posibilidades indemnizatorias -en abstracto-, ya que a partir de una adecuada información quizás la víctima comprenda que sus pretensiones económicas son desproporcionadas frente al daño sufrido.

En el evento de que no sea posible lograr un acuerdo indemnizatorio, y de persistir el interés del indiciado, imputado o acusado en indemnizar integralmente a la víctima, puede optarse por determinar los perjuicios materiales a través de un perito y por establecer los perjuicios morales mediante decisión judicial.

Frente al funcionario competente para establecer de manera anticipada los perjuicios morales, algunos sostienen que ello puede hacerlo el fiscal, dada su calidad de funcionario judicial, y que tanto la víctima como el indiciado o imputado podrían acudir ante el Juez de Control de Garantías en el evento de considerar que con la tasación hecha por el fiscal se ha vulnerado algún derecho. Otros aducen -y así se viene realizando en algunos distritos judiciales- que dicha tasación debe hacerla el Juez de Control de Garantías, conclusión que se apoya básicamente en lo siguiente: (i) el fiscal no es un tercero imparcial y por ende no es conveniente que determine el alcance de obligaciones a cargo del indiciado, imputado o acusado, (ii) el Juez de Control de Garantías tiene a su cargo las

decisiones que impliquen la afectación de derechos, salvo los eventos en que las mismas deban ser tomadas por el Juez de Conocimiento, **(iii)** el indiciado o imputado podría sentirse coaccionado ante la tasación que haga el fiscal -su contraparte natural-, **(iv)** este tipo de decisiones son del resorte de los jueces, y el fiscal, aunque conserve el carácter de funcionario judicial, no tiene funciones jurisdiccionales.

En estos eventos puede presentarse una tensión entre la decisión del fiscal y las pretensiones de la víctima (en este caso frente al derecho a ser reparada), ya que es factible que los perjuicios tasados pericial y judicialmente sean inferiores a lo pretendido por la víctima. Frente a esta situación, en la Sentencia C-209 de 2007 se fijan importantes reglas:

- Deben ponderarse los intereses en juego, esto es, los derechos de la víctima y fines públicos que justifican la aplicación del Principio de Oportunidad<sup>61</sup>.
- No siempre prevalece el interés de la víctima. Lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-209 de 2007<sup>62</sup> guarda armonía con los planteamientos de un importante sector de la doctrina según el cual el Artículo 11 del Código de Procedimiento Penal le otorga a la víctima el derecho a ser escuchada en el trámite del Principio de

61 Cabe señalar que dicha valoración implica sopesar los derechos de las víctimas, así como los fines públicos que justifican, según los casos previstos en la ley, aplicar el Principio de Oportunidad. Así, por ejemplo, el numeral 1 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 admite la aplicación del Principio de Oportunidad en relación con delitos sancionados con pena privativa de la libertad inferior a 6 años siempre que se haya “reparado integralmente a la víctima”. Igualmente, el Numeral 13 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 señala que se podrá aplicar el principio cuando se trate de delitos que afecten mínimamente derechos colectivos, “siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse”. En sentido similar, el Numeral 14 autoriza la aplicación del principio cuando “la persecución penal de un delito comporte problemas sociales significativos”, y siempre y cuando se produzca “una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas”. El hecho de que en otras causales no se incluya específicamente algún derecho de las víctimas no significa que éstos no deban ser ponderados puesto que en virtud de la regla general mencionada, siempre deben ser tenidos en cuenta, es decir, sopesados jurídicamente.

62 Lo anterior no significa que como resultado de esa valoración y ponderación siempre deban prevalecer los derechos de las víctimas y que nunca se pueda aplicar el Principio de Oportunidad, puesto que tal como fue diseñado por el legislador, la aplicación de éste supone la valoración de los derechos de las víctimas y la realización de un principio de verdad y de justicia, y no excluye la posibilidad de acudir a la acción civil para buscar la reparación de los daños.

Oportunidad y a que se consideren sus intereses, lo que significa que *“su opinión es necesaria pero no vinculante, pues hace parte de una constelación de circunstancias y exigencias que conllevan a la aplicación del instrumento en comento”*<sup>63</sup>.

- La aplicación del Principio de Oportunidad frente a delitos menores permite destinar los recursos de la administración de justicia a la investigación de delitos más graves<sup>64</sup>. Este aspecto fue considerado en las discusiones en el Congreso previas a los cambios legislativos que permitieron la implementación del sistema acusatorio y concretamente el Principio de Oportunidad; al respecto se tiene en cuenta lo expresado en párrafos anteriores.
- El fiscal está en la obligación de valorar los intereses de la víctima, lo que implica explicar en la orden por qué en un evento determinado no es de recibo la pretensión de ésta, por lo menos en su totalidad. En tal sentido, en la Sentencia C-209 de 2007 la Corte precisó:

*“De conformidad con lo que establece el Artículo 328 de la Ley 906 de 2004, el fiscal debe “tener en cuenta los intereses de la víctima” al aplicar el Principio de Oportunidad. Considera la Corte que es necesario precisar el sentido de las expresiones “intereses de la víctima”, y “tener en cuenta,” empleadas en el Artículo 328. En relación con la expresión “intereses”, observa la Corte que ésta no se circunscribe al eventual interés económico de la víctima que busca la reparación del daño causado por el delito. Como quiera que la víctima acude al proceso penal para obtener la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y así se reconoce en la misma Ley 906 de 2004, la expresión se refiere en realidad a los derechos de las víctimas, por lo que al aplicar el Principio de Oportunidad el fiscal deberá considerar tales derechos integralmente, no un mero interés económico. Adi-*

63 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. La oportunidad como principio complementario del proceso penal. Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 2006. p. 255.

64 En este punto es preciso recordar que, desde una perspectiva global, la aplicación del Principio de Oportunidad supone un principio de justicia, porque en varios de los casos previstos en el Artículo 324 su empleo parte de la realización de una investigación y, además, permite avanzar en la investigación de otros delitos y garantizar así los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas de otros delitos.

*cionalmente, precisa la Corte que la locución “tener en cuenta” significa valorar de manera expresa los derechos de las víctimas, a fin de que ésta pueda controlar esa decisión ante el Juez de Control de Garantías y tenga fundamento material para apelar la decisión del juez que estime lesiva de sus derechos”.*

Lo anterior se traduce en la obligación del fiscal de expedir una orden suficientemente motivada, que permita el adecuado control del juez y facilite a la víctima y al Ministerio Público, si lo consideran pertinente, oponerse a la petición de aprobación del Principio de Oportunidad, para lo que es indispensable conocer con precisión las razones que aduce el fiscal.

En todo caso, la víctima y el indiciado, imputado o acusado tienen derecho a ejercer el contradictorio frente a los dictámenes orientados a determinar el monto de los perjuicios. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que *“a pesar de que los perjudicados con el delito no hayan llegado a un acuerdo frente al monto de la indemnización y el juez haya procedido a decretar un peritaje para tasar el monto de la reparación integral de los perjuicios, los perjudicados, por el claro interés que tienen en la decisión, deberán conocer los resultados del peritaje para poder pedir aclaración del mismo u objetarlo si lo estiman necesario”*<sup>65</sup>.

### **1.1.2.2.1.3** La víctima se opone aduciendo sus derechos a la verdad y la justicia

El importante desarrollo jurisprudencial de los derechos de las víctimas, que comenzó mucho antes de la implementación del sistema acusatorio y que ha tenido trascendentales avances a partir de la entrada en vigencia de la nueva sistemática procesal, permite concluir pacíficamente que las personas que han sufrido los rigores de las acciones delictuales tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia dictada en el proceso radicado 28817 de 2006.

<sup>66</sup> Al respecto hacen total claridad, entre otras, las sentencias C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-209 y 210 de 2007.

Cuando la víctima se opone a la aplicación del Principio de Oportunidad aduciendo el derecho a la verdad, debe considerarse que los requisitos para la aplicación de este instituto, especialmente el consagrado en el Artículo 327 de la Ley 906 de 2004<sup>67</sup>, implican la obtención de un “*principio de verdad*”, ya que sólo es aplicable cuando existan evidencias de las que puedan inferirse “*la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*”. Este aspecto también fue considerado por la Corte Constitucional al analizar los derechos de las víctimas<sup>68</sup>.

En lo que tiene que ver con la justicia, debe tenerse en cuenta que la aplicación del Principio de Oportunidad implica en algunos eventos la aplicación de mecanismos alternativos de justicia. En lo que concierne a la causal primera, el hecho de que el indiciado, imputado o acusado no reciba la pena consagrada en el respectivo tipo penal no implica que no asuma de alguna manera las consecuencias de su actuar irregular. En efecto, un sector de la doctrina nacional y extranjera asume que la indemnización integral representa una carga para la persona que ha infringido la ley. En tal sentido se dice:

*“La reparación del daño es una consecuencia jurídico penal autónoma. En este sentido, la reparación del daño no es una cuestión simplemente civil, sino que está íntimamente ligada con la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias*

67 “La aplicación del Principio de Oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

68 En efecto, la aplicación de cualquiera de las causales del Artículo 324 exige un principio de verdad respecto de la autoría y la tipicidad de la conducta, como quiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, para que el fiscal sopesa la pertinencia de aplicar el Principio de Oportunidad.

Al respecto, es imposible exigir la convicción de que sólo puede resultar después de concluido el juicio. El propio Artículo 327 establece que para la aplicación del Principio de Oportunidad es necesario que haya “un mínimo de pruebas que permita inferir la autoría o la participación en la conducta y su tipicidad”. De lo contrario, no se respetaría la presunción de inocencia que el mismo artículo prohíbe “comprometer”. De otro lado, exigir certeza sobre la autoría y la tipicidad plantearía el dilema de adelantar la investigación y el proceso penal hasta un momento tal que el Principio de Oportunidad perdería su razón de ser. (C-209 de 2007).

*de su hecho y aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo, más que la pena, como algo necesario y justo y pueden fomentar un reconocimiento de las normas”<sup>69</sup>.*

*“La reparación tiene una importante connotación preventiva. Enfrentar a la víctima con una posición sincera y conciliadora entronca con la idea de una vuelta a los cauces del derecho por parte del imputado, bastando, en consecuencia, como una reacción penal, la alternativa que encarna el Principio de Oportunidad”<sup>70</sup>.*

#### **1.1.2.2.1.4** La víctima es desconocida o no puede ser localizada

La redacción original de la causal primera del Artículo 324<sup>71</sup> generaba alguna confusión en lo atinente a las decisiones que debían tomarse cuando la víctima era desconocida o no podía ser localizada. En efecto, la norma consagraba el requisito de la indemnización integral a la víctima, *“de conocerse ésta”*, lo que podía ser interpretado en el sentido de que cuando no es conocida no es posible aplicar esta causal.

Sin embargo, si se parte de que la causal primera del Artículo 324 es un instrumento jurídico eficaz para buscar soluciones alternativas a los conflictos derivados de conductas punibles consideradas de menor gravedad -a partir del criterio de la pena fijada por el legislador-, cuando se logra la indemnización de la víctima<sup>72</sup>, parece lógica la posibilidad de aplicar esta causal en los eventos en los que la víctima no sea conocida o no pueda ser localizada, pues incluso en estos eventos puede garantizarse la indemnización. En tal sentido, en la Ley 1312 de 2009 se reguló de manera específica estas situaciones, y en tal sen-

69 Forero Ramírez, Op. cit., p. 149, en alusión a los planteamientos de Roxin.

70 Gómez Pavajeau, La Oportunidad como... Op. cit., p. 254.

71 Antes de la reforma introducida con la Ley 1312 de 2009.

72 En tal sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-095 de 2007, basada en las discusiones surtidas en el Congreso de la República, concluyó: *“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”*.

tido se dispuso que en estos casos se tasarán los perjuicios a través de perito, con la vigilancia del Ministerio Público, y bastará con que el indiciado o imputado garantice el pago de la indemnización.

**Conclusión:** La causal primera es perfectamente aplicable cuando la víctima es desconocida o no puede ser ubicada. En tales eventos el fiscal procurará un punto de equilibrio entre la protección de los derechos de la víctima (procurando la garantía de la indemnización) y del indiciado o imputado (facilitando la aplicación de esta forma de terminación anticipada), y además considerará la importancia de lograr soluciones alternativas al conflicto penal, sobre todo cuando se trate de conductas punibles de menor gravedad.

## 1.2. La eliminación del tercer requisito de la causal primera

El texto original de la causal primera del Artículo 324 consagraba como tercer requisito la determinación de manera objetiva de la ausencia o decadencia del interés del Estado. Este requisito fue eliminado por la Ley 1312 de 2009. Resulta conveniente hacer un breve recorrido por el tema, con el fin de propiciar un mejor entendimiento de la evolución del Principio de Oportunidad en Colombia, y para resaltar el interés del legislador en que dicha figura jurídica sea aplicada con mayor frecuencia, de acuerdo con las expectativas que existían al momento de su creación.

La doctrina nacional había criticado este requisito por su falta de claridad y, al tiempo, le ha dado diversas interpretaciones. Por ejemplo, Mestre Ordóñez<sup>73</sup> considera que la decadencia del interés del Estado podría explicarse en la intención misma de aplicar el Principio de Oportunidad, es decir, que cuando la Fiscalía -con el control del juez- decide aplicar el Principio de Oportunidad es precisamente porque ha decaído o desaparecido el interés estatal en continuar la persecución penal. Más adelante concluye que como éste es un requisito de la causal, la decadencia del interés del Estado debe explicarse en el contexto de la política criminal.

<sup>73</sup> Op. cit., p. 285.

Por su parte, Forero Ramírez, analiza este requisito desde la perspectiva de la necesidad de la pena, dice:

*“En síntesis, para entender a cabalidad la expresión “ausencia o decadencia del interés del Estado en la persecución”, debe tenerse en cuenta si la persecución penal y la consiguiente pena son necesarias. La necesidad del ejercicio de la acción penal estará ligada a la necesidad de retribución, resocialización y prevención. Por ello, si se considera que se ha retribuido o indemnizado a la víctima, que además, la persona no necesita resocialización y que la renuncia a la persecución no va a afectar la confianza de los ciudadanos en la vigencia de las normas, lo natural es aplicar el Principio de Oportunidad, pues ante una pena innecesaria el proceso y la consecuente persecución adquieren el mismo calificativo”<sup>74</sup>.*

En los debates previos a la expedición de la Ley 1312 de 2009, se hizo énfasis en la necesidad de eliminar las cortapisas innecesarias para la aplicación del Principio de Oportunidad. En lo atinente al tercer requisito que consagraba la causal primera, se dijo que era mejor eliminarlo, como en efecto se hizo, ya que era difícil de sustentar y por lo tanto estaba limitando la aplicación de la causal primera<sup>75</sup>.

En conclusión, este requisito de la causal primera fue eliminado por confuso y para dinamizar la aplicación del Principio de Oportunidad.

74 Op. cit., p. 163

75 En las discusiones del proyecto de Ley 261, frente a la supresión de este requisito se indicó: “Señor Presidente, en aras de avanzar con el orden del día y todo esto. Quiero manifestarle que yo no tengo ninguna oposición aceptar lo que la Senadora Gina Parody para la causal primera, haríamos una especie de acuerdo legislativo, simplemente para que volvamos a la pena cuyo máximo no exceda de seis años, lo de los nueve años lo había propuesto yo, entonces volvamos a la propuesta del Fiscal y del Gobierno a los seis años, pero la senadora estaría de acuerdo en que suprimamos la frase de que objetivamente se demuestre la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción que es lo que no ha dejado funcionar la causal porque eso es muy difícil de demostrar”.

## 2. CAUSAL SEGUNDA

Artículo 324, numeral dos: Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otro Estado<sup>76</sup>.

Conforme la metodología utilizada en la causal primera, son dos los aspectos jurídicos que deben analizarse para decidir sobre la aplicación de esta causal: **(i)** que hubiese operado la figura jurídica de la extradición, y **(ii)** que se trate de la misma conducta.

### 2.1. Que el investigado hubiese sido entregado en extradición a otro Estado

En este apartado se abordarán tres aspectos: **(i)** concepto de extradición, **(ii)** trámite y **(iii)** restricciones.

#### 2.1.1. Concepto de extradición

La doctrina define la extradición como el “*procedimiento internacional que tiene por objeto la entrega del autor de una infracción a las autoridades de un Estado extranjero que lo reclama para juzgarlo para que cumpla la pena*”<sup>77</sup>. Es un concepto simple, pero que abarca los aspectos más relevantes de esta forma de colaboración internacional.

#### 2.1.2. Trámite de la extradición

El trámite de extradición se inicia por el Ejecutivo, bien por solicitud de otro país o por ofrecimiento del Estado colombiano. Luego, debe someterse el asunto a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia para que emita el respectivo concepto. Es necesario el aval de dicha corporación. El asunto vuelve al Ejecutivo, concretamente al Ministerio del Interior y de Justicia, donde se adopta la decisión final sobre el envío del ciudadano al país solicitante.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Antes de la reforma que introdujo la Ley 1312 de 2009, este artículo indicaba que se permitía la aplicación de esta causal cuando “la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta”; por lo que podría concluirse que, en principio, las dos redacciones resultan análogas, salvo lo que se analizará más adelante.

<sup>77</sup> Guillien, Raymond y Vincent, Jean. Diccionario Jurídico. Traducción: Marino Ayerra y Jorge Guerrero. Bogotá, Editorial Temis, 1986.

<sup>78</sup> Aunque la extradición también puede operar en sentido contrario, esto es, que Colombia solicite a otro país el envío de una o varias personas, se centrará la atención en los eventos de entrega de Colombia a otros Estados, que es el presupuesto que contempla la causal objeto de análisis.

### 2.1.3. Restricciones a la extradición

Están contempladas en el artículo 35 de la Constitución Nacional y son: **(i)** la extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley, **(ii)** la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana, **(iii)** la extradición no procederá por delitos políticos y **(iv)** No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación del Acto Legislativo 1 de 1997<sup>79</sup>.

### 2.1.4. Fase de la extradición en que resulta viable la aplicación de esta causal

Para aplicar el Principio de Oportunidad en la modalidad de renuncia, es necesario haber agotado el trámite atrás descrito, incluyendo la entrega del ciudadano al otro Estado; en ello coincide la doctrina nacional<sup>80</sup>.

Cuando el trámite no se ha finalizado, en cada caso en particular, puede analizarse la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad en las modalidades de suspensión o interrupción, como acto preparatorio de la renuncia, mientras se verifica la entrega de la persona y por ende se consoliden los requisitos para aplicar la modalidad de renuncia.

<sup>79</sup> 17 de diciembre de 1997. El tema fue tratado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 de 1998.

<sup>80</sup> De acuerdo con Forero Ramírez, Op. cit., “Una vez 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”. Frente al tema, María Victoria Rodríguez Peña, citada por Forero Ramírez, indica: “lo entregará a los agentes del país que lo hubieren solicitado, esto sólo sucede luego de proferida la resolución que concede la extradición por parte de la Corte Suprema de Justicia”. En tanto en el módulo de formación para fiscales en Principio de Oportunidad, se sostiene: “Es importante acentuar que la simple solicitud que un país haga para que se extradite a un procesado o la que pudiera elevar la Corte Penal Internacional, no son razón suficiente para aplicar el Principio de Oportunidad, como quedaron redactadas las dos causales es imperativo que la persona sea entregada en extradición o a la Corte Penal Internacional, es este uno de los fundamentos que serán exigidos y controlados por el juez de garantías para impartirle legalidad a la decisión de la Fiscalía de aplicar la oportunidad”.

## 2.2. Que se trate de la misma conducta delictiva

Este segundo aspecto exige un estudio comparativo de los hechos de la conducta por la que se adelanta la investigación en Colombia y aquella por la cual ha operado la extradición, orientado a verificar si existe identidad. En todo caso ha de tenerse en cuenta que no basta con que se trate del mismo tipo penal; se requiere que exista correspondencia fáctica.

La Corte Suprema de Justicia resalta que es fundamental que la conducta penalizada en el exterior, también esté tipificada como delito en Colombia<sup>81</sup>.

Las denominaciones jurídicas (nomen juris) que se les otorgue a los delitos pueden diferir de un país a otro o, incluso, pueden coincidir sin que necesariamente se trate de la misma conducta ontológicamente considerada. Este aspecto debe analizarse con cuidado, tal y como lo resalta la Corte Suprema de Justicia al estudiar un caso de condena en el exterior por el delito de toma de rehenes.

*“En este punto cabe observar que el delito de Hostage taking, traducido como toma de rehenes, no es asimilable al que denomina de esta última forma el artículo 148 del Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000”<sup>82</sup>.*

*“En esta figura típica, que atenta contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, se sanciona la conducta del que, ‘con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utilice como defensa”.*

*“Si bien es cierto que en la Acusación número 07-290, dictada el 26 de octubre de 2007, en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, se señala al ELN como organización terrorista y a EGS como miembro importante de la misma, también lo es que, salvo la alusión que se hace respecto a que el ‘ELN es encarecidamente anti norteamericano y toma como objetivo a ciudadanos norteamericanos’, esa organización no sostiene un conflicto armado con los Estados Unidos, en la forma como es*

81 Concepto de extradición 31933 del 9 de septiembre de 2009.

82 Que describe y sanciona la toma de rehenes, se aclara)”.

*entendido por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos I y II de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra”.*

*“De tal manera, ante la ausencia del elemento ‘en desarrollo de conflicto armado’ la privación de la libertad de una persona, así sea extranjera, ha de considerarse como secuestro extorsivo, si se hace para exigir por su libertad cualquier demanda de la que se pueda derivar provecho o utilidad”<sup>83</sup>.*

### 2.3. Consideraciones finales

Esta causal ha sido analizada desde diferentes perspectivas en la doctrina colombiana: Gómez Pavajeau plantea varios interrogantes sobre la eventual violación del principio non bis in ídem<sup>84</sup>; mientras que Mestre Ordóñez se pregunta sobre la incidencia de las decisiones definitivas que se tomen en el exterior (incluyendo las rebajas por colaboración) y la satisfacción de las pretensiones punitivas del Estado colombiano<sup>85</sup>.

En la redacción original del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, se contemplaba la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad cuando la persona fuere entregada en extradición ante la Corte Penal Internacional; sin embargo, luego de la modificación introducida con la Ley 1312, esta causal desapareció. Consultadas las actas de discusión, sólo se obtuvo como antecedente de este cambio la ponencia para primer debate dirigido a la Comisión Primera Constitucional del Senado, en la que se propone la modificación bajo el argumento de que existe una evidente contradicción entre la referida causal (de entrega a la Corte Penal Internacional) y las prohibiciones del párrafo tercero de la misma norma<sup>86</sup>.

83 Concepto de extradición 29044 de 27 de octubre de 2008. En el mismo sentido, radicado 31106 del 26 de agosto de 2009.

84 Op. cit., p. 196.

85 Op. cit., pp. 267 y 268.

86 Artículo 324, párrafo tercero: “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 18 años”.

### 3. CAUSAL TERCERA

Artículo 324, numeral tres: cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible, y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero con efectos de cosa juzgada<sup>87</sup>.

Esta causal fue demandada por la falta de claridad de la expresión “sin importancia”. En la Sentencia C-095 de 2007 la Corte Constitucional desestimó dicho cuestionamiento bajo el argumento de que se trata de un requisito objetivo ajeno a la excesiva discrecionalidad a que se hizo alusión en la demanda, pues basta verificar tres aspectos puntuales para realizar el examen que reclama la causal objeto de análisis: (i) que contra la persona investigada existe una sentencia condenatoria con efectos de cosa juzgada, por un delito distinto del que se investiga en Colombia; (ii) que dicha persona fue entregada en extradición y (iii) si la pena impuesta en la sentencia extranjera es más importante en términos cualitativos y cuantitativos que la que le sería imponible en Colombia. A continuación se analizará cada uno de estos aspectos.

#### 3.1. La existencia de una sentencia condenatoria con efectos de cosa juzgada por un delito distinto del que se investiga en Colombia

Contrario a lo que sucede con la causal segunda, en la que se exige que las conductas punibles sean idénticas, la causal tercera tiene como requisito que el beneficiario del Principio de Oportunidad haya sido condenado en otro Estado por conducta punible diferente. Así las cosas, las consideraciones expuestas al analizar la causal segunda son aplicables para la causal tercera, pero en el sentido de determinar cuándo se está frente a conductas diferentes.

#### 3.2. Que la persona haya sido entregada en extradición

Frente a este aspecto resultan suficientes las explicaciones presentadas en la causal segunda en lo atinente al concepto de extradición y los límites constitucionales y legales para su procedencia. Cabe resaltar que la causal tercera es mucho más clara que la segunda en

<sup>87</sup> Debe anotarse que esta causal no recibió modificación alguna con ocasión de la Ley 1312 de 2009, salvo en lo atinente a la numeración, pues anteriormente correspondía a la Causal Cuarta.

cuanto exige expresamente que el ciudadano haya sido entregado al país solicitante.

### **3.3.** Que se hubiere impuesto pena con efectos de cosa juzgada en el exterior

El numeral tercero del artículo 324 exige expresa y claramente dos requisitos relacionados entre sí pero con características y alcances diferentes: la imposición de la pena y el tránsito a cosa juzgada de la respectiva decisión. El fiscal debe estar atento a estas dos situaciones, pues es posible que la pena se haya impuesto pero que esté pendiente algún recurso interpuesto contra la sentencia, evento en el cual no podría aplicarse el Principio de Oportunidad en la modalidad de renuncia.

Cuando el proceso que se adelante en el exterior no haya terminado, puede evaluarse la procedencia de aplicar el Principio de Oportunidad en la modalidad de suspensión o interrupción, como actos preparatorios de la renuncia, siempre y cuando se reúnan los requisitos generales y específicos de dicho instituto, entre ellos la sujeción a la política criminal.

### **3.4.** La comparación de la pena impuesta en el exterior y la que eventualmente se impondría en Colombia

En la parte primera de este apartado se hizo alusión a lo expresado por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-095 de 2007, en lo atinente a los criterios objetivos para evaluar si la pena que eventualmente se impondría en Colombia realmente carece de importancia frente a la imposición impuesta en el exterior con efectos de cosa juzgada. Sumado a las consideraciones de la Corte, la doctrina brinda importantes herramientas para realizar el examen en comento:

Forero Ramírez<sup>88</sup> sugiere considerar si la pena que eventualmente se impondría en Colombia podría ser objeto de prescripción a raíz de la duración de la pena impuesta en el exterior.

Por su parte Gómez Pavajeau<sup>89</sup> indica que este juicio *“sólo es posible efectuarlo realizando las debidas comparaciones que resultan de atender la pena imponible en Colombia por el delito que origina la extradición y aquel que aparece paralelo, con la pena que recibió en el extranjero por el primer delito de conformidad con la legislación pertinente (...) como se puede ver se trata también, en cierta forma, de corregir en un ámbito de justicia material, la imposición de penas más drásticas que puede derivar de la extradición de una persona a países con regulaciones punitivas diferenciales respecto a las consagradas en Colombia”*.

Frente a este mismo aspecto, En el módulo de formación para fiscales se indicó que la comparación debe hacerse a partir de la necesidad de la pena, indicando que *“si la pena como consecuencia del delito busca la retribución y la resocialización del delincuente, carece de sentido práctico imponer una pena de poca gravedad respecto de otras penas ya impuestas a la persona por otros delitos, se entiende que si ésta ya fue condenada a una pena más grave que la que le correspondería en el ordenamiento interno, no hay para que adicionarle otra menos grave (...) no hay necesidad ni interés en adelantar una investigación y eventualmente un juicio. Los efectos punitivos que se conseguirán con la pena que se impone en el exterior son suficientes y rebasan con creces la que debería imponérsele en nuestro país”*.

En todo caso, el funcionario debe tener especial cuidado al calcular la sanción que se impondría en Colombia, para lo cual considera las causales genéricas y específicas de agravación y atenuación, la forma de participación las implicaciones punitivas de la tentativa, entre otros. También debe tener en cuenta si hubo tránsitos legislativos que afectaran la punición, para lo que deben considerarse las implicaciones del principio de favorabilidad.

Finalmente, se debe tener presente la posibilidad de que la pena impuesta en el exterior tenga una naturaleza diferente de la que procedería en Colombia en el evento de una sentencia condenatoria. En estos casos cabe recordar que, por regla general, la pena privativa de la libertad es más grave que otro tipo de sanciones, lo que puede resultar relevante al momento de argumentar por qué resultaría viable aplicar el Principio de Oportunidad a una persona que, a manera de ejemplo, haya sido condenado a pena de prisión en otro país y se le esté juzgando en el territorio nacional por una conducta punible para la que esté contemplada la pena de multa.

<sup>89</sup> La Oportunidad como..., Op. cit.

## 4. CAUSAL CUARTA

Artículo 324, numeral cuarto, de la Ley 906 de 2004, modificado por el Artículo Segundo de la Ley 1312 de 2006.

*“Cuando el imputado o acusado<sup>90</sup>, 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<sup>91</sup> para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada”.*

Siguiendo la metodología propuesta, para el análisis de esta causal se hará alusión a sus requisitos y a las cargas argumentativas que entraña, así: **(i)** el balance de intereses que supone su aplicación, **(ii)** el análisis de los diferentes eventos que la causal consagra, **(iii)** el análisis que de esta causal hizo la Corte Constitucional y **(iv)** las víctimas frente a la aplicación de la causal cuarta.

### 4.1. El balance de intereses que supone la aplicación de la causal cuarta

Esta causal, al igual que la quinta, implica para su aplicación especiales cargas argumentativas, pues mientras las otras causales están estructuradas a partir de la no necesidad de la pena o de la solución alternativa del conflicto penal, en la causal cuarta -y en estos aspectos extensible a la quinta- se parte de la base de que sí existe necesidad de pena para la persona que resultará beneficiada con la aplicación del Principio de Oportunidad, y dicha necesidad no se suple a través de mecanismos alternativos. Se trata de un cuidadoso balance de intereses constitucionalmente relevantes a partir del cual puede considerarse aceptable la aplicación del Principio de Oportunidad cuando la colaboración del imputado resulte determinante para evitar la continuación del delito o que otros se cometan, o lograr la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. En la

90 La redacción inicial fue complementada por el Artículo 2 de la Ley 1312, en el sentido de que también puede ser aplicada a los acusados. En la ponencia para segundo debate —Senado— se explicó: “La causal quinta —que pasó a ser la cuarta en la nomenclatura de la Ley 1312— se amplía para que opere no sólo frente a la persona del imputado sino también a la del acusado que colabora con la justicia”.

91 La redacción anterior hacía alusión a información esencial, pero este calificado fue cambiado por el de ‘eficaz’, para hacer énfasis en los efectos que debe tener en el proceso. En tal sentido, en la ponencia para segundo debate —Senado— se indicó: “le damos un giro a la redacción para recuperar el criterio de información eficaz en lugar de esencial. No siempre lo principal es lo mismo que el efecto esperado en el proceso”.

doctrina nacional se advierte la preocupación porque la aplicación de esta causal genere situaciones insostenibles desde la perspectiva constitucional; así:

Perdomo Torres resalta que esta causal sólo se justifica ante las fallencias del sistema tradicional para enfrentar las expresiones criminales que por sus características puedan catalogarse como “los enemigos más fuertes de la estatalidad”. En su análisis cita a Hassemmer para resaltar que estas causales pueden constituir un atentado grave al principio de legalidad. Los planteamientos de este autor resultan importantes para determinar los aspectos constitucionales que entran en juego al momento de analizar la procedencia de aplicación del Principio de Oportunidad por la causal cuarta, pues, de un lado, está la necesidad de garantizar la persecución del delito cuando la imposición de la pena sea necesaria y no sean viables otras formas de solución del conflicto derivado de la conducta punible, y de otro, está la necesidad de proveer a la administración de justicia los mecanismos necesarios para combatir la delincuencia cuya estructura y organización hagan inviables o poco efectivos los mecanismos ordinarios de persecución penal.

El mismo autor resalta que ante el alto costo que implica la aplicación de las causales 4 y 5, debería reservarse a los eventos en que dicha colaboración permita establecer de manera objetiva el beneficio del Estado en el combate de delincuencia organizada en masa, y concluye:

*“En sede el numeral 5<sup>92</sup> no se trata de la renuncia al ejercicio de la acción penal porque el imputado ayudó al esclarecimiento de uno, dos, tres o cinco delitos, y a la desarticulación de una o seis bandas delincuenciales, sino al significado que esta colaboración tiene para la lucha del Estado contra la criminalidad en general. En segundo lugar la necesidad de una valoración moderada de los testigos principales de cargo es también un mandato para la correcta aplicación del numeral, pues no se debe olvidar que estos testigos declaran con un objetivo concreto, a saber, influir en las disposiciones de la acción penal por parte del fiscal, de manera que estas declaraciones deben confrontarse con todo el material probatorio existente, para su veracidad, y, con ello, el significado de la colaboración para los intereses del Estado”<sup>93</sup>.*

<sup>92</sup> Que corresponde al numeral 4 de la nomenclatura incluida en la Ley 1312 de 2009.

<sup>93</sup> Perdomo Torres, Jorge Fernando. Los principios de legalidad y oportunidad. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 135.

Con relación al balance de intereses objeto de estudio, en los debates previos a la promulgación de la Ley 1312 de 2009 se hizo énfasis en la necesidad de estimular la colaboración de personas involucradas en conductas punibles, para el combate efectivo de la delincuencia más calificada:

*“A pesar de los logros y sacrificios, de la noche a la mañana éstos se tornan paradójicamente insignificantes, cuando la estridencia y el dolor de uno que otro acto terrorista nos sorprende a todos por igual, desde luego con las secuelas de daños en la vida e integridad de los miembros de la fuerza pública y también de terceros inocentes. Esto indica elocuentemente la necesidad de estimular la colaboración institucional de personas que se mueven al interior de los grupos armados irregulares o de las organizaciones criminales, por medio de un bien elaborado y reglamentado Principio de Oportunidad, pues mientras se mantengan las medidas policivas de presión y persecución el respiro se siente, pero hay que apostarle a medidas más trascendentales y permanentes de erradicación en materia político-criminal (obviamente sin perjuicio de las medidas políticas, sociales y económicas que incumben al Estado), para que haya entonces un complemento con la acción policiva”<sup>94</sup>.*

En esta línea de pensamiento, es claro que para la aplicación de esta causal el fiscal tiene la carga de explicar por qué es jurídicamente posible aplicar el Principio de Oportunidad a pesar de estar frente a un evento en el que la pena se vislumbra como necesaria y sus efectos no puedan lograrse a través de mecanismos alternativos. En tal explicación tendrán especial importancia: **(i)** la trascendencia de la información suministrada por el imputado o acusado<sup>95</sup>, **(ii)** la gravedad del delito o delitos que se le imputen al colaborador, así como su forma de participación, **(iii)** la gravedad de las conductas punibles cuya consumación o continuación se pretende evitar, o la clase de delitos cometidos por la banda delincencial cuya desarticulación se pretende, así como la organización de la misma; **(iv)** la imposibilidad de lograr dichos resultados a través de los mecanismos ordinarios de persecución penal y **(v)** el nivel de satisfacción de los derechos de las víctimas.

94 Exposición de motivos proyecto de Ley 261, que devino en la Ley 1312 de 2009.

95 La Ley 1312 dispone expresamente que esta causal podrá ser aplicada al acusado, hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral, tal y como se infiere fácilmente del texto modificado de la causal objeto de análisis.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-095 de 2007, hace alusión a la relación costo - beneficio que puede esbozarse como argumento para la aplicación de la causal cuarta:

*“De otra parte, aplicar el Principio de Oportunidad en el caso de delitos de baja entidad para promover la identificación de los autores y partícipes en los delitos de extrema gravedad, redundaría en beneficio de la justicia y en la protección de los derechos de las víctimas de esos delitos de mayor entidad cuyo esclarecimiento y consecuente identificación de los responsables usualmente es más difícil”.*

Al interior de la Fiscalía General de la Nación se ha expresado la preocupación porque la causal cuarta se aplique bajo los parámetros atrás relacionados. En el memorando 032 de 2008, emanado de la Dirección Nacional de Fiscalías, se resalta que para la aplicación de la causal cuarta el fiscal del caso deberá determinar: **(i)** la existencia de la organización criminal, **(ii)** la forma en que opera y **(iii)** las personas vinculadas, para determinar lo procedente en pro de lograr la desarticulación de la banda delincuencia. En el mismo memorando se resalta que el Principio de Oportunidad es una herramienta jurídica y de política criminal para perseguir eficazmente a las organizaciones criminales.

Frente a la procedencia de la aplicación del Principio de Oportunidad en los eventos de colaboración eficaz, debe tenerse en cuenta que durante los debates en la Comisión Constitucional Redactora se hizo hincapié en el riesgo de que el instrumento fuera utilizado de manera inadecuada por los cabecillas de las bandas delincuenciales para obtener beneficios gracias a la delación de otros integrantes de menor importancia, lo cual, obviamente, resulta insostenible<sup>96</sup>. Por ello -se insiste- el fiscal deberá prestar especial atención al balance entre las consecuencias negativas que implica no ejercer la acción penal cuando en principio ello resulte obligatorio y los beneficios que se obtendrán por una decisión de esa naturaleza.

96 En el acta número 20 se lee lo siguiente en torno a la intervención de Gómez Pavajeau: “Se refirió específicamente al numeral 2 que sólo menciona a los autores y partícipes, porque considera preocupante los casos, por ejemplo, en que los grandes capos denuncian a los choferes y cocineros para obtener beneficios. En su concepto se debe introducir alguna modificación, aunque se puede solucionar mediante la política criminal, es decir, que sólo se reconozcan los beneficios cuando se denuncia a un cabecilla, o dependiendo del tipo de organización criminal”.

En consonancia con lo anterior, es bueno resaltar que aunque la Ley 1312 de 2009 abrió la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad a eventos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones consagradas en el Capítulo Segundo del Título XIII del Código Penal<sup>97</sup>, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, lo supeditó a las causales 4 y 5, y además determinó expresamente la imposibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad a jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

En lo atinente al requisito de que se trate de colaboración efectiva y no de una burla o engaño a la administración de justicia, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-095 de 2007, se refirió a la necesidad de comprobar la eficacia de la colaboración; y al respecto dijo: *“(e)l requisito de que tal colaboración sea eficaz, implica la comprobación por parte de la Fiscalía de la veracidad y utilidad de la colaboración o del testimonio al que se refieren estos numerales (4 y 5) del artículo 324”*.

En los debates previos a la promulgación de la Ley 1312, en el Congreso se hizo énfasis en que la colaboración debe ser eficaz:

*“Sólo 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 suministran el conocimiento, la voluntad y la prueba eficaz para desactivarla, correlativamente los esfuerzos estatales podrán encaminarse hacia objetivos más trascendentales para la comunidad nacional e internacional, como es el ataque a la estructura y funcionamiento de las sociedades delictivas”<sup>98</sup>.*

Si al realizar el anterior análisis el fiscal concluye que no es viable la aplicación del Principio de Oportunidad, puede estudiar la procedencia de celebrar un acuerdo con el imputado; pues así, podría lograrse un punto de equilibrio entre la adecuada respuesta estatal a las conductas punibles y la posibilidad de utilizar la colaboración de los imputados

97 Artículos 375 y siguientes del Código Penal, que tratan de los delitos contra la salud pública, concretamente del tráfico de estupefacientes y otras infracciones.

98 Ponencia para segundo debate del proyecto de Ley 261 —Senado—.

para evitar la continuación o consumación de conductas punibles o lograr la desarticulación de bandas de delincuencia organizada<sup>99</sup>.

**Conclusión:** como quiera que la causal cuarta puede implicar la renuncia al ejercicio de la acción penal en eventos en que la pena sea necesaria y a pesar de que los fines de la misma no puedan lograrse por medios alternativos, amén que puede proceder frente a delitos que no tengan carácter bagatelar, el fiscal tiene la carga de explicar, a partir del balance de los intereses constitucionales en juego, por qué en un caso determinado resulta procedente la aplicación del Principio de Oportunidad.

#### 4.2. El análisis de los diferentes eventos que la causal consagra

La causal cuarta consagra diferentes situaciones bajo las cuales podría resultar procedente la aplicación del Principio de Oportunidad. Como es apenas obvio, el fiscal debe ubicar con precisión frente a cuál de ellos se encuentra, pues sólo así podrá cumplir las cargas argumentativas inherentes a la aplicación de este instituto jurídico.

Inicialmente cabe resaltar las diferencias entre la causal cuarta y la causal quinta. Algunos autores sostienen que dicha diferencia está relacionada con el momento de consumación del delito, en tal sentido se afirma:

*“Estima esta causal una situación particular. Una primera posibilidad para dar paso a la aplicación del Principio de Oportunidad es que la colaboración por parte del beneficiado se presente antes de la realización o ejecución del hecho delictivo o cuando esté siendo consumado o se encuentre en desarrollo el iter criminis. En todo caso el delito no ha de ser perfeccionado, porque de haberse perfeccionado se estaría frente a la causal sexta, lo cual haría del colaborador un testigo de cargo en el juicio en contra de los demás autores o partícipes”<sup>100</sup>.*

99 En tal sentido Forero Ramírez (Op. cit., p. 172 y siguientes) resalta: “En síntesis, quien contribuye a desarticular una banda de delincuencia organizada, puede optar por llevar a cabo negociaciones o preacuerdos con la Fiscalía, que conduciría a una rebaja de penas, e igualmente podría ser beneficiario de la aplicación del Principio de Oportunidad. Incluso es posible que se aplique una figura mixta: Principio de Oportunidad respecto de algunas conductas punibles y negociación o preacuerdos sobre otras”.

100 Garzón, Alejandro y Londoño, César Augusto. Principio de Oportunidad. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2006. p. 213.

Aunque en muchos eventos la anterior conclusión tiene validez, tal parece que no siempre es así, pues es posible que el imputado preste colaboración eficaz para el esclarecimiento y sanción de delitos ya consumados -que a su vez es una forma de evitar que se consumen otros delitos- y que dicha colaboración no consista en su presentación en juicio como testigo principal de cargo, como cuando brinda información suficiente -motivos fundados- para realizar una diligencia de allanamiento y registro que permite la recuperación de evidencia suficiente para solicitar la condena de los integrantes de la banda<sup>101</sup>.

En todo caso ha de tenerse en cuenta que la colaboración fundamental en la causal quinta es la presentación del imputado en juicio como testigo de cargo, mientras que en la causal cuarta se trata de otro tipo de colaboración, sin perjuicio de que en algunos eventos el imputado o acusado suministre información importante para evitar que el delito continúe o se cometan otros, y además comparezca al juicio como testigo crucial para sostener la teoría del caso de la Fiscalía.

La causal cuarta consagra dos eventos de aplicación del Principio de Oportunidad: (i) cuando el imputado colabora eficazmente para evitar que el delito continúe o se cometan otros, y (ii) cuando aporta información eficaz<sup>102</sup> para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. El primer evento parece estar más asociado a evitar delitos -que según lo expresado en el numeral anterior han de tener especial gravedad-, mientras que el segundo está orientado al procesamiento de los delincuentes.

El fiscal debe tener muy claro cuál es la modalidad de colaboración que se da en cada caso, y a partir de ello debe construir los argumentos pertinentes. En esta causal -se insiste- tiene un peso importante la explicación del porqué se justifica la aplicación del Principio de Oportunidad frente a un evento de necesidad de pena.

101 Piénsese, por ejemplo, en el caso de un imputado que colabora eficazmente para realizar una diligencia de allanamiento y registro a raíz de la cual se incautan evidencias suficientes para solicitar la condena de quienes días antes cometieron un atentado que produjo la muerte de varias personas. En casos como éstos es posible que el imputado no comparezca como testigo presencial de cargo y, sin embargo, su colaboración sea más que eficaz para sancionar delitos ya consumados.

102 Es conveniente recordar que en el texto anterior se utilizaba el término esencial, que fue reemplazado por el de eficaz para tratar de hacer mayor claridad sobre los efectos de la colaboración en el resultado del proceso; en tal sentido, en el segundo debate del proyecto de Ley 261 —Senado— se dijo: “le damos un giro a la redacción para recuperar el criterio de información eficaz en lugar de esencial. No siempre lo principal es lo mismo que el efecto esperado en el proceso”.

### 4.3. La causal cuarta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En la Sentencia C-095 de 2007 la Corte Constitucional se pronunció frente a varios aspectos contemplados en la demanda de inexecutable. Para mayor claridad, se hará alusión a cada uno de los temas abordados en la demanda, a la respuesta dada por la Corte y se analizarán las consecuencias prácticas de la decisión.

a. Delitos frente a los cuales procede la aplicación de la causal cuarta

Razones de la demanda:

En virtud de lo dispuesto en estos numerales, por el solo hecho de colaborar con la justicia se permite que la persona imputada no sea procesada, independientemente del delito que haya cometido y de su grado de responsabilidad en los hechos.

Respuesta de la Corte:

“En efecto, como se desprende del Parágrafo 3 del mismo artículo 324<sup>103</sup>; esta afirmación clara del legislador implica, por lo tanto, que no es cierto que, independientemente del delito, los numerales bajo examen permitan que la persona imputada de tales ilícitos no sea procesada amparándose en su colaboración con la justicia”.

El presente reproche de inconstitucionalidad solamente es cierto en cuanto afirma que los numerales 5 y 6<sup>104</sup> permiten que la persona imputada que colabora con la justicia no sea procesada, *“independientemente de su grado de responsabilidad en los hechos”*<sup>105</sup>.

Se abstiene -el demandante- de explicar por qué razón, de manera general, es decir, respecto de cualquier clase de delitos, de la Constitución emanaría una regla según la cual el mayor grado de responsabilidad en la comisión de los ilícitos excluiría la posibilidad de aplicación de la oportunidad penal.

103 Debe considerarse lo anotado en precedencia, en el sentido de que la Ley 1312 abrió la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad a casos de narcotráfico y terrorismo, con la aclaración de que no es precedente para jefes, cabecillas y promotores, etc.

104 Ahora causales cuatro y cinco.

105 Debe tenerse en cuenta que la Ley 1312 limitó la aplicación del Principio de Oportunidad en los casos de narcotráfico, terrorismo y los demás relacionados en el parágrafo tercero, al hecho de que no se trate de jefes, cabecillas y promotores, etc.

Por ejemplo, las normas internacionales que imponen la efectiva obligación de prevenir, perseguir y sancionar ciertos crímenes considerados muy graves por la comunidad internacional constituyen una limitación a esa facultad legislativa. No obstante, ni de dicha preceptiva internacional ni de la Constitución Política se desprende la prohibición general de establecer la efectiva colaboración con la justicia como criterio válido de aplicación del Principio de Oportunidad”.

Frente al último argumento de la Corte, en los debates previos a la promulgación de la Ley 1312 de 2009 se hizo énfasis en que la decisión de permitir la aplicación de las causales cuarta y quinta de Principio de Oportunidad en casos de narcotráfico no era contraria a las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia<sup>106</sup>, aunque debe resaltarse que algunos congresistas se mostraron en desacuerdo con extender el Principio de Oportunidad a dichas conductas punibles<sup>107</sup>.

#### Consecuencias prácticas de la decisión:

En esta Sentencia la Corte simplemente se refiere a la prohibición de aplicar el Principio de Oportunidad frente a los delitos referidos en el parágrafo tercero del artículo 324<sup>108</sup>, aspecto que no admite mayor discusión. En lo que tiene que ver con los delitos frente a los cuales procede, o la incidencia del grado de participación en la decisión sobre la procedencia del Principio de Oportunidad bajo esta causal, la Corte hace notar que en la demanda no se explican las ra-

106 En la exposición de motivos del proyecto de Ley 261, se lee: “Por otra parte, los instrumentos internacionales ratificados por Colombia contra el crimen organizado transnacional referidos al narcotráfico y el terrorismo, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la Convención de Palermo, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo y la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, entre otros, no prohíben la utilización del Principio de Oportunidad como excepción al principio de legalidad u obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, sobre todo porque el propósito claro es el mismo de los convenios, esto es, incidir en el desmantelamiento de las organizaciones criminales”.

107 Por ejemplo, la senadora Gina Parody expresó en uno de los debates del Congreso: “Yo retiro mi proposición. Votaré negativamente la ponencia, dejando como constancia que no estoy de acuerdo, por las razones que he expuesto durante este debate, con que el Principio de Oportunidad opere para el narcotráfico y el terrorismo, así sean mandos medios. Y creo que en ningún caso operará para raspachines y mulas como lo dijo ayer el señor Fiscal”.

108 Reformado por la Ley 1312 de 2009 en el siguiente sentido: “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 cuando sea un menor de 18 años”.

zonas por las cuales existirían limitaciones constitucionales para la aplicación del Principio de Oportunidad, más allá de la prohibición general consagrada en el párrafo en mención.

En este orden de ideas, mantiene vigencia lo expresado en párrafos anteriores en el sentido de que el fiscal debe explicar de manera suficiente la procedencia del Principio de Oportunidad en estos eventos, a partir del análisis de los intereses constitucionalmente relevantes que deben ser considerados en la decisión.

#### b. La reparación de las víctimas

Razones de la demanda:

En estas causales no se prevé como condición para aplicación del Principio de Oportunidad que las víctimas hayan sido reparadas, lo cual viola sus derechos a dicha reparación y además su derecho a la igualdad, debido a que no todas las víctimas serán tratadas de la misma forma ante la ley: las víctimas de quienes colaboren con la justicia se verán privadas de un recurso judicial efectivo y, por lo tanto, de una reparación, al tiempo que otras víctimas sí tendrán estos derechos.

Respuesta de la Corte:

“En cuanto al segundo de los reproches dirigidos contra los numerales 5 y 6<sup>109</sup> del artículo 324, conforme a los cuales ellos no prevén como condición para la aplicación del Principio de Oportunidad que las víctimas hayan sido reparadas, lo cual viola sus derechos a la reparación y a la igualdad, la Corte se remite a lo explicado anteriormente al examinar el cargo común esgrimido contra varios numerales del Artículo 324, cargo conforme al cual varias de las causales acusadas no condicionan la aplicación del Principio de Oportunidad a que se establezca la verdad y se indemnice a las víctimas.

En la consideración jurídica 6.3 se explicó por qué este cargo común prescinde de tener en cuenta lo reglado por los Artículos 11, 137 y 326 y siguientes de la Ley 906 de 2004, lo que hace que las razones de la violación no sean suficientes ni específicas.”

<sup>109</sup> Que equivale a las causales 4 y 5 de la normativa vigente.

## Consecuencias prácticas de la decisión:

Lo fundamental es que en todos los eventos de aplicación del Principio de Oportunidad deben considerarse los intereses de la víctima. Sin embargo, lo decidido en la Sentencia C-095 de 2007 debe armonizarse con lo resuelto en la Sentencia C-209 del mismo año, donde la Corte analizó con mayor profundidad lo atinente a la participación de las víctimas y la materialización de sus derechos frente a la aplicación del Principio de Oportunidad, aspecto que será analizado más adelante.

c. ¿Las causales 4 y 5 están asociadas a la no necesidad de pena, o a la solución alternativa del conflicto derivado de la conducta punible?

## Razones de la demanda:

Estas causales confunden dos conceptos: la colaboración con la justicia, y la aplicación de criterios de oportunidad cuando el ejercicio de la acción penal resulta excesivo o innecesario. Por lo anterior, estas causales toleran el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, de no extinguir la acción penal contra quien ha cometido una violación de derechos humanos.

## Respuesta de la Corte:

*“En efecto, si se atiende bien al contenido de esta acusación, ella parte del supuesto según el cual de la Constitución emanaría un impedimento para que la colaboración con la administración de justicia fuera considerada como un factor determinante para la aplicación del Principio de Oportunidad.*

*No obstante, al parecer de la Corte de la Carta no emana tal limitación. En efecto, conforme lo dispone el Artículo 250 superior, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, “ salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del Principio de Oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado”. La Carta no dice expresamente que la colaboración con la justicia no pueda ser un criterio válido para la aplicación del Principio de Oportunidad.*

Del estudio de los antecedentes del Acto Legislativo 02 de 2003, 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. En efecto, como arriba se dijo, sobre este particular la Corte ha hecho ver lo siguiente:

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, se expusieron los siguientes motivos: **(i)** se trata de un principio que se viene aplicando en “*forma larvada*”, mediante figuras procesales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o aplicándolo en la sentencia anticipada y la audiencia especial; **(iv)** ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que en el sistema americano constituye la regla”.

Consecuencias prácticas de la decisión:

En esta Sentencia la Corte concluye que es ajustado a la Constitución Política la aplicación del Principio de Oportunidad por razones diferentes a la no necesidad de pena o la solución alternativa del conflicto. Deja en claro que la aplicación del Principio de Oportunidad por colaboración con la justicia es ajustada a la Carta. Esto sin perjuicio del deber que tiene el funcionario judicial de explicar, en cada caso concreto, por qué es procedente la aplicación del Principio de Oportunidad así ello implique dejar de imponer penas que se vislumbran como necesarias o dejar sin satisfacer algunos derechos de las víctimas, aspecto que será analizado más adelante. Cabe resaltar que las razones que esboza el demandante coinciden de alguna manera con la preocupación expresada por algún sector de la doctrina en torno a las consecuencias de la aplicación de esta causal.

d. La posible manipulación de la verdad por parte del colaborador.

Razones de la demanda:

La aplicación del Principio de Oportunidad a partir de la colaboración con la justicia en las condiciones previstas en la Ley 906 de 2004 puede llevar a que personas que hayan cometido delitos y es-

tén siendo investigadas por ello vean en la denuncia una oportunidad para evadir la acción de la justicia, incriminando incluso a personas inocentes a cambio de beneficios jurídicos.

Respuesta de la Corte:

Al parecer de la Corte, lo anterior no constituye un cargo de inconstitucionalidad pertinente. Recuérdese que la Corte ha explicado que la pertinencia es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad, que consiste en que *“el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado”*, por lo cual son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de lo que podría ser la indebida aplicación de la disposición.

En todo caso, del tenor literal de las disposiciones aparece implícito que la eficacia de la colaboración que puede dar pie a la aplicación del Principio de Oportunidad debe estar comprobada. Es decir, el requisito de que tal colaboración sea eficaz implica la comprobación por parte de la Fiscalía de la veracidad y utilidad de la colaboración o el testimonio a que se refieren estos numerales.

Consecuencias prácticas de la decisión:

Los planteamientos del demandante coinciden con lo expresado por Perdomo Torres en el sentido de que la figura de la colaboración puede implicar la tergiversación de la verdad. Aunque la Corte desestima la demanda por indebida motivación, hace hincapié en el deber que tiene la Fiscalía de verificar la veracidad de la información, lo que se traduce en una importante actividad para morigerar los riesgos inherentes a la colaboración de personas que esperan recibir beneficios judiciales. De ahí que el fiscal, al celebrar este tipo de acuerdos, debe asegurarse de que la información pueda ser verificada, entre otras cosas porque de ello depende que pueda ser calificada como eficaz.

#### 4.4. Los derechos de las víctimas frente a la aplicación de la causal cuarta

En el numeral anterior se anticipó que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-095 de 2007, se refirió a la obligación de considerar

los intereses de las víctimas en la aplicación de todas las causales de aplicación del Principio de Oportunidad. En los casos de colaboración con la justicia (causales 4 y 5) la reparación de las víctimas no está consagrada como un requisito indispensable, por lo que, en principio, puede concluirse que el Fiscal debe hacer todo lo posible porque los derechos de las víctimas sean garantizados, pero podrán presentarse eventos en que ello no sea posible y, sin embargo, sea viable la aplicación del Principio de Oportunidad.

Para el análisis de esta temática es indispensable articular lo decidido por la Corte Constitucional en las diferentes sentencias que hacen alusión a los derechos de las víctimas, especialmente las Sentencias C-095 y C-209, ambas de 2007.

En la Sentencia C-095 de 2007, según se anotó en párrafos precedentes, la Corte hizo hincapié en la obligación que tienen fiscales y jueces de considerar los intereses de la víctima en el proceso de aplicación de cualquiera de las causales de Principio de Oportunidad. En la Sentencia C-209 de 2007 la Corte partió de la misma consideración, pero hizo importantes aclaraciones en torno al alcance de los derechos de la víctima, en este caso frente a la aplicación de la causal 4 -razones que son aplicables a la causal 5-

#### **4.4.1.** En cuanto a la reparación

La Corte resalta que sólo algunas causales de aplicación de Principio de Oportunidad consagran como requisito para su aplicación la reparación de la víctima<sup>110</sup>. En los demás eventos, si bien es cierto deben considerarse los intereses de la víctima y deben tomarse las medidas posibles para su realización, es posible aplicar el Principio de Oportunidad así no se haya logrado dicho cometido.

En el anterior sentido, Gómez Pavajeau anota que *“no significa que siempre deba existir reparación pues no es lo que demandan las normas anteriores. Ella no es, por sí misma, el fin del Principio de Oportunidad, aun cuando es evidente que resulta muy importante”*<sup>111</sup>.

110 Causales 1, 8, 14 y 15.

111 Op. cit., p. 254.

En la Sentencia C-095 de 2007 la Corte, luego de referirse a la ponderación de los intereses vinculados a la aplicación del Principio de Oportunidad, concluye que no siempre han de prevalecer los intereses de la víctima y se refiere a la posibilidad de acudir a la instancia civil para buscar el resarcimiento de los perjuicios; dijo: *“lo anterior no significa que como resultado de esa valoración y sopesación siempre deban prevalecer los derechos de las víctimas y que nunca se pueda aplicar el Principio de Oportunidad, puesto que tal como fue diseñado por el legislador, la aplicación de éste supone la valoración de los derechos de las víctimas y la realización de un principio de verdad y de justicia, y no excluye la posibilidad de acudir a la acción civil para buscar la reparación de los daños”*.

#### 4.4.2. En cuanto a la verdad y la justicia

En el análisis de la causal primera se hizo alusión a la manera como puede lograrse un *“principio de verdad”* en el trámite de aplicación del Principio de Oportunidad, precisamente porque el Artículo 327 exige, para su aplicación, la existencia de evidencias que permitan inferir *“la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*; también se hizo alusión a los planteamientos de la Corte Constitucional a este respecto. Por lo tanto, se remite a lo expresado en ese apartado.

La explicación de las causales 4 y 5 frente a los demás derechos de la víctima es sustancialmente diferente si se compara con la causal primera, pues mientras en ese evento la reparación integral juega un papel trascendental, en estas causales, estrechamente vinculadas a la colaboración de los imputados para evitar que el delito continúe, para la desarticulación de bandas o el procesamiento de responsables de delitos graves, la justificación está más asociada a la relación costo-beneficio a que hizo alusión la Corte en la Sentencia C-095 de 2007, analizada en párrafos precedentes.

Sobre este tema, la Corte Constitucional, en la sentencia antes citada, hizo importantes precisiones:

En primer lugar, hace énfasis en que el Principio de Oportunidad constituye un instrumento jurídico importante para lograr que se haga justicia frente a los delitos más graves:

*“El derecho de las víctimas a la justicia no se logra solamente a través de una condena en un caso particular. La aplicación del Principio de Oportunidad también promueve la justicia, en la medida que contribuye a la protección efectiva de bienes jurídicos de mayor entidad, lo cual redundaría en la protección de los derechos de las víctimas de delitos más graves”.*

El Alto Tribunal resaltó que:

*“este aspecto del Principio de Oportunidad también es relevante al momento de efectuar una ponderación para que el fiscal determine si procede su aplicación. El propio legislador prohibió la aplicación de dicho principio para ciertos delitos de extrema gravedad que protegen bienes jurídicos de enorme importancia, delitos que fueron expresamente enumerados en el Parágrafo 3 del Artículo 324”.*

Además, hizo énfasis en que frente a estas causales -4 y 5- debe hacerse un análisis paralelo de los derechos de las víctimas del delito que eventualmente quedaría impune en virtud de la aplicación del Principio de Oportunidad y los de las víctimas de los delitos cuyo esclarecimiento se lograría con la colaboración del imputado; al respecto dijo:

*“De otra parte, aplicar el Principio de Oportunidad en el caso de delitos de baja entidad para promover la identificación de los autores y partícipes en los delitos de extrema gravedad, redundaría en beneficio de la justicia y en la protección de los derechos de las víctimas de esos delitos de mayor entidad cuyo esclarecimiento y consecuente identificación de los responsables usualmente es más difícil”.*

En todo caso debe tenerse presente la obligación de considerar los intereses de la víctima, lo que, según se anotó en el estudio de la causal primera, debe materializarse en una motivación suficiente por parte del fiscal, que le permita a la víctima -y al Ministerio Público- realizar el control que considere pertinente durante la respectiva audiencia ante el Juez de Garantías.

## 5. CAUSAL QUINTA

*“Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciar la audiencia de juzgamiento<sup>112</sup>, se comprometa 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”.*

A la causal quinta le son aplicables la mayoría de los planteamientos hechos frente a la causal cuarta. Incluso puede advertirse que en la Sentencia C-095 de 2007 la Corte hizo un análisis conjunto de ambas frente a los temas atrás relacionados.

Lo expresado en torno a las víctimas en la causal primera -en lo que tiene que ver con el derecho a la verdad- y en la cuarta -frente a los derechos a la reparación y a la justicia- también son aplicables a la quinta.

En este apartado se analizan los siguientes aspectos: **(i)** el concepto de testigo de cargo, **(ii)** la noción de inmunidad -total o parcial- y **(iii)** medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el imputado o acusado a raíz de la aplicación del Principio de Oportunidad.

### 5.1. Concepto de testigo de cargo

Acorde con lo expuesto en el análisis de la causal cuarta, la justificación del Principio de Oportunidad cuando se trata de colaboración para evitar o esclarecer otros delitos -causales 4 y 5- está ligada a la ponderación de intereses, pues, de un lado, puede generar impunidad frente a una conducta punible sin que pueda predicar la no necesidad de pena o la realización de los fines de la misma a través de mecanismos alternativos, y de otro, puede lograr el esclarecimiento de otras conductas punibles más graves y frente a las cuales los instrumentos ordinarios de persecución penal aparezcan como ineficaces o insuficientes.

<sup>112</sup> Esta parte fue modificada por el Artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, por las mismas razones que motivaron la modificación de la causal cuarta en este aspecto concreto, se remite a lo expresado en esa oportunidad.

Desde esta perspectiva, el fiscal debe tener en cuenta que la colaboración determinante para la aplicación de la causal quinta consiste en que el imputado comparezca como testigo de cargo. Cabe anotar al respecto que el texto anterior hacía alusión a *“testigo principal de cargo”* y que en la nueva normativa sólo se habla de testigo de cargo<sup>113</sup>. Del contenido de los debates previos a la Ley 1312 puede inferirse que el cambio en mención no estaba orientado a aminorar la importancia del testimonio del colaborador; sobre el tema, en las discusiones previas a la promulgación de la Ley 1312 se hizo énfasis en que este tipo de colaboración *“ha permitido que con un testimonio se desvertebre una organización criminal o se sancione efectivamente a los partícipes de un hecho punible, evitando así que una investigación perdure durante años, sin que se obtengan resultados concretos y un verdadero castigo a los responsables”*<sup>114</sup>. Igualmente, se dijo:

*“Sólo 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 suministran el conocimiento, la voluntad y la prueba eficaz para desactivarla, correlativamente los esfuerzos estatales podrán encaminarse hacia objetivos más trascendentales para la comunidad nacional e internacional, como es el ataque a la estructura y funcionamiento de las sociedades delictivas”*<sup>115</sup>.

El concepto de testigo de cargo está indefectiblemente ligado a la eficacia probatoria de la declaración, ya que no puede tratarse de un testimonio de poca trascendencia, o de otra evidencia más para soportar la teoría del caso; las expectativas frente a la colaboración están centradas en que la colaboración bajo el esquema de la declaración en juicio permitan la efectiva judicialización de otros delincuentes, lo que en buena medida justifica la aplicación del Principio de Oportunidad, en virtud del balance de intereses a que hace alusión la Corte en la Sentencia C-095 de 2007<sup>116</sup>.

113 Gómez Pavajeau considera que testigo de cargo *“es aquel que, a través de su testimonio, permite a la justicia imputar a otro u otros procesados un delito en cualquier modalidad de intervención”*. Se considera que que en este caso el término imputación debe entenderse en sentido amplio, ya que no sólo se trata de la comunicación de cargos regulada en los artículos 286 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, sino de la solicitud de condena ante el Juez de Conocimiento.

114 Exposición de motivos proyecto de Ley 261, que dio lugar a la promulgación de la Ley 1312 de 2009. El énfasis es de los autores.

115 Ponencia para segundo debate —Senado—.

116 Se remite a lo expresado en el análisis de la causal quinta.

Sin embargo, difícilmente puede pensarse en que el testimonio del imputado o acusado sea la única prueba con la que cuente la Fiscalía, básicamente por dos razones:

En primer lugar, porque en materia de colaboración de imputados existe un riesgo considerable en que la verdad sea tergiversada o la actividad investigativa sea desorientada de intencionalmente, lo que implicaría un daño considerable a la administración de justicia. Por ello, acorde por lo expresado por la Corte en la Sentencia C-095 de 2007, en estos eventos resulta fundamental corroborar o verificar la información. En tal sentido, en algunas ocasiones pueden fusionarse ciertos elementos de las causales cuarta y quinta, ya que es posible que el imputado suministre información -que por sí sola no pueda calificarse de eficaz-, pero que permita hallar algunas evidencias que, a la postre, sirvan para corroborar su testimonio en juicio y acentúen su carácter de principal.

Además, las declaraciones de los coimputados o coacusados en principio presentan algunos problemas de credibilidad, ya que su testimonio se rinde a cambio de un importante beneficio judicial. La mejor manera de superar dicha falencia es a través de evidencias que corroboren la versión, sin perjuicio, obviamente, de la adecuada preparación del testigo, la claridad de su versión y su comportamiento en la sala de audiencias, etc.

Lo anterior implica realizar un pronóstico sobre la eficacia del testimonio para sostener la pretensión de condena durante la audiencia de juicio oral, para lo cual el fiscal debe evaluar, de antemano, la credibilidad de la versión de acuerdo con los criterios fijados en el Artículo 404 del Código de Procedimiento Penal y, especialmente, frente a la posibilidad de corroborar el mayor número posible de aspectos mencionados por el testigo.

## 5.2. El concepto de inmunidad

Sobre la inmunidad se dice que es *“una figura que permite llevar a juicio el testimonio de una persona a pesar de que los datos que ésta suministre den cuenta de su participación en una conducta punible. Para tales efectos, el Estado queda imposibilitado para utilizar dicha información para judicializar al deponente. La figura de la inmunidad permite armonizar dos*

*intereses constitucionalmente relevantes: el esclarecimiento de un delito en especial y la protección del derecho a la no autoincriminación*"<sup>117</sup>.

Las formas básicas de inmunidad de que da cuenta el derecho comparado son las siguientes:

a. Inmunidad de uso: el Estado no renuncia a investigar al depo-  
nente por la conducta punible sobre la cual versa la declaración,  
pero queda imposibilitado para utilizar en su contra los datos que  
suministre durante el interrogatorio.

b. Inmunidad derivativa: el Estado no renuncia a investigar al testi-  
go por la conducta sobre la cual versa su relato, pero no podrá uti-  
lizar en su contra ni su testimonio ni las pruebas que sólo puedan  
explicarse en razón del mismo.

c. Inmunidad transaccional: el Estado renuncia a la pretensión pu-  
nitiva, esto es, el testigo no será acusado -o no se pedirá condena,  
según el caso- por el delito sobre el cual versa su declaración<sup>118</sup>.

En el módulo de Principio de Oportunidad de la Fiscalía General de  
la Nación se hace una amplia referencia a la regulación del derecho  
comparado, por lo que se remite a lo expresado en dicha obra.

El tema de la inmunidad prácticamente carece de regulación en Co-  
lombia, pues la única norma que lo menciona es el numeral sexto  
del Artículo 324. De ahí que algún sector de la doctrina considere  
que esta causal no puede aplicarse hasta tanto se reglamente lo ati-  
nente a la inmunidad; en tal sentido se afirma:

*“Esta causal es, por excelencia, una de las que requiere desarrollo normati-  
vo a través de concepto que emita el Consejo Nacional de Política Criminal  
y reglamentación por parte de la Fiscalía General de la Nación, toda vez  
que la figura de la inmunidad no aparece regulado en el CPP”*<sup>119</sup>.

117 Bedoya Sierra, Luis Fernando. La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusato-  
rio colombiano. Bogotá, Comlibros, 2008. p. 160.

118 *Ibíd.*, p. 161.

119 Gómez Pavajeau, Op. cit. p. 204.

### 5.3. Medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el imputado o acusado a raíz de la aplicación del Principio de Oportunidad.

Uno de los aspectos que más controversia ha generado en la aplicación de las causales cuarta y quinta de Principio de Oportunidad es el relacionado con las medidas que puedan tomarse para que el imputado o acusado cumpla con las obligaciones adquiridas a cambio del beneficio que entraña esta forma de terminación anticipada de la actuación penal. El asunto resulta mucho más problemático frente a la causal quinta que frente a la cuarta, toda vez que la colaboración eficaz para desarticular una banda o para evitar que el delito continúe puede materializarse incluso inmediatamente, como cuando se informa dónde está la persona secuestrada o dónde pueden hallarse los elementos con los que se ha cometido la conducta punible o que sean producto de la misma; mientras que la colaboración regulada en la causal quinta implica esperar hasta que el imputado o acusado comparezca como testigo a la audiencia de juicio oral. Por ello, este tema será abordado en el contexto de la causal quinta, aunque estos planteamientos pueden resultar aplicables a la causal cuarta cuando sea necesario hacer este tipo de verificaciones.

En la práctica se ha discutido sobre el trámite que debe agotarse cuando el imputado o acusado se compromete a servir como testigo de cargo a cambio de los beneficios propios del Principio de Oportunidad. Algunos sostienen que la consecuencia lógica es que el beneficiario debe quedar inmediatamente en libertad, producto de la aplicación del Principio de Oportunidad; otros opinan que el imputado o acusado puede permanecer privado de la libertad hasta tanto se venzan los términos máximos de detención preventiva que consagra el ordenamiento procesal penal, mientras que otros conceptúan que el término de detención preventiva puede extenderse más allá de los términos consagrados en la ley, merced al acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el imputado o acusado, consistente en aplicar el Principio de Oportunidad a cambio de que éste colabore en calidad de testigo de cargo.

A favor de estas posiciones se exponen diferentes argumentos, los unos centrados en la presunción de buena fe y en la necesidad de afectar en la menor proporción posible la libertad, sin exceder en ningún caso los límites constitucionales y legales; los otros basados

en la necesidad de garantizar que la colaboración pueda efectivizarse y evitar que el imputado o acusado, una vez en libertad, se abstenga de cumplir las obligaciones adquiridas.

En la Ley 1312 de 2009 se introdujeron modificaciones al numeral quinto de aplicación del Principio de Oportunidad y se amplió el artículo 326 de la Ley 906 de 2004, con el propósito de hacer mayor claridad en torno a las condiciones bajo las cuales puede aplicarse la causal quinta y, eventualmente, la cuarta.

La parte final de la causal quinta se modificó en el siguiente sentido:

*“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”.*

En el Artículo 326 se incluyó una nueva obligación:

*“m) 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 Parágrafo 2 del Artículo 324”.*

Del contenido de la reforma queda clara la intención legislativa de ratificar que los beneficios derivados de la aplicación del Principio de Oportunidad quedarán en suspenso hasta tanto se verifique el cumplimiento de las obligaciones.

Estas nuevas herramientas jurídicas pueden allanar el camino para que en la práctica resulte más expedita la aplicación de estas causales de Principio de Oportunidad. En todo caso debe tenerse en cuenta que la aplicación de las causales cuarta y quinta suponen la celebración de acuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, que deben contener obligaciones claras y términos precisos en cuanto a la verificación del cumplimiento de las mismas. Además, debe tenerse en cuenta que la aplicación del Principio de Oportunidad bajo cualquiera de las modalidades que contempla el ordenamiento jurídico debe ser objeto de una adecuada motivación y del respectivo control ante el Juez de Garantías.

## 6. CAUSAL SEXTA

Artículo 324 -Numeral Sexto- de la Ley 906 de 2004, modificado por el Artículo Segundo de la Ley 1312 de 2009.

*“Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciar 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”.*

### 6.1. Problemas jurídicos de la causal sexta

Esta causal tiene tres requisitos básicos: **(i)** que se trate de conductas culposas, **(ii)** que el imputado haya sufrido daño físico o moral grave, **(iii)** que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique el desconocimiento del principio de humanización de la pena.

#### 6.1.1. Que se trate de conductas culposas

Es clara la intención del legislador de limitar la aplicación de esta causal a las conductas culposas. La causal resulta más fácilmente aplicable a algunos delitos que admiten dicha forma de culpabilidad, como las lesiones y el homicidio, y entraña mayor dificultad frente a otras conductas punibles, como favorecimiento de la fuga de presos. En todo caso, será el análisis cuidadoso de cada evento en particular lo que permitirá establecer la procedencia de la causal sexta, de acuerdo a los requisitos que se analizan en este apartado.

En dicho análisis se debe tener presente la posibilidad de acudir a otras causales que pueden dar mayor rendimiento de acuerdo a las particularidades del caso. Frente a los eventos de homicidio y lesiones culposos, a los cuales suele asociarse la aplicación de la causal sexta (sin perjuicio de que sea aplicable a otras conductas punibles culposas), puede resultar viable la aplicación de otras causales de Principio de Oportunidad, así inicialmente pueda predicarse que el imputado sufrió un daño grave. Por ejemplo, cuando la víctima y el imputado han logrado un acuerdo restaurativo, es posible acudir a la causal siete; cuando los factores que

determinan la imputación subjetiva permitan catalogarla como de mermada significación jurídica o social, podría aplicarse la causal once; cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea disminuido en los términos de la causal doce, podría aplicarse ésta, ya que la misma procede frente delitos dolosos, culposos y preterintencionales.

De igual manera, frente a los otros delitos culposos pueden tener mejor rendimiento otras causales de aplicación del Principio de Oportunidad. Por ejemplo, cuando se trate del delito de favorecimiento de la fuga de presos en la modalidad culposa, puede tener aplicación la causal novena, siempre y cuando se reúnan los requisitos en ella consagrados; en los eventos de daño a los recursos naturales la causal pertinente puede ser la trece, y así sucesivamente.

Lo anterior resulta relevante frente a todas las causales de aplicación del Principio de Oportunidad, toda vez que el fiscal debe elegir con precisión la causal a aplicar, ya que las equivocaciones en este crucial aspecto pueden dificultar e incluso impedir la aplicación de este instituto. A manera de ejemplo, si frente a un delito de lesiones culposas aparece demostrado que los factores que determinaron la misma permiten catalogarla como de mermada significación jurídica y social, pero también se vislumbra la posibilidad -no tan clara- de que el imputado haya sufrido daño físico o moral grave, es preferible optar por la causal once y no por la sexta, ya que frente a la primera el fiscal podría demostrar con mayor claridad la concurrencia de los requisitos para aplicar el Principio de Oportunidad.

### **6.1.2** Que el imputado haya sufrido daño físico o moral grave

Frente a este aspecto la práctica judicial ha evidenciado los siguientes problemas:

- 6.1.2.1.** Se debe establecer si se trata de daño físico o daño moral. El fiscal debe analizar si se trata de un evento de daño físico o daño moral, bien porque el juez tiene que tener claridad sobre este tema para realizar el respectivo control, ora porque la demostración de cada uno de ellos suele lograrse de manera

diferente. En ocasiones el daño moral puede derivarse de alguna afectación material que haya sufrido el imputado, pero ello no implica que deje de ser daño moral y que por tanto se debe establecer la real existencia del mismo, así como su entidad. Es posible que en un mismo caso concurren el daño físico y el daño moral grave (como cuando el padre, por culpa, causa la muerte de su hijo y además se causa lesiones graves), evento en el cual el fiscal debe hacer alusión a cada tipo de daño e indicar los medios de conocimiento en que se soporta.

**6.1.2.2.** El daño debe ser grave. El legislador dispuso que la aplicación del Principio de Oportunidad está supeditado a que el daño sufrido por el imputado sea grave, ya que de dicha calidad se deriva la razón de ser de la aplicación del Principio de Oportunidad en el contexto de la causal sexta, precisamente porque ante consecuencias significativas de la conducta punible para el autor, la imposición de la pena puede resultar desproporcionada o inhumana. Se debe tener en cuenta que las conductas punibles culposas suelen generar angustia y dolor en el sujeto activo, pues, precisamente, el resultado nunca ha sido buscado, pero ello no implica necesariamente que se haya reunido el requisito esencial de esta causal, esto es, que se haya producido un daño grave. Lo mismo puede predicarse del daño físico sufrido por el imputado, pues no basta con demostrar que el mismo se produjo sino que debe establecerse su gravedad, a efectos de demostrar que el requisito en comento está verdaderamente satisfecho.

**6.1.2.3.** La demostración del daño. No basta con afirmar, en la orden o en la audiencia ante el Juez de Control de Garantías, que el imputado ha sufrido un daño físico o moral grave a causa de una conducta punible culposa y que, por lo tanto, resulta aplicable la causal sexta; es menester que la Fiscalía acopie los medios de conocimiento suficientes para acreditar su existencia -y entidad-, para lo que puede resultar de utilidad lo siguiente:

**6.1.2.3.1.** El daño físico puede demostrarse a través de dictamen pericial, por lo que el imputado, si es necesario, deberá someterse a la respectiva evaluación. Al respecto, Perdomo Torres anota que la aplicación de esta causal está supeditada “a un

hecho objetivo a determinar por un experto”<sup>120</sup>. Aunque el dictamen pericial puede ser un medio de conocimiento idóneo para demostrar el daño físico -y su gravedad-, no debe olvidarse que en el ordenamiento jurídico rige el principio de libertad probatoria.

**6.1.2.3.2.** El daño moral puede acreditarse de diferentes maneras, dependiendo, entre otras cosas, de si el imputado tiene o no vínculos de parentesco con la víctima.

Cuando el imputado y la víctima tienen vínculos estrechos de parentesco, el daño moral puede establecerse a partir de la demostración de dicho vínculo, no tanto desde la perspectiva formal sino material, y a partir de ello puede hacerse uso de las máximas de la experiencia que indican que se produce un dolor profundo, o un daño moral grave, cuando se le causa daño involuntariamente a un ser querido. Por ejemplo, si se trata del recurrido ejemplo del padre que por imprudencia le causa la muerte a su hijo, el daño moral podría estructurarse a partir de la demostración del vínculo de parentesco, lo que podría lograrse con el registro civil de nacimiento -vínculo formal- y con la entrevista de un familiar o un vecino -materialidad de la relación-. Acorde con los lineamientos trazados en el módulo de argumentación y el razonamiento podría estructurarse de la siguiente manera:

- Juan era el padre del niño Pedro (se acredita con el registro civil de nacimiento).
- Juan asumía plenamente sus obligaciones de padre (entrevistas).
- Juan, por imprudencia, le causó la muerte a su hijo Pedro (respectivos medios de conocimiento).
- La experiencia enseña que los padres sufren grave daño moral cuando le causan imprudentemente daño a sus hijos<sup>121</sup>.

C: Pedro sufrió grave daño moral a raíz de la conducta punible en que incurrió y de la que fue víctima su hijo.

120 Op. cit., p. 143.

121 En La argumentación jurídica en el Sistema Penal Acusatorio (Bedoya Sierra, Luis Fernando. Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2007) en el acápite de máximas de la experiencia, se relacionan algunos pronunciamientos jurisprudenciales sobre este tema.

Cuando se utilice este tipo de razonamientos se debe tener en cuenta que frente a las máximas de la experiencia puede suceder lo siguiente: **(i)** que no se dé el supuesto de hecho que la soporta (por ejemplo, que el vínculo de parentesco no trascendía la esfera formal, como cuando el padre ha abandonado a su hijo), **(ii)** que la regla de la experiencia no es aplicable al caso a pesar de darse el supuesto fáctico y **(iii)** que realmente no se trata de una máxima de la experiencia.

Utilizar la máxima experiencia permite arribar válidamente a un hecho (la existencia de daño moral grave) a partir de otros datos (el vínculo material de padre e hijo y la causación de un daño al segundo por imprudencia del primero).

Se debe tener presente que la causal sexta no consagra como condición o límite el vínculo de parentesco entre víctima y victimario<sup>122</sup>, pero ello no implica que el fiscal esté exento de demostrar en cada caso el daño físico y/o moral. En tales eventos, por razones obvias, no resulta aplicable la máxima experiencia que facilita la argumentación cuando agresor y agredido están unidos por lazos de consanguinidad<sup>123</sup>. Para tales efectos puede resultar de suma utilidad un dictamen pericial, aunque -se insiste- también se puede acudir a otros medios de conocimiento, en aplicación del principio de libertad probatoria.

**6.1.3.** Que en virtud del grave daño físico y/o moral sufrido por el imputado, la aplicación de una sanción resulte desproporcionada o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva

Entre los principios de humanización y proporcionalidad puede existir una relación de dependencia mutua, esto es, una pena desproporcionada puede ser inhumana, y viceversa. Sin embargo, la doctrina establece diferencias entre uno y otro concepto. Así lo destaca el profesor Velásquez Velásquez, en cuanto señala que para la imposición de la pena se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

122 Como si lo hace el artículo 34 del Código Penal.

123 O equivalentes, como la adopción.

*“Humanidad. Dado que se inspira en el principio del respeto a la dignidad de la persona humana, erigido en columna vertebral del Estado de derecho, que expresamente prohíbe el sometimiento de los ciudadanos a desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Constitución Política, Artículo 12), así como a las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (Constitución Política, Artículo 34); no hay, pues, pena sin consideración de la persona como ser humano, porque ella no puede afectar al sujeto en su dignidad como ser social que es, tal como se ha dicho al aludir a la característica anterior.*

*(...) Proporcionalidad. Pues debe corresponderse con la gravedad y entidad del hecho cometido, de tal manera que las sanciones graves se destinen para hechos punibles más atroces y las más leves para los de menor entidad; justamente, una de las conquistas del moderno derecho penal, desde la época de C. Beccaría, es el rechazo a la imposición de sanciones iguales a infracciones a la ley penal de diversa gravedad. En otras palabras, la proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa -pues infracciones de diversa naturaleza se les debe castigar con penas diferentes- como cuantitativa -en tanto a cada hecho punible le debe corresponder una sanción que se compadezca con su importancia-; por ello, un derecho represivo gobernado por los postulados demoliberales debe llevar a cabo la cuantificación penal a partir de dos pilares básicos: la gravedad del injusto cometido (expresión del principio de lesividad) y el grado de culpabilidad (emanación del postulado de culpabilidad)...”<sup>124</sup>*

Desde esta perspectiva, una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar inhumana o desproporcionada en el supuesto concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Así ocurre cuando ella ha sufrido un grave castigo natural, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias de su hecho. A dicha idea se asocia el concepto de “pena natural”.<sup>125</sup>

124 Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Editorial Temis, 1997. p. 612. (Las cursivas son del texto original).

125 Aunque se afirma que no es estrictamente una “pena natural”, en tanto que la misma “parte del supuesto de que un sufrimiento de carácter ontológico padecido como consecuencia de la comisión de un delito enerva automáticamente la imposición de una pena forma posterior. La disposición comentada (refiriéndose al Artículo 34 del Código Penal, se aclara) no contempla tal forma de ver las cosas, toda vez que exige la realización de un juicio de necesidad sobre si se impone o no la pena. Más bien se observa ante una versión atenuada del fenómeno de la poena naturalis”. Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Estudios de dogmática en el Nuevo Código Penal. Tomo II. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 197.

Esa noción de pena natural (*poena naturalis*) se le atribuye, entre otros por Bacigalupo, a Kant, quien la distinguía de la *poena forensis*, aunque ya aparecía en Hobbes, quien la denominaba “*pena divina*”:

*“Dado que ciertas acciones están conectadas por su naturaleza con diversas consecuencias perjudiciales, como cuando, por ejemplo, una persona al atacar a otra se golpea o lesiona a sí misma, o cuando alguien contrae una enfermedad al ejecutar una acción contraria a la ley, tales perjuicios con relación a la persona no integran el concepto de ‘pena’, ya que no es infligida por una autoridad humana, aunque, con relación a Dios, el Señor de la naturaleza, es posible hablar de aplicación y por lo tanto de una pena divina”.*

Y es precisamente Bacigalupo quien, desde una óptica diferente, razonó:

*“... precisamente por ser cuantificable, la culpabilidad puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria (...) La compensación de culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: cabe hablar ante todo de una compensación socialmente constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un *Actus Contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada. Pero también cabe hablar de una compensación destructiva que tiene lugar (...) cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena. Estos males pueden ser jurídicos o naturales. Los últimos dan lugar a la tradicional figura de la *poena naturalis* (...) En estos casos (...) se prescinde de la pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él mismo tienen efectos similares a un pena (*poena naturalis*) porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna razón preventiva. En tales supuestos la sanción sería una tortura sin sentido que inclusive vulneraría el artículo 2.1. de la ley fundamental...”<sup>126</sup>*

Hoy se analiza la pena natural desde las razones que justificarían la sanción ante el “*mal grave que el agente sufre en la comisión del*

126 Bacigalupo, Enrique. Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual. En Congreso Internacional de Derecho Penal. 75 Aniversario del Código Penal. “Teorías Actuales del Derecho Penal”. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1998. pp. 131 y ss.

*injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad”.*<sup>127</sup>

Se recuerda el ejemplo del padre que desplazándose descuidadamente en su vehículo produce la muerte de su pequeño hijo. Seguidamente conviene preguntarse: ¿sería necesaria la pena en ese caso? y ¿constituiría en estos eventos un castigo inconveniente y desproporcionado?. Si los criterios de las sanciones están dados por los Artículos 3 y 4 del Código Penal y los valores impregnados en la Constitución, en estos casos una sanción adicional o añadida a la pena natural violentaría abiertamente el principio de la necesidad de la pena (costoso para un Estado antropocéntrico).

Si en un determinado caso se estima que la pena a imponer resultaría innecesaria,<sup>128</sup> desproporcionada, ilegítima o inhumana, podría afirmarse que el proceso orientado a imponerla también lo sería. Este raciocinio marca una importante diferencia entre los alcances del Artículo 34 del Código Penal y la causal de aplicación del Principio de Oportunidad regulado en el numeral sexto del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004,<sup>129</sup> pues mientras en aquella norma se consagra la posibilidad de prescindir de la imposición de la sanción cuando no fuere necesaria, en ésta se regula la renuncia al ejercicio de la acción penal, lo que conlleva no sólo que se prescinda de la sanción sino además del proceso orientado a imponerla.<sup>130</sup>

127 Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Ediar, 2000. p. 952.

128 En igual sentido, respecto del análisis de lo “necesario” de la pena, Cfr. Perdomo Torres. Op. cit., p. 143.

129 Resulta adecuado llamar la atención que, aunque muchos autores identifican esta causal con el Artículo 34 del Código Penal, lo cierto es que la causal tiene matices diferenciadores, como que, por ejemplo, la causal sexta de aplicación de Principio de Oportunidad no establece grados de parentesco y habla de proporcionalidad o humanización de la sanción, mientras que el código sustantivo, exige afinidad o consanguinidad, al tiempo que habla de necesidad de la pena. Adicionalmente, téngase en cuenta que operarían, en principio, en momentos rituales diferenciables. El Principio de Oportunidad, se anota en este documento, procede incluso desde la indagación; mientras que la figura contenida en el Código Penal, sólo puede ser aplicada por el juez cuando se está redactando el texto de la sentencia.

130 Dice Gómez Pavajeau: “La solución se anticipa en la vía procesal”. En La oportunidad como... Op. cit., p. 92.

## 7. CAUSAL SÉPTIMA

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

Esta norma debe armonizarse con los Artículos 518 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, que regulan lo atinente a la justicia restaurativa, así:

El Artículo 518 dispone que *“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”.*

Sobre lo que significa el resultado restaurativo, la misma norma dispone: *“se trata del acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad”.*

El Artículo 521 dispone que son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

Frente a la causal séptima, la mediación juega un importante papel para lograr un resultado restaurativo que pueda servir de fundamento a la aplicación del Principio de Oportunidad. Al respecto, el Artículo 524 dispone:

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

*En los delitos con pena superior a cinco años la mediación será discurrida para considerar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción”.*

## 7.1. Problemas jurídicos de la causal séptima

A partir de esta reglamentación, en la práctica se evidencia problemas relacionados con los siguientes aspectos: **(i)** delitos frente a los que procede la causal séptima, **(ii)** lo que debe entenderse por justicia restaurativa, **(iii)** criterios para la imposición de obligaciones al tenor de lo regulado en el Artículo 326 y **(iv)** diferencias de la causal séptima y la causal primera.

**7.1.1.** Delitos frente a los cuales procede. El asunto está determinado por dos aspectos: el monto de la pena y el bien jurídico afectado con la conducta punible.

**7.1.1.1.** El monto de la pena. El Artículo 524 dispone expresamente que la mediación sólo puede dar lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad -y a la consecuente extinción de la acción penal- cuando se trate de delitos cuya pena mínima no exceda de cinco años; en los demás eventos el acuerdo restaurativo sólo dará lugar a otros beneficios.<sup>131</sup> De acuerdo con esta reglamentación puede afirmarse que la causal séptima procede frente a delitos que podrían catalogarse de mediana

131 En la Sentencia C-979 de 2005, frente a este tema la Corte Constitucional precisó:

“Ahora bien, en lo que hace al otro ámbito de aplicación de la mediación (Artículo 524, inciso 2) , es decir respecto de los delitos perseguibles de oficio con pena superior a cinco años, la mediación resulta perfectamente aplicable, pero sus efectos son sustancialmente distintos, particularmente en lo que tiene que ver con la acción penal. Si bien, respecto de estos punibles, la decisión de ofendido y ofensor de acudir a la mediación también adquiere efectos vinculantes en cuanto a que la obtención del resultado restaurativo excluye la posibilidad de acudir al ejercicio independiente de la acción civil derivada del hecho punible, y al incidente de reparación integral, en lo que atañe a la acción penal los efectos se restringen considerablemente. Efectivamente, en esta criminalidad, perseguible de oficio, de mayor potencialidad lesiva y por ende de consecuencias punitivas más gravosas (pena superior a cinco años), la mediación únicamente será considerada para otorgar al imputado, acusado o sentenciado, beneficios procesales durante la actuación, en el momento de la imposición de pena para efectos de su dosificación, o en la fase de ejecución de la sanción. No tiene la virtualidad de afectar el ejercicio de la acción penal, consecuencia que resulta compatible con el hecho de que en esta hipótesis la aplicación de la justicia restaurativa (mediación) no está condicionada a que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, pues no se concede al ofendido un poder de disposición sobre el bien jurídico, como sí ocurre con la mediación que opera en delitos con pena inferior a cinco años. Enfoque que resulta compatible con el principio constitucional de investigación oficiosa que vincula a la Fiscalía, con las excepciones regladas que el legislador ha configurado (Constitución Política, Artículo 250)”.

gravedad,<sup>132</sup> pues no se trata de infracciones menores -como en la causal primera-<sup>133</sup> ni es aplicable frente a delitos graves -cuya pena mínima exceda de cinco años-. Desde esta perspectiva, la causal séptima constituye una importante forma de aplicación del Principio de Oportunidad, ya que abarca muchos más delitos que la causal primera y, por lo tanto, puede de alguna manera morigerar los efectos de la Ley 890 de 2004, lo que puede explicarse a través del siguiente ejemplo:

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 890 de 2004 los casos de homicidio culposo podían ser resueltos anticipadamente con la aplicación de la causal primera de Principio de Oportunidad, toda vez que la pena máxima no superaba los seis años.<sup>134</sup> En el caso del homicidio culposo el incremento punitivo general introducido con dicha ley implicó que el tope máximo de la sanción pasara de seis a nueve años y, por lo tanto, no pudiera ser objeto de la causal primera por no reunirse el primer requisito.<sup>135</sup> Ante dicha situación, la causal séptima emerge como importante alternativa para aplicar el Principio de Oportunidad en los casos de homicidio culposo, no sólo porque el límite punitivo consagrado en el artículo 524 así lo permite,<sup>136</sup> sino además porque esta causal facilita la participación de la víctima y el imputado o acusado en la solución del conflicto derivado de la conducta punible y brinda herramientas para proteger los intereses de la sociedad en una adecuada respuesta a las infracciones penales, especialmente a través de las obligaciones consagradas en el Artículo 326 de la Ley 906 de 2004, tema que será abordado más adelante.

132 Desde la perspectiva de la pena dispuesta por el legislador. Es claro que este criterio no siempre resulta suficiente para determinar la gravedad de una conducta punible, pero también lo es que constituye un importante rasero para hacer dicha medición.

133 De acuerdo con una de las interpretaciones atrás anotadas.

134 Siempre y cuando se reunieran los demás requisitos de dicha causal, analizados en precedencia.

135 Se insiste en que el primer requisito de la causal primera (que el delito tenga asignada pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no sea de seis años), ha sido interpretado de dos maneras, conforme se explicó en el respectivo apartado. Acá se parte de la interpretación según la cual dicha causal sólo es aplicable a delitos con pena inferior a seis años.

136 En efecto, el Artículo 524 hace alusión a que el extremo mínimo de la pena no supere los cinco años, lo que se cumple a la perfección en el homicidio culposo toda vez que la pena dispuesta por el legislador, con el incremento de la Ley 890 de 2004, es de 32 meses a nueve años. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la Ley 1326 de 2009 incrementó las penas para este delito, cuando se comete bajo el influjo de bebidas embriagantes o sustancias que produzcan dependencia.

**7.1.1.2** El bien jurídico afectado. El Artículo 524 dispone que la mediación para efectos de aplicación del Principio de Oportunidad -y la consecuente extinción de la acción penal- está condicionada a que *“el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado”*. Esta restricción ha sido interpretada de diferentes maneras, como se indica a continuación:

Algunos sostienen que la mediación para los efectos indicados no procedería frente a la afectación de bienes jurídicos como la vida,<sup>137</sup> ya que dicho bien jurídico supera la órbita personal habida cuenta del interés general que existe en su protección. Otros, en cambio, aducen que dicha restricción está relacionada con la importante división de los bienes jurídicos en individuales y colectivos. La segunda interpretación parece más adecuada, por lo siguiente:

La restricción que consagra el Artículo 524 en el sentido de que la mediación sólo podrá dar lugar a la extinción de la acción penal cuando se trate de delitos cuya pena mínima no exceda de cinco años, impide que por esta vía se solucionen conflictos derivados de delitos que, por su pena, puedan catalogarse como graves. En tal sentido, la Corte Constitucional dijo: *“Efectivamente, en esta criminalidad, perseguible de oficio, de mayor potencialidad lesiva y por ende de consecuencias punitivas más gravosas (pena superior a cinco años), la mediación únicamente será considerada para otorgar al imputado, acusado o sentenciado, beneficios procesales durante la actuación, en el momento de la imposición de pena para efectos de su dosificación, o en la fase de ejecución de la sanción”*. Por lo tanto, no es claro que, además de este límite, el legislador haya querido implementar otro, al disponer que el bien jurídico no deba superar la órbita personal del afectado.

De otro lado, el legislador contempló la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad frente a delitos contra la vida, incluso bajo las únicas condiciones de la indemnización integral de la Víctima y la ausencia y decaimiento del interés del Estado.<sup>138</sup> De hecho, antes de los efectos colaterales de la Ley 890 de 2004 en lo que tiene que ver con la aplicación del Principio

137 Lo que dejaría por fuera el homicidio culposo de la cobertura de esta causal.

138 Como ya se indicó, este requisito fue abolido con la entrada en vigencia de la Ley 1312 de 2009.

de Oportunidad, el homicidio culposo podía ser objeto de aplicación de la causal primera.<sup>139</sup> Y si en principio se dispuso que atentados contra la vida pudieran ser resueltos con dicha causal, no se vislumbran razones lógicas para concluir que ese tipo de atentados hubieran quedado por fuera de la cobertura de la causal séptima, máxime si se tiene en cuenta que ésta tiene más requisitos y permite satisfacer de mejor manera los intereses de la sociedad en materia de persecución penal.<sup>140</sup>

Es lógico que el legislador haya limitado la causal séptima a bienes jurídicos que no superen la órbita personal del afectado, toda vez que el acuerdo restaurativo naturalmente puede implicar disposición o renunciaciones, y las mismas no podrían hacerse por una persona cuando se trate de la afectación de bienes colectivos; en términos simples, la regla general es que un individuo no puede disponer de los intereses de la colectividad.

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-979 de 2005, anotó:

*“En el ámbito de aplicabilidad -de la mediación en los términos referidos- se encuentra una categoría de delitos que no obstante ser perseguibles de oficio, presentan un bajo rango de lesividad y por ende la consecuencia punitiva es menos grave, y adicionalmente se mueven en un espacio en que existe un nivel de disponibilidad de la víctima sobre el bien jurídico tutelado.*

(...)

*El condicionamiento de la mediación a la naturaleza de bien jurídico protegido, restringiéndolo a aquel que no sobrepase la órbita personal del perjudicado, focaliza el efecto restaurador de la mediación en aquella criminalidad que afecta bienes jurídicos respecto de los cuales la víctima conserva un espacio de disponibilidad”.*

En el acápite destinado a la causal trece se analiza con mayor detenimiento la diferencia entre bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos individuales, por lo que se remite a lo expresado en ese apartado.

139 Se insiste bajo una de las interpretaciones de la causal primera.

140 Más adelante se explicará este aspecto, especialmente desde el alcance del Artículo 326.

### 7.1.2. Lo que debe entenderse por justicia restaurativa

La justicia restaurativa entraña un cambio de paradigma en la solución de los conflictos derivados del delito. Daniel Van Ness, en su intervención ante la Comisión Constitucional Redactora<sup>141</sup>, hizo hincapié en que mientras el sistema tradicional de justicia busca responder preguntas como: ¿cuáles leyes han sido violadas?, ¿quién lo hizo?, y ¿qué es lo que merece esta persona?, la justicia restaurativa parte de los siguientes interrogantes: ¿quién ha sido lastimado?, ¿cuáles son las necesidades de estas personas?, y ¿de quién es la obligación de suplir estas necesidades?

En el mismo sentido, Julio Andrés Sampedro Arrubla -que hizo parte de la Comisión Constitucional Redactora del actual Código de Procedimiento Penal-, define la justicia restaurativa como:

*“(u)n movimiento en el campo de la victimología y criminología que apunta a reconocer que la conducta punible causa daños concretos a las personas y las comunidades e insta a que la justicia repare efectivamente esos daños y a que tanto la comunidad como las partes en conflicto se les permita participar en el proceso de su solución. Los programas de justicia restaurativa, por consiguiente, habilitan a las víctimas -quienes deben tener una total participación en orden a la reparación-, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al delito. El proceso restaurativo debe involucrar a todas las partes como aspecto fundamental para alcanzar el resultado restaurador de reparación y paz social”.*<sup>142</sup>

En esa misma línea, la Corte Constitucional anota:

*“Así, la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido.*

141 Osorio Isaza, Luis Camilo; Morales Marín, Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005. pp. 455 y 456.

142 Sampedro Arrubla, Julio Andrés, “Qué es y para qué sirve la justicia restaurativa”. En Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, n. 12, 2005, pp. 53-85.

*Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica".<sup>143</sup>*

El Artículo 519 del Código de Procedimiento Penal consagra las reglas generales por las cuales se debe regir el proceso de justicia restaurativa:

- Consentimiento libre y voluntario de la víctima y del imputado, acusado o sentenciado, de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento de la actuación.
- Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.
- La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
- El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para agravación de la pena.
- Los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.
- La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar un abogado.

En la Sentencia C-979 de 2005 la Corte trae a colación importantes parámetros internacionales para la aplicación de la justicia res-

143 Corte Constitucional, Sentencia C-979 de 2005.

taurativa, que en buena parte coinciden con las reglas consagradas en el Artículo 519 y que deben ser tenidos en cuenta por el fiscal durante el trámite penal en lo que atañe a la aplicación del Principio de Oportunidad.<sup>144</sup>

En este orden de ideas, al verificar si ha ocurrido un acuerdo restaurativo en los términos del Artículo 518 y los conceptos doctrinarios y jurisprudenciales citados, el fiscal debe tener en cuenta que este tipo de soluciones van más allá de la indemnización de los perjuicios, aunque en ocasiones ello sea suficiente para que las partes den por superado el conflicto. En este sentido, la Corte Constitucional señaló que son formas de restauración en el ámbito internacional:

- La restitución, se realiza a través de acciones orientadas a devolver, en la medida de lo posible, a la víctima a la situación que se encontraba antes de ser afectada por el ilícito, tiene un alcance que trasciende lo meramente pecuniario en cuanto atañe al restablecimiento de todos sus derechos que le permitan continuar con una vida normal en su entorno social, familiar, de ciudadanía, laboral y económico.
- La indemnización, se identifica con las medidas orientadas a lograr el resarcimiento de los daños generados por el ilícito y que sean cuantificables económicamente (daños físico y mental; la

144 “Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Los acuerdos se alcanzarán en forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso. La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso. Cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y el delincuente en la comunidad. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. E/CN.15/2002/5/Add.1. Informe del Grupo de Expertos sobre justicia restaurativa a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal.

pérdida de oportunidades de desarrollo; los daños materiales y la pérdida de ingresos incluido el lucro cesante; el daño a la reputación o a la dignidad y las disminuciones patrimoniales).

- La rehabilitación, corresponde al conjunto de acciones que se orientan a proporcionar a la víctima la atención y asistencia que requiera desde el punto de vista médico, psicológico, social y jurídico.
- La satisfacción y las garantías de no repetición, atañen a aquellas acciones dirigidas, de una parte a deshacer el agravio inferido a la víctima, y de otra, a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectaron sus derechos, las cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa.<sup>145</sup>

### 7.1.3. Los criterios para la imposición de las obligaciones consagradas en el Artículo 326

Las obligaciones que pueden ser impuestas de conformidad con el Artículo 326 del Código de Procedimiento Penal implican la restricción de derechos constitucionales. En efecto, las mismas pueden comprometer el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de locomoción, entre otros. Dicha circunstancia fue resaltada y tenida en cuenta por la Corte Constitucional para concluir que el control jurisdiccional a la aplicación del Principio de Oportunidad aplica a todas sus modalidades -renuncia, suspensión e interrupción-; al respecto afirmó:

*“En efecto, si se observa la norma transcrita que relaciona las “condiciones a cumplir durante el período de prueba” a que se somete al investigado cuando solicita la suspensión del procedimiento a prueba, se pueden inferir tres conclusiones relevantes para este análisis. En primer lugar, se contemplan medidas que involucran una clara restricción a derechos fundamentales. En segundo lugar, algunas de esas medidas tienen el mismo contenido y alcance de ciertas medidas de aseguramiento que como se sabe sólo pueden ser impuestas por el Juez de Control de Garantías. En tercer lugar, otras de esas condiciones tienen el mismo contenido de ciertas penas privativas de otros derechos que como tales corresponden a la competencia privativa del Juez de Conocimiento”.*<sup>146</sup>

145 Corte Constitucional, sentencia C-979 de 2005.

146 Corte Constitucional, sentencia C-979 de 2005.

Si dichas obligaciones conllevan la afectación de derechos protegidos constitucionalmente, las mismas están sometidas a las cargas argumentativas que legitiman ese tipo de decisiones en el ordenamiento jurídico, máxime si se tiene en cuenta que el fiscal -al tomar la decisión de aplicar el Principio de Oportunidad bajo esta modalidad- y el juez -al realizar el respectivo control- tienen un margen de discrecionalidad<sup>147</sup> para imponer una o varias de las obligaciones reguladas en el Artículo 326.

Si se parte de que el Principio de Oportunidad en eventos como el regulado en el Numeral 7 del Artículo 324 está orientado a la solución alternativa del conflicto derivado de la conducta punible, las obligaciones que se impongan al tenor de lo dispuesto en el Artículo 326 deben estar orientadas a dicha finalidad, bien desde la perspectiva de la reparación a la víctima o para el cumplimiento, por vía alternativa de alguna o algunas de las finalidades que estaría llamada a cumplir la sanción penal en el evento de ser impuesta. Al respecto, Gómez Pavajeau resalta que *“la vinculación de la aplicación del Principio de Oportunidad con los efectos preventivos especial y general de la pena resultan inocultables a la luz de la causal consagrada en el Artículo 324 Numeral 8,<sup>148</sup> toda vez que de manera diáfana así lo dice expresamente la legislación sobre justicia restaurativa: el acuerdo restaurativo se encuentra encaminado a atender “las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes” (Artículo 518, Inciso 2)”*.<sup>149</sup>

No se trata de imponer obligaciones sin sentido, para cumplir de manera formal los requisitos para la aplicación de la causal séptima de Principio de Oportunidad, sino de afectar los derechos del imputado sólo con medidas que tengan una finalidad específica -que debe ser expresada- y en la medida que resulte necesario para alcanzar los fines propuestos.

147 Discrecionalidad entendida como posibilidad de elegir razonadamente cuál o cuáles son las obligaciones pertinentes; no discrecionalidad entendida como arbitrariedad. Al respecto resultan pertinentes las consideraciones esbozadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-095 de 2007.

148 Con la reforma introducida en la Ley 1312 de 2009 pasó a ser la causal séptima.

149 Op. cit., pp. 249 y 250.

Las obligaciones que se impongan pueden estar orientadas a garantizar los derechos de la víctima, a satisfacer el interés de la sociedad en una adecuada respuesta del Estado frente a las conductas punibles o a ambas cosas al mismo tiempo. Por ejemplo, las obligaciones consagradas en los literales 7<sup>150</sup>, 8<sup>151</sup> y 9<sup>152</sup> están orientadas a garantizar los derechos de las víctimas, sin perjuicio de la utilidad que puede tener para efectos de prevención especial o general, según se analizó en la causal primera. Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-209 de 2007 resaltó que *“el Artículo 326, para una de las modalidades de aplicación del Principio de Oportunidad -la suspensión de la acción penal- prevé mecanismos de protección de los derechos de las víctimas que pueden guiar a los fiscales y al Juez de Control de Garantías al valorar tales derechos”*.

La obligación consagrada en el numeral 3<sup>153</sup> puede cumplir importantes funciones desde la perspectiva de la prevención especial y la prevención general. Además, permite una salida alternativa del conflicto penal cuando se trata de personas que no están en capacidad de indemnizar los perjuicios.

Otras de las obligaciones consagradas en el Artículo 326 pueden resultar de gran utilidad para solucionar problemáticas específicas, lo que adquiere trascendencia desde la perspectiva de la prevención, como cuando en un delito de violencia intrafamiliar se impone la obligación de someterse a un tratamiento psicológico, de tal manera que se garantice que las relaciones familiares alteradas por la conducta punible volverán definitivamente a la normalidad, o cuando se impone la obligación de someterse a un tratamiento para el alcoholismo cuando la ingesta de alcohol ha tenido incidencia importante en la realización del comportamiento ilegal.

En este orden de ideas, la causal séptima permite que frente a delitos *“intermedios”* -mirada su gravedad desde la perspectiva de la pena dispuesta por el legislador-, la víctima y el agresor puedan lograr un

150 La reparación integral a las víctimas de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.

151 La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas.

152 La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.

153 Prestar servicios en instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.

acuerdo restaurativo, de tal suerte que ese conflicto -entre personas específicas- pueda solucionarse por la vía de la concertación; y a la vez le permite al Estado satisfacer el interés que pueda mantener en dar una respuesta adecuada a la conducta punible, específicamente cuando sea necesario garantizar alguno o algunos de los fines de la pena, no a través de la imposición de la sanción penal, pues precisamente el Principio de Oportunidad implica una renuncia en ese sentido, sino a través de imposiciones alternativas consagradas en el Artículo 326, que también implican restricciones a derechos constitucionales y por lo tanto requieren un análisis ponderado, para lograr que la respuesta estatal sea adecuada y, a la vez, para impedir restricciones de derechos innecesarias o desproporcionadas.<sup>154</sup>

Para imponer una o varias de las obligaciones del Artículo 326 el fiscal tendrá que tener clara la finalidad que se persigue, y luego debe elegir, entre las obligaciones reguladas en el Artículo 326, cuál o cuáles pueden resultar útiles para lograr dicho fin. Este aspecto deberá ser motivado de manera expresa, para que los demás intervinientes puedan realizar un control adecuado en la audiencia surtida ante el Juez de Garantías.

La literalidad del Numeral 7 del Artículo 324 pareciera indicar que en todos los eventos es necesaria la suspensión del procedimiento a prueba y la imposición de uno o varias de las obligaciones consagradas en el Artículo 326. Al respecto, Gómez Pavajeau dice que: *“la suspensión no dependerá de si se somete o no al imputado a período de prueba, pues ello es cosustancial, necesario e indefectible a la aplicación del Principio de Oportunidad, tal como se desprende del imperativo categórico que emana del Artículo 326 cuando dispone que se “determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el procesado”. Allí lo único facultativo es “el término que fijan fiscal y juez dentro del previamente señalado período de prueba de tres años”.*<sup>155</sup> Frente a este punto resultan necesarias las siguientes consideraciones:

154 Al respecto, Gómez Pavajeau, en *La oportunidad como...* Op. cit., dice: “Ciertamente, las anteriores obligaciones no son pena, pero no puede negarse su carácter coactivo y exigibilidad jurídica, de allí que, si existe un principio de responsabilidad que se atribuye conforme a las evidencias probatorias, la única forma de introducir razonabilidad en la imposición de obligaciones es entender dichas medidas vinculadas con la reacción penal, lo que, sin duda alguna, autoriza el artículo 13 del Código Penal cuando señala que las normas rectoras como las que dan cuenta de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, en el marco de la prevención especial y general (artículos 3 y 4 ib) son la esencia y orientación del sistema penal.

155 Op. cit. p. 259.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la suspensión del procedimiento a prueba no tiene como finalidad exclusiva la reparación a la víctima, como se ha entendido en ocasiones. Aunque ésta es una finalidad importante, según se resaltó en los párrafos precedentes, debe tenerse en cuenta que el Artículo 326 va mucho más allá del simple pago de perjuicios, toda vez que constituye un importante mecanismo jurídico para que la administración de justicia procure una respuesta adecuada, desde la perspectiva de los fines de la pena.

Además, debe considerarse que las obligaciones del Artículo 326 implican la restricción de derechos, por lo que es necesario que sólo se impongan cuando resulten necesarias. Según se anotó, el fiscal debe identificar el propósito, objetivo o necesidad y a partir de ello debe seleccionar las obligaciones para imponer.

Es posible que en algunos eventos el acuerdo restaurativo se materialice de forma instantánea -como cuando se cancelan los perjuicios y se pide público perdón-, y es posible que ante ciertas situaciones las obligaciones consagradas en el Artículo 326 sean innecesarias o desproporcionadas. En esos eventos podría hablarse de tres soluciones: **(i)** negar la aplicación del Principio de Oportunidad por la causal séptima, bajo el entendido de que para la misma es obligatoria la suspensión del procedimiento a prueba, **(ii)** imponer una o varias de las obligaciones del Artículo 326, así las mismas no sean necesarias y **(iii)** aplicar el Principio de Oportunidad directamente en la modalidad de renuncia.

No parece lógico negar la aplicación del Principio de Oportunidad cuando ha habido acuerdo restaurativo y no se requiere la imposición de alguna de las obligaciones del Artículo 326, pues ello pondría al infractor en una posición desfavorable -e injustificada- frente a otros que hayan asumido la misma actitud para con la víctima pero requieran de la imposición de ciertas cargas (como someterse a un tratamiento específico). Además, debe tenerse en cuenta que la reparación a la víctima también es un instrumento adecuado para lograr la prevención general y especial, según lo anotado en el acápite destinado a la causal primera, por lo que el mismo, en ciertos eventos, en el contexto de la causal séptima, puede resultar suficiente.

Tampoco parece apropiado restringir derechos a través de la imposición de una o varias de las obligaciones del Artículo 326, cuando ello no tenga ninguna finalidad importante desde la perspectiva penal o cuando resulte innecesario o desproporcionado. Una decisión de esa naturaleza sería contraria a la Constitución Política, especialmente en lo que atañe a la obligación de proteger los derechos fundamentales (y, en consecuencia, limitarlos sólo en cuanto sea necesario) y la aplicación del principio de proporcionalidad.

Lo que parece más oportuno es aplicar el Principio de Oportunidad directamente en la modalidad de renuncia. Para ello, el fiscal deberá sustentar por qué no es necesario acudir a la figura de la suspensión.

#### **7.1.4** Las diferencias con la causal primera

Es importante que el fiscal tenga presente las diferencias entre las causales de aplicación del Principio de Oportunidad consagradas en el Artículo 324, ya que cada una de ellas tiene finalidades diferentes para el cumplimiento de los objetivos de dicho instrumento jurídico. Realizar dicha diferenciación le permitirá elegir la que resulte más adecuada.

Las causales 1 y 7 presentan algunas semejanzas, especialmente en lo que tiene que ver con el reconocimiento de los derechos de la víctima, pero a la vez presentan importantes diferencias, frente a los siguientes aspectos: **(i)** delitos frente a los que proceden, **(ii)** participación de la víctima y **(iii)** medidas alternativas para lograr uno o varios fines de la pena.

##### **7.1.4.1.** Delitos frente a los que procede

Lo expuesto a lo largo de este trabajo permite concluir que, desde la perspectiva de la pena dispuesta por el legislador, a partir de una de las interpretaciones del Artículo 324 en su numeral primero, la causal primera procede frente a delitos de menor gravedad, mientras que la causal séptima es aplicable a delitos “*intermedios*”. En efecto, la causal primera procede frente a delitos cuya pena máxima no sea superior a seis años, mientras

que la séptima es aplicable a delitos cuya pena mínima no sea superior a cinco años. Desde la segunda interpretación de la causal primera podría afirmarse que la misma procede frente a cualquier delito, mientras que la séptima sólo frente a aquellos cuya pena mínima no excede de cinco años.

Desde esta perspectiva la causal séptima resulta importante para mitigar los efectos colaterales de la Ley 890 de 2004, ya que a partir de su expedición la causal primera dejó de ser aplicable a delitos que tengan asignada una pena máxima superior a seis años, como el recurrido ejemplo del homicidio culposo, cuya pena pasó de dos a seis años a un rango entre 32 meses y nueve años.

#### 7.1.4.2. Participación de la víctima

En la causal primera la indemnización integral a la víctima es un requisito esencial, pero no es obligatorio que ésta llegue a un acuerdo con el imputado. Es posible, según se anotó, la fijación de los perjuicios materiales a través de un perito y la de los perjuicios morales por vía judicial, cuando la víctima no está presente o cuando no se logra un acuerdo en torno a la reparación.

En la causal séptima la participación voluntaria de la víctima es esencial. Aunque el Numeral 7 del Artículo 324 no lo mencione, y el Artículo 325, que hace alusión al trámite de las solicitudes de suspensión que puede presentar el imputado, se limite a expresar que el fiscal *“consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento”*, se debe tener en cuenta que dichas normas hacen énfasis en que estos procedimientos se harán en el marco de la justicia restaurativa, cuyos principios están consagrados en el Artículo 519 (que en buena parte recoge los lineamientos internacionales sobre la materia), el primero de los cuales es, precisamente, el *“consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo”*.

De otro lado, la causal primera está cimentada en la indemnización integral (cuyo alcance fue analizado en el respectivo apartado), mientras que la causal séptima se refiere a que víctima e imputado participen en un proceso orientado a lograr un resultado restaurativo, entendido éste como *“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>156</sup>

### **7.1.4.3** Medidas alternativas para lograr uno o varios fines de la pena

Este es un punto importante de diferenciación entre las causales primera y séptima.

Sin olvidar que el Principio de Oportunidad debe aplicarse en el marco de la justicia restaurativa, la causal primera está cimentada en la indemnización integral de perjuicios. En cambio, en el contexto de la causal séptima el Estado puede mantener interés en intervenir en el conflicto derivado del delito más allá del acuerdo logrado por las partes, sólo que no lo hace por el sistema ordinario de penalización, sino a través de la imposición de obligaciones orientadas a cumplir finalidades específicas que implican restricción de derechos y que incluso se asemejan a algunas medidas de aseguramiento o a penas accesorias, según lo ha resaltado la jurisprudencia y la doctrina. La posibilidad regulada en el Artículo 326 constituye un instrumento jurídico importante para dar una respuesta integral -aunque alternativa- al conflicto generado por la comisión de delitos cuya pena mínima no exceda de cinco años.

<sup>156</sup> Artículo 518 de la Ley 906 de 2004.

## 8. CAUSAL OCTAVA

Artículo 324, Numeral 8: cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

La presente causal está basada en la ponderación de los intereses del Estado en el marco de la seguridad internacional y los fines del ejercicio de la acción penal, y en la posibilidad de que éstos cedan ante aquellos en eventos específicos, que deben ser analizados con detenimiento por el funcionario judicial.

La aplicación de esta causal conlleva el análisis de dos aspectos centrales: **(i)** el riesgo o amenaza grave a la seguridad del Estado, y **(ii)** que dicho riesgo o amenaza pueda derivarse del ejercicio de la acción penal.

### 8.1. Riesgo o amenaza grave a la seguridad exterior del Estado

En su momento se planteó ante la Corte Constitucional que la disposición es poca clara en lo referente al concepto de “*seguridad exterior del Estado*”. Esa Corporación, a través de la Sentencia C-095 de 2007, desestimó los motivos de la demanda, entre otras, por las siguientes razones:

En primer lugar, resaltó la necesidad de considerar lo dispuesto en el artículo 189 de la Constitución Política, según el cual es función del Presidente de la República, “*proveer a 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*”.

En este orden de ideas, el Alto Tribunal concluyó que el concepto “*seguridad exterior del Estado*” no adolece de la vaguedad imputada por los demandantes, pues contiene elementos regulados en la misma Constitución Política. Resaltó que dicho concepto:

*“Hace alusión a atentados contra la existencia del Estado, contra su integridad territorial, contra la soberanía del poder público, o a agresiones armadas sobre la población y el territorio nacional. En estos casos, los bienes jurídicos que constituyen tal soberanía, tal integridad territorial y la*

*existencia misma del Estado prevalecen sobre el interés también público implícito en la persecución de los delitos. Es decir, la persecución criminal debe renunciarse para garantizar la efectividad de aquellos fundamentos mismos de la organización política”.*

Finalmente, en la Sentencia C-095 de 2007 se dejó sentado que la seguridad del Estado hace referencia a tres aspectos particulares, a saber: “(i) la independencia y la honra de la nación, (ii) la inviolabilidad del territorio y (iii) la situación de guerra exterior”.

De otro lado, la causal octava<sup>157</sup> fue demandada bajo el argumento de que permitía la influencia del ejecutivo en la administración de justicia. La Corte concluyó que dicho planteamiento no es de recibo, porque, en todo caso, la decisión sobre la aplicación del Principio de Oportunidad debe ser tomada por la Fiscalía General de la Nación y controlada por la Judicatura; en tal sentido expresó:

*“Dentro del ejercicio concreto de la acción penal, al Ejecutivo le corresponde intervenir en los procesos para definir cuándo el procedimiento penal pueda significar una amenaza para la seguridad exterior del Estado, asunto que en todo caso queda librado a la decisión del fiscal, sujeto al control de Juez de Garantías”.*

Si bien es cierto que la Corte Constitucional resolvió lo atinente a la claridad de la causal octava, concretamente en lo que atañe al concepto de seguridad exterior del Estado, algunos autores consideran que la causal tiene elementos que no resultan suficientemente claros para permitir su aplicación; por ejemplo, Mestre Ordóñez<sup>158</sup> considera que aunque es conveniente poder renunciar al ejercicio de la acción penal si con ello se puede evitar una guerra exterior o una crisis diplomática, el calificativo de grave que contiene la norma hace que en el control jurisdiccional, sea el juez quien termine definiendo la política criminal, asunto que constitucionalmente está asignado a la Fiscalía General de la Nación, por lo que indica que no hay una forma clara de comunicación con el Ejecutivo para el manejo del concepto de relaciones exteriores.

157 Debe advertirse que la declaratoria de exequibilidad se produce respecto del Numeral 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004; sin embargo, con la modificación derivada de la Ley 1312 de 2009, actualmente se rotula como causal octava, sin variación alguna en su contenido.

158 Op. cit.

Aunado a las explicaciones de la Corte Constitucional, para dar contenido al concepto de riesgo o amenaza grave para la seguridad del Estado, podría acudirse al derecho internacional, según el cual el concepto en mención está asociado a circunstancias que puedan poner en peligro la propia existencia de la Nación, *“tanto si se trata de la integridad física de la población como de la integridad territorial o del funcionamiento de las instituciones”*.<sup>159</sup>

Esta causal suele asociarse con las conductas previstas como delitos contra la existencia y seguridad del Estado; podría pensarse, a manera de ejemplo, en los problemas que en materia de seguridad nacional podría generar la discusión en audiencia de una conducta punible consistente en la indebida utilización de los secretos militares orientados a la protección de la soberanía frente a eventuales ataques de otros países.

No puede olvidarse que esta causal tiene, en todos los casos, un límite contenido en la Resolución 6657 de 2004, en el sentido de que la decisión sobre su aplicación es de competencia exclusiva del Fiscal General de la Nación.

## **8.2.** Relación entre el riesgo o amenaza y el ejercicio de la acción penal

No basta con demostrar que existe riesgo o amenaza para la seguridad exterior del Estado; es necesario establecer la relación directa de éstos con el ejercicio de la acción penal.

Lo anterior es consecuencia natural del balance de intereses que sirve de fundamento a esta causal, que justifica en cada evento en

<sup>159</sup> Naciones Unidas, Informe de la relatora especial sobre los estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1982/15, párrafo 55, citado por O'Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004. p. 993. En el mismo sentido, puede consultarse la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos Lawless, Grecia e Irlanda c. el Reino Unido. En términos similares se ha entendido, en ejercicio del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en cuyo contexto también aparece la expresión amenaza grave para la seguridad del Estado), como aquellas situaciones que amenazan “la continuidad de unas condiciones indispensables para la supervivencia del grupo como tal o que son imprescindibles para el mantenimiento y la vigencia de un orden constitucional democrático”, según Ramelli Arteaga, Alejandro. La Constitución colombiana en el Derecho Internacional Humanitario. 2 ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 104.

particular el sacrificio de los fines inherentes al ejercicio de la acción penal en pro de la seguridad del Estado. Por lo tanto, si no se establece la relación causal entre el ejercicio de la acción penal y el riesgo o amenaza que de la misma pudiera derivarse en materia de seguridad exterior, no sería posible aplicar el Principio de Oportunidad, al menos por la causal octava.

## 9. CAUSAL NOVENA

*“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”.*

### 9.1. Principales problemas de esta causal

La causal tiene tres aspectos básicos, cada uno de los cuales ha dado lugar a discusiones doctrinarias y a importantes debates en la práctica judicial, a saber: **(i)** delitos frente a los que procede, **(ii)** la afectación del bien jurídico funcional debe ser poco significativa, y **(iii)** que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

#### 9.1.1. Delitos frente a los que procede

La norma hace alusión a dos bienes jurídicos en concreto: la administración pública y la recta y eficaz administración de justicia, para cuya protección el legislador consagró 35 y 17 delitos, respectivamente. Cabe resaltar que de los 52 delitos en comento, sólo 29 tienen sujeto activo calificado, amén que frente a los restantes los particulares pueden responder penalmente bajo la denominación de interviniente.<sup>160</sup> Esta situación ha generado discusión en torno a la posibilidad de aplicar la causal novena a personas que no tengan la calidad de servidor público, aspecto que debe analizarse a partir del análisis de todos los requisitos de la causal, conforme se indica a continuación.

#### 9.1.2 La afectación al bien jurídico funcional debe ser poco significativa

Algunos autores se refieren a la imposibilidad, desde la perspectiva constitucional, de aplicar el Principio de Oportunidad frente

160 Artículo 30, Inciso Final, del Código Penal. Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

a delitos cometidos por funcionarios públicos,<sup>161</sup> porque dichos delitos “son expresión de la necesaria garantía de la confianza de los ciudadanos en el Estado y en el correcto funcionamiento de sus instituciones” y que “la moralidad en el ejercicio de la función pública como principio constitucional es garantizada de esta forma”;<sup>162</sup> frente a ese tema, al analizar la constitucionalidad de la causal novena,<sup>163</sup> la Corte Constitucional señaló:

*“No es cierto que en esta materia no quepa ningún tipo de graduación de la conducta de los servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas que incurran en actuaciones que atenten contra bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia y por consiguiente no puede optarse por el legislador por un determinado mecanismo de protección -penal o disciplinaria- ni pueda graduarse la sanción a imponer -que en criterio de los actores necesariamente debería ser siempre la máxima dada la gravedad que siempre tiene el incumplimiento de los deberes por parte de dichos servidores y particulares tratándose de la afectación de la administración pública y la administración de justicia”.*

Ello no desconoce el principio de necesidad al que se ha hecho referencia sino al principio de antijuridicidad material que ha sido acuñado por la doctrina jurídico penal y recogido en la legislación como uno de los elementos necesarios del delito. Principio al que esta Corporación ha reconocido como ya se señaló clara relevancia constitucional.

161 Perdomo Torres (Op. cit., p. 150) tras analizar la causal décima, concluye: “nuestra opinión es clara: consideramos que la aplicación del Principio de Oportunidad de acuerdo con el numeral 10 no tiene legitimación en un Estado de derecho que asuma tareas irrenunciables frente a sus súbditos y que con su cumplimiento desee mantener la confianza en su actividad. La posible respuesta por medio del reproche y sanción disciplinarios será salvaguardada seguramente de otra necesidad en el Estado, pero evidentemente no de la que el derecho penal busca satisfacer. Al respecto, se apoya en el derecho comparado, concretamente el Código Procesal Penal Peruano, donde por razones de prevención general la ley impide aplicar el criterio de oportunidad cuando el delito, aun en el caso de que la pena sea leve haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

162 Resumen de la demanda contra la causal 10, resuelta en la Sentencia C-988 de 2006.

163 Que corresponde a la causal décima en la nomenclatura vigente antes de la reforma introducida con la Ley 1312 de 2009. Esta aclaración es oportuna para la adecuada lectura del precedente judicial en comentario.

En la misma línea, Gómez Pavajeau resalta que, *“esta causal reconoce, sin ambages, la consideración doctrinaria acerca de que los delitos contra la administración pública y la recta impartición de justicia constituyen su injusto a partir de un desvalor de resultado, que da cuenta de la afectación al bien jurídico funcional y de un desvalor propio del quebrantamiento del deber especial que emana de la relación especial de sujeción que vincula al funcionario”*.<sup>164</sup>

Como ejemplos de materialización de este primer requisito, Gómez Pavajeau se refiere a un peculado por apropiación de un bien de bajo valor<sup>165</sup>, mientras que Forero Ramírez hace alusión a un peculado por uso indebido y a un prevaricato por omisión<sup>166</sup>. Por su parte, Garzón Marín y Londoño Ayala expresan que esta causal puede aplicarse, *“en el caso del peculado por aplicación oficial diferente (Artículo 399) cuando no resulta tan lesivo para el interés social y estatal, que se tenía, en tanto, la destinación específica de una parte del patrimonio público asignado a determinado objeto contractual. O en el prevaricato (Artículo 413) cuando se tenga una duda sobre el elemento subjetivo de este tipo penal;”*<sup>167</sup> claro está, considerando el contexto de vulneración al interés jurídico -penalmente tutelado-<sup>168</sup>.

Para estos efectos debe considerarse la pena asignada por el legislador<sup>169</sup>, el tipo de delito<sup>170</sup> y el daño efectivamente causado

164 Op. cit., p. 181.

165 “Como ejemplo, se puede plantear la conducta de un servidor público que se apropia de parte de la gasolina que se le entrega para efecto del vehículo oficial que conduce. Como se puede notar, la afectación al patrimonio es evidente, empero, el valor intrínseco de lo hurtado no es significativo y los daños colaterales no son mayores, por lo cual la respuesta adecuada es la sanción disciplinaria, consistente en la destitución del cargo y la inhabilidad para el ejercicio de las funciones públicas por tiempo indefinido (Artículos 44 numeral 11, y 45 numeral 1 y 46 de la Ley 734 de 2002)”.

166 Op. cit., p. 184.

167 En todo caso ha de recordarse que para aplicar el Principio de Oportunidad es necesario que se esté frente a una conducta punible. Cuando sea posible ordenar el archivo o pedir la preclusión, éstas han de ser las soluciones y no la aplicación del Principio de Oportunidad.

168 Op. cit., p. 217.

169 En el caso del peculado por apropiación, hay tres escalas punitivas de acuerdo con el monto de lo apropiado: si no supera 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena será de 4 a 10; si lo apropiado va de 50 a 200 SMLMV la pena será de 6 a 15 años; si supera 200 SMLMV la pena anterior se aumenta hasta en la mitad. Lo anterior más los incrementos de la Ley 890 de 2004.

170 Este es otro criterio importante, ya que, a manera de ejemplo, frente a los delitos culposos generalmente puede resultar más procedente la aplicación de esta causal y más viable frente a un peculado por aplicación oficial diferente que frente a un peculado por apropiación.

en cada caso en concreto. Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-988 de 2006, expresó que la aplicación de la causal está supeditada, entre otras cosas, a que la afectación del bien jurídico resulte poco significativa, *“es decir, que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, el Juez de Garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuridicidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo”*.

- 9.1.3.** Que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

Frente a este tema se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** qué se entiende por deber funcional, **(ii)** la respuesta disciplinaria como fundamento de aplicación de la causal y **(iii)** ¿en qué debe consistir la respuesta disciplinaria?

- 9.1.3.1.** ¿Qué debe entenderse por deber funcional?

La Corte Constitucional ha emitido diferentes pronunciamientos sobre el deber funcional, y sobre la infracción al mismo como presupuesto de la sanción disciplinaria. En la Sentencia C-819 de 2006, la Corte hace un importante recorrido sobre su propia línea jurisprudencial y anota lo siguiente sobre el tema objeto de análisis:

*“En cuanto a las finalidades, esta Corporación destaca que el derecho disciplinario se estructuró con la finalidad de asegurar las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan indispensables para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado. Esta razón es la que justifica su existencia en el ordenamiento jurídico; así, su consagración dentro de un sistema de reglas es un imperativo para asegurar, por un lado, el cumplimiento de los fines de la organización política estatal a través de una función pública que responda a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad, y, por otro lado, propender porque los servidores públicos en ejercicio de sus funciones respondan al concepto de ciudadano cumplidor de las obligaciones legales y, por lo tanto, no lesionen la imagen del Estado.*

Esas condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, a cuya salvaguarda se orienta el derecho disciplinario son la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos. Es precisamente, en la realización de los mencionados fines, donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables.

En el mismo proveído, el Alto Tribunal reitera lo que debe entenderse por infracción o quebrantamiento del deber funcional<sup>171</sup>:

*“El desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas. En este sentido también ha dicho la Corte que si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que -por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia”.*<sup>172</sup>

### **9.1.3.2.** La respuesta disciplinaria como fundamento de la aplicación de esta causal

Para analizar este aspecto debe tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico consagra varias respuestas estatales a las conductas punibles realizadas por servidores públicos, pues las mismas pueden ser objeto de sanción en el campo penal y en el campo disciplinario. Al margen de la discusión sobre si esa doble respuesta implica la transgresión del principio non bis in ídem, cabe resaltar el reconocimiento que hace la jurisprudencia nacional a la importancia de la sanción disciplinaria.

171 Que es una de las categorías jurídicas que incluye la causal novena de Principio de Oportunidad.

172 Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En la Sentencia C-988 de 2006, la Corte Constitucional hizo énfasis en que la sanción penal no es la única respuesta que consagra el ordenamiento jurídico para los atentados contra la moralidad pública; dijo:

*“De lo anterior se concluye que son pues variados los instrumentos encaminados a reprimir el incumplimiento del principio de moralidad, por lo que es claro que no es solamente la acción penal (artículo 250, Constitución Política) -cuando como responsable de la determinación de la política criminal del Estado el Legislador tipifica determinadas conductas como delitos- con la que se cuenta en el ordenamiento para asegurar su vigencia y respeto”.*

La Corte reitera que: *“el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la última ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, por lo cual la utilidad de la pena de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que en caso contrario, la pena es inútil y en consecuencia imponerla deviene en notoria injusticia”.*<sup>173</sup>

La Corte concluyó que cuando convergen los dos requisitos de la causal -afectación leve del bien jurídico y respuesta disciplinaria adecuada-, al consagrar la causal novena de aplicación del Principio de Oportunidad el legislador hizo uso de su potestad de configuración, sin desbordar los límites consagrados en la Constitución Política.

La doctrina también analiza la importancia del derecho disciplinario como respuesta eficaz del Estado a algunas infracciones de los servidores públicos. Por ejemplo, Günther Jakobs expone:

*“El sistema de las medidas disciplinarias no es por ello un sistema reducido de las penas y medidas de seguridad del Código Penal. Más bien presenta otros puntos esenciales, por el siguiente motivo: la separación del servicio se halla disponible en derecho disciplinario como medio de eficacia preventivo especial absolutamente segura. Los equivalentes jurídico penales, pena perpetua, privativa de la libertad, internamiento de seguridad, afectan con una profundidad despropor-*

173 Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2006, en alusión a lo expresado en las Sentencias C-939 de 2002 y C-647 de 2001.

*cionada a los intereses del reo, especialmente a sus derechos; por eso sus presupuestos son más estrictos”.*<sup>174</sup>

En este orden de ideas, aunque algunos consideren que esta modalidad de aplicación del Principio de Oportunidad es inconstitucional, la misma ha sido considerada ajustada a la Carta por la Corte Constitucional, lo que allana el camino para que se consolide como una importante herramienta jurídica para desarrollar el principio de última ratio y para cumplir los demás objetivos del Principio de Oportunidad. En todo caso, su aplicación deberá sujetarse a los límites constitucionales y legales, incluyendo las reglas fijadas por la Corte.

### **9.1.3.2.1.** ¿La causal novena implica que la sanción disciplinaria haya sido impuesta?

La redacción de la causal ha dado lugar a diferentes interpretaciones sobre este requisito. En efecto, la norma habla de que la conducta tenga o haya tenido respuesta disciplinaria, lo que permite concluir, de un lado, que basta con que el ordenamiento jurídico tenga prevista la sanción y el respectivo proceso para imponerla, y de otro, que es necesario que dicha sanción haya sido impuesta por la autoridad competente. En la doctrina colombiana se han hecho los siguientes planteamientos sobre el particular:

Forero Ramírez, indica de manera expresa que no es necesario que se haya impuesto una sanción disciplinaria para que pueda aplicarse el Principio de Oportunidad; al respecto afirma:

*“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 disciplinaria. Por ello, el fiscal puede considerar que frente a la conducta que se investiga, el reproche y la sanción adecuados sea el que lleve a cabo la entidad encargada de la acción disciplinaria”.*<sup>175</sup>

174 En Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, Ediciones Jurídicas, 1995. p. 55.

175 Op. cit., p. 185.

Mestre Ordóñez considera que “la situación descrita requiere que el sujeto de la conducta sea un servidor público y se presenta cuando hubo respuesta del Estado por intermedio de la función disciplinaria o es posible que ésta exista y la conducta no es tan grave, de manera que no hay necesidad de continuar, además, un proceso penal.”<sup>176</sup>

Otro sector de la doctrina se inclina por la necesidad de que exista sanción disciplinaria:

*“Pero la escasa insignificancia que pueda tener el atentado contra el bien jurídico no quiere decir que el ordenamiento normativo se sustraiga al procesamiento y sanción de tal conducta, el orden jurídico disciplinario se ha debido pronunciar al respecto mediante la correspondiente sanción la cual sería suficiente comparándola con el nivel o grado sancionatorio característico del derecho penal que podría parecer desproporcionado mirando objetivamente la dañosidad producida con la acción objeto de reproche de la norma disciplinaria”.*<sup>177</sup>

Gómez Pavajeau, deja entrever que es posible aplicar el Principio de Oportunidad antes de que se imponga la sanción disciplinaria, pero en esos eventos procederá bajo la forma de suspensión, lo que, según se verá a continuación, coincide con lo debatido en el interior de la Comisión Constitucional Redactora, en tal sentido dijo:

*“Para la aplicación de la causal, no se requiere que efectivamente nos encontremos ante la actualidad de la imposición de la sanción. Basta con que se presenten datos objetivos de que la sanción se impondrá, pues precisamente para ello podrá suspenderse el procedimiento”.*<sup>178</sup>

En el ejemplo que utiliza, Gómez Pavajeau parece dar por sentada la importancia de la sanción disciplinaria frente a los fines que eventualmente cumpliría la sanción penal, lo que finalmente se traduce en otro argumento para concluir que la causal está cimentada -para efectos de aplicar el Principio de Oportunidad en la modalidad de renuncia- en la existencia de la sanción disciplinaria:

176 Op. cit., p. 289.

177 Garzón Marín y Londoño Ayala. Op. cit., p. 217.

178 Op. cit., p. 182.

*“Desde el punto de vista preventivo especial, al ser destituido el funcionario, no existe posibilidad alguna que siga delinquiriendo al interior del Estado,<sup>179</sup> y dada la drasticidad de la sanción disciplinaria no se relajan los frenos inhibitorios que comporta la disuasión a terceros potenciales infractores, pues se deja claramente sentado que el Estado reaccionará de la misma forma ante situaciones iguales”.<sup>180</sup>*

En ejemplos como el propuesto por el profesor Gómez, cabría preguntarse qué sucedería si se hubiera aplicado el Principio de Oportunidad en la modalidad de renuncia antes de la existencia de una sanción disciplinaria y, por alguna circunstancia, el proceso disciplinario se hubiese paralizado o terminado por la vía de la prescripción. ¿Cómo se garantizaría la prevención especial?, ¿cómo se garantizaría la “no relajación de los frenos inhibitorios como mecanismo de disuasión a otros infractores”? Frente a estas posibilidades, en la Comisión Constitucional Redactora se planteó la posibilidad de acudir a la modalidad de suspensión hasta tanto se verificara la imposición de la sanción disciplinaria; en tal sentido se afirmó:

*“En aquellos donde no se lesiona tanto ese bien jurídico protegido sino que se cuestiona la infracción al deber como una antijuridicidad compleja, perfectamente el Estado puede renunciar o suspender por un tiempo el proceso penal para ver cómo evoluciona el disciplinario, ya que con éste es suficiente para alcanzar la respuesta del Estado a esa actividad irregular”.<sup>181</sup>*

Si bien es cierto al interior de la Comisión Constitucional Redactora se planteó la posibilidad de disponer expresamente que podría aplicarse el Principio de Oportunidad en la modalidad de suspensión cuando el proceso disciplinario no hubiera llegado a su fin, dicha posibilidad no quedó incluida en el

179 En este aspecto coincide con lo expresado por Jakobs: “El sistema de las medidas disciplinarias no es por ello un sistema reducido de las penas y medidas de seguridad del Código Penal. Más bien presenta otros puntos esenciales, por el siguiente motivo: la separación del servicio se halla disponible en derecho disciplinario como medio de eficacia preventiva especial absolutamente segura. Los equivalentes jurídico penales, pena perpetua, privativa de la libertad, internamiento de seguridad, afectan con una profundidad desproporcionada a los intereses del reo, especialmente a sus derechos; por eso sus presupuestos son más estrictos”.

180 Op. cit., p. 182

181 Acta número 20, intervención de Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

texto final de la Ley 906 de 2004. En todo caso, resulta útil recordar las alternativas que se plantearon sobre el particular:

“En atención a la pregunta del doctor Mejía, el doctor Gómez Pavajeau indicó que en su concepto la causal se aplicaría sobre la hipótesis probable si falla la justicia disciplinaria”. Agregó el doctor Mejía que se debía trabajar sobre casos abstractos en la medida que si se supeditaba al hecho concreto no se estaría evacuando el asunto. Manifestó que en muchas oportunidades la justicia disciplinaria era más pronta que la justicia penal, por ello reiteró que no se debería insistir en la persecución penal cuando se puede obtener respuesta disciplinaria adecuada y oportuna y en esa medida se procedería a la suspensión. Adicionalmente, propuso que se agregara lo siguiente: *“cuando haya tenido respuesta adecuada de reproche y la sanción disciplinaria será abstención o renuncia, entonces, en el primer evento será suspensión y en el segundo evento será abstención o renuncia”*.<sup>182</sup>

Ante el anterior panorama es claro que el fiscal cuenta con diferentes opciones argumentativas para decidir en uno u otro sentido la aplicación de la causal novena de Principio de Oportunidad cuando la sanción disciplinaria no se haya proferido. En todo caso, tendrá que sustentar su decisión, como mínimo frente a los siguientes aspectos:

Si concluye que la imposición de la sanción disciplinaria es requisito esencial para disponer la renuncia al ejercicio de la acción penal, podrá optar por acudir a la figura intermedia de la suspensión en los eventos en que el proceso disciplinario no se haya iniciado o no haya llegado a su fin; en todo caso, habrá que tener en cuenta los efectos que la suspensión pueda tener en la eficacia de una eventual persecución penal.<sup>183</sup>

Si, por el contrario, parte de que no es necesario que se haya impuesto la sanción disciplinaria, será necesario explicar en cada caso concreto por qué se justifica acudir directamente a la renuncia de la acción penal, en cualquiera de estos supuestos: **(i)** que el proceso disciplinario no se haya iniciado,

182 Acta número 30.

183 La prescripción de la acción penal y los problemas para recaudar las evidencias, etc.

(ii) que el proceso se haya iniciado pero no se conozca su resultado y (iii) que el proceso disciplinario haya terminado con una decisión absolutoria.

## 9.2. La causal novena frente a los particulares

Este es uno de los aspectos que ha generado mayor controversia en la aplicación de la causal novena de Principio de Oportunidad, bien porque se trate de delitos que atenten contra la administración pública y la recta administración de justicia que no tienen sujeto activo calificado, o cuando tratándose de delitos con sujeto activo calificado se presenta la participación de un particular -que no esté cumpliendo funciones públicas-, bajo la modalidad de interviniente que regula el Artículo 30 del Código Penal.

### 9.2.1. Particulares que cumplen funciones públicas

En primer lugar, se debe tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico es posible que los particulares cumplan funciones públicas, eventos en los cuales podrían ser objeto de sanciones disciplinarias y, en consecuencia, de la posible aplicación de la causal novena de Principio de Oportunidad. En la Sentencia C-988 de 2006 la Corte Constitucional, basada en sus propios precedentes, hizo alusión a dicha posibilidad:

*“De allí que la antijuridicidad de la falta disciplinaria, remita a la infracción sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas (...) tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan solo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales”.*<sup>184</sup>

Ello aparece reiterado en la Ley 734 de 2002 -Artículos 25, 52 y 53-, donde se indica que el régimen disciplinario aplica para los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas.

Por lo tanto, la sola calidad de particular -de sujeto no calificado o extraneus- no es suficiente para descartar la aplicación del

184 Sentencias C-252 de 2003, C-507 de 2007 y C-037 de 2003, entre otras.

la causal novena del Principio de Oportunidad, toda vez que la misma puede cobijar a particulares que cumplan funciones públicas, siempre y cuando se reúnan los requisitos consagrados en la norma en comento.

### 9.2.2. Particulares que no cumplan funciones públicas

La posibilidad de aplicar la causal novena a particulares que no cumplan funciones públicas ha tenido el siguiente desarrollo doctrinario y jurisprudencial:

Forero Ramírez concluye que necesariamente debe tratarse de un sujeto activo cualificado:

*“Literalmente la norma no exige que se trate de un servidor público, además, es posible que un particular cometa delitos contra la administración pública o de justicia (como el cohecho o el fraude procesal); sin embargo, la causal sí exige que se trate de un sujeto cualificado, pues no de otra forma se entiende la expresión “infracción al deber funcional” pues éste le compete a quien es titular de la función pública; como requisito adicional, se señala que esta infracción debe tener una respuesta en el ámbito del derecho disciplinario, por lo que al particular no le cobijaría esta hipótesis”.*<sup>185</sup>

Durante el análisis de la causal novena, Gómez Pavajeau parte de la pregunta de lo que sucedería *“con el partícipe -ya sea en la modalidad de determinante o cómplice- cuando en ellos no está presente la cualificación requerida”*, para concluir que: *“si el partícipe sin calidades no infringe los deberes especiales derivados de una relación especial de sujeción por cuanto no es servidor público, también y a fortiori debe analizarse su situación frente a la escasa afectación del bien jurídico tutelado”*. En todo caso, no es claro que este autor se refiera a la posibilidad de aplicar la causal novena a particulares que no cumplan funciones públicas, ya que la alusión que hace a la posible aplicación del Principio de Oportunidad en estos casos puede estar referida a otras causales, como se indicará más adelante.

Por su parte, Perdomo Torres, aunque sostiene que esta causal es inconstitucional, en su análisis parte de que está destinada exclusivamente a funcionarios públicos:

<sup>185</sup> Op. cit., p. 184.

*“El bien jurídico protegido y al que, según nuestra opinión, se refiere el numeral 10<sup>186</sup> Artículo 324 es un interés funcional o institucional que parte precisamente de la gran importancia, de forma más exacta, del carácter institucional -relevante para el derecho penal- de la organización estatal y de las tareas que en representación del Estado realizan los servidores públicos. (...) Queremos entender que el numeral 10 hace alusión a este bien jurídico funcional (donde por supuesto debe entenderse el concepto de administración pública) dado el carácter institucional al que hemos hecho referencia, en consecuencia, a la posición privilegiada de los servidores públicos en cuanto guardianes de la legitimidad estatal y el énfasis que en esto hace la Constitución”.*<sup>187</sup>

La Corte Constitucional, aunque no se ocupa expresamente de este problema jurídico, en sus consideraciones da por sentado que esta causal sólo se aplica a funcionarios públicos o a particulares que cumplan funciones públicas. En tal sentido afirmó:

*“Recuérdese que el fundamento de la imputación y, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado en materia disciplinaria está determinada por la infracción de los deberes funcionales y que ello puede predicarse tanto de los servidores públicos como de los particulares que cumplen funciones públicas. Es pues en relación con dichos servidores públicos o con dichos particulares que cumplen funciones públicas que ha de entenderse entonces establecida la posibilidad de dar aplicación al Principio de Oportunidad si se reúnen las condiciones a que aludió el legislador en el numeral acusado”.*<sup>188</sup>

En la Comisión Constitucional Redactora también se hizo hincapié en que se trata de una causal dirigida a servidores públicos, precisamente por la posibilidad de canalizar la respuesta estatal por la vía disciplinaria:

*“Frente a determinados delitos contra la administración pública, manifestó -Gómez Pavajeau- que en aquellos donde no se lesiona tanto ese bien jurídico protegido, sino que se cuestiona la infracción al deber como una antijuridicidad compleja, perfectamente el Estado puede renunciar o suspender por un tiempo el proceso penal para ver cómo evoluciona*

186 Causal novena, según la nomenclatura incluida en la Ley 1312 de 2009.

187 Op. cit., p. 148.

188 C-988 de 2006.

*el disciplinario, ya que con éste es suficiente para canalizar la respuesta del Estado a esa actividad irregular”.*<sup>189</sup>

Si se asume, como parece hacerlo Gómez Pavajeau en el ejemplo atrás referido,<sup>190</sup> que la causal está basada en la adecuada respuesta disciplinaria, y en la importancia de la misma frente a los fines de la pena, podría afirmarse que esta causal no puede aplicarse a particulares que no cumplan funciones públicas, ya que en esos eventos no podría haber respuesta disciplinaria y, en consecuencia, podrían subsistir la necesidad de pena sin que exista una respuesta alternativa a la misma. Frente a este punto cabe advertir que la causal 13, que hace alusión a la afectación de bienes jurídicos colectivos, tiene entre sus requisitos la indemnización integral, y en el estudio de la causal primera se hizo alusión a las funciones que puede cumplir la indemnización frente al cumplimiento alternativo de los fines de la pena; por tanto, puede contemplarse la posibilidad de aplicar la causal 13 y no la 9 a personas que intervengan en conductas punibles que tengan sujeto activo cualificado y que no reúnan dicha condición.

Podría aducirse que no aplicar la causal novena a particulares que no cumplan funciones públicas pero que son llamados a responder penalmente frente a delitos que tengan sujeto activo calificado, bajo la modalidad de interviniente regulada en el Artículo 30 del Código Penal, implica la violación del derecho a la igualdad, básicamente por tres razones: **(i)** no podría exigirse la imposición de una sanción disciplinaria ya que ello es un imposible jurídico, **(ii)** se trata de afectaciones menores a los bienes jurídicos en comento, y **(iii)** en los casos de intervinientes sin calidades especiales (Artículo 30 del Código Penal), si se beneficia con la aplicación del Principio de Oportunidad al autor, a quien le es más reprochable su conducta dada su calidad de servidor público, también debería beneficiarse a quien no tiene la calidad de servidor público, pues de lo contrario se presentarían circunstancias tan complejas como que el autor -servidor público- sea cobijado con el Principio de Oportunidad y el interviniente -que no tiene dicha calidad- sea condenado penalmente.

189 Acta 20, p. 465.

190 Del conductor que se apropia de parte del combustible que le fue entregado para el carro oficial.

Existen suficientes razones para concluir que la causal novena no procede frente a particulares y que ello no viola el principio de igualdad.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que en estos eventos el servidor público y el particular no se encuentran en circunstancias semejantes, ya que el primero puede ser objeto de una sanción disciplinaria, que en ocasiones puede ser bastante drástica -pérdida del empleo e inhabilidad para desempeñar funciones públicas, etc.) y que dicha sanción puede constituir una respuesta estatal adecuada y suficiente.<sup>191</sup> Al respecto se debe tener presente lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-988 de 2006, en el sentido de que el legislador puede consagrar diferentes consecuencias frente a los atentados contra la moralidad pública y que en ocasiones la respuesta disciplinaria puede resultar adecuada y suficiente, conforme se ha resaltado en párrafos precedentes.

Finalmente, se debe considerar que la causal 13 consagra la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad ante la afectación poco significativa de bienes jurídicos colectivos -no exclusivamente la administración pública y la recta impartición de justicia-. Esta causal, según se verá, no está destinada de manara exclusiva a servidores públicos y, por lo tanto, no consagra como requisito la adecuada respuesta disciplinaria, pero incluye otros requisitos que sirven de fundamento a la renuncia al ejercicio de la acción penal: la indemnización integral y la garantía de no repetición, cuyos alcances y finalidades serán analizados en el respectivo apartado. Es decir, la causal 13 regula de manera específica la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad a favor de particulares que no cumplen funciones públicas, cuando cometen delitos atentatorios contra bienes jurídicos colectivos.

191 En el ejemplo varias veces mencionados, Gómez Pavajeau se refiere a dicha situación, así: “Desde el punto de vista preventivo especial, al ser destituido el funcionario, no existe posibilidad alguna que siga delinquiriendo al interior del Estado, y dada la drasticidad de la sanción disciplinaria no se relajan los frenos inhibitorios que comporta la disuasión a terceros potenciales infractores, pues se deja claramente sentado que el Estado reaccionará de la misma forma ante situaciones iguales”.

## 10. CAUSAL DÉCIMA

*“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”.*

Los requisitos básicos para la aplicación de esta causal son: **(i)** que se trate de delitos contra el patrimonio económico, **(ii)** que el objeto material se encuentre en alto grado de deterioro respecto de su titular, y **(iii)** que haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido o aleatorio beneficio.

Los requisitos específicos de la causal 10 pueden estudiarse desde dos temas puntuales, a saber: **(i)** eventos en que debe optarse por archivo o preclusión y no por el Principio de Oportunidad, y **(ii)** la víctima frente a la aplicación de la causal 10.

### 10.1. Eventos en que debe optarse por archivo o preclusión y no por el Principio de Oportunidad

En la práctica, las discusiones y dificultades para la aplicación de esta causal se han centrado en lo que debe entenderse por objetos materiales en alto grado de deterioro. En la Sentencia C-095 de 2007 la Corte Constitucional aborda el análisis de esta causal a partir de algunos planteamientos realizados durante las discusiones en el Congreso de la República en el sentido de que *“existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado, en tanto no hay lesión ni potencialmente afectación al bien jurídico”*, lo que puede generar confusión en torno a la aplicación de otras formas de terminación anticipada del proceso como el archivo -Artículo 79- y la preclusión -Artículos 331 a 335-.

Cuando el deterioro del objeto material<sup>192</sup> sea de tal entidad que pueda concluirse que no hay lesividad, la actuación debe terminar

<sup>192</sup> Sobre la diferencia entre bien jurídico y objeto material del delito, Mir Puig expresa: “los bienes jurídicos descansan a veces en una realidad material (así el bien vida) y otras en una realidad inmaterial (así el bien honor), pero en ningún caso se identifican conceptualmente con su substrato: así por ejemplo, la realidad de la vida no constituye, en cuanto tal, un bien jurídico, sino que, como mero dato biológico, todavía no encierra en sí mismo conceptuali-

con una decisión de archivo o una solicitud de preclusión, dependiendo de si se ha formulado o no imputación y en atención a la teoría del delito que se asuma.

De acuerdo con el contenido de la causal, y a los planteamientos que frente a la misma hizo la Corte Constitucional, en estos casos resulta obligatorio considerar lo que el bien representa para la participación de la víctima en las relaciones sociales, pues en estos casos *“no sólo juega el juicio de cantidad, sino que el mismo debe analizarse en conjunto desde la perspectiva del titular del bien jurídico ofendido. Se encamina tal causal hacia la consolidación del juicio de relación, pero sin la aptitud suficiente como para excluir la antijuridicidad material”*.<sup>193</sup>

Lo anterior resulta determinante para diferenciar los eventos de ausencia de conducta punible de aquellos en los que, a pesar de estar frente a una conducta penalmente relevante, el balance entre la poca trascendencia del bien en relación con su titular y los costos de la persecución hagan procedente la aplicación del Principio de Oportunidad. En todo caso se tendrá en cuenta que la aplicación del Principio de Oportunidad resulta pertinente cuando exista evidencia de que ha ocurrido una conducta punible y que la misma es atribuible al indiciado, imputado o acusado. Lo atinente a la aplicación del Principio de Oportunidad sólo frente a conductas punibles ha sido analizado y desarrollado desde las discusiones previas a la implementación del Sistema Acusatorio, como se indica a continuación.

En las discusiones en la Comisión Constitucional Redactora se resaltó que: *“no todo lo que conoce la Fiscalía tiene que investigarlo y esto no constituye Principio de Oportunidad sino aplicación estricta del principio de legalidad (...) Lo que establece el Artículo 250 es que le corresponde a la Fiscalía investigar delitos y si no hay*

zación axiológica alguna, es valorativamente neutra; pero dicha realidad de la vida puede contemplarse, además de cómo tal realidad empírica, como bien, si se atiende a su valor funcional. Aun cuando el bien descansa en una cosa corporal, su concepto no se agotará en el de ésta, puesto que requiere ser algo más que su ser cosa: los bienes son las cosas más el valor que se le ha incorporado [...]. Pero el bien jurídico no sólo ha de distinguirse conceptualmente de su substrato sino también del objeto material del delito u objeto de la acción (...) Resulta esclarecedor el ejemplo de hurto. En este delito el objeto de la acción es la cosa sustraída y el bien jurídico, en cambio, la propiedad de la misma. Mir Puig, Santiago. Derecho penal. Parte general. Barcelona, Reppertor, 2003. p. 135 y 136.

193 Gómez Pavajeau. Op. cit., p. 176.

delito no tiene que ir ante un juez para que éste diga que no hubo delito, lo que corresponde es el archivo”.<sup>194</sup> “Se debe tener como presupuesto la existencia efectiva del delito (...). En los casos de insignificancia no hay tipicidad, entonces, no daría lugar a ningún ejercicio de la acción penal porque no hay responsabilidad”.<sup>195</sup>

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-873 de 2003, resaltó que el cambio introducido al Artículo 250 de la Constitución Política en lo referente a los presupuestos para que la Fiscalía General de la Nación inicie la persecución penal, implica la necesidad de que existan bases suficientes para predicar la ocurrencia de una conducta punible, lo que confirma lo expresado al interior de la Comisión Constitucional Redactora en el sentido de que la decisión de archivar cuando no se está frente a una conducta punible no supone la aplicación del Principio de Oportunidad sino la aplicación de la estricta legalidad; dijo la Corte:

“El poder de investigación se mantiene esencialmente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, ya que esta continúa, con posterioridad al acto legislativo, investida de la responsabilidad de realizar la investigación de las posibles violaciones a la ley penal; no obstante, la formulación de este poder en cabeza de la fiscalía es distinta en uno y otro texto constitucional, ya que en el Artículo 250 original se le asignaba la función de “... ”de oficio, mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes”, mientras que en el Artículo 250 reformado se le atribuye la obligación de “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”. “El texto enmendado introduce, así, una condición para el ejercicio del poder de investigación por parte de la Fiscalía: que existan motivos y circunstancias de hecho suficientemente sólidas como para apuntar hacia la posible comisión de un delito”.

194 Actas, p. 549.

195 Acta 30, p. 753.

El hecho de que la causal haga alusión a objetos en alto grado de deterioro -siempre desde la perspectiva del titular- ubica al operador jurídico en una zona intermedia entre la ausencia de lesividad (en cuyo caso procederá el archivo o la preclusión) y afectaciones penalmente trascendentes del bien jurídico, pero de una intensidad tan baja que, a pesar de mantenerse en el terreno de lo delictual, haga que la persecución penal resulte más costosa que el bajo y aleatorio beneficio que pudiera lograrse.

La causal en comento fue demandada por la vaguedad de su redacción. Sin embargo, la Corte Constitucional consideró que el legislador sí fijó los parámetros suficientes para su aplicación, dijo:

*“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. En otras palabras, tal objeto debe presentarse como casi inservible”.*<sup>196</sup>

El anterior planteamiento de la Corte debe analizarse con cuidado, ya que cuando se trata de objetos muy deteriorados o casi inservibles, generalmente se estará frente a conductas penalmente irrelevantes y por lo tanto ajenas a la aplicación del Principio de Oportunidad. En estos eventos, debe existir una especial relación del titular del bien frente al objeto “muy deteriorado” o “casi inservible”, que permita predicar la real existencia de una conducta punible, porque, según el mandato consagrado en el Artículo 250 de la Constitución Política (en este aspecto reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002), la Fiscalía sólo puede iniciar la persecución cuando existan bases suficientes para predicar la ocurrencia de una conducta punible.

Una vez verificada la existencia de una conducta punible, el fiscal debe evaluar la relación costo beneficio a que hace alusión la causal objeto de estudio. Frente al tema, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

*“En estos casos, existe una tensión entre la obligación estatal de perseguir los delitos y la necesidad de racionalizar la utilización del aparato*

196 C-095 de 2007.

*estatal requerido para ello, que se resuelve a favor de la racionalización en el uso de los recursos materiales y personales destinados a la persecución criminal, atendiendo a la poca relevancia que el comportamiento ilícito presenta en el caso concreto”.*<sup>197</sup>

## **10.2.** La víctima frente a la aplicación de la causal 10

La práctica judicial ha evidenciado varios problemas frente a la aplicación de la causal décima, básicamente frente a los siguientes aspectos: **(i)** la concurrencia de otras causales de aplicación del Principio de Oportunidad y **(ii)** la alegación de daños inexistentes.

### **10.2.1.** La concurrencia de otras causales de aplicación de Principio de Oportunidad

De los requisitos de la causal emerge la posibilidad de que la causal 10 concorra con otras causales de aplicación de Principio de Oportunidad, pues, a manera de ejemplo, puede esperarse que muchos objetos materiales en “alto grado de deterioro” o “casi inservibles” no tengan un valor superior a un salario mínimo mensual -Artículo 268 del Código Penal-, lo que implica una disminución significativa de la pena y, por consiguiente, puede hacer viable la aplicación de la causal primera; lo mismo sucede en los casos de daño en bien ajeno, cuando “el monto del daño no exceda de 10 salarios legales mensuales vigentes (Artículo 265 ídem), entre otros. Cuando pueda optarse por una salida alternativa que permita la indemnización de la víctima frente a otras que no consagren esta obligación, debe optarse por la primera, salvo eventos en que ello no sea posible.

Frente al tema, Perdomo Torres considera que: “solamente cuando el interés privado, cualquiera que éste sea, en la persecución decaiga totalmente, el Principio de Oportunidad podrá ser aplicado sin que se desconozcan otros mandatos constitucionales, pues en el proceso penal deben ser considerados todos los derechos afectados que se conozcan”.

Es menos categórico lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-209 de 2007 en el sentido de que la posibilidad de destinar los recursos a perseguir los delitos más graves

197 C-095 de 2007.

también es una forma de proteger a las víctimas -de las conductas más afrentosas-, por lo que en ocasiones el interés en la reparación del daño puede no solucionarse en el trámite del Principio de Oportunidad y ventilarse en la instancia civil; al respecto se debe tener en cuenta lo expresado en el acápite destinado a la causal cuarta.

En todo caso, el fiscal debe considerar los intereses de la víctima y, en cuanto sea posible, propugnar porque ésta sea indemnizada.

### **10.2.2.** La alegación de daños inexistentes

Tal y como sucede en los demás eventos de aplicación del Principio de Oportunidad, frente al análisis de la causal décima el fiscal puede encontrarse con casos de víctimas que sobredimensionan el daño sufrido, lo que puede incidir de dos maneras en la decisión que debe tomarse:

En primer lugar, una actitud de esta naturaleza puede generar dudas en el fiscal en torno a si se está o no frente a una conducta punible y, por lo tanto, si lo procedente es el archivo o la preclusión.

De otro lado, es posible que el fiscal tenga claro que se está ante una conducta penalmente trascendente, aunque poco lesiva, pero la víctima sobredimensione el daño con el propósito de lograr una “*indemnización*” de perjuicios desproporcionada. En este evento son procedentes los razonamientos expuestos en el análisis de la causal primera, donde se le dedicó un apartado a este tipo de situaciones. Además, el fiscal debe tener claro que para la aplicación de esta causal no es indispensable la indemnización a la víctima, aunque lo deseable es que ello pueda lograrse.

Al respecto debe considerarse que si bien es cierto en el trámite de aplicación del Principio de Oportunidad los intereses de las víctimas deben ser considerados (tema analizado en las causales primera y cuarta), el funcionario judicial no puede permitir que el capricho o el ánimo vindicativo de la víctima -supuesta o real- trunque la aplicación de un instrumento jurídico cuyas

bondades fueron resaltadas por la Corte Constitucional -en las sentencias atrás citadas-, entre las cuales puede resaltarse la posibilidad de destinar los escasos recursos estatales a la investigación de conductas punibles que afecten gravemente los derechos fundamentales.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, al estudiar la tasación de perjuicios, llama la atención sobre el cuidado que debe observarse al analizar las pretensiones de la víctima; la idea central de este planteamiento resulta aplicable al evento que se viene analizando:

*“La pérdida de las cosas materiales, por sí misma, no amerita su reconocimiento (del perjuicio moral). Es posible que en circunstancias especiales y por razones de particular afecto se vivencia el dolor moral por la pérdida de bienes materiales. Pero la materia necesita ser tratada con un especial enfoque cultural y filosófico para no rendirle culto a las personas que no poseen las cosas, sino que se dejan poseer por ellas”.*<sup>198</sup>

198 Consejo de Estado. Sentencia 6828 del 30 de julio de 2002.

## 11. CAUSAL ONCE

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

### 11.1. Requisitos de la causal

La causal 11 tiene los siguientes requisitos: **(i)** que la imputación subjetiva sea culposa y **(ii)** la conducta debe estimarse como de mermada significación jurídica y social. Además, se considerarán los aspectos que la diferencian de otras causales de aplicación de Principio de Oportunidad.

#### 11.1.1. Que la imputación subjetiva sea culposa

Este requisito será analizado desde dos perspectivas: **(i)** delitos frente a los que procede y **(ii)** Factores que “determinan” una imputación culposa.

##### 11.1.1.1. Delitos frente a los que procede

Cuando en la causal se habla de imputación subjetiva culposa,<sup>199</sup> innegablemente se está haciendo alusión a delitos culposos. Sobre los fundamentos de esta causal, al interior de la Comisión Constitucional Redactora se dijo:

*“Explicó el doctor Gómez Pavajeau que esta causal estaba referida a la propuesta de Roxin relativa a la culpa insignificante pues no debe ser punible, salvo en los eventos en los que se requiera especial atención o cuidado, por ejemplo no se le admite*

<sup>199</sup> Como lo resalta el profesor Velásquez Velásquez en su obra, aunque doctrinariamente se discute sobre la existencia del aspecto subjetivo en los delitos culposos, “es innegable la presencia de algunos contenidos de naturaleza subjetiva de estas figuras, Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal, Parte General, Comlibros, 2009, pp. 690 y ss. Véase también, desde una perspectiva funcionalista, a Caro John, José Antonio, en el ensayo “Imputación Subjetiva”, publicado en Derecho Penal y Sociedad. Universidad Externado de Colombia, tomo I, Bogotá, 2007. p. 275. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de mayo de 2007, “en el sistema jurídico colombiano a partir de lo expuesto en el Artículo 23 de la Ley 599 de 2000, el tipo subjetivo del delito culposo surge de la exigencia de establecer que el autor tuvo la oportunidad (1) de conocer el peligro que la conducta crea a los bienes jurídicos ajenos y (2) de prever el resultado conforme a ese conocimiento”. En sentido opuesto, Gómez Pavajeau, Estudios de Dogmática... Op. cit.

*al médico que está controlando a sus pacientes en una intervención quirúrgica incurrir en ninguna culpa”.*<sup>200</sup>

Cabe resaltar que en principio esta causal tuvo una redacción diferente que, aunque fue reemplazada, ilustra sobre sus fundamentos:

*“Cuando la imputación subjetiva proceda por culpa y la imprudencia resulte insignificante, siempre y cuando no se trate de profesiones, oficios o actividades que requieran especial cuidado y atención, no causen daño social de mayor relevancia”.*

En esta misma línea, Perdomo Torres sostiene que esta causal está reservada a delitos culposos, lo que se justifica en la medida que éstos tienen un menor reproche o gravedad que las conductas dolosas.<sup>201</sup>

Entre los delitos culposos que consagra nuestro ordenamiento jurídico, podrían resaltarse las siguientes:

- Lesiones personales culposas
- Homicidio culposo
- Peculado culposo
- Favorecimiento en la fuga de presos culposas
- Incendio y otros delitos derivados del art. 331 del Código Penal
- Daño a los recursos naturales y contaminación ambiental culposa
- Daño en obras de utilidad social, perturbación del servicio de transporte, pánico, disparo de arma de fuego contra vehículo y culposos, entre otros

#### **11.1.1.2.** Factores que “determinan” una imputación culposa

Aunque el presente trabajo no está orientado a desarrollar aspectos dogmáticos más allá de lo necesario para explicar las diferentes causales de Principio de Oportunidad, a continuación se relacionarán algunos pronunciamientos jurisprudencia-

200 Osorio Isaza, Luis Camilo, Acta No. 30, p. 760.

201 Perdomo Torres, Op. cit. p. 142.

denciales que resultan relevantes para la mejor comprensión y aplicación de la causal en estudio.

Los siguientes referentes jurisprudenciales resultan útiles para llamar la atención sobre dos aspectos cruciales: primero, que la aplicación del Principio de Oportunidad, según se anotó en el acápite anterior, es procedente cuando se cuenta con elementos suficientes para concluir que ha ocurrido un delito<sup>202</sup>, y segundo, que el funcionario judicial debe examinar con cuidado los presupuestos para la imputación de una conducta culposa, pues no es suficiente con la causación material de un resultado (muerte y lesiones, etc.) para concluir que se ha cometido una conducta punible; para tales efectos resultan útiles los siguientes conceptos.

### 11.1.1.3 Desde la infracción al deber objetivo de cuidado

El Artículo 23 del Código Penal indica que una conducta es culposa cuando:

*“El resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado, y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo”*

Sin el ánimo de hacer una rigurosa línea jurisprudencial, se puede establecer que desde antes de la expedición de la Ley 599 de 2000, ya en Colombia se había analizado jurisprudencialmente la infracción al deber objetivo de cuidado como fundamento de la imputación culposa.

Por ejemplo, en auto del 17 de septiembre de 1997, con ponencia del H.M. Jorge Aníbal Gómez Gallego, la Corte Suprema de Justicia, sobre el delito culposo, indicó que: *“el aspecto objetivo del tipo lo integran los sujetos (...), la acción..., el resultado..., el nexo de causalidad, la violación al deber objetivo de cuidado y la relación de determinación (como contenido de la relación de causalidad) entre la falta de cuidado objetivo y el resultado dañino...”*.

202 En el contexto de la causal 11, un delito culposo.

En vigencia del anterior Código Penal se dijo por la Corte, esta vez con ponencia del H.M. Ricardo Calvete Rangel, que el abandono del concepto psicológico de culpabilidad conduce a que el reproche se realice al autor por *“la omisión del deber de cuidado que le era exigible”*.

En épocas más recientes, ya con la construcción dogmática del Código de 2000, la Corte precisó que:

*“Los componentes objetivos o normativos son: sujeto activo -que es indeterminado o calificado, como sucede, por ejemplo, en el peculado culposo-; acción extratípica, constituida por la infracción al deber objetivo de cuidado; realización de un resultado lesivo y relevante -descrito en la norma penal imputada-, y la relación de causalidad o nexo de determinación -la transgresión al deber objetivo de cuidado y el resultado típico deben estar vinculados por una relación de determinación, es decir, la vulneración del deber ocasiona el resultado-”*.<sup>203</sup>

Lo anterior quiere decir que el resultado culposo, debe estar determinado por la infracción al deber objetivo de cuidado.<sup>204</sup>

Frente a este tema, resulta útil el estudio de la decisión del 19 de enero de 2006, radicada bajo el número 19746, donde la Corte Suprema de Justicia se ocupa de los aspectos que pueden tenerse en cuenta al analizar la existencia de la infracción al deber de cuidado.

*“El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado.*

*Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido (en ámbitos como el tráfico, la medicina y el trabajo).*

203 Radicado 29000 del 18 de junio de 2008.

204 En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, radicado 19746 del 19 de enero de 2006. En aquella ocasión, al describir los elementos estructurantes del delito culposo, se dijo que uno de los requisitos lo conformaba la *“Relación de causalidad o nexo de determinación. La transgresión al deber objetivo de cuidado y el resultado típico deben estar vinculados por una relación de determinación, es decir, la vulneración debe producir el resultado”*.

*En razón a que no existe una lista de deberes de cuidado, el funcionario judicial tiene que acudir a las distintas fuentes que indican la configuración de la infracción al deber de cuidado, en cada caso. Entre ellas:*

- *Las normas de orden legal o reglamentaria atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, y a los reglamentos del trabajo, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos.*
- *El principio de confianza que surge como consecuencia de la anterior normativa y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario. Apotegma que se extiende a los ámbitos del trabajo donde opera la división de funciones, y a las esferas de la vida cotidiana, en las que el actuar de los sujetos depende del comportamiento asumido por los demás.*
- *El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos...”.<sup>205</sup>*

#### **11.1.1.4.** Teoría de la imputación objetiva

Un criterio cada vez más recurrente es la teoría de la imputación objetiva, especialmente para la delimitación de aquellas conductas que son penalmente relevantes por incrementar el riesgo permitido. Así lo resalta la Corte Suprema de Justicia, entre otros,<sup>206</sup> en el siguiente pronunciamiento:

“En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito im-

<sup>205</sup> La doctrina también ha ofrecido pautas para establecer el deber objetivo de cuidado. Cfr. Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Estudios de Dogmática en... Op. cit., p. 309. El profesor plantea como fuentes las siguientes: (i) la ley en sentido amplio (voluntad del legislador o la administración); (ii) los reglamentos técnicos (como la *lex artis*); (iii) la experiencia decantada de la vida y el sentido común; (iv) la jurisprudencia y el derecho consuetudinario; y (v) el criterio del hombre prudente.

<sup>206</sup> Cfr. Rad. 28693 del 10 de junio de 2008 y 28124 del 22 de mayo de 2008, etc.

prudente (o mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él, si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto”.

Lo anterior significa que, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico.<sup>207</sup>

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post.

En aras de establecer cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva ha integrado varios criterios limitantes o correctivos que llenan a esa expresión de contenido y que de ninguna manera han sido ignoradas por la Sala.<sup>208</sup> Algunos de ellos son:

- No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una “conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa”,<sup>209</sup> que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.

207 Cf. Molina Fernández, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2001. p. 378.

208 Véase, entre otras, Sentencias: 4 de abril de 2003, radicación 12742; 20 de mayo de 2003, radicación 16636; y 20 de abril de 2006, radicación 22941.

209 Roxin, Claus, *Op. cit.*, pp. 24, 45

- Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual *“el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”*.<sup>210</sup>
- Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina Jakobs,<sup>211</sup> o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin<sup>212</sup>, para cuya procedencia la Sala ha señalado los siguientes requisitos:
  - “Para que la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima excluya o modifique la imputación al autor o partícipe es necesario que ella”:
    - “Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado”.
    - “Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. En otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo”.
    - “Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella”.<sup>213</sup>
  - En cambio, *“por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido”*.<sup>214</sup>

210 Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 16636.

211 Jakobs, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, Marcial Pons, 1997. p. 293 y ss.

212 Roxin, Claus, Op. cit., §

213 Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 16636.

214 Roxin, Claus, Op. cit., § 24, 17

- Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta “cuando una persona con su comportamiento supera el arrisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño”<sup>215</sup>(...)”<sup>216</sup>

### 11.1.2. La merma significación jurídica y social

La causal once fue objeto de demanda de inconstitucionalidad bajo el argumento de que la frase “*merma significación jurídica y social*” carecía de determinación y concreción y, por lo tanto, contravenía el marco constitucional para la aplicación del Principio de Oportunidad. La Corte Constitucional desatendió los argumentos de la demanda porque, “*justamente la merma significación social de una conducta punible es la causal que en el derecho comparado resulta ser más común como motivo de aplicación del Principio de Oportunidad penal. Se trata de los llamados por la doctrina ‘delitos bagatela’.*”<sup>217</sup>

Para desentrañar el alcance de la causal once debe tenerse presente lo expuesto en precedencia en torno a la motivación de su creación, más centrada en la conveniencia de despenalizar “*culpas insignificantes*” que en la poca trascendencia del resultado, aunque es claro que este aspecto también puede incidir en la decisión. Por consiguiente, en el contexto de esta causal es fundamental analizar los factores que determinaron el resultado culposo, bien desde la normativa que regula una determinada actividad o profesión,<sup>218</sup> ora desde el análisis de la trascendencia social del comportamiento, especialmente cuando se trata de actividades que no estén regladas. Se trata de un juicio análogo al que realizaría el juez al momento de determinar la sanción a imponer, especialmente en lo que concierne al examen de la intensidad de la culpa.<sup>219</sup>

215 Sentencia de 7 de diciembre de 2005, radicación 24696

216 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de noviembre de 2007, M.P. Julio E. Socha Salamanca, radicado 27338.

217 Sentencia C-095/07. Con salvamentos de voto precisamente sobre ese punto.

218 Como por ejemplo la reglamentación del tráfico automotor.

219 Artículo 61 del Código Penal.

A manera de ejemplo, un fiscal podría tener a su cargo la investigación de dos delitos de homicidio culposo, el uno cometido por una persona que conduce un vehículo de carga que decide adelantarse en una curva cerrada, invade todo el carril asignado a los carros que circulan en sentido contrario y choca de frente con un vehículo que circulaba de manera reglamentaria, y otro, imputado a quien a causa de la neblina y por no tomar las medidas de precaución suficientes invade 10 centímetros el carril contrario y choca con un vehículo que circulaba en sentido contrario, sobre la raya divisoria. Desde el análisis preliminar que resiste un caso hipotético, puede afirmarse que el primer conductor realiza una “*imprudencia*” más significativa que el segundo, o desde otra perspectiva, que la trascendencia jurídica de la primera conducta es más relevante que la del segundo conductor.<sup>220</sup>

El análisis de la merma de significación social puede resultar trascendente cuando se trata de actividades que no han sido reguladas por el legislador. Por ejemplo, cuando en actividades agrícolas como la poda de árboles, a raíz de un descuido un agricultor le causa la muerte a otro. No existe una norma que diga cuál es el sentido en que deban podarse árboles, por lo que sería necesario analizar con detenimiento el caso a efectos de establecer si la imprudencia realizada tiene alta o baja trascendencia social, lo que permitirá establecer si procede la causal once, si resultan viables otras causales como la primera o la séptima o, definitivamente, no es posible aplicar el Principio de Oportunidad.

Entre tanto, podría decirse que no será igual que el incendio -entendido en su modalidad culposa- sea producto de arrojar una colilla de un cigarro en una reserva forestal, a quien ha extraviado sus anteojos en medio de una hojarasca del mismo lugar y de esta manera, cuando los lentes hacen el papel de lupas, causa un incendio.<sup>221</sup>

<sup>220</sup> En los casos reales, a partir de la información que brindan las evidencias, debe establecerse si realmente ocurrió una conducta punible, pues de ello depende que deba optarse por aplicar Principio de Oportunidad, ordenar el archivo o solicitar la preclusión, según se ha indicado a lo largo de este trabajo.

<sup>221</sup> Se insiste, que en cada caso habrá que determinar previamente si ocurrió una conducta punible, conforme lo exige el Artículo 327 analizado en otros acápites de este trabajo.

En síntesis, la causal invita al examen del nivel de infracción de los deberes de cuidado, y a considerar, desde lo social o lo jurídico, el grado de relevancia, partiendo del supuesto de que efectivamente hay delito, pero derivado de una falta menor, como lo explica Roxin, según se indicará más adelante.

### 11.1.3 Aspectos que la diferencian de otras causales

La causal once tiene claras diferencias con otras causales como la 1 y la 7,<sup>222</sup> pues en éstas no se hace un juicio sobre el grado de la culpa (o imprudencia<sup>223</sup>), sino que debe solucionarse el conflicto creado con el delito por el camino de la indemnización integral o la justicia restaurativa. Cuando sean aplicables varias causales, es importante, según se anotó en otros apartados, tener en cuenta la obligación de considerar los intereses de la víctima, por lo que podría pensarse en elegir la que mejor permita garantizar sus derechos.

También puede distinguirse de la causal sexta, pues aunque ambas hacen alusión a conductas culposas, la sexta está basada en que la pena resultaría desproporcionada o inhumana ante las graves consecuencias sufridas por el sujeto activo a raíz de su conducta, mientras que la causal 11 se orienta a evitar los rigores del ejercicio de la acción penal frente a comportamientos culposos de escasa trascendencia.

Podría pensarse que esta causal es una simple extensión de la contenida en el numeral 12 del Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.<sup>224</sup> No obstante, la causal 12 se refiere bá-

222 Que pueden resultar aplicables a delitos culposos, máxime si se tiene en cuenta que en estas causales juega un papel importante el límite punitivo y los delitos culposos precisamente se caracterizan por un menor reproche desde la perspectiva de las penas asignada por el legislador.

223 Aunque para algunos autores existe una diferenciación entre estos dos conceptos, en lo sucesivo se utilizarán como sinónimos, en orden para evitar excesivas tautologías.

224 Por ejemplo, Gómez Pavajeau anota lo siguiente frente a la causal 12:

a. La enmarca en el juicio de reproche.

b. Se refiere al tema de “los hechos que la determinen”, y pone como ejemplo un peculado culposo, “cuyo descuido tuvo causa en preocupaciones originadas en una crisis económica familiar”.

c. Dice que “debe conceptualizarse en qué consisten los factores calificativos de mermada significación social y jurídica. Por lo tanto, fiscales y jueces no podrán aplicarla si no existe pronunciamiento del Consejo Nacional de Política Criminal y directrices del Fiscal General de la Nación”.

sicamente al juicio de reproche de culpabilidad (el cual moderadamente ha prescindido de la culpa como una de sus formas o elementos), mientras que la causal 11 tiene que ver con los grados de imprudencia.<sup>225</sup>

Así se dejó claro desde la Comisión Constitucional Redactora, para lo que se apoyaron en las explicaciones de la culpa mínima del profesor alemán Claus Roxin. El citado autor sostiene:

*“... Aunque las pequeñas faltas de atención contempladas aisladamente fundamenten un injusto culpable, su existencia ocasional -a la vista de toda la conducción de la vida- no siempre es evitable ni siquiera para una persona concienzuda o escrupulosa. Pero entonces no resulta adecuada una pena criminal porque una culpabilidad que alcanza a cualquiera no puede ser combatida eficazmente mediante ella, basta con la compensación jurídico civil de las consecuencias del daño”.*

“La constatación de la insignificancia de la imprudencia puede hacerse a partir del análisis de los factores de riesgo. La creación de un peligro que rebase sólo por poco el límite de la relevancia fundamenta por tanto un peligro insignificante en las actividades socialmente reconocidas, pero no en los modos de conducta dignos de desaprobación social o incluso en delitos cualificados por el resultado...”<sup>226</sup>

<sup>225</sup> Al respecto, Forero Ramírez (Op. cit., p. 184, recuerda: “En la propuesta presentada por el comisionado Gómez Pavajeau, la causal estaba así: “cuando la imputación subjetiva proceda por culpa y la imprudencia resulte insignificante, siempre que no se trate de profesiones oficios o actividades que requieran especial atención”.

<sup>226</sup> Roxin, Claus. Derecho penal parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Tomo I. Madrid, Civitas Ediciones, 1999, p. 1028.

## 12. CAUSAL DOCE

*“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”.*

Esta causal está basada en el análisis de necesidad de pena a partir del nivel del reproche de culpabilidad. En este trabajo se centrará la atención en los siguientes temas: **(i)** En qué consiste el juicio de reproche de culpabilidad, **(ii)** fundamentos normativos de lo que se denomina juicio de reproche de culpabilidad disminuido y **(iii)** la obligación de allegar evidencia de este requisito esencial de la causal.

### 12.1. El juicio de reproche de culpabilidad

Para la aplicación práctica de la causal 12 es necesario que el fiscal tenga claro en qué consiste el juicio de reproche de culpabilidad y cuáles son los factores que permiten considerarlo como de secundaria consideración.

El tratadista Fernando Velásquez resalta que: *“los presupuestos sobre los que descansa el juicio de culpabilidad son los contenidos en el artículo 33, inciso 1, del Código Penal: la capacidad de comprender la ilicitud del acto y la capacidad de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, por lo que, si falta cualquiera de ellos, o ambos al mismo tiempo, no se puede emitir en contra del agente ningún juicio de responsabilidad penal, en otras palabras, es culpable quien tiene la posibilidad de comprender las exigencias y de conducirse o motivarse de acuerdo con dichos dictados”.*<sup>227</sup>

El citado autor estima que el principio de culpabilidad descansa sobre la consideración de que el derecho “se dirige a hombres normales y no a seres legendarios o mitológicos, o a héroes, o a santos”, y por lo tanto, “cuando la persona actúa en circunstancias que humanamente le impiden ajustarse a los requerimientos del ordenamiento jurídico”, el Estado no puede exigirle que lo haga. Además, hace alusión a que “el aspecto negativo del juicio de exigibilidad se traduce en el análisis concreto de los casos que

227 Velásquez V. Fernando, Manual de derecho penal. Parte general. Bogotá, Comlibros, 2008. p. 414.

inhiben al Estado, *por intermedio del órgano jurisdiccional competente, para imputarle a la persona responsabilidad penal*”, y hace alusión al error de prohibición, al estado de necesidad excluyente de la culpabilidad y a otras hipótesis semejantes, así como a los eventos de inimputabilidad.<sup>228</sup>

Doctrinaria y jurisprudencialmente se acepta que los elementos de la culpabilidad son los siguientes:

- La exigibilidad de un comportamiento ajustado a derecho.
- La capacidad de comprensión del injusto y de determinarse por esa comprensión.
- La consciencia actual o actualizable, en términos de razonabilidad, de lo antijurídico de la conducta.

Si se parte de la base de que la culpabilidad es un elemento estructural de la conducta punible, si falta alguno de los elementos relacionados en el párrafo anterior,<sup>229</sup> no se podría afirmar que puede imponerse legítimamente una pena.<sup>230</sup> Estos elementos pueden dejar de concurrir por insuperable coacción ajena o miedo insuperable (que anula la exigibilidad); por error de prohibición invencible (que deja sin valor la consciencia de la antijuridicidad); o en los eventos de inimputabilidad (de quien no tiene la capacidad de comprensión), sin perjuicio de otras razones.<sup>231</sup>

Por ello, buena parte de la doctrina<sup>232</sup> afirma que la culpabilidad es la medida de la pena, es decir, que la sanción no puede resultar desproporcionada al juicio de reproche. Este concepto resulta bastante importante en el contexto de la causal 12, pues la misma consagra la posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción penal cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de secundaria consideración.

228 Velásquez, Op. cit., p. 414.

229 Para Roxin, es imprescindible, además, evaluar la necesidad de la pena, para estimar cumplido el eslabón referido y que el profesor alemán denominará responsabilidad.

230 En el caso de faltar la capacidad de comprensión, se estaría hablando de un sujeto inimputable, en cuyo caso la consecuencia jurídica no sería la pena, sino la medida de seguridad.

231 De tiempo atrás se habla de legítima defensa y estado de necesidad exculpantes (Cfr. Velásquez Velásquez), y de circunstancias de exclusión de la culpabilidad por igualdad, justicia material o analogía (Cfr. Gómez Pavajeau, Estudios de Dogmática. Op. cit.).

232 Especialmente el finalismo, que acuña un juicio normativo de culpabilidad. En sentido contrario, Jakobs, que sostiene que es la pena la que determina la culpabilidad.

### **12.1.1.** Fundamentos normativos de lo que se denomina juicio de reproche de culpabilidad disminuido

Según lo expresado hasta ahora, la causal 12 de aplicación del Principio de Oportunidad está basada en el análisis del juicio de reproche de culpabilidad, y será aplicable cuando dicho reproche pueda catalogarse como de secundaria consideración. En la práctica, de acuerdo con lo observado en la labor de monitoreo al sistema procesal acusatorio realizada en todo el país, una de las dificultades más sentidas para aplicar la causal objeto de estudio es la ubicación de los referentes normativos que permiten catalogar un juicio de reproche de culpabilidad como de mermada significación.

En el acápite anterior se hizo alusión a los elementos de la culpabilidad, y se dejó sentado que la falta absoluta de uno o varios de ellos conduce a la ausencia de culpabilidad y, por consiguiente, a la imposibilidad de imponer la sanción penal. Si se parte de la premisa de que el juicio de reproche de culpabilidad es graduable, podría trazarse una línea imaginaria que va desde la ausencia de culpabilidad hasta el grado máximo de culpabilidad; en el primer extremo, obviamente, no habría lugar a la imposición de pena, y en el segundo seguramente la sanción será significativa.

La gradualidad del juicio de reproche de culpabilidad permite ubicar situaciones de culpabilidad reducida, sin llegar al extremo de la ausencia de culpabilidad. Algunos de esos eventos han sido regulados por el legislador y constituyen referentes normativos importantes para la aplicación de la causal 12 de Principio de Oportunidad. A continuación se analizarán algunas de esas normas.

Dice el Artículo 55, que serán circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hubiesen sido consagradas de otra manera, entre otras, las siguientes:

Numeral 3, Obrar en estado de emoción, pasión excusables o temor intenso. Para López Morales, la emoción es un trastorno repentino del ánimo, producido por impresiones de los sentidos, ideas o recuerdos que frecuentemente se traducen en

ciertas formas de expresión. La pasión es perturbación o efecto desordenado del ánimo. Mientras que el temor conduce a hacer huir o rehusar las cosas que se consideran dañosas.<sup>233</sup> Todos estos factores, pues, son estados psíquicos que afectan la libertad de quien delinque, sin que puedan llegar a excluir la responsabilidad, toda vez que no tienen la entidad suficiente para eliminar la opción de obrar conforme a derecho, como sí lo haría la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable.

Numeral 8, La indigencia o falta de ilustración en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible. Para explicar el caso de la indigencia se ha utilizado el ejemplo de un delito de hurto, cuando en su realización incide la precaria situación del sujeto activo, siempre y cuando no se configure un estado de necesidad, en este evento es claro que no habría conducta punible y, por lo tanto, no sería necesario analizar la procedencia del Principio de Oportunidad. La falta de ilustración podría incidir, por ejemplo, en el análisis del juicio de reproche de culpabilidad en casos de error de prohibición, cuando el mismo sea vencible (lo que se traduce en una reducción de la pena a imponer), pues es claro que si el error es invencible no hay lugar a la imposición de la sanción penal.<sup>234</sup>

En ambos eventos (circunstancias de indigencia que inciden en la realización de la conducta punible, sin constituir estado de necesidad, y la falta de ilustración que incide en un error de prohibición vencible), podría aducirse que el juicio de reproche de culpabilidad es de secundaria consideración, Por lo que se aplicaría de la causal 12. Sin embargo, debe aclararse, como lo hace la Corte Constitucional en las sentencias relacionadas a lo largo de este trabajo, que no es posible estructurar reglas generales y que es obligación analizar pormenorizadamente cada caso a efectos de decidir sobre la aplicación del instituto jurídico objeto de análisis.

De otro lado, el Artículo 56 señala que quien realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de margina-

233 López Morales, Jairo. Nuevo Código Penal. Tomo I. Bogotá, Ediciones Doctrina y ley. 2002. p. 517.

234 Cf. Gaceta Judicial, t. LXXXVII, p. 169, citada por López Morales, Jairo. Op. cit.

lidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tenga la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en una pena atenuada.

Si se trata de pobreza extrema, esta menor punición encuentra sustento en la categoría dogmática de la culpabilidad, concretamente con uno de sus elementos: la exigibilidad de un comportamiento ajustado a derecho. Mientras que la ignorancia puede llegar a afectar ciertamente la conciencia del injusto. Ello es explicado por el profesor Gómez López, así:

*“Si se encuentra en el examen judicial del hecho injusto, que el autor sufrió marginalidad extrema, negación de sus reales posibilidades como persona digna, si las condiciones de presión social lo compeleron al máximo al hecho injusto, si la vida social lo colocó en situación de inferioridad de posibilidades para un actuar libre, esto es para apartarse del injusto, si el Estado lo mantuvo sumido en la miseria y la discriminación (...), se debe, si la situación fue extrema, absolver al imputado, y si la situación de marginalidad, o inferioridad de condiciones, ha limitado la exigibilidad en forma grave e injustificada, deberá atenuarse la pena, cualquiera sea el delito cometido...”*<sup>235</sup>

En conclusión, esas *“situaciones de marginalidad social, ignorancia y pobreza extremas pueden influir decisivamente en la motivación, afectando el grado de conocimiento o de voluntad del sujeto, disminuyendo, sin excluirla, la motivación, como base del juicio de reproche...”*<sup>236</sup>

Finalmente, el Artículo 57 dispone que cuando se realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor por comportamiento ajeno grave e injustificado, incurrirá en una sanción menor a la señalada en la respectiva disposición. La ira es definida por la doctrina como un estado de locura breve, que no permite, ni puede permitir al sujeto activo del delito, consideraciones diferentes de las que dicta su propio impulso, su reacción dislocada e incontrolable. Por ello desde épocas pasadas nuestra jurisprudencia había dicho:

235 Gómez López, Jesús Orlando. Aproximaciones a un concepto democrático de culpabilidad. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000. p. 218.

236 Gómez Pavajeau. Carlos Arturo. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal. Tomo II. Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2002. p. 195. (el subrayado es de los autores).

*“En tales condiciones no le es posible discernir sobre los actos que ejecuta, ni sobre las más elementales consideraciones de tiempo, de lugar, ni sobre el modo de ejecutarlo, o sobre la calidad de la persona de su víctima. Carece de discernimiento completo y aún de tiempo físico para mediar, no sólo sobre actos generosos a favor de su contrincante en orden a equilibrar los medios de lucha para no dificultar la defensa de quien tiene delante...”.<sup>237</sup>*

Mientras tanto, el intenso dolor “es más que una verdadera emoción adinámica, una pasión prolongada, como que constituye una idea dominadora y absorbente, pero ambos perturban en un mismo grado. Es, entonces, una crisis psicológica profunda y duradera”.<sup>238</sup> Si ello es así, el tratamiento se aproxima al de una causal de inimputabilidad.

Por ello, se concluye que “(a)quí el reproche de culpabilidad resulta atenuado en tanto dicho fenómeno -la ira o el intenso dolor- disminuye la capacidad de motivación al interferir gravemente en el dominio de la voluntad”.<sup>239</sup> Por consiguiente, en estos eventos también podría tener cabida la causal 12.

En síntesis, es posible encontrar una clara relación entre la culpabilidad y algunas circunstancias de menor punibilidad que, como las enunciadas en precedencia, están basadas en un menor juicio de reproche. En estos eventos es posible considerar, tal y como lo hizo de manera anticipada el legislador, que el juicio de reproche es de consideración reducida o secundaria y, por lo tanto, puede aplicarse el Principio de Oportunidad bajo la causal objeto de análisis, luego del estudio pormenorizado de cada caso.

Es necesario aclarar que la relación de elementos normativos que acaba de hacerse es sólo enunciativa, pues seguramente en el ordenamiento penal existen otras normas que consideren la menor intensidad del juicio de reproche; basta traer a colación el error de prohibición regulado en el Artículo 32.

237 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. G.J. LXXXVII, 1958. p. 172. Cfr. Sentencia del 27 de agosto de 2003, radicado 14863, M.P. Jorge Luis Quitero Milanés.

238 Ib. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 17160 del 27 de agosto de 2003. M.P. Mauro Solarte Portilla.

239 Gómez Pavajeau. Estudios de Dogmática... Op. cit. Tomo II, p. 195.

Además, no debe entenderse que la fundamentación de la causal 12, concretamente del requisito de un juicio de reproche de menor consideración o trascendencia, necesariamente deba hacerse a partir de normas que dispongan una menor punibilidad asociada a una menor culpabilidad. Lo que se quiere resaltar es que el ordenamiento jurídico regula ciertas situaciones que pueden ser tenidas en cuenta para decidir sobre la aplicación del Principio de Oportunidad, concretamente de la causal objeto de estudio.

### **12.1.2** La obligación de allegar evidencia de las circunstancias fácticas que sustentan el juicio de reproche de culpabilidad disminuido.

A lo largo de este trabajo se ha hecho énfasis en la necesidad de que el fiscal tenga un adecuado conocimiento del caso, a partir de las evidencias recopiladas, para -entre otras decisiones- aplicar el Principio de Oportunidad. Ello por cuanto, se ha reiterado, el Artículo 327 exige, en pro de la protección de la presunción de inocencia, que exista *“un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*.

No basta, según se ha indicado, con cumplir esta exigencia general consagrada en la norma en cita, cuya importancia para lograr un *“principio de verdad”* que satisfaga este interés de las víctimas fue analizado en las causales anteriores. Es necesario que el fiscal cuente con evidencia que dé cuenta de los presupuestos fácticos específicos de cada causal, que en la causal 12 están asociados a las circunstancias que atenúan el juicio de reproche de culpabilidad. Por ejemplo, si se parte de que la conducta fue cometida bajo estado de ira o intenso dolor, o que para la realización de la misma tuvo incidencia el estado de indigencia -sin que se llegue a configurar una circunstancia de ausencia de responsabilidad-, el fiscal deberá allegar las evidencias que den cuenta de dichos estados o circunstancias, pues si sólo se afirma su existencia se estará expresando una conclusión sin fundamento, que no puede catalogarse como un verdadero argumento<sup>240</sup>.

<sup>240</sup> Este tema puede ser ampliado en el módulo de argumentación.

### 13. CAUSAL TRECE

*“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 este apartado, se hará alusión a los siguientes aspectos: **(i)** el concepto de bien jurídico colectivo, **(ii)** la afectación mínima de bienes jurídicos colectivos, **(iii)** la reparación integral cuando se trate de delitos atentatorios contra bienes colectivos, y **(iv)**. la garantía de no repetición.

#### 13.1. El concepto de bien jurídico colectivo

Esta causal sólo procede frente a la afectación de bienes jurídicos colectivos, que pueden definirse de la siguiente manera:

*“Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no distributivo. Los bienes colectivos son bienes no distributivos”.*<sup>241</sup>

Perdomo Torres expone con claridad y simpleza la diferencia entre bienes colectivos y bienes individuales:

*“Una clasificación ya tradicional de los delitos diferencia entre aquellos que atengan contra la persona en particular y aquellos cuya comisión tiene un alto impacto en la sociedad, esto es, delitos que “protegen bienes colectivos de carácter social o colectivo”. Esta última categoría hace alusión a aquellas conductas que atacan los valores sociales que en la sociedad facilitan la convivencia y se contraponen dogmáticamente a aquellos adscritos a las personas en concreto”.*<sup>242</sup>

No pueden confundirse los bienes colectivos, con la pluralidad de sujetos pasivos, pues en la práctica es común ver delitos atentatorios contra bienes jurídicos individuales que afectan a varias personas -patrimonio económico, vida, entre otros-. Por ejemplo, si una estafa afecta a un número plural de personas, así dicho número sea significativo, el bien jurídico sigue siendo el

241 Alexy, Robert. El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994. pp. 179 y ss. y 186 y 186.

242 Op. cit., p. 152.

patrimonio,<sup>243</sup> cuyo carácter individual es innegable. Por ello, en estos eventos puede acudir a otras causales, como la primera o la séptima, ya que la causal 13 está reservada a la afectación de bienes jurídicos colectivos.

En algún sector de la doctrina<sup>244</sup> se critica que la causal 13 no abarque bienes jurídicos individuales, especialmente el patrimonio económico. Al respecto debe tenerse en cuenta el amplio número de causales de aplicación del Principio de Oportunidad que consagra el ordenamiento jurídico, cada una con finalidades diferentes<sup>245</sup>. Así como la causal 13 se limita a bienes jurídicos colectivos, existen causales destinadas de manera exclusiva a delitos culposos (como la sexta y la once), y algunas están basadas en la menor lesividad, otras se estructuran a partir del juicio de reproche de culpabilidad disminuido, entre otras. En el caso concreto de los atentados contra el patrimonio económico u otros bienes jurídicos individuales, pueden resultar aplicables las causales primera, séptima y décima, e incluso las causales cuatro y cinco, entre otras. Por este motivo, el fiscal debe conocer suficientemente el caso para determinar cuál podría ser la causal que dé mejor rendimiento para la solución alternativa del conflicto.

### **13.2.** La afectación mínima de bienes jurídicos colectivos

En la práctica judicial se ha hecho evidente la dificultad que en ocasiones se tiene para establecer si un bien jurídico colectivo ha sido afectado mínimamente, especialmente cuando se trata de delitos de peligro.

Para la aplicación de la causal 13, el fiscal debe establecer en cada caso concreto por qué considera que la afectación al bien jurídico ha sido mínima. Aunque dicho análisis dependerá de las especificidades de cada asunto, pueden tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

243 Salvo que concorra un delito contra el orden económico y social, que es un bien colectivo.

244 "La limitación a bienes colectivos, obviamente descarta la aplicación del Principio de Oportunidad en relación con bienes jurídicos individuales en relación con esta causal. Quedan por fuera, particularmente, los delitos contra el patrimonio económico, frente a los que también se eliminó la extinción de la acción por reparación integral. Así las cosas, no hay ningún tipo de promoción de la reparación a las víctimas en los casos de delitos contra el patrimonio económico, en los que podría considerarse políticamente más acertado renunciar a la persecución ante la reparación, que frente a los bienes colectivos". Mestre Ordóñez, José Fernando, Op. cit., p. 296.

245 De lo contrario, el número sería mucho más reducido.

En primer lugar, para la aplicación de la causal 13 debe tenerse en cuenta lo que se ha reiterado a lo largo de este trabajo en el sentido de que es indispensable que existan evidencias que den cuenta de la ocurrencia de una conducta punible. Cuando la conducta sea atípica o carezca de antijuridicidad material, o no puede realizarse un juicio de reproche de culpabilidad, la decisión ha de ser el archivo o la preclusión, según el caso. En la práctica este aspecto ha sido bastante relevante en materia de delitos contra la salud pública -concretamente el porte de estupefacientes-. En la Sentencia 29183 de noviembre de 2008, la Corte hizo un importante análisis en torno a las circunstancias bajo las cuales el porte de estupefacientes afecta el bien jurídico protegido; en esta oportunidad hizo énfasis en que los eventos de autolesión (por el consumo de drogas) no son penalmente relevantes y, por lo tanto, el porte de estupefacientes tiene la potencialidad de afectar la salud pública cuando está destinado al tráfico o suministro a otras personas. En estos casos puede optarse por el archivo o por la preclusión, dependiendo de la instancia procesal que se adelante y de la posición dogmática que se adopte, según se indicó en el análisis de la causal 10.

También debe considerarse el tipo de bien jurídico de que se trate y la finalidad que se pretende con su protección. Por ejemplo, en materia de atentados contra los recursos naturales el nivel de afectación se analizará bajo criterios diferentes de los que pueden usarse para establecer la lesividad de una conducta atentatoria contra la fe pública, pues en el primer evento podría considerarse el número de árboles talados, el nivel de contaminación del agua, entre otros, mientras que en el segundo cabría considerar la trascendencia probatoria del documento falsificado y la forma como se llevó a cabo la falsificación, entre otros. En los delitos contra el orden económico y social, la afectación mínima puede inferirse, por ejemplo, del número de objetos comercializados con la marca registrada a nombre de otra persona.

Además, se tendrá en cuenta lo que en la doctrina se ha denominado efecto acumulativo, pues el mismo permite explicar por qué conductas que aisladamente no afectan el bien jurídico pueden ser sancionadas penalmente; se trata de conductas que individualmente consideradas pueden catalogarse como bagatelares, pero que

ante la eventualidad de que otras personas hagan lo mismo -realicen conductas semejantes- adquieren trascendencia penal.

El efecto acumulativo se hace evidente en varios tipos de delitos. En lo atinente a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (Artículos 328 y siguientes del Código Penal) dicho concepto permite explicar por qué la pesca ilegal o la caza ilegal, aunque la conducta individualmente considerada no represente un verdadero peligro para el bien jurídico, es objeto de represión penal. En términos más simples, el hecho de que una persona pesque en una zona prohibida quizás resulte bagatelar frente a la protección del medio ambiente, pero ante la posibilidad de que un número considerable de personas lo hagan, por virtud del efecto acumulativo, puede representar un riesgo significativo. Lo mismo puede predicarse frente a los delitos contra el orden económico y social y la salud pública, entre otros.

La evaluación del nivel de afectación del bien jurídico depende de si se trata de delitos de resultado, de delitos de peligro concreto o de delitos de peligro abstracto. En el primer evento resulta más fácil hacer dicha medición, pero la misma se va dificultando en la medida en que la penalización obedece a lo que la doctrina ha denominado anticipación de las barreras de protección, que corresponde a la creación de los delitos de peligro concreto y a la proliferación, cada vez más sentida, de delitos de peligro abstracto. (*La Corte Suprema de Justicia se ha referido a la necesidad de que exista un peligro real para el bien jurídico. Véase, entre otras, la Sentencia 31362 del 13 de mayo de 2009, MP Julio Enrique Socha Salamanca*).

El profesor Silva Sánchez<sup>246</sup> resalta que la expansión del derecho penal, en la modalidad de creación de delitos de peligro, puede resultar razonable en muchos eventos, como por ejemplo en lo que atañe a la penalización del tráfico de drogas y el lavado de activos. Sin embargo -dice-, también existe el riesgo de que bajo ese tipo de normativas, merced a su abstracción y generalidad, queden cobijadas conductas que realmente no tienen la potencialidad de afectar el bien jurídico, o sólo pueden hacerlo en grados prácticamente insignificantes. Ante el riesgo que resalta dicho tratadista, el Principio de Oportunidad emerge como un importante mecanismo jurídico

<sup>246</sup> Op. cit., p. 12.

para orientar la persecución penal a las conductas realmente relevantes desde la perspectiva de la lesividad. En el mismo sentido la profesora Silvia Barona resalta que el Principio de Oportunidad puede constituir un importante paliativo para los alcances indeseados de la estricta legalidad.

A partir del análisis del efecto acumulativo, especialmente de la consideración de que las conductas aisladamente consideradas constituyen atentados bagatelares contra determinados bienes jurídicos, el profesor Silva Sánchez propone que la respuesta penal frente a los mismos sea atenuada. En el caso interno, frente a ese tipo de delitos el Principio de Oportunidad podría constituir una solución adecuada al conflicto derivado de la conducta punible, máxime si se tiene en cuenta que la causal 13 tiene como requisitos la reparación integral y la garantía de no repetición. Estas son las palabras del ilustre tratadista en mención:

*“Es cierto que en estos casos cabe tener en cuenta el hecho de que las aportaciones, irrelevantes por separado, pueden ser en su conjunto relevantemente lesivas. Pero en ningún caso puede eludirse aquí la confrontación con el principio de proporcionalidad. Así, la magnitud del problema global no puede nunca justificar la imposición de una pena grave a sujetos individuales, cuando las aportaciones de éstos son, por separado, nimias. El sector del ordenamiento que, por sus características, mejor se adapta a casos de esta configuración es el derecho administrativo. Si se pretende que el derecho penal mantenga, por razones comunicativas, esa función que ya ha asumido y que en puridad no le corresponde, debe tenerse claro que no cabe integrarla en el derecho penal nuclear de la pena privativa de la libertad, sino, en todo caso, de un derecho penal de frontera, que al admitir hechos de esas características se mostraría como ampliamente flexibilizado, y que no podría imponer penas de prisión”.*

Retomando el tema de los delitos de peligro, debe anotarse que importantes sectores doctrinarios coinciden en que éstos, especialmente los de peligro abstracto, tienen aparejada una afectación mínima del bien jurídico, precisamente por el distanciamiento que existe entre la conducta y un daño real, en virtud de la anticipación de las barreras de protección. Así, por ejemplo, lesionar a una persona implica una afectación directa del derecho a la integridad personal, conducir de manera irresponsable (donde es penalizado) implica un riesgo más cercano para la integridad de

otras personas y conducir embriagado (donde está penalizado) implica un riesgo mucho más difuso para dicho bien jurídico.

Además, de la evaluación sobre el grado de lesividad, el fiscal debe tener presente que el Principio de Oportunidad debe aplicarse en el marco de la política criminal. A manera de ejemplo, debe tener presente el marcado interés que existe en combatir el narcotráfico, reflejado en la prohibición de aplicar el Principio de Oportunidad frente a estos delitos, consagrada en el parágrafo tercero del Artículo 324, aunque la Ley 1312 de 2009 haya morigerado esta limitante, según se explica en el capítulo tercero de esta obra.

### 13.3 La indemnización integral

En la práctica, lo atinente a la indemnización integral ha constituido una limitante para la aplicación de la causal 13, precisamente por las características de los bienes colectivos (de pertenecer a todos pero no a alguien en particular). La forma de abordar esta problemática podría ser la siguiente:

Cuando se trata de delitos atentatorios contra bienes jurídicos colectivos, cuyos efectos se radican de manera puntual en una o varias personas, la indemnización integral puede hacerse a las personas que resultaron perjudicadas.<sup>247</sup> Por ejemplo, en delitos como la usurpación de marcas y patentes, que aunque atentan contra el orden económico y social -bien colectivo-, el daño se radica en una o varias personas. Frente al particular, Mestre Ordóñez realiza un análisis que coincide con lo expresado en este trabajo:

*“Como ejemplo de la utilización de la causal, puede traerse a 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”.*<sup>248</sup>

<sup>247</sup> En la Sentencia C-053 de 2001 la Corte Constitucional explicó porque estos delitos, además de afectar al autor de la obra ilícitamente explotada, también afectan a la colectividad, ya que la producción artística resulta fundamental para el desarrollo cultural y la misma se ve desestimulada por comportamientos como los reprimidos en los Artículos 271 y siguientes del Código Penal.

<sup>248</sup> Op. cit., p. 297.

Cuando se trata de afectaciones concretas a bienes colectivos como el medio ambiente, es posible que el daño se radique en una comunidad en particular (como cuando se contaminan las aguas y se afecta la pesca, actividad de la que derivan su subsistencia un grupo considerable de personas), la indemnización integral puede hacerse en dos sentidos: en primer lugar, en el proceso de descontaminación y/o en la realización de actividades que contribuyan al mejoramiento del medio ambiente. Además, debe procurarse el resarcimiento del daño de las personas directamente afectadas.

Cuando se trata de la lesión a bienes jurídicos colectivos y el daño no se radica en una o varias personas en particular, es posible lograr la indemnización integral a través de actividades que contribuyan al mejoramiento o promoción del bien jurídico afectado. Por ejemplo, cuando se trata de daños al medio ambiente (como la quema de un bosque de reserva), que no afecta a una comunidad en particular, la indemnización puede hacerse a través de actividades orientadas a reparar el daño, lo que puede lograrse con la colaboración de entidades especializadas como la CAR, Resnatur y las Umatas y el Instituto Colombiano de Agricultura, entre otras y, de considerarse necesario, con la intervención del Ministerio Público.

Se discute si en los eventos de peligro, concreto o abstracto, puede lograrse la indemnización integral, cuyas finalidades fueron analizadas en las causales anteriores. En principio podría afirmarse que ello no es posible ante la inexistencia de un daño concreto. Sin embargo, como quiera que el Principio de Oportunidad puede resultar bastante útil frente a los delitos de peligro -precisamente porque los mismos generalmente acarrear un nivel menor de afectación del bien jurídico, especialmente en los eventos de delitos de peligro abstracto- podría pensarse en seguir los lineamientos trazados en el Artículo 326, que abre la posibilidad de que los implicados en conductas punibles presten *“servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad”*, lo que puede entenderse, en estos eventos, como una clara forma de indemnización.

### 13.4 La garantía de no repetición

Este requisito de la causal también ha generado dificultades prácticas en la aplicación de la causal 13. Al respecto, resultan oportunos algunos aportes doctrinarios:

Gómez Pavajeau trae como ejemplo de cumplimiento de este requisito el caso de una persona que causa un daño a los recursos naturales utilizando un tractor, el que termina destruido en desarrollo de dicha actividad. Bajo estas circunstancias, resalta este autor, puede entenderse garantizada la garantía de no repetición. El ejemplo que propone este tratadista resulta oportuno para resaltar que de las circunstancias que rodeen la conducta punible puede inferirse fundadamente que la misma no se repetirá, como cuando se trata de conductas esporádicas.

La garantía de no repetición también puede inferirse de las consecuencias negativas que de la conducta se hayan derivado para el autor. En efecto, cuando una persona ha realizado por primera un atentado contra un bien colectivo (con afectación mínima), y se ha visto avocada a afrontar el proceso penal y, además, ha tenido que indemnizar integralmente los perjuicios ocasionados, es factible concluir que no reincidirá en su comportamiento, valoraciones que tendrán que hacerse caso a caso, conforme se ha reiterado a lo largo de este trabajo.

Cuando la garantía de no repetición no pueda inferirse con claridad de las circunstancias que rodean la conducta punible, o de las consecuencias negativas que sufre el autor a causa de su conducta, podría acudir a la aplicación del Principio de Oportunidad en la modalidad de suspensión, para hacer en ese interregno las verificaciones que resulten necesarias en pro del cumplimiento de este requisito. Frente al cumplimiento del requisito objeto de análisis, Mestre Ordóñez resalta la necesidad de “utilizar la creatividad en el caso concreto para hacer la demostración al Juez de Control de Garantías”<sup>249</sup>.

<sup>249</sup> Op. cit., p. 297.

## 14. CAUSAL CATORCE

*“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, organizadores, promotores, y financiadores del delito”<sup>250</sup>.*

Esta causal fue demandada ante la Corte Constitucional por su su- puesta vaguedad, siendo declarada exequible a través de la Sentencia C-095/07, cuya síntesis aparece al final de este trabajo, en tanto se con- sideró que existían suficientes criterios para establecer lo que se en- tiende como problemas sociales. Por lo pronto, dirá que son varios los criterios por tener en cuenta para desentrañar el sentido de la causal: **(i)** La persecución penal como causa del problema social, **(ii)** el juicio de ponderación sobre los costos sociales de la judicialización, **(iii)** la pluralidad de sujetos activos y **(vi)** la prohibición de aplicar la causal a determinadores y financiadores del delito.

### 14.1. La persecución penal como causa del problema social

La adecuada lectura de la norma permite concluir que es la per- secución penal la que debe originar el conflicto social más signi- ficativo, no a la inversa. No se trata de situaciones de turbación del orden social ya generadas, sino de las consecuencias que en ese orden pueden generarse de la actuación penal<sup>251</sup>. Se trata de que el ejercicio de la acción penal comporte, es decir, conlleve o implique,<sup>252</sup> los problemas sociales.

Por ejemplo, si una persona decide realizar una estafa en un sector vulnerable de la población, incrementando considerablemente el problema de pobreza ya existente, no habría lugar a la aplicación de la causal 14 de Principio de Oportunidad, pues en este evento dicho problema social no es generado ni agravado por la perse- cución penal. Por el contrario, en eventos como estos es necesaria la pronta intervención estatal en pro de garantizar los derechos de personas marginadas.

250 Esta última frase introducida con la Ley 1312 de 2009.

251 A no ser que el problema ya exista y la persecución penal pueda agudizarlo.

252 Diccionario de la Real Academia Española, XXII edición, 2001.

Diferente solución podría tener el caso de una asonada generada por las fallas en la prestación de un servicio público, en la que participa un número importante de integrantes de la comunidad afectada. En estos casos, la persecución penal podría generar problemas sociales más significativos y, por tanto, podría haber lugar a la aplicación de la causal objeto de estudio, siempre y cuando se reúna el requisito de ofrecer una alternativa adecuada de solución para las víctimas<sup>253</sup>.

**14.2.** Juicio de ponderación entre las consecuencias de no ejercer la acción penal y los problemas sociales que podrían generarse del cabal ejercicio de la misma.

Se dijo por la Corte Constitucional que:

*“Evidentemente no se trata de proteger la impunidad, ni las formas graves de reacción antijurídica que se presentan en las protestas sociales, sino de permitir al fiscal hacer una ponderación entre el interés colectivo implícito en la persecución criminal, de un lado, y el interés también público en restituir la paz social alterada, de otro”.*

Como se advierte, es requisito para su procedencia el realizar un balance de los intereses contrapuestos. Por ello, explica la doctrina que:

*“Las relaciones sociales involucradas en el conflicto que dio origen a la conducta punible pueden deteriorarse aún más con la iniciación de un proceso penal, en estos casos la teoría de la ponderación cobra vigencia ya que se debe sopesar la importancia del principio de legalidad, frente a la necesidad de restaurar el tejido social quebrantado buscando vías distintas a las penales”<sup>254</sup>.*

Lo anterior se traduce en una importante carga argumentativa para el funcionario judicial (fiscal y Juez de Control de Garantías), pues en cada evento tendrá que explicar por qué se justifica sacri-

253 No sobra recordar la necesidad de evaluar en cada caso la procedencia de la aplicación del Principio de Oportunidad, de acuerdo a las circunstancias que rodeen los hechos y las consecuencias que puedan derivarse de la persecución, aspectos que deben analizarse en cada evento y que escapan a la simpleza de un hipotético que se utiliza para ejemplificar.

254 Forero Ramírez, Juan Carlos. Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad. Bogotá, Universidad del Rosario, Gustavo Ibáñez Editores, 2006.

ficar los fines inherentes al ejercicio de la acción penal a cambio de evitar los problemas sociales que podrían generarse a raíz de dicha intervención estatal.

### 14.3. Pluralidad de sujeto activo

Buena parte de la doctrina que ha abordado el estudio del Principio de Oportunidad, ejemplifica la causal a partir de la siguiente hipótesis: Un grupo de personas de escasos recursos ha invadido un terreno, por lo que se debe iniciar una acción en su contra. Sin embargo, desde el ámbito político (la alcaldía y el Concejo Municipal), se decide adquirir los terrenos para la construcción de vivienda, lográndose, de esta forma, una adecuada indemnización a la víctima, que era el titular del terreno.

A la par de las posturas doctrinarias, los antecedentes de la causal indican que el querer del legislador está orientado a que ésta se aplique a conductas punibles ejecutadas por un número tal de personas, que la investigación pueda generar mayor malestar social que solución al problema<sup>255</sup>.

De ello da cuenta, además, la prohibición consagrada en la parte final de la causal 14, pues la idea de cabecillas, organizadores y promotores, conlleva la de acciones grupales. En tal sentido, cabe recordar que la Corte Constitucional, al ocuparse del tema, también trajo como ejemplo conductas realizadas por varias personas, como es el caso de la asonada.

Faltaría por analizar la expresión, *“siempre que exista y se produzca una solución alternativa y adecuada a los intereses de la víctima”*. Frente a este tema debe tenerse en cuenta lo expuesto durante el análisis de las causales 1 y 7, toda vez que la solución alternativa a que hace alusión el numeral 14 puede darse, precisamente, a través de los mecanismos de justicia restaurativa y, en general, por los instrumentos para la solución de conflictos.

<sup>255</sup> Pero de ninguna forma podría considerarse la aplicación del Principio de Oportunidad para aquellas personas que decidan asumir la defensa del orden legal a partir de el uso de las armas, pues ello contradice la política criminal del Estado, según la cual, el concierto para delinquir ha de ser sancionado drásticamente.

#### 14.4. Prohibiciones específicas

La parte final del numeral 14 del Artículo 324 establece que de esta causal de Principio de Oportunidad quedan excluidos en todo caso los jefes, organizadores, promotores, y financiadores del delito.

Este requisito no aparecía en el texto original del numeral 15 del Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, aunque estaba contenido en el párrafo primero como restricción que operaba para las causales 15 y 16. Como se explica en el capítulo destinado al análisis de las restricciones generales a la aplicación del Principio de Oportunidad, la declaratoria de inexecutable de la causal 16 dio lugar a una situación insostenible desde la técnica legislativa, pues quedó un párrafo destinado a una sola causal. Por ello, en la Ley 1312 de 2009 esta restricción se traslada al texto de la causal 14 y el párrafo primero se destina a otros temas, según se ha indicado a lo largo de este trabajo.

En todo caso, el legislador consideró inadecuada la aplicación del Principio de Oportunidad a quien haya organizado o promovido la realización de la conducta punible. La Corte Constitucional consideró que esta restricción no genera un desequilibrio inconstitucional en contra de los organizadores o promotores, pues ello hace parte de la libertad de configuración del legislador<sup>256</sup>.

## 15. CAUSAL QUINCE

Esta causal fue modificada por la Ley 1312 de 2009, y su texto actual es el siguiente:

*“Cuando 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”.*

Originariamente se encontraba enumerada como causal 17, cuyo texto era el siguiente: *“Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa”.*

Aunque esta causal fue modificada por la Ley 1312 de 2009, resulta útil hacer un recuento de las críticas que se hicieron al texto original, pues la reforma se orientó, precisamente, a superar los inconvenientes que la doctrina había evidenciado. Sobre el particular se dijo que:

*“La causal número 17 (del texto original, se aclara) de aplicación del Principio de Oportunidad, a la que se ha tildado de compleja, trata de solucionar, por vía de la renuncia al ejercicio de la acción penal, aquellos casos en los que se produce un exceso en la justificante, llámese estado de necesidad o legítima defensa, y tal exceso (intensivo o extensivo), puede haberse originado en una conducta imprudente o culposa del sujeto agredido injustamente que se defiende desproporcionadamente”<sup>257</sup>.*

También se ha propuesto que:

*“Como ya se señaló, el exceso en la legítima defensa o en el estado de necesidad no excluyen la responsabilidad sino que la atenúan empero, es viable estimar que cuando el mismo es producto de una errónea apreciación venible, ya de elementos fácticos o jurídicos, a pesar de mantenerse el dolo por cuanto no tiene cabida un error de prohibición sobre un presupuesto objetivo de una causal de justificación en tal caso, la respuesta adecuada, por reproche reducido de culpabilidad, es la aplicación del Principio de Oportunidad”<sup>258</sup>.*

257 Forero Ramírez. Op. cit., p. 200.

258 Gómez Pavajeau. La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2008. p. 90.

En concreto, se ha explicado que:

*“El exceso en la justificante se puede afirmar cuando haya un desbordamiento de los límites propios (no necesariamente las exigencias legales) de la causal de justificación respectiva, y es precisamente dentro de estos límites donde se deben analizar en cada caso los elementos fácticos o psíquicos presentes, para poder afirmar o no este exceso y su menor valor jurídico o social. Sin embargo, el Código de Procedimiento Penal condiciona la aplicación del Principio de Oportunidad y, en concreto, dicho menor valor a su explicación en la culpa o imprudencia, consagrando en definitiva la aplicación del Principio de Oportunidad en caso de imputación subjetiva culposa, algo que ya se analizó en otros numerales (7 y 12) e interpretó igualmente de forma restringida.*

*En efecto, el Código, consciente del menor grado de injusto presente en el exceso en la justificante consagra un tratamiento privilegiado para la persona que, por lo menos, de alguna forma ha actuado dentro de los parámetros de una causal de justificación, lo que en primer momento explicaría la procedencia del Principio de Oportunidad. El exceso puede ser consciente, inconsciente, doloso o imprudente, esto es, ante el ataque antijurídico el que se defiende ‘legítimamente’ puede reconocer perfectamente que está actuando por fuera de los límites de la figura de la legítima defensa; sin embargo, como se advirtió, el Código llama la atención acerca de la equivalencia de este reproche con el que se haga por una conducta imprudente, lo que en opinión de los autores de este texto, remite cualquier valoración a este ámbito”.*<sup>259</sup>

Desde la Comisión Constitucional Redactora del proyecto de Código de Procedimiento Penal, se planteó la estructura de esta causal en los siguientes términos:

*“Gómez Pavajeau explicó que los casos de exceso doloso tenían otra respuesta en el entendido que si el exceso era doloso sin amparo en ninguna situación motivacional, simplemente se rebajaba por lo objetivo del exceso y por lo objetivo del principio de la causal, pero que si se daba como consecuencia de una injusta agresión o de un miedo la rebaja sería por la ira y en atención a ello precisó que no se tenía ninguna rebaja por culpa y en ese sentido era que se había construido la causal. Agregó que el exceso doloso sí debía ser castigado”*<sup>260</sup>.

259 Perdomo Torres. Op cit., p. 159.

260 Acta número 030.

A pesar de las interesantes disertaciones orientadas a una explicación comprensible de esta causal, fueron muchos los reproches que se alzaron en su contra: por ejemplo, el profesor Mestre concluyó que su estudio debía hacerse con un diccionario de alemán en la mano, mientras que el tratadista Velásquez Velásquez centró su atención en los problemas sistémicos de la causal pues procura volver a la teoría del delito que explicaba el dolo y la culpa en el contexto de la culpabilidad, escenario que, según resalta, ya ha sido superado.

Como ya se dijo, con la reforma introducida por la Ley 1312 de 2009 se pretendió aclarar el sentido y alcance de la causal 15. A partir de la nueva reglamentación, para su estudio es necesario analizar los siguientes elementos: (i) El concepto de exceso en la justificante, (ii). Que el exceso se derive de la desproporción, (iii). que tal desproporción signifique un menor valor jurídico y social explicable en la culpabilidad.

### 15.1. Exceso en la justificante<sup>261</sup>

Sin ningún propósito de exhaustividad, a continuación se relacionarán algunos planteamientos frente a las causales de justificación y a los criterios que doctrinaria y jurisprudencialmente se han fijado para analizar los excesos en las mismas.

Tanto en el Código de 1936,<sup>262</sup> como en el decreto Ley 100 de 1980, el legislador diferenció entre causales de inculpabilidad, y de justificación.<sup>263</sup> Frente al Código Penal de 2000 se ha anunciado reiteradamente que se trata de una normativa de catálogo dogmático abierto, no anclado a una forma del pensamiento penal determi-

261 Para las nociones que a continuación se brindan, en lo que corresponde con esta causal, se han consultado entre otras las siguientes obras: Creus Carlos. Derecho Penal. Parte General. 2 ed., actualizada y ampliada. Buenos Aires, Editorial Astrea. 1990. Gómez López, Jesús Orlando. Teoría del delito. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2002. Roxin, Claus. Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría del delito. Tomo I. Madrid, Civitas Editores, 1997. Jescheck, H. H. Tratado de derecho penal. Parte General, vol. I, Barcelona, 1981. Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de derecho penal. Parte General. Bogotá, Temis, 2002. Reyes Echandía, Alfonso. Diccionario de derecho penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1970. López Morales, Jairo. Nuevo Código Penal. Comentado. Tomo I. 2 ed., Bogotá, Editorial Doctrina y Ley, 2002.

262 Expuestas en el Artículo 25: disposición legal, orden obligatoria de autoridad competente, legítima defensa y estado de necesidad. Sobre el tema. Reyes Echandía, Alfonso. Diccionario... Op. cit., p. 14.

263 Con grandes reservas por parte de la doctrina. Cfr. Velásquez Velásquez. Fernando. Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Editorial Temis. 1997.

nada, de tal suerte que en el Artículo 32 incorpora de manera general todas las formulas de ausencia de responsabilidad (inacción, atipicidad, justificación e inculpabilidad), dejando a la doctrina y la jurisprudencia su ubicación en la teoría del delito.

Buena parte de la doctrina nacional (e incluso foránea) se inclina por reconocer como causales de justificación, únicamente a la legítima defensa y al estado de necesidad. Entre otras razones, al distinguir aquellos comportamientos que son promovidos por el Estado, consentidos por la víctima o socialmente adecuados, de los que simplemente son tolerados atendiendo especiales circunstancias derivadas de la defensa de derechos o peligros inminentes, cuya consecuencia es la de negar el carácter de antijurídico a una conducta estimada como típica.

Pera hablar de exceso en la justificante, necesariamente han de considerarse la existencia de unos límites, los cuales han sido delineados por la jurisprudencia y la doctrina. A título simplemente enunciativo, a continuación se relacionan algunas de esas conclusiones:

- **Legítima Defensa**

- Debe existir una agresión, la cual tendría que ser:
  - Actual o inminente
  - Injusta
  - Real
- Debe existir la necesidad de defenderse:
  - La defensa ha de ser proporcional a la agresión
  - Que no hubiese sido provocada
  - Y debe concurrir un ánimo de defenderse

- **Estado de Necesidad**

- Debe existir un riesgo o un peligro
- El riesgo debe ser actual o inminente
- Se actúa para proteger un derecho propio o ajeno
- El mal del que se pretende resguardar:
  - No ha de ser evitable por otro procedimiento menos perjudicial
  - Debe causar, con el actuar, un mal menor
  - No debe ser causado por el agente

- No ha de ser afrontado por un deber jurídico
- Debe existir el ánimo de proteger el derecho.

El conocimiento de dichos límites resulta necesario para establecer si una persona ha incurrido en un exceso en la justificante, sin perjuicio de que el desbordamiento de los mismos pueda enmarcarse en otra conducta punible<sup>264</sup> o tenga otro tipo de respuesta desde el punto de vista dogmático.<sup>265</sup> En todo caso, para hablar de exceso, previamente ha debido existir un espacio de legitimidad en la defensa o en el estado de necesidad, bien en lo fáctico, ora en la mente del sujeto. Por ello se ha dicho que:

*“La disposición cobija a la persona que al realizar una conducta típica desborda las exigencias legales en virtud de las que puede, en principio, invocar la justificante; en otras palabras: cuando el agente, encontrándose en un comienzo dentro de los linderos propios de una de las justas causas contempladas en los susodichos numerales del Artículo 32, se extralimita, automáticamente pierde el derecho a ampararse en ellas, y la conducta realizada es antijurídica y culpable, a no ser que, en este último caso, concurra otra eximente de responsabilidad.*

*No obstante, esta situación no pasa inadvertida para el legislador, quien consciente de ello prevé un tratamiento especial para el excedido, que difiere del otorgado a la persona que en ningún momento ha pisado los linderos propios de la justificante; ello es apenas obvio, pues en los casos de exceso el grado de injusto es menor, lo que, en cumplimiento de los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad, se traduce en un menor grado de culpabilidad, se traduce en un menor grado de exigibilidad y por ende de punibilidad, sea que el agente haya obrado de manera consciente o inconsciente, en una situación de error o no. Éste parece ser el fundamento dogmático de la institución; pues, desde el punto de vista político-criminal, responde a las particulares condiciones sociopolíticas del país, lo que explica la extensión de la formulación a todas las causas de justificación, sin las restricciones propias de otras legislaciones.*

264 Por ejemplo, no podría argumentar legítima defensa quien, con el fin de defender los intereses del Estado, decida conformar grupos para atacar a quienes buscan el derrocamiento del orden constitucional o legal.

265 Para algunos autores se requiere, por lo menos, que la agresión sea actual e injusta, dejando el exceso únicamente referido al plano de la proporcionalidad. Cfr. Gómez López. Op. cit.

*Si la persona se extralimita superando los límites legales por mediar una apreciación errónea de su parte, se configura error sobre los límites, y conduce al error de prohibición.*

*Para poder hablar de exceso es indispensable que el actor en un determinado momento se encuentre dentro de los límites propios de la respectiva justificante; es decir, se deben reunir las exigencias de cualquiera de las causales, pues de lo contrario no se entendería que el tenor del texto dijese 'exceda los límites' <sup>266</sup>.*

Lo anterior podría suceder, siguiendo la doctrina en cita, como en aquél caso en que al autor le bastaba con disparar sobre las piernas del agresor para rechazar el ataque, y, sin embargo, le da muerte al lesionarlo más de lo racionalmente necesario, o cuando se sobrepasan los límites temporales, como cuando el agredido, no obstante haber controlado el ataque del enemigo que yace herido en el suelo procede a dispararle por dos veces más.

El exceso puede provenir, también, de la inexistencia del riesgo o de la agresión, cuando se reúnen los requisitos para la configuración de la denominada legítima defensa o estado de necesidad putativos, cuyo tratamiento es, por regla general, el de un error de prohibición indirecto. También el error puede provenir de la creencia infundada de la existencia de un derecho o de una norma permisiva, o puede configurarse cuando el mal menor ha sido causado por el mismo agente, quien considera que la agresión o el riesgo proviene de un fenómeno exógeno.

## **15.2. Derivado de la desproporción**

La desproporción es la equivalencia entre la agresión ilegítima y la reacción justa, pues, *“la reacción puede ir tan lejos, como sea necesaria para la defensa real de la agresión, pero no más allá de lo que sea absolutamente necesario para ello”*.<sup>267</sup>

De acuerdo con autorizada doctrina, la proporcionalidad puede analizarse desde dos perspectivas: desde la equivalencia de los

266 Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General 3 ed. Medellín, Comlibros Editores, 2007.

267 Welzel, Hans. Citado por Reyes Echandía, Alfonso. En Derecho Penal, Parte General. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984. p. 69.

medios,<sup>268</sup> o desde la equivalencia de los bienes jurídicos colisionantes en abstracto, como en el caso de una mujer que da muerte a quien pretende accederla carnalmente mediante violencia.<sup>269</sup> Desde esta última perspectiva, se afirma, que cuando el bien jurídico sacrificado es de menor entidad,<sup>270</sup> puede hablarse de una causal de justificación, pero cuando son bienes equivalentes se trata de causales de exculpación o inculpabilidad<sup>271</sup>.

¿Qué sucede cuando el bien jurídico sacrificado es de mayor entidad? *“La situación sale del marco del estado de necesidad justificante y exculpante”*, y puede tener como posible solución el considerarla como un exceso en la causal de ausencia de responsabilidad y *“por consiguiente, aplicaría una atenuación de la pena, aunque suelen existir otras soluciones como la excepción de pena”*<sup>272</sup>.

El exceso, tratándose de la legítima defensa, puede consistir en la sobrevaloración de la agresión o de la necesidad de la defensa, *“bien sea porque se estime como grave una agresión que no lo es, ya porque valorando esa agresión en su justa medida, se estime como única alternativa para remover el peligro que genera esa agresión, una sobredimensionada necesidad de defensa”*<sup>273</sup>. Incluso también ha de considerarse una desproporción en la reacción, como quien repele a un ofensivo insultador con un arma de fuego<sup>274</sup>.

268 No en abstracto, sino en concreto, dadas las particulares condiciones del agresor, frente a quien repele el ataque, pues un débil sólo podría repeler un ataque de un corpulento experto en artes marciales con algún tipo de arma.

269 Sobre el tema, De la Pava Marulanda, Ricardo. Causales de Ausencia de Responsabilidad. Bogotá, Editora Jurídica Ibáñez, 2009. p. 139. En contra de este último tipo de equivalencias, Fernández Carrasquilla, citado por De la Pava: “El agente no sólo defiende su bien sino el ordenamiento jurídico en general”. Afirmación que parece tener puntos de contacto con aquellos que, desde el funcionalismo, reniegan de la utilidad del concepto de bien jurídico. Otros ejemplos se encuentran en Jescheck, Op. Cit, tomo I, p. 569.

270 Por ello, se dice, no habrá causal de justificación cuando se produce la muerte a una persona que pretendía robar de un supermercado una manzana.

271 Aquí se recuerda el ejemplo del filósofo Romano Carneades, de dos naufragos asidos a una tabla procuran salvar su propia existencia frente a la del otro.

272 Gómez López, Jesús Orlando. Teoría del Delito. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003. p. 1170.

273 De la Pava Marulanda. Op. cit., p. 151.

274 Ibíd.

### 15.3 Menor valor jurídico o social explicable en la culpabilidad

El texto de la causal 15, modificada por la Ley 1312 de 2009, indica que no cualquier exceso en las causales de justificación conduce a su aplicación. Para ello, es menester que *“la desproporción signifique un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad”*<sup>275</sup>. En otras palabras, el desequilibrio en la respuesta defensiva o de salvaguarda tiene que encontrar sustento en una reducción del juicio de exigibilidad.

Como se explicó anteriormente, la culpabilidad es considerada en el marco de la legislación actual como un juicio de reproche que se realiza en contra de una persona por no haberse comportado conforme de él se esperaba. Ese reproche puede anularse por razón de una inexigibilidad de un comportamiento ajustado a derecho (por miedo o insuperable coacción ajena), por una incapacidad de comprensión del injusto y de determinarse de acuerdo con ella (por inimputabilidad), o cuando no hay consciencia de ilicitud (por un error de prohibición invencible). Cuando uno de tales elementos se aminora, sin tener la entidad suficiente para excluir la culpabilidad, puede considerarse reducida la reprochabilidad.

Si el exceso encuentra una relación, por ejemplo, con el miedo o el temor intenso, una situación de trastorno mental que no exonera, en una situación de ignorancia o marginalidad no inculpante, puede resultar procedente la aplicación del Principio de Oportunidad. Es por ello que se ha afirmado que quien se excede se comporta culpablemente, aunque puede serlo de manera reducida:

*“(E)l legislador renuncia sin embargo a la punición porque la misma no resulta exigida por necesidades de prevención especial ni prevención general. La culpabilidad (reducida) del sujeto se puede deducir sin más de que la turbación, el miedo o el pánico no fundamentan por regla general un trastorno profundo de la conciencia, en el sentido del 20, si lo hicieran, el 33 sería superfluo. También la falta de necesidad preventiva de punición es fácil de explicar: quien infringe la ley sólo porque ha sido víctima de una agresión antijurídica se caracteriza por una pusilanimidad especial-*

<sup>275</sup> Artículo 324, numeral 15, reformado por la Ley 1312 de 2009.

*mente asustadiza en un ciudadano socialmente integrado que no precisa de intervención preventivo especial. Y asimismo tampoco está indicada la punición por razones de prevención general, pues un delito de debilidad de tal índole no exhorta tampoco en caso de impunidad a la imitación, y no comporta tampoco una conmoción de la paz jurídica, porque el sujeto es el originariamente agredido y el agresor mismo es la mayoría de las veces culpable del rebasamiento del límite”.*<sup>276</sup>

En conclusión:

Cuando un agente obre en exceso de una causal de justificación (por ejemplo, legítima defensa o estado de necesidad), y ese exceso implique una desproporción derivada de una circunstancia que incida en la culpabilidad (juicio de reproche), puede considerarse la aplicación de esta causal de Principio de Oportunidad.

<sup>276</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. (Fundamentos en la Estructura de la Teoría del Delito). Madrid, Civitas Editores, 1997.

## 16. CAUSAL DIECISÉIS

*“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”.*

En los debates previos a la Ley 1312 de 2009 se propuso<sup>277</sup> adicionar una causal que permitiera la aplicación del Principio de Oportunidad a los testaferros que no ocupan u ocuparon una posición importante al interior de la organización criminal y acepten entregar sus bienes con destino a reparar las víctimas.

Esta nueva causal no se incluyó en el proyecto inicial porque se consideró que no era necesaria,<sup>278</sup> bajo el entendido de que puede aplicarse el Principio de Oportunidad a este tipo de situaciones fácticas con la normativa ya existente. Sin embargo, durante el trámite legislativo se concluyó que era mejor regular de manera expresa esta situación.

La causal 16 tiene un claro antecedente en la Ley 975 de 2005,<sup>279</sup> específicamente en el Decreto 4760 de 2005 que la reguló en lo atinente

277 Petro Urrego, Gustavo. Proposición Número 65. Sería un Artículo 16, así: “Cuando un ciudadano o ciudadana posea bienes derivados de enriquecimiento ilícito proveniente de la actividad delictiva de otros miembros más importantes de la organización criminal. Si éste o aquélla entregan dichos bienes a la justicia con destino al Fondo Nacional de Reparación de Víctimas”.

278 En el Acta Número 45 de debate al interior del Senado, cuando se propuso la modificación, el senador ponente indicó que el motivo por el cual no se había propuesto la causal era: “si no la presenté en la ponencia es porque el Fiscal dijo que no la necesitaba. El Fiscal dijo aquí que eso no lo necesita. Pero ya si ustedes quieren firmarla, pues la discutimos y la votamos”.

279 Artículo 54. Fondo para la Reparación de las Víctimas. Créase el Fondo para la Reparación de las Víctimas, como una cuenta especial sin personería jurídica, cuyo ordenador del gasto será el Director de la Red de Solidaridad Social. Los recursos del Fondo se ejecutarán conforme a las reglas del derecho privado. El Fondo estará integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley, por recursos provenientes del presupuesto nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras. Los recursos administrados por este Fondo estarán bajo la vigilancia de la Contraloría General de la República. Parágrafo. Los bienes a que hacen referencia los Artículos 10 y 11, se entregarán directamente al Fondo para la Reparación de las Víctimas creado por esta ley. Igual procedimiento se observará respecto de los bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción del derecho de dominio en curso al momento de la desmovilización, siempre que la conducta se haya realizado con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y con anterioridad a la vigencia de la presente ley. El Gobierno reglamentará el funcionamiento de este Fondo y, en particular, lo concerniente a la reclamación y entrega de bienes respecto de terceros de buena fe.

al Fondo de Reparación de Víctimas. El Artículo 13 del decreto en mención hace alusión a la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación aplique el Principio de Oportunidad a favor de los terceros ajenos al grupo armado ilegal, cuya participación se haya reducido a adquirir, poseer, tener, transferir y, en general, a lo relacionado con la titularidad de los bienes producto de estas actividades ilícitas.<sup>280</sup> En todo caso ha de tenerse en cuenta lo expresado reiteradamente por la Corte Constitucional en el sentido de que las causales de aplicación de Principio de Oportunidad deben estar consagradas de manera expresa y claras en la ley.<sup>281</sup>

Para la aplicación de esta causal de Principio de Oportunidad deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos: **(i)** delito por los que procede, **(ii)** entrega de los bienes al Fondo de Reparación de Víctimas, y **(iii)** prohibición de aplicarlo a jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de la respectiva organización.

### 16.1. Delitos por los que procede

Al inicio de los debates se presentó una ardua discusión sobre los delitos por los cuales procede la aplicación de la causal 16 de Principio de Oportunidad. Mientras unos argüían que ello debía ser sólo por

280 Artículo 13. Entrega de bienes para la reparación de las víctimas. Los miembros de los grupos armados al margen de la ley deberán entregar los bienes ilícitos para sufragar con ellos o su producto las acciones de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición que propendan por la reparación de las víctimas de las conductas punibles cometidas durante y con ocasión de su pertenencia a esos grupos. En todo caso, la obligación de reparar a cargo de los mismos no se extingue con la entrega de bienes que no alcancen a cubrir integralmente lo dispuesto en la sentencia. Cuando no sea posible que los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley entreguen los bienes destinados a la reparación de víctimas a paz y salvo respecto de las obligaciones que por cualquier concepto pesen sobre los mismos, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y las comisiones regionales de restitución de bienes podrán invitar a las entidades acreedoras para que contribuyan con la reconciliación y la paz nacional mediante la celebración de conciliaciones o acuerdos de pago, condonación total o parcial de las deudas, de ser procedente, o implementando cualquier otro mecanismo que facilite la extinción de la obligación o el cumplimiento a través de mecanismos razonables de financiación. Parágrafo. Cuando los bienes de los miembros del grupo armado al margen de la ley no figuren formalmente a nombre de los mismos, éstos deberán realizar los actos dispositivos necesarios para deshacer la simulación y proceder a su entrega con destino a la reparación de las víctimas. Respecto del tercero ajeno al grupo armado organizado al margen de la ley que exclusivamente haya participado en las conductas relacionadas con la adquisición, posesión, tenencia, transferencia y en general con la titularidad de los bienes ilícitos que sean entregados para la reparación de las víctimas, la Fiscalía General de la Nación podrá aplicar el Principio de Oportunidad.

281 C-673 de 2005.

el delito de testaferrato,<sup>282</sup> otros señalaban que una restricción en tal sentido podría ser perjudicial, ya que llevaba a limitar la aplicación del Principio de Oportunidad en detrimento de la persecución de los bienes para financiar el fondo de reparación de víctimas.

Sobre las razones que motivaron los límites consagrados expresamente en la causal 16 en torno a la procedencia de los bienes, se expresó:

*“Respecto de este nuevo artículo, yo tengo muchas dudas, señor Ministro, porque en la forma como queda redactado eso puede beneficiar al peculador que desfalca al Estado y pone unos bienes a nombre de sus familiares; eso puede favorecer al jalador de carros, eso puede favorecer a toda clase de delincuentes, y pienso que el Principio de Oportunidad tiene una filosofía que no puede llegar hasta allá.*

*Yo no estoy de acuerdo, a menos que se limitara a uno o dos delitos, es decir, si estamos hablando de narcotráfico y de terrorismo se podría limitar a eso, pero no más allá porque el mensaje puede ser funesto, pecule, coheche, delinca, que de todas maneras si pone los bienes a favor de un tercero, ese tercero no va a ser castigado y no le va a pasar nada”.*<sup>283</sup>

El texto definitivo de la causal da cuenta de que el legislador se inclinó porque esta causal de aplicación de Principio de Oportunidad proceda únicamente por el delito de testaferrato,<sup>284</sup> pero sólo

282 Acta Número 45, del 28 de mayo de 2008, Comisión Primera del Senado, Gina Parody Decheona: “Presidente, ayer el Fiscal y tal como tiene la redacción nuestro Código de Procedimiento Penal el Principio de Oportunidad opera para el testaferrato. El Fiscal ayer lo dijo. Incluso creo que corremos el riesgo de dejar expreso un delito porque comenzarían los fiscales a interpretar si se puede para el testaferrato porque está expreso, pero para los demás no, porque no están expresos y comenzáramos a tener un choque de interpretación muy grande. [...] Reitero que dejar expreso un delito para que opere el Principio de Oportunidad podría comenzar a generar una cantidad de problemas de interpretación por parte de los fiscales que ya no estarían pendientes de en cuáles delitos no se aplica el Principio de Oportunidad, sino en cuáles si se aplicaría porque comenzaríamos a ser una previsión expresa en cuales se aplicaría”. Oscar Darío Pérez Pineda: “Lo que yo quería significar ya Petro lo recogió, ayer dijo el doctor Sigifredo dijo que no solamente se tenían que referir a testaferratos, sino a enriquecimiento porque dijo que un bien era ilícito en uno o en otro caso, y lo que nosotros estamos persiguiendo aquí doctor Cristo es el bien, y el que nos diga que tiene esos bienes pues se le puede aplicar ese beneficio porque contiene el Principio de Oportunidad y que esos bienes así reportados se vayan a alimentar ese Fondo y de una vez eso sí quedaría como una fuente de financiación nueva”.

283 Informe de ponencia segundo debate proyecto de Ley 342 de 2008, Cámara; 261 de 2008, Senado.

284 Acta de plenaria número 57. Por último, a propuesta del Senador Gustavo Petro, y en acuerdo con el Ministro del Interior y con el Fiscal, se incluye una modificación para el testaferrato, los testaferreros que entreguen bienes para reparar a las víctimas, pueden ser objeto de aplicación del Principio de Oportunidad, esta norma es muy importante porque nos decía la Fiscalía, que hoy día los testaferreros no están entregando los bienes, porque si los entregan ahí mismo tienen que irse para la cárcel por testaferrato.

en los eventos regulados en el inciso primero del Artículo 326 del Código Penal:

“Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de seis a 15 años y multa de 500 a 50 mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes”.

## 16.2. Entrega de los bienes al Fondo de Reparación de Víctimas

Para determinar el alcance de esta disposición, resulta necesario conocer qué es el Fondo de Reparación de Víctimas, quién lo administra y cómo funciona, para ello se indica que:

El Fondo de Reparación de Víctimas fue creado por el Artículo 54 de la Ley 975 de 2005, y regulado por el Decreto 4670 de 2005, específicamente por su Artículo 17,<sup>285</sup> y posteriormente reglamentado en materia interna por el acuerdo 018 de 2006, expedido por Acción Social de la Presidencia de la República.

285 Artículo 17. Naturaleza y administración del Fondo para la Reparación de las Víctimas. El Fondo para la Reparación de las Víctimas creado por el Artículo 54 de la Ley 975 de 2005 es una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional-Acción Social que funcionará con su estructura y será administrada por el Alto Consejero Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, quien será el ordenador del gasto. En desarrollo de la administración ejercerá los actos necesarios para la correcta disposición, mantenimiento y conservación de los bienes y/o recursos de acuerdo con su naturaleza, uso y destino, así como para el adecuado funcionamiento del Fondo teniendo en cuenta siempre el favorecimiento de los derechos de las víctimas. Para tal efecto podrá contratar total o parcialmente el manejo de los recursos y bienes que ingresen al fondo, mediante encargo fiduciario, contratos o fondos de fiducia, contratos de administración, mandato, arrendamiento y demás negocios jurídicos que sean necesarios, los cuales se regirán por las normas de derecho privado. Los gastos necesarios para la administración de los bienes y recursos del Fondo y para su adecuado funcionamiento serán sufragados con cargo a los rendimientos financieros de los bienes y recursos que conformen su patrimonio, y en los eventos en que no sean suficientes, podrá atenderlos con cargo al rubro de Presupuesto General de la Nación. El Reglamento interno del Fondo, que será expedido por el Consejo Directivo de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional-Acción Social, establecerá las medidas y procedimientos necesarios para la adecuada administración y funcionamiento del Fondo, incluyendo un inventario y registro único para el control de bienes que contenga las especificaciones necesarias para su identificación, ubicación, determinación de su estado, situación jurídica, fiscal y de servicios públicos, valor catastral, estimado o comercial, entre otras. En todo caso, una vez le sean entregados bienes con destino a la reparación de las víctimas, deberá levantar un acta de recibo de los mismos.

Según el Artículo 54 de la Ley 975 de 2005, el Fondo para la Reparación de las Víctimas es una cuenta especial sin personería jurídica, cuyo ordenador del gasto es el director de la Red de Solidaridad Social, sus recursos se ejecutarán conforme a las reglas del derecho privado. La administración está en cabeza el Alto Consejero Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, quien además es el ordenador del gasto. Hacen parte de este Fondo:

- Los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la Ley 975 de 2005 (desmovilizados individuales o colectivos).
- Recursos provenientes del presupuesto nacional.
- Donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras,
- Los bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción del derecho de dominio en curso al momento de la desmovilización, siempre que la conducta se haya realizado con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y con anterioridad a la vigencia de la ley antes mencionada,
- Bienes entregados por terceros de buena fe que provengan de estas organizaciones delictivas.
- Bienes entregados por los testaferros que serán beneficiados con la aplicación del Principio de Oportunidad, como uno de los requisitos para acceder a esta figura.

El Artículo 17 del Decreto 4670 de 2005 dispone que el Alto Consejero Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, ejerce los actos necesarios para la correcta disposición, mantenimiento y conservación de los bienes y/o recursos de acuerdo con su naturaleza, uso y destino, teniendo en cuenta siempre el favorecimiento de los derechos de las víctimas. Para ello puede contratar total o parcialmente el manejo de los recursos y bienes que ingresen al fondo, mediante encargo fiduciario, contratos o fondos de fiducia, contratos de administración, mandato, arrendamiento y demás negocios jurídicos que sean necesarios, los cuales se regirán por las normas de derecho privado. Los gastos necesarios para la administración de los bienes y recursos del Fondo y para su adecuado funcionamiento serán sufragados con cargo a los rendimientos financieros de los bienes y recursos que conformen su patrimonio y, en los eventos en que no sean suficientes, podrá atenderlos con cargo al rubro del Presupuesto General de la Nación.

### 16.3. Prohibiciones específicas

La causal dispone expresamente que no procede frente a jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de la respectiva organización.

Aunque esta prohibición está consagrada de manera general en el párrafo primero del Artículo 324,<sup>286</sup> aparece reiterada en la causal 16, lo que denota el interés del legislador de dejar en claro que el Principio de Oportunidad no puede aplicarse a jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de la respectiva organización. Cuando se estaba frente a la redacción inicial, que no incluía expresamente esta prohibición, se indicó que era inconveniente por cuanto podría entenderse que era aplicable a jefes o cabecillas:

*“Por tanto, no se está hablando de los jefes sino de subalternos. Ese es el espíritu, cuando metemos este tema, se entiende derivado de ese espíritu; es decir, miembros de la banda que siendo poseedores de bienes cuyo origen es el enriquecimiento ilícito de la banda y del jefe en primer lugar sea capaz de entregárselo a la justicia con destino al Fondo Nacional de Reparación de Víctimas.*

*No es el jefe de la banda el que entrega el bien, y lo hace beneficiario del Principio de Oportunidad, la redacción que acabo de escuchar da esa amplitud, que el jefe de la banda podría ganarse el Principio de Oportunidad simplemente entregando los bienes, cosa que a veces sucede en Estados Unidos. No, aquí se trata de subalternos, uno, y creo que la redacción inicial lo dice.*

*Segundo, el objetivo en general es dismantelar la banda en este caso específico quitarle los bienes que fueron conseguidos con la actividad ilícita. Y, tercero, se le otorga el Principio de Oportunidad a ese que entrega los bienes que no es el jefe de las bandas”.*<sup>287</sup>

En los debates previos a la promulgación de la ley 1312 de 2009, igualmente se dijo:

286 Modificado por la Ley 1312 de 2009.

287 Informe de ponencia segundo debate proyecto de Ley 342 de 2008 Cámara; 261 de 2008, Senado.

*“El artículo tiene un párrafo primero que excluye de ser sujetos de aplicación del Principio de Oportunidad a los jefes, determinadores, organizadores, promotores o directores de organizaciones criminales. De modo que por ese aspecto estaría protegido digamos lo que a ustedes les preocupa es que con la entrega de un bien, un capo de la organización terrorista o narcotráfico, pueda ser sujeto del Principio de Oportunidad. Atendiendo su preocupación propondría esta redacción completa (...) ‘siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de la respectiva organización’”.*<sup>288</sup>

## 17. CAUSAL DIECISIETE

Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normativa 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. Para los efectos de este numeral el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del Principio de Oportunidad.

*“Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo Número 3 de 2002”.*

Para la aplicación de esta causal el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

### 17.1. Antecedentes de la causal

En los debates previos a la promulgación de la Ley 1312 de 2009<sup>289</sup> se propuso contemplar una nueva causal de Principio de Oportunidad en el marco de la Ley de Justicia y Paz o lo que se conoce como justicia transicional. Se hizo énfasis por el proponente en lo expresado por la Corte Constitucional en torno a la necesidad de otorgar herramientas para lograr la desmovilización de grupos armados ilegales, ya que en Colombia éste es uno de los aspectos relevantes de la actual política criminal del Estado.<sup>290</sup>

289 El informe de ponencia para primer debate al entonces proyecto de Ley (342 / 2008, Cámara; 261 de 2008, Senado).

290 “entendida ésta como la rama de la justicia que permite que las sociedades puedan enfrentar el legado de violencia generalizada y sistemática de derechos humanos. En repetidas ocasiones la Honorable Corte Constitucional ha dado cuenta de los criterios que guían la política criminal y su determinación a la hora de establecer la regulación por parte del legislador del Principio de Oportunidad dentro del marco de la política criminal. (Sentencias C-873 de 2003;

Para la creación de esta nueva causal se tuvo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia introdujo importantes variaciones a la calificación jurídica de la conducta realizada por las personas pertenecientes a los grupos paramilitares, en el sentido de que no podía hablarse del delito de sedición sino de concierto para delinquir, lo que incide en la posibilidad de agotar otros mecanismos de terminación de la actuación penal. Aunque -se insiste- el presente trabajo no tiene como objetivo central desarrollar aspectos dogmáticos, salvo lo estrictamente necesario para explicar las diferentes causales; resulta útil traer a colación los planteamientos del alto tribunal sobre el particular:

En primer lugar, se hizo alusión a la indebida asimilación que hace el Artículo 71 de la Ley 975 de 2005 entre delitos políticos y delitos comunes:

*“El Artículo 71 de la Ley 975 de 2005 materialmente es una norma contraria a la Constitución Política porque asimila indebidamente los delitos comunes con los delitos políticos. Tal presupuesto desconoce no sólo los fundamentos que guían la actuación de ambas clases de delincuentes sino los postulados de la Carta que permiten un trato diferente entre unos y otros.*

*Luego, la Corte analiza la incidencia de dicha asimilación en el desarrollo de los derechos de las víctimas:*

*(...) El Artículo 71 de la Ley 975 de 2006 violenta los derechos de las víctimas: la intervención de las víctimas en el proceso penal y su interés porque la justicia resuelva un asunto, pasó de la mera expectativa por la obtención de una reparación económica -como simple derecho subjetivo que permitía que el delito como fuente de obligaciones tuviera una vía judicial para el ejercicio de la pretensión patrimonial- a convertirse en derecho constitucional fundamental que además de garantizar (i) la efectiva reparación por el agravio sufrido, asegura (ii) la obligación estatal de buscar que se conozca la verdad sobre lo ocurrido, y (iii) un acceso*

C-646 de 2001; C-504 de 1993). A la vez han establecido normas y principios que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Sentencias C-282 de 2002, C-578 de 2002, C-004 de 2003 y T-249 de 2003), que ratifican la necesidad del Estado por fortalecer la justicia transicional con aplicabilidad de los estándares internacionales tratándose de violación a los Derechos Humanos y protección de los derechos y garantías de las víctimas”.

*expedito a la justicia, pues así se prevé por la propia Constitución Política, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.”(...)*

*Todo lo expresado debe obligar a la Corte a considerar, en aras del imperio de la justicia nacional, el respeto de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos y la efectividad de los derechos fundamentales, al constatar que resulta un imposible jurídico asimilar, y como consecuencia de ello darle el tratamiento de delito político a aquellos comportamientos desplegados de manera sistemática, con una ponderada programación del hecho, en muchos casos con el apoyo directo y en otras soterrado de miembros de la institucionalidad, y que fueron ejecutados por los miembros de los señalados grupos -a cuyo surgimiento contribuyó el propio Estado- en desmedro de los más caros bienes jurídicos de ciudadanos inermes y de la humanidad en general.*

De otro lado, la Corte resalta la especial trascendencia de la Ley de Justicia y Paz de cara a las obligaciones de Colombia en materia de protección de derechos humanos:

*(...) “Estas consideraciones cobran mayor vigencia cuando en tratándose de la “Ley de Justicia y Paz” se advierte por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos -como las del presente caso, ejecuciones y desapariciones-. El Tribunal reitera que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse”.<sup>291</sup>*

Ante los efectos del fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el Congreso de la República se consideró necesario proponer una norma que permitiera una salida alternativa a los casos de desmovilizados

291 Fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Segunda instancia, Expediente 26945. Magistrados Ponentes: Yesíd Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. Se han dejado por fuera las notas marginales del texto original.

implicados sólo en la militancia en el grupo paramilitar,<sup>292</sup> pues éstos ya no podían recibir los beneficios jurídicos consagrados en el ordenamiento jurídico como contraprestación a la desmovilización.

## 17.2. Estructura de la causal

Para la aplicación de esta causal deben considerarse seis aspectos puntuales: **(i)** la calidad de desmovilizado, **(ii)** la reintegración a la sociedad, **(iii)** no postulación a los beneficios de la Ley 975, **(iv)** los delitos imputados, **(v)** declaración juramentada y **(iv)** trámite.

### 17.2.1. Calidad de desmovilizado

La causal dispone expresamente que debe tratarse de un desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley. Sobre el proceso de desmovilización, pueden hacerse las siguientes precisiones:

La desmovilización empieza a regularse a través de las Leyes 35 de 1984, 77 de 1989 y 104 de 1993, donde se establecieron los beneficios jurídicos y socioeconómicos que obtendrían quienes, individual y voluntariamente, se desmovilizaran en el marco de los procesos de paz; el beneficio consistía en la reducción de pena pero bajo la condición de colaborar con la justicia.

292 Informe de ponencia para el primer debate en la Cámara de Representantes “De acuerdo con la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia de julio 11 de 2007, en la que se determinó 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 más de 19.000 desmovilizados de las AUC, dada la problemática que frente al sistema judicial y frente a la sociedad colombiana, que reclama verdad, justicia y reparación, representa el no definir de una u otra forma dicha situación. Se considera que el texto aprobado en la Comisión Primera del Senado de la República ha introducido importantes enmiendas al Principio de Oportunidad integrado al nuevo Sistema Penal Acusatorio bajo la normativa consagrada en los Artículos 324 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, pero frente a dicho articulado es necesario que esta corporación insista en algunas modificaciones que, para riqueza de la ley, aclaran las limitaciones a las causales de aplicación del Principio de Oportunidad e igualmente amplían los requisitos y obligaciones de quienes puedan ser beneficiados con esta herramienta jurídica, cuyo único objeto es la desarticulación de las bandas criminales, la erradicación del delito, la eficacia respecto de los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas y el respeto por los derechos humanos como ejes de la política criminal del Estado”.

Con el Decreto 1385 de 1994 se creó el Comité Operativo para la Dejeción de Armas -CODA-,<sup>293</sup> encargado de verificar la pertenencia a las organizaciones armadas y certificar la calidad de desmovilizado, como requisitos para conceder los beneficios jurídicos y económicos. Posteriormente, se promulgaron la Ley 418 de 1997, la Ley 782 de 2002 y el Decreto 128 de 2003, que conforman el cuerpo normativo vigente en la actualidad.

### 17.2.2. Reintegración a la sociedad

Para verificar este requisito debe tenerse en cuenta la normativa que rige el programa de desmovilización y reincorporación. A continuación se relacionan algunos datos que pueden resultar útiles para evaluar este requisito de la causal 17.

El Programa de Desmovilización se creó con el propósito de permitir a los miembros de las organizaciones armadas ilegales reintegrarse a la vida civil de manera individual. En el Decreto 128 de 2003, reglamentario de las Leyes 418 de 1997 y 782 de 2002, se establecieron dos etapas dentro del programa para la reincorporación a la vida civil:

La primera es el ingreso al Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado (PAHD),<sup>294</sup> a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, que comienza con la presentación de la persona ante la autoridad más cercana y termina cuando el Comité Operativo para la Dejeción de Armas (CODA), luego de realizar un

293 Decreto 1385 de 1994, modificado por el Decreto 128 de 2003, Artículo 5. Habrá un Comité Operativo para la Dejeción de las Armas que deberá realizar la evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a los beneficios de que trata este Decreto, diseñar los programas de inserción socioeconómica y otorgar o negar los beneficios económicos y sociales a quienes lo soliciten. Para el cumplimiento de sus funciones el Comité Operativo podrá solicitar a los organismos de seguridad del Estado y demás instituciones competentes, la información y pruebas que posean sobre la persona que desea reincorporarse a la vida civil. El Comité Operativo para la Dejeción de las Armas estará integrado por los siguientes miembros: un representante del Ministro de Gobierno, un representante del Ministro de Justicia y del Derecho, un representante del Ministro de Defensa, un representante del Consejero Presidencial para la Paz y un representante del Fiscal General de la Nación.

Artículo 6. El Comité Operativo para la Dejeción de las Armas tendrá como Coordinador Ejecutivo al Coordinador General del Programa de Inserción, quien además de desempeñar las funciones que le señale el Comité Operativo en su reglamento interno, actuará como secretario de dicho comité.

294 Para consultar la normativa sobre el programa y la desmovilización, se puede realizar a través de la página: [www.mindefensa.gov.co/index.php?page=583](http://www.mindefensa.gov.co/index.php?page=583)

proceso de verificación, decide si la persona puede o no acceder a los beneficios del programa. Durante esta fase se le brinda la atención humanitaria al desmovilizado, que incluye alojamiento y alimentación, transporte, vestuario, atención en salud física, psicológica y seguridad.

La segunda, denominada “Programa de reincorporación a la vida civil de las personas alzadas en armas”, está a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia. El Programa tiene una duración aproximada de dos años, con los siguientes componentes: atención humanitaria, salud, educación formal y no formal, en la que se incluye la elaboración del proyecto de vida, seguridad, beneficios jurídicos y atención psicosocial.

Como quiera que en el proceso de reincorporación el beneficiario adquiere obligaciones, entre ellas el buen comportamiento y la ejecución de los proyectos adquiridos, cuyo control está a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia, puede solicitarse la respectiva certificación a esta dependencia a efectos de constatar el requisito objeto de análisis.

**17.2.3.** No puede haber sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005

Con antelación se indicó que esta nueva causal de Principio de Oportunidad, en buena medida está orientada a propiciar soluciones alternativas frente a los desmovilizados que, en virtud de la aludida sentencia de la Corte Suprema de Justicia, no podían ser beneficiados con la Ley 782 de 2002. Sin embargo, era posible que una persona que quedara por fuera de la cobertura de dicha ley pudiera ser postulada por el Gobierno Nacional para los beneficios contemplados en la Ley 975 de 2005 y que el consecuente trámite de justicia transicional concurriera con la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad, lo que se consideró inadecuado. En tal sentido, se dejó sentado que el Principio de Oportunidad sólo será procedente en eventos en que no se hubiera realizado dicha postulación, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos que consagra la causal. Frente al número de desmovilizados y a la necesidad de encontrar soluciones alternativas, se planteó:

*“De cara a la justicia transicional, teniendo en cuenta el informe de la Fiscalía General de la Nación, presentado dentro del marco del Foro Camino Jurídico aplicable a los procesos de Paz y Desmovilización Presentes y Futuros, llevado a cabo el pasado 9 de octubre en el Congreso de la República, a la fecha existen 31.804 miembros desmovilizados de grupos al margen de la ley, de los cuales 3.538 han sido postulados a la Ley de Justicia y Paz por el Gobierno Nacional, y 28.100 desmovilizados han sido escuchados en versión libre, diligencias de las cuales han resultado 10.749 resoluciones inhibitorias de las que actualmente se han apelado 205. En igual sentido la Fiscalía General de la Nación llama la atención en la necesidad de buscar solución para los desmovilizados de grupos al margen de la ley a quienes, en virtud y cumplimiento del fallo de la Corte Suprema, no se les puede aplicar los beneficios contenidos en la Ley 782 de 2002. (Desmovilizados AUC)”.*

#### **17.2.4. Inexistencia de otras investigaciones**

No puede existir en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, salvo los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para la procedencia de la causal 17 se requiere que el beneficiario no esté incurso en delito diferente a la pertenencia al grupo armado ilegal y otros delitos conexos como el uso de uniformes y armas. Este requisito se consagró porque el trámite del Principio de Oportunidad:

*“No puede ser utilizado para dilatar los procesos judiciales que tienen una justa causa y en ese sentido generar un ambiente de total impunidad frente a graves violaciones de derechos humanos, delitos de lesa humanidad y otros tantos punibles ante los cuales no puede ceder la política criminal del Estado, por ello se propone como causal para la aplicación del Principio de Oportunidad frente a los desmovilizados que no pueden obtener ningún beneficio contenido en la Ley 782 de 2002 y que ha sido excluido en igual medida de los beneficios de la Ley 975 de 2005”<sup>295</sup>.*

295 Informe ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes.

En cuanto a la cobertura temporal de la causal, la Ley 1312 de 2009 dispone expresamente que se extenderá a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del acto legislativo número 03 de 2002. En los debates previos a la Ley 1312 de 2009<sup>296</sup> se consideró que esta reglamentación *“es perfectamente viable en virtud del principio de favorabilidad, tal y como se ha destacado en reiteradas jurisprudencias no sólo de la Corte Constitucional colombiana, sino además de la Corte Suprema de Justicia”*.<sup>297</sup>

#### **17.2.5. Declaración juramentada**

El beneficiario de la aplicación del Principio de Oportunidad tiene la obligación de suscribir una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal so pena de perder el beneficio dispuesto.

La manifestación sobre el comportamiento anterior debe hacerse bajo la gravedad del juramento, en ella el desmovilizado debe indicar que su único delito es la militancia en el grupo armado ilegal, entendiéndose que de faltar a la verdad en tal declaración perdería los beneficios propios de la aplicación de esta figura procesal. El acta no tiene ningún requisito especial aparte de los exigidos por el mismo legislador.

#### **17.2.6. Trámite de la audiencia**

La norma dispone que el control puede realizarse de forma individual o a través de audiencias colectivas.

El legislador consideró que este aspecto es necesario para que la causal 17 de Principio de Oportunidad se convierta en una herramienta eficaz, ya que ante el gran número de personas desmovilizadas que podría acceder a este beneficio, las audiencias individuales pueden resultar insuficientes. En tal sentido, en los debates previos a la Ley 1312 se consideró:

<sup>296</sup> Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 261.

<sup>297</sup> Se hace alusión a varias sentencias: Sala de Casación Penal de 19 de julio de 2005, Magistrado Ponente Mauro Solarte, C-592 de 2005, T-091 de 2006 y T-444 de 2007.

*“Tras hacer efectivo y procesalmente viable para la autoridad judicial la aplicación del Principio de Oportunidad de cara a la desmovilización de un grupo al margen de la ley, se considera pertinente establecer audiencias colectivas para cuando concurra un número considerable de desmovilizados, para lo cual se establecerá un párrafo o inciso al numeral 17 del Artículo 324 del texto aprobado en Comisión Primera del siguiente tenor: para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del Principio de Oportunidad”.<sup>298</sup>*

298 Informe de ponencia segundo debate proyecto de Ley 342 de 2008, Cámara; 261 de 2008, Senado.



# CAPÍTULO III



## LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Aunque a lo largo de este trabajo se ha venido hablando de los límites específicos a la aplicación de las diversas causales de Principio de Oportunidad, es necesario dedicar este apartado al estudio de otras limitaciones, de carácter más general, que ha dispuesto el legislador para la aplicación de este instituto.

### 1.1 Competencia derivada de la pena y su reglamentación interna

En el Capítulo Primero de este trabajo se analizó el tema de la competencia al interior de la Fiscalía General de la Nación para decidir sobre la aplicación del Principio de Oportunidad. Cabe retomar el tema en este apartado para resaltar que el Parágrafo Segundo del Artículo 324 y las Resoluciones 6657 y 6658 de 2004, así como la Resolución 3884 de 2009 establecen una especial limitación para la aplicación de esta forma de terminación anticipada de la actuación penal, orientada a centralizar las decisiones y, en consecuencia, a evitar excesiva discrecionalidad en esta materia.

En este orden de ideas, aunque no se trate de una prohibición en sentido estricto, estas reglas limitan la actuación de los fiscales delegados ante las diferentes autoridades jurisdiccionales en el sentido de que deben adelantar el trámite descrito en el Capítulo Primero, que incluye la decisión de funcionarios de mayor jerarquía y el en-

vío de la documentación a la Dirección Nacional de Fiscalías, concretamente al Equipo de Principio de Oportunidad.

Existe una limitante general, centrada en el monto de la pena por imponer (cuando excede de seis años la decisión debe tomarla el Fiscal General de la Nación o su delegado especial), y otra introducida a través de la reglamentación interna, en virtud de la cual el Fiscal General de la Nación se reserva la aplicación de las causales 2, 3, 4 y 8, tema que fue analizado en detalle en el Capítulo Primero.

## **1.2.** Tipo de participación en la organización criminal y en delitos de narcotráfico y terrorismo

El Artículo 324 de la Ley 906, modificado por el Artículo Segundo de la Ley 1312, en su Parágrafo Primero indica que en los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el Capítulo Segundo del Título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, sólo se podrá aplicar el Principio de Oportunidad bajo las causales Cuarta o Quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas. Frente al alcance de la nueva reglamentación cabe resaltar dos aspectos:

Uno de los principales objetivos de la reforma era permitir la aplicación del Principio de Oportunidad a delitos que estaban expresamente excluidos de dicha posibilidad en el texto original de la Ley 906 de 2004. En los debates previos a la promulgación de la Ley 1312 de 2009 se expresó lo siguiente en torno a la posibilidad de beneficiar con la renuncia, suspensión o interrupción del ejercicio de la acción penal a personas pertenecientes a bandas u organizaciones dedicadas a delitos de narcotráfico, terrorismo, financiación del terrorismo y otros:

*“Sólo 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 suministran el conocimiento, la voluntad y la prueba eficaz para desactivarla, correlativamente los esfuerzos estatales*

*podrán encaminarse hacia objetivos más trascendentales para la comunidad nacional e internacional, como es el ataque a la estructura y funcionamiento de las sociedades delictivas”<sup>299</sup>.*

De otra parte, era necesario armonizar el contenido de las causales y los párrafos que regulan los límites generales a la aplicación del Principio de Oportunidad, pues la declaratoria de inexequibilidad de la causal 16<sup>300</sup> dio lugar a que el párrafo primero del texto original de la Ley 906 de 2004, que en principio cobijaba las causales 15 y 16, sólo tuviera efectos frente a la primera.<sup>301</sup> Por ello, en la reforma introducida por la Ley 1312, las prohibiciones que otrora estaban en el párrafo primero se trasladaron a la causal 14,<sup>302</sup> donde se lee que de ésta “*quedan excluidos en todo caso los jefes, organizadores, promotores, y financiadores del delito*”.

### 1.3. Graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, Delitos de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Genocidio

Esta limitación va de la mano del cumplimiento de las obligaciones internacionales que ha adquirido Colombia en materia de protección de derechos humanos. Existe una expresa prohibición de aplicar el Principio de Oportunidad cuando se trata de hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio.

Aunque este trabajo no está orientado a desarrollar aspectos dogmáticos más allá de lo necesario para explicar el contenido y alcance de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad, resulta útil recordar lo regulado en el Estatuto de Roma en torno a los delitos que pueden catalogarse como de lesa humanidad:

- **Genocidio:** actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal se tienen la (i) matanza de miembros del grupo; (ii) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; (iii) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

299 Ponencia para segundo debate —Senado—.

300 Sentencia C-673 de 2005.

301 La 15.

302 Que equivale a la causal 15 del texto original.

(iv) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo  
(v) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

- Asesinato
- Exterminio
- Esclavitud
- Deportación o traslado forzoso de población
- Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional
- Tortura
- Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable
- Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de competencia de la Corte.
- Desaparición forzada de personas
- El crimen de apartheid
- Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física

El mismo Estatuto indica que son crímenes de guerra:

- Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

- El homicidio intencional
- La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos. El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud
- La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente
- El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga
- El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente
- La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal
- La toma de rehenes
- Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
  - Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades, trae específicamente algunos actos<sup>303</sup> que se pueden tener como tal.
  - En la Sentencia 095 de 2007 la Corte Constitucional concluyó que no era ajustado a la Carta Política limitar la aplicación del Principio

303 i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;  
 ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;  
 iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;  
 iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y

pio de Oportunidad únicamente frente a los delitos consagrados en el Estatuto de Roma. Por consiguiente, bajo el entendido de que las violaciones a los derechos humanos trascienden lo dispuesto en dicha normatividad, declaró inexecutable la expresión “Estatuto de Roma”. Frente a los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario.

graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;

v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;

vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;

viii) El traslado, directa o indirectamente, por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

xii) Declarar que no se dará cuartel;

xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;

xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;

xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra;

xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;

xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;

xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;

xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los Artículos 121 y 123;

xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del Párrafo 2 del Artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;

xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;

En las situaciones de conflicto armado (interno o externo), los que participan en la guerra están obligados por normas escritas y no escritas, fundamentadas en la dignidad de las personas, a guardar respeto y a dar un trato no violento a los civiles que no participan en hostilidades, al personal médico y religioso, a los actores armados que han sido puestos fuera de combate, ya sea por heridas o por enfermedad, así como a los miembros del bando contrario que hayan sido capturados. La guerra también tiene sus reglas, de manera que las acciones deben limitarse al objetivo de neutralizar o rendir al enemigo, pero nunca pueden pretender la desaparición a toda costa o el exterminio del contrario. Estos comportamientos los regula el Derecho Internacional Humanitario; en el Código Penal colombiano están contemplados en el Título II, Artículos 135 a 164, entre los cuales se encuentran:

- Homicidio en persona protegida
- Lesiones a persona protegida
- Tortura en persona protegida
- Acceso carnal violento en persona protegida
- Actos sexuales violentos en persona protegida
- Prostitución forzada o esclavitud sexual
- Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos
- Perfidia
- Actos de terrorismo
- Actos de barbarie
- Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida
- Actos de discriminación racial
- Toma de rehenes
- Detención ilegal y privación al debido proceso
- Constreñimiento a apoyo bélico
- Despojo en el campo de batalla
- Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria
- Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias
- Destrucción y apropiación de bienes protegidos

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las Fuerzas Armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

- Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario
- Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto
- Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas
- Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil
- Omisión de medidas de protección a la población civil
- Reclutamiento ilícito
- Exacción o contribuciones arbitrarias
- Destrucción del medio ambiente

#### 1.4 Edad de la víctima

El ordenamiento jurídico colombiano ha sido reformado paulatinamente con el fin de brindar una mayor protección a los niños y niñas víctimas de delitos.

En la Ley 1098 de 2006 se incorporaron prohibiciones de diferente índole frente a los delitos cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes. En lo referente al Principio de Oportunidad, cuando se trate de delitos de homicidio, lesiones personales bajo la modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, el Artículo 199 dispuso:

*“3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del Principio de Oportunidad previsto en el Artículo 324, Numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.*

(...)

*8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea efectiva”.*

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-738 de 2008, desestimó la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de esta norma, bajo el argumento de que la razón de ser de la misma es brindar un trato especialmente protector a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos. La Corte resaltó que se trata de una población vulnerable, lo que debe reflejarse en las normas vigentes en el país en el sentido de brindar una mayor protección. El alto tribunal resaltó:

*“Los derechos de los niños tienen prelación sobre los derechos de los demás y que tanto el texto constitucional como los tratados internacionales suscritos por Colombia se encaminan a garantizar el mayor grado de protección posible. Este énfasis especial del sistema jurídico permite entender como razonable que el legislador no autorice que la acción se renuncie, se suspenda o se termine cuando el delito de que se trata afecta gravemente la integridad, la libertad y la formación sexual del menor. En otras palabras, el interés superior del menor”.*

De otro lado, la Ley 1312 de 2009 acentuó las prohibiciones en materia de Principio de Oportunidad cuando la víctima es menor de 18 años, pues la extendió a todos los delitos dolosos y a todas las causales. En tal sentido, el párrafo tercero del Artículo 324, modificado por la ley en mención, dice:

*“No se podrá aplicar el Principio de Oportunidad (...) ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea menor de 18 años”.*

Sobre la necesidad de incluir estas limitaciones a la aplicación del Principio de Oportunidad cuando la víctima es menor de 18 años, en los debates previos a la Ley 1312 de 2009 se dijo:

*“De otra parte, 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 sólo es victimizado por acción u omisión de agentes delincuenciales sino por reclutamiento y utilización para la realización de conductas punibles”.*<sup>304</sup>

## **1.5 Empleados públicos que acceden o permanecen en sus cargos con ayuda de grupos ilegales**

El Párrafo cuarto del Artículo 324, modificado por el Artículo Segundo de la Ley 1312 de 2009, dispone:

*“No se aplicará el Principio de Oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico”.*

La razón de ser de esta prohibición quedó expresada en los debates de la Ley 1312 de 2009. Lo planteado en esa ocasión permite comprender la nueva limitación a la aplicación del Principio de Oportunidad:

*“Siendo de especial recibo por quienes suscribimos la presente ponencia, dadas las calidades de las que gozan los miembros de esta corporación y de acuerdo con la gran responsabilidad de representación democrática de los servidores públicos en general y del ejercicio de la función pública en particular, consideramos que las Ramas del Poder Público no pueden seguir viéndose afectadas por la penetración de los fenómenos delictivos en las instituciones es decir, de cara al Principio de Oportunidad es necesario que el legislador coloque límites a su aplicabilidad en tratándose de delitos cometidos por servidores públicos, que afectan la figura del Estado y sus instituciones.” (...)*

De dicha prohibición cabe resaltar los límites que la disposición trae consigo para el ejercicio de las facultades que otorga el Principio de Oportunidad a la Fiscalía General de la Nación y las cuales se consideran adecuadas, consecuentes y pertinentes con la realidad nacional y con el alto nivel de exigencia de responsabilidad de quienes ejercen la función pública, el servicio público y cuyos actos son de resorte e implicación del interés general, principal finalidad del Estado Social de Derecho.<sup>305</sup>

<sup>305</sup> Informe de ponencia para el primer debate en la Cámara de Representantes.





# CAPÍTULO IV



## MOMENTOS PROCESALES PARA SU APLICACIÓN

El propósito de este capítulo es analizar, desde la perspectiva legal, doctrinaria y jurisprudencial, las fases procesales en que resulta procedente la aplicación del Principio de Oportunidad. Para tales efectos el trabajo se dividirá en dos partes: (i) se hará una descripción de las diferentes opiniones en torno a este asunto, y (ii) se analizará el ordenamiento jurídico colombiano a efectos de precisar el alcance de los límites para la aplicación del Principio de Oportunidad, en lo que tiene que ver con las diferentes fases de la actuación penal.

1. El desarrollo doctrinario, jurisprudencial y posiciones internas de la Fiscalía General de la Nación frente al tema.

En el memorando 062 del 11 de julio de 2005, emitido por la Dirección Nacional de Fiscalías, se resalta que “*las discusiones y la práctica*” indican que el Principio de Oportunidad puede aplicarse en la etapa de indagación.

El tratadista, Óscar Julián Guerrero Peralta concluye:

*“El Código de Procedimiento Penal ha realizado una exigencia para su aplicación que definitivamente ubica la aplicación cuando el fiscal ha llegado a la imputación. En efecto, el Último Inciso del 327 establece con claridad que la aplicación del Principio de Oportunidad y los preacuerdos de los posibles implicados y la Fiscalía no podrán comprometer la presunción de inocencia y*

*sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permitan inferir la autoría y participación en la conducta y su tipicidad”.*<sup>306</sup>

Por su parte, Alejandro Garzón Marín y César Augusto Londoño Ayala concluyen que es posible aplicar el Principio de Oportunidad antes o después de la etapa de investigación; que lo importante es que se cumpla con el requisito de que exista un mínimo de prueba.<sup>307</sup>

De otro lado, Darío Bazani, en el texto sobre Principio de Oportunidad escrito para la judicatura, sostiene que el Principio de Oportunidad eventualmente podrá provocarse antes de la imputación e incluso en juicio.<sup>308</sup>

Perdomo Torres, por su lado, concluye que la aplicación del Principio de Oportunidad puede aplicarse incluso en la audiencia de juicio oral, porque en ese escenario pueden sobrevenir los presupuestos “a causa de la modificación de la calificación”.<sup>309</sup>

Gómez Pavajeau expresa que la regla general es que el Principio de Oportunidad se aplique luego de la imputación, porque a partir de ese momento se conoce al presunto responsable. Sin embargo, no descarta que se haga antes de la imputación, aunque centra su atención en la trascendencia de los Artículos 286 y ss. del Código de Procedimiento Penal<sup>310</sup>. No comparte que sea posible aplicar dicho instituto durante el juicio, ya que quien lo decide es el Juez de Control de Garantías.

En el Manual de Procedimientos de Fiscalía para Sistema Penal Acusatorio, se expresa lo siguiente sobre los momentos de aplicación del Principio de Oportunidad:

*“Temporalidad. El Principio de Oportunidad puede aplicarse desde que se conoce la noticia criminal incluso, hasta antes de que cobre ejecutoria el fallo de condena, como ocurre en los casos de las causales 2, 3 y 4 del Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.*

306 Op. cit., p. 270.

307 Op. cit., p. 247.

308 Op. cit., pp. 33 y 39.

309 Op. cit., p. 120.

310 En su obra menciona que en el texto de la Procuraduría, escrito por Esiquio Manuel Sánchez Herrera, se afirma que es posible la aplicación del Principio de Oportunidad antes de la formulación de la imputación.

*Si bien el Artículo 175 del ordenamiento procedimental establece que en el término de 30 días, contados a partir de la formulación de imputación, el fiscal del caso debe adoptar alguna de estas decisiones: solicitar preclusión, formular acusación, o aplicar el Principio de Oportunidad, la norma constitucional no prevé un límite temporal para su aplicación”.<sup>311</sup>*

En la Sentencia C-209 de 2007 la Corte Constitucional, aunque no se ocupó directamente del problema de determinar los momentos de la actuación en que puede aplicarse el Principio de Oportunidad, indica que dicho instituto puede aplicarse antes de la formulación de imputación, salvo las excepciones consagradas en el Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal (causales quinta, sexta, séptima y octava):

*“En el mismo sentido, tampoco pueden ser asimilados el Principio de Oportunidad y la preclusión. Son figuras diferentes, con causales distintas, efectos diversos y aplicables en momentos distintos cuando se reúnen condiciones específicas distinguibles. Por ejemplo, la preclusión procede a partir de la formulación de la imputación (Artículo 331, Ley 906 de 2004), mientras que el Principio de Oportunidad se puede aplicar antes de dicha etapa procesal, según sea la causal invocada (Artículo 324, Ley 906 de 2004). Igualmente, para la verificación de las condiciones establecidas en el Numeral 1 del Artículo 324 -pena máxima, reparación integral a la víctima y ausencia o decadencia del interés del Estado en ejercer la acción penal- no es necesario haber superado la etapa de formulación de la imputación. Y aún antes de dicha etapa, los derechos de las víctimas habrán sido sopesados, al tenor de lo que establece esa misma norma”.*

Como puede observarse, no existe consenso en torno a las fases de la actuación donde puede aplicarse el Principio de Oportunidad. Por lo tanto, en los siguientes párrafos se analizará la normativa relacionada con la materia.

## **2.** La regulación de las fases de la actuación donde puede aplicarse el Principio de Oportunidad

### **2.1.** El carácter reglado del Principio de Oportunidad

La incorporación del Principio de Oportunidad en el ordenamiento jurídico colombiano estuvo rodeado de arduos debates, pues algunos miembros del Congreso de la República consideraban inconveniente otorgar a la Fiscalía General de la Nación la posibilidad de renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal. Finalmente, se logró una suerte de consenso para la introducción de dicho instrumento jurídico, consistente en la implementación de estrictos controles para su aplicación.

Como es sabido, dichos controles están materializados en la sujeción a la política criminal (Artículo 250 superior y 321 del Código de Procedimiento Penal), la consagración de causales específicas y taxativas,<sup>312</sup> en la centralización de las decisiones al interior de la Fiscalía General de la Nación cuando se trate de delitos que tengan asignada una pena superior a seis años (Parágrafo Segundo del Artículo 324, desarrollado en las Resoluciones 6657 y 6658 emitidas por la Fiscalía General de la Nación en diciembre de 2004) y en la implementación de un control judicial automático, obligatorio, formal y material.

## **2.2.** Alcance del requisito consagrado en el Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal

Otro requisito para la aplicación del Principio de Oportunidad, directamente relacionado con el tema analizado en este acápite, está consagrado en el Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

312 La Corte Constitucional, en la Sentencia C-095 de 2007, reiteró lo expresado en la Sentencia C-673 de 2005 en el sentido de que las causales deben estar reguladas de manera clara: “Finalmente, una tercera categoría de límites a la facultad legislativa en el diseño de las causales de aplicación de la oportunidad penal viene dada por el perfil del Principio de Oportunidad penal acogido por la Constitución Política. Como anteriormente se puso de relieve, dentro de las características del Principio de Oportunidad se destaca el carácter excepcional y reglado de la institución. Sobre este asunto la Corte ha señalado que para que el Principio de Oportunidad se ajuste a lo previsto en el Artículo 250 Superior, es decir, para que efectivamente mantenga su carácter excepcional y se aplique solamente “en los casos que establezca la ley”, las causales que autorizan su aplicación “deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria.” De esta forma, en virtud del carácter excepcional o reglado del Principio de Oportunidad acogido por el constituyente, “al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado puede acudir o no ante el Juez de Control de Garantías para efectos de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal”.

Dicha norma establece 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 sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*.

El tratadista Óscar Julián Guerrero asocia los requisitos del Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal a las exigencias consagradas en el Artículo 287 ídem para la formulación de imputación. En efecto, la última de las normas en cita establece que: *“el fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”*.

Sobre el particular cabe anotar que en varios artículos de la Ley 906 de 2004 se consagra como requisito la existencia de medios de conocimiento de los cuales pueda inferirse que la conducta punible ocurrió y/o que una determinada persona es su autora o partícipe, tal y como sucede con los Artículos 287 y 327 atrás citados:

- El Artículo 308 dispone como primer requisito para la imposición de una medida de aseguramiento que *“de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga”*.
- Los Artículos 247 (inspección corporal) y 249 (toma de muestras) disponen que dichos procedimientos sólo pueden practicarse a quien tenga la calidad de imputado. Al margen de la discusión en torno al momento en que se adquiere la calidad de imputado a efectos de este tipo de afectación de derechos fundamentales,<sup>313</sup> dicho condicionamiento -el de la calidad de imputado- se ha asociado al principio de proporcionalidad en el entendido de que este tipo de actuaciones, por el alto compromiso que pueden implicar para los derechos fundamentales a la intimidad, la integridad, la libre autodeterminación e incluso la dignidad humana, sólo pueden afectar a personas frente a las cuales puede inferirse razonablemente que son autoras o partícipes de una conducta punible -grave-, de acuerdo

313 El Artículo 126 dispone que *“el carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si ésta ocurriere primero”*.

con los medios de conocimiento recopilados de conformidad con las previsiones constitucionales y legales. En tal sentido, a partir de referentes de derecho comparado, se concluye que la garantía en torno a esta exigencia se cumple con la verificación de que las evidencias permiten concluir razonablemente que la persona afectada con la medida puede ser la autora o partícipe de la conducta punible:

*“El derecho comparado indica que la limitación de garantías fundamentales inherentes a la inspección corporal, y en general a las intervenciones corporales, sólo se legitima si existen suficientes elementos de juicio para concluir que una determinada persona puede ser la autora de un delito en particular. Al respecto, el Tribunal Constitucional español resalta que “atendiendo al sujeto sobre el que recae, sólo serán lícitas las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales que afecten a quienes fundadamente puedan provisionalmente ser tenidos como responsables de delitos graves” (TE, Sentencia 49 de 1999)”.*<sup>314</sup>

De lo anterior puede concluirse que existen en el ordenamiento jurídico dos requisitos perfectamente diferenciables: la existencia de evidencias que permitan inferir razonablemente que una conducta ocurrió y que una persona en particular es su autora o partícipe (lo que se denomina imputación material) y la comunicación de los cargos en la formulación de imputación (que se llama imputación formal). A continuación se hará una breve alusión a cada una de ellas.

(i). La real existencia de medios de conocimiento que permitan inferir que una persona determinada es autora o partícipe de una conducta punible. Este requisito tiene una clara explicación constitucional, especialmente a la luz del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, toda vez que impide la afectación de los derechos fundamentales de las personas frente a las cuales no pueda predicarse una relación real con la conducta punible, o, mirado en otro sentido, garantiza que las actuaciones que en mayor proporción afectan garantías sólo tengan como destinatarios a quienes les sea atribuible razonablemente la conducta punible de acuerdo con las evidencias recopiladas.

314 Bedoya Sierra, Luis Fernando. La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. Bogotá, Comlibros, 2008. p. 228.

(ii). La comunicación de los cargos o formulación de imputación. El fiscal sólo puede formular imputación cuando las evidencias permitan inferir razonablemente que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga. La formulación de imputación es, entonces, una actuación posterior a la citada verificación. Por tanto, siendo momentos perfectamente diferenciables, habrá que determinar en cada caso si el ordenamiento procesal exige para la adopción de una determinada decisión no sólo la verificación de la existencia de evidencias que permitan realizar la inferencia en comento, sino además la comunicación de los cargos que puede hacerse a partir de la misma. A manera de ejemplo, es claro que la formulación de acusación sólo puede hacerse si se ha formulado imputación.

### **2.3** Dos posibles respuestas al interrogante sobre los momentos de aplicación del Principio de Oportunidad a partir del análisis del Artículo 327.

Desde esta perspectiva, el problema a dilucidar es si el constituyente y/o el legislador consagraron como requisito para la aplicación del Principio de Oportunidad la existencia de medios de conocimiento a partir de los cuales pueda inferirse razonablemente que la conducta ocurrió y que una o varias personas en particular son autoras o partícipes en la misma, o si se exige, además, que se haya realizado el acto formal de comunicación de los cargos (formulación de imputación), regulado en los Artículos 286 y siguientes del Código.

#### **2.3.1.** Basta con la existencia de evidencias sobre la ocurrencia de la conducta y la autoría o participación del implicado

La tesis que se sostiene es que la exigencia para la aplicación del Principio de Oportunidad está centrada en la existencia de medios de conocimiento que permitan inferir razonablemente la autoría o la participación, más no en la comunicación oficial de cargos o formulación de imputación.

Para sustentar esta tesis se expondrán las razones que le sirven de soporte, y se analizarán los argumentos que se aducen en contrario.

### 2.3.2. Los límites impuestos en la Constitución Política.

El Artículo 250 de la Constitución Política consagra la obligación que tiene la Fiscalía General de la Nación de perseguir el delito, y hace alusión a la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad:

*“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 o renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del Principio de Oportunidad”.*

Dicha norma hace alusión a los límites para la aplicación del Principio de Oportunidad:

- Sólo podrá aplicarse en los casos que establezca la ley
- Está regulado dentro del marco de la política criminal del Estado
- Estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías

Es claro entonces que el Artículo 250 superior no consagró como limitante para la aplicación del Principio de Oportunidad la formulación de imputación o comunicación de los cargos regulada en los Artículos 286 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, como quiera que la Constitución Política debe ser interpretada como una unidad, debe tenerse en cuenta que el Artículo 29 superior consagra el derecho a la presunción de inocencia, por lo que en el proceso de aplicación del instrumento jurídico objeto de análisis debe establecerse que dicha garantía no sea conculcada, exigencia que, a juicio de los autores de este texto, se satisface con el cumplimiento de los requisitos consagrados en el Artículo 327 atrás citado.

### 2.3.2.1. Límites legales

#### 2.3.2.1.1. Artículo 327:

*“El Juez de Control de Garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo dentro de los cinco 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.*

*La aplicación del Principio de Oportunidad de los posibles imputados y la Fiscalía no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.*

El Artículo 327 desarrolla el Artículo 29 superior y la norma rectora consagrada en el numeral 7 del Código de Procedimiento Penal en lo que atañe a la presunción de inocencia en materia de aplicación del Principio de Oportunidad -y acuerdos-.

El Artículo 327 consagra un nivel de conocimiento intermedio en torno a la ocurrencia de la conducta penalmente relevante y a la calidad de autor o partícipe de la persona destinataria de la aplicación del Principio de Oportunidad. Se dice intermedio porque tácitamente prohíbe la aplicación de dicho instrumento jurídico ante la inexistencia de medios de conocimiento que permitan inferir razonablemente los aspectos en mención, pero -como es apenas obvio- no exige el nivel de conocimiento necesario para la imposición de la sentencia -más allá de duda razonable-.

De acuerdo con la diferenciación realizada en otros párrafos, según la cual una cosa es la existencia de medios de conocimientos que permitan inferir razonablemente la ocurrencia de una conducta punible y la atribución que de la misma pueda hacerse a una persona en particular a título de autora o partícipe, y otra la comunicación oficial de cargos o formulación de imputación, el contenido literal del Artículo 327 indica que

la exigencia para la protección de la presunción de inocencia está asociada a lo primero y no a lo segundo. Es más, adviértase que en el Artículo 327 del legislador no optó, como sí lo hizo en otras normas -ya se expusieron ejemplos claros-, por utilizar el término imputado o referirse a un momento procesal en especial, además que se refirió a los posibles imputados, categoría que puede atribuirse, según lo expresado en estas líneas, a las personas frente a las cuales existen medios de conocimiento suficientes para considerarlos autores o partícipes de una conducta punible pero que aún no se les ha formulado imputación, vale decir, los indiciados.

En conclusión, el Artículo 327 es la norma que permite desarrollar el principio de presunción de inocencia en lo que atañe a la aplicación del Principio de Oportunidad. Todo indica que en esta materia, como en algunas otras, el legislador centró más la atención en la real existencia de medios de conocimiento indicativos de que el destinatario de la aplicación del Principio de Oportunidad puede ser razonablemente tenido como autor o partícipe de la conducta punible. La literalidad de la norma indica que la formulación de imputación no se consideró como un requisito para la aplicación del Principio de Oportunidad. Así las cosas, lo que resulta crucial para la aplicación del Principio de Oportunidad es que el fiscal y el juez verifiquen la existencia de medios de conocimiento que suplan las exigencias consagradas en el Artículo 327, como salvaguarda del derecho a la presunción de inocencia.

Debe tenerse en cuenta también que las exigencias del Artículo 327 en torno a la existencia de medios de conocimiento de los que pueda inferirse la real ocurrencia de la conducta punible y que permitan la atribución de la misma a una persona en particular, resulta útil para garantizar los derechos de las víctimas. En efecto, la Corte Constitucional en las Sentencias C-095 de 2006 y C-209 de 2007 se refirió a los derechos de las víctimas durante el trámite del Principio de Oportunidad e hizo énfasis en que el nivel de conocimiento exigido por el Artículo 327 garantiza que haya, por lo menos, un “*principio de verdad*”. Durante el estudio de las causales se hace mayor referencia al contenido y alcances de estos pronunciamientos.

### 2.3.2.1.2. Artículo 175

Duración de los procedimientos. El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el Principio de Oportunidad, no podrá exceder de 30 días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el Artículo 294 de este Código”.

El Artículo 175 hace parte del Libro I -disposiciones generales-, Título VI -la actuación- y específicamente del Capítulo VII que trata de la duración de la actuación. En lo que atañe a los momentos para la aplicación del Principio de Oportunidad, esta norma puede entenderse en dos sentidos: (i) que el Principio de Oportunidad sólo puede aplicarse durante la fase de investigación y (ii) que el Principio de Oportunidad es una de las decisiones que puede tomar el fiscal para poner fin a la etapa de investigación. A continuación se desarrollarán cada una de esas hipótesis a efectos de establecer cuál resulta más razonable.

La conclusión de que el Principio de Oportunidad sólo puede aplicarse en la etapa de investigación sólo sería sostenible si se parte de la base de que la salvaguardia de la presunción de inocencia, en materia de aplicación del Principio de Oportunidad, no queda garantizada con la exigencia consagrada en el Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, y que se requiere, además, la efectiva comunicación de cargos. Otra posibilidad argumentativa podría estar orientada a demostrar que la limitación de la aplicación del Principio de Oportunidad en la etapa de investigación podría estar dirigida a otros fines, como la garantía de contradicción del implicado, la posibilidad de intervención del Ministerio Público o la participación de la víctima en el trámite. Sin embargo, parece claro que estas finalidades pueden garantizarse íntegramente si el Principio de Oportunidad se aplica durante la etapa de indagación, pues en esa fase el fiscal tiene las mismas cargas argumentativas y el control judicial debe realizarse en audiencia pública donde el Ministerio Público y la víctima podrán cuestionar la solicitud desde las perspectivas fáctica, probatoria y/o jurídica, y el implicado podrá expresar sus consideraciones sobre el particular.

De acuerdo con lo expresado hasta ahora, parece claro que la exigencia de que el Principio de Oportunidad no pueda aplicarse antes de la formulación de imputación no se infiere de lo dispuesto en el Artículo 327 y mucho menos del Artículo 250 de la Constitución Política, además que el derecho regulado en el Artículo 29 superior y en el Artículo 7 del Código alcanza una protección satisfactoria con la exigencia de la imputación material, esto es, con la constatación de que las evidencias recopiladas permiten inferir razonablemente la autoría o participación en la conducta punible.

Como se indicó, el Artículo 175 hace parte del libro I -disposiciones generales-, Título VI -la actuación, y específicamente del Capítulo VII que trata de la duración de la actuación. Esta norma no regula el Principio de Oportunidad, como tampoco se ocupa de los pormenores de la preclusión o la acusación; simplemente indica que la etapa de investigación no podrá durar más de 30 días y que el fiscal deberá poner fin a la misma a través de algunos de los mecanismos jurídicos dispuestos para ello.

Si se realiza un comparativo del nivel de incidencia del Artículo 175 en las formas de terminación procesal que ella menciona, puede afianzarse la conclusión de que dicha norma no determina las etapas en que las mismas pueden ser aplicadas. En efecto, la norma en cita también dispone que luego de 30 días el fiscal debe optar por la preclusión cuando ello sea pertinente; sin embargo, ello no implica que la preclusión sólo proceda en la etapa de investigación, pues el párrafo del Artículo 332 consagra de manera expresa la posibilidad de que la preclusión se decrete en la etapa de juzgamiento. Además, la Corte Constitucional, en las Sentencias C-1154 y C-591, ambas de 2005, dejó en claro de que la preclusión es una forma de terminación anticipada que procede antes de la formulación de imputación.

En este orden de ideas, siendo claro que el Artículo 175 no regula las fases procesales en las que proceden la preclusión o el Principio de Oportunidad, sino que alude a estas figuras como algunas de las salidas jurídicas por las que puede optar el fiscal durante los 30 días siguientes a la formulación de

imputación -o sea durante el tiempo de duración de la etapa de investigación-.

En estos momentos resulta pertinente traer a colación lo expresado durante los debates en el Congreso -Senado- en torno al proyecto de Ley 261 de 2008<sup>315</sup>, en el sentido de que puede ampliarse la aplicación del Principio de Oportunidad hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral, ya que no hay normas nacionales ni internacionales que lo impidan:

*“En el mismo sentido, se presenta lo relacionado con la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad durante el juicio y no solamente en la investigación, pues, como puede observarse, ninguna norma nacional ni internacional se opone a ello, ni tampoco la pretensión va en contravía de la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia”.*

### **2.3.3.** Análisis de las fases de la actuación donde resulta procedente la aplicación del Principio de Oportunidad, a partir de lo dispuesto en el Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal

Para los efectos de este apartado cabe resaltar que el Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal utiliza denominaciones diferentes para referirse al beneficiario de la aplicación del Principio de Oportunidad: en la causal primera no se hace alusión al respecto, pues simplemente se condiciona la decisión a que, *“se haya reparado integralmente a la víctima”*. En las causales dos y tres, al referirse al beneficiario de la aplicación del Principio de Oportunidad, se hace referencia a *“la persona”*. En las causales cuatro, cinco y seis se utilizan los términos *“imputado”* o *“acusado”*. En la causal siete, que debe articularse, según se anota en este trabajo, con lo dispuesto en los Artículos 325, 326 y 518 y siguientes ídem, también se utiliza el término imputado. En las demás causales no se hace alusión al beneficiario de la aplicación del Principio de Oportunidad, esto es, no se mencionan términos como *“imputado”* o *“la persona”*, como se hace en otras causales. En conclusión, sólo las causales cuatro, cinco y seis y siete utilizan el término imputado o acusado (este último incorporado con la Ley 1312 de 2009).

315 Antecedente de la Ley 1312 de 2009

### **2.3.3.1.** Posibles interpretaciones del Artículo 324 en lo atinente a las fases de la actuación en que puede aplicarse el Principio de Oportunidad

El Artículo 324 puede interpretarse de dos maneras en lo que tiene que ver con la fase de la actuación en que puede aplicarse el Principio de Oportunidad:

#### **2.3.3.1.1.** El Artículo 324 no consagra límites para la aplicación del Principio de Oportunidad en las diferentes fases de la actuación

En primer lugar, podría concluirse que la diferencia en los términos utilizados para referirse al beneficiario de la aplicación del Principio de Oportunidad ("*imputado*", "*acusado*", "*la persona*", o cuando no se hace ninguna mención) no tienen como propósito marcar diferencias en torno a la fase de la actuación en que puede aplicarse el Principio de Oportunidad. Desde esta perspectiva, mantendría vigencia la conclusión anterior según la cual el Principio de Oportunidad puede aplicarse antes de la formulación de imputación, siempre y cuando de los medios de conocimiento recopilados pueda inferirse que la conducta ocurrió y que una persona en particular es su autora o partícipe.

#### **2.3.3.1.2.** El Artículo 324 sí consagra límites para la aplicación del Principio de Oportunidad en las diferentes fases de la actuación

De otro lado, si se acepta que el legislador, al utilizar términos diferentes ("*imputado*", "*acusado*", "*la persona*" o la ausencia de denominación), tuvo como finalidad regular las fases de la actuación en las que proceden algunas causales, concretamente, que las causales cinco, seis, siete y ocho sólo pueden aplicarse a partir de la etapa de investigación, cabría hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, que la discusión en torno a la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad antes de la etapa de investigación sólo tendría fundamento frente a las causales cuatro, cinco, seis y siete. En efecto, si la consecuencia jurídica de las diferentes denominaciones es la limitación de

aplicación de algunas causales a una fase de la actuación determinada -la investigación-, puede concluirse que dicha limitación no existe para las restantes.

Este alcance de las diferentes denominaciones que utiliza el legislador encuentra respaldo en el criterio interpretativo del efecto útil, según el cual la diferenciación que hace el legislador al referirse a los beneficiarios del Principio de Oportunidad debe entenderse en el sentido que produzca consecuencias jurídicas (preferiblemente sobre aquel que no las produzca), y dichas consecuencias jurídicas no son otras que la limitación de la aplicación de algunas causales a unas determinadas fases de la actuación (valga la repetición).

Sin embargo, esta segunda interpretación presenta problemas en cuanto a la determinación de las razones que justifican que unas causales se apliquen en cualquier momento y otras sólo en la etapa de investigación. Quizás frente a las causales cuarta y quinta puedan encontrarse rasgos comunes, bien desde las razones que en esos eventos justifica la aplicación del Principio de Oportunidad, ora desde los requisitos específicos -ambas se mueven en el contexto de la colaboración del implicado-. Empero, no se vislumbran razones que expliquen por qué la causal sexta sólo procedería en la etapa de investigación, mientras que, a manera de ejemplo, las causales 11 y 12 no tienen dicha limitación. Estas consideraciones robustecen la tesis primera, según la cual el uso de diferentes denominaciones para el beneficiario del Principio de Oportunidad no está orientado a reglamentar las fases de aplicación de este instituto jurídico.

Finalmente, cabe resaltar que en la Ley 1312 de 2009 se modificaron las causales cuatro, cinco y seis (que son las que expresamente consagran el término "*imputado*", pues en la causal séptima no se consagra expresamente dicha denominación, aunque la misma sí se utiliza en el Artículo 325 que regula la suspensión del procedimiento a prueba). En estos eventos se "*amplía*" la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral, por lo cual al término "*imputado*" se le agrega el de "*acusado*". Frente a esta reforma son procedentes las siguientes precisiones:

En la Ley 1312 de 2009 se aclara cuál es el límite superior para la aplicación del Principio de Oportunidad (antes del inicio de la audiencia de juicio oral), pero no se especifica si existe, y en caso afirmativo cuál sería, el límite inferior.

Si sólo se consagra la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad en la etapa de juzgamiento (hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral) frente a las causales cuatro, cinco, seis y siete, tal parece que se asume que las otras causales no tienen límites temporales en su aplicación. En efecto, no se vislumbran razones para que sólo estas causales pudieran aplicarse luego de formulada la acusación. Lo anterior robustece la tesis según la cual las otras causales de aplicación del Principio de Oportunidad no tienen límites temporales.

Esta reforma parte de la base de que no existen impedimentos legales a nivel nacional o internacional para que el Principio de Oportunidad se aplique por fuera de la etapa de investigación; en tal sentido en los debates se afirmó:

*“Como puede observarse, ninguna norma nacional ni internacional se opone a ello, ni tampoco la pretensión va en contravía de la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia”.*<sup>316</sup>

En este contexto cabe resaltar que aunque la Ley 1312 de 2009 modificó el Artículo 323 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de señalar que la Fiscalía General de la Nación aplicará el Principio de Oportunidad en las etapas de investigación y juicio, dicho cambio, según se acaba de señalar, estaba orientado a ampliar las fases de la actuación en que resultaba procedente dicha figura, y no a impedir su aplicación en la fase de indagación. De ello dan cuenta los debates previos a la reforma en mención, amén que el legislador optó por mantener incólume la redacción de las causales que no incluyen el término imputado, pero modificó las que sí lo contenían, en el sentido de incluir el término acusado, lo que corrobora que el propósito era ampliar la cobertura del Principio de Oportunidad y no limitarla. Por

<sup>316</sup> Exposición de motivos proyecto de Ley 261 de 2008 —Senado—.

demás, debe tenerse presente la necesidad de interpretar el reformado Artículo 323 más allá de su simple literalidad.

El esfuerzo argumentativo orientado a demostrar que el Principio de Oportunidad puede aplicarse en la fase de indagación, se justifica en la medida en que en algunos eventos la obligación de formular imputación generaría situaciones complejas e innecesarias, como cuando se pretende aplicar la causal sexta al padre que por imprudencia causó la muerte de su propio hijo, y se opte por someterlo a una diligencia que, como la imputación, puede aumentar significativamente su dolor. Además, debe considerarse el desgaste de la administración de justicia, al realizar una audiencia que puede resultar, según se ha visto, innecesaria.

### 3. Conclusiones:

De lo analizado hasta ahora se puede concluir lo siguiente:

- La protección de la presunción de inocencia en la aplicación del Principio de Oportunidad se logra de manera más idónea con la exigencia que consagra el Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de que debe existir *“un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta punible”*, que con el requisito de la comunicación de cargos. Es decir, que en estos casos prima la imputación material sobre la imputación formal.
- El Artículo 175 del Código de Procedimiento Penal hace alusión al Principio de Oportunidad como una de las formas de terminación de la fase de investigación, pero no dispone que el Principio de Oportunidad sólo puede aplicarse en esa fase de la actuación. A tal conclusión se llega a partir de una interpretación basada en los criterios literal, sistemático, lógico y teleológico.
- La Constitución Política no limita la aplicación del Principio de Oportunidad a ninguna fase de la actuación.
- El único límite legal que cabe predicar es el consagrado en las causales cuatro, cinco, seis y siete del Artículo 324, en cuanto la utilización del término *“imputado”* o *“acusado”* puede entenderse en el sentido de

que esas causales sólo proceden a partir de la etapa de investigación. Sin embargo, dicha norma admite otra interpretación según la cual el uso del término “*imputado*” o “*acusado*” no tiene como fin limitar la aplicación del Principio de Oportunidad a una determinada fase de la actuación.

- Independientemente de la posición que se asuma en torno a las etapas donde puede aplicarse el Principio de Oportunidad, lo que resulta fundamental es que durante el trámite: **(i)** se establezca el “*principio de verdad*” a que hace alusión la Corte Constitucional, en virtud del cumplimiento del requisito consagrado en el Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, **(ii)** se respeten los derechos del implicado, **(iii)** se garanticen los derechos de la víctima, y **(iv)** se asuman las cargas argumentativas orientadas a que este instituto se aplique conforme a los lineamientos constitucionales y legales.





# CAPÍTULO V



## PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

Las reglas analizadas hasta ahora sobre las causales del Principio de Oportunidad en Ley 906 son aplicables al Sistema de Responsabilidad Penal para los Adolescentes. Este apartado tiene como finalidad abordar dos aspectos concretos: **(i)** la aplicación preferente del Principio de Oportunidad en el Sistema de Responsabilidad para los Adolescentes y **(ii)** las causales que tienen mejor aplicabilidad en este sistema.

### 1. ¿Por qué es de preferente aplicación el Principio de Oportunidad, en las investigaciones adelantadas en contra de adolescentes?

El Artículo 44 de la Constitución Nacional<sup>317</sup>, armonizado con el inciso

<sup>317</sup> Esta norma encuentra respaldo en diversos instrumentos internacionales, algunos de los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad. Sólo por citar unos cuantos referentes, se podría evocar, en orden cronológico, la Declaración de Ginebra (adoptada por la “Sociedad de las Naciones” el 26 de septiembre de 1924); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 25.2, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948); Declaración de los Derechos del Niño (ONU, 1959), en la cual se consideró que la promulgación de leyes tendrá en cuenta “el interés superior del menor”; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Artículos 5.1 y 85.2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 2.b y 3); Convención Americana sobre Derechos Humanos (incorporada por la Ley 16/72, Artículo 19); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (incorporada por la Ley 3/76, Artículo 10); Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (o de Beijing, 1985); Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier forma de Detención o Prisión (ONU, 1988); Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989, incorporada por la Ley 12/91) y Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (o de Riad, ONU, 1990), entre otros.

segundo del Artículo 13 ídem, consagra la prevalencia de los derechos de las niñas y los niños. Por lo tanto, el interés superior del niño constituye la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia,<sup>318</sup> de manera tal que su enjuiciamiento con ocasión de una conducta penal, debe necesariamente responder a los criterios específicos, pedagógicos y diferenciados que caracterizan al sistema de responsabilidad penal de adolescentes de que trata la Ley 1098 de 2006.

Esta forma de afrontar las conductas penalmente relevantes de los adolescentes, obedece no sólo a la necesidad de responder a los criterios constitucionales introducidos con el Acto Legislativo Número 3 de 2002, sino de la asunción del adolescente como un titular de derechos y como tal, responsable de sus actos. Para analizar esa responsabilidad, se debe partir de los criterios antes enunciados. La nueva reglamentación es un esfuerzo global para equilibrar la necesidad de ejercer la persecución penal de conductas penal y socialmente reprochables, con la importancia de brindar herramientas para que el adolescente sea tratado con el respeto inherente a su dignidad humana sin perder de vista el nivel de desarrollo alcanzado hasta ese momento de su vida.

De lo anterior, en el contexto de los estándares internacionales y en función de los derechos de los adolescentes sometidos al proceso penal, se ha dicho que:

*“A este respecto, es debido considerar asimismo la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan estos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de los tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de la solución de controversias al que se alude adelante (infra 135 y 136): ‘siempre que sea apropiado y deseable se adoptarán medidas para tratar a los niños a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido las leyes penales sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales’ (Artículo 40.3.b de la Convención Sobre los Derechos del Niño)”.*<sup>319</sup>

318 Cfr. Lovera Parmo, Domingo. En “Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos y marionetas”, en Justicia y Derechos del Niño, n. 10. Bogotá, Unicef, 2008. Para mayor amplitud del concepto, Rivero Hernández, Francisco. El interés del menor. Madrid, Dickinson. 2000.

319 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva número 017 del 28 de agosto de 2002. Presidida por Antonio Cançado Trindade. Consideración 119.

En el proceso de aprobación de las Directrices de Riad,<sup>320</sup> se resaltó que un importante elemento de las Reglas de Beijing,<sup>321</sup> que estaban aplicando varios países, era la concesión o la ampliación de facultades discrecionales en lo relativo al enjuiciamiento de los menores de edad, en especial en casos de delitos o infracciones de poca importancia, con el propósito de evitar la estigmatización y el daño ocasionados al someter a juicio a los niños y a las niñas, en particular cuando se tomaban contra ellos medidas de internamientos. Por consiguiente, *“era sumamente deseable evitar, en la medida de lo humanamente posible, no sólo el internamiento de los menores sino también su procesamiento ante tribunales, sobre todo teniendo en cuenta los retrasos corrientes de la justicia y el excesivo recurso a la detención preventiva”*.<sup>322</sup>

Por ello, las normas internacionales procuran excluir o reducir la *‘judicialización’*<sup>323</sup> de los problemas sociales en que los niños y niñas aparecen como sujetos activos, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de quienes resulten afectados por conductas al margen de la ley. En este sentido, *“son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos (...)”*.<sup>324</sup>

De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, queda a discreción de los Estados Partes de la Convención de los Derechos del Niño, decidir la naturaleza y el contenido exacto de las

320 El instrumento en mención fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990, y se conoce como las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (o de Riad). Se dice que hace parte del Soft Law o derecho dúctil por servir esencialmente como criterio interpretativo de los instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

321 A su vez, este instrumento fue adoptado en 1985, y se le conoce como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (o de Beijing). También, han dicho algunos, se encuentra dentro de la categoría del soft law.

322 Consideración Número 55. Reunión preparatoria Interregional del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Viena. 1988. Ésta y otras consideraciones condujeron, en esa ocasión a aprobar las Directrices de Riyadh o Riad.

323 Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Regla 11 de Beijing y 57 de las Directrices de Riad. Aunque debe advertirse, en sano ejercicio de derecho comparado, que la remisión en varios países comporta una desjudicialización plena, pero cuyos efectos se conectan con la propuesta que se hace en este documento; cfr. Opinión Consultiva No. 17 del Comité de los Derechos del Niño y la Regla 14.1 de Beijing.

324 Corte Interamericana. Ib. Consideración Número 135.

medidas que deben adoptarse para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales y adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean precisas para su aplicación. *“Sin embargo, de acuerdo con la información contenida en los informes de los Estados Partes, es indudable que se han elaborado diversos programas basados en la comunidad, por ejemplo, el servicio, la supervisión y la orientación comunitarios a cargo, por ejemplo, de asistentes sociales o de agentes de la libertad vigilada, conferencias de familia y otras formas de justicia restitutiva, en particular el resarcimiento y la indemnización de las víctimas”*.<sup>325</sup>

De ahí que *“la decisión de iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal”*. Entonces, corresponde al fiscal considerar continuamente las alternativas posibles a una sentencia condenatoria. La propuesta puede traducirse en la adopción de medidas encaminadas a suspender el procedimiento penal de los niños y las niñas, al que se pondría fin si la medida se ha cumplido satisfactoriamente.<sup>326</sup>

Esta forma de pensar ha quedado radicada en las legislaciones que han adoptado el sistema de responsabilidad penal juvenil, como ocurre en España, donde se ha dicho que: *“la decisión de la ley de salvaguardar el interés superior del niño permite que, a diferencia del derecho penal de adultos, los principios de mínima intervención y de oportunidad cobren plena vigencia en este procedimiento”*.<sup>327, 328</sup>

De acuerdo con la Ley 5/2000, en ese país el Ministerio Público -que equivale al fiscal- puede abstenerse de acusar, atendiendo a las circunstancias del menor de edad<sup>329</sup> y a la conducta punible (Art. 18) o desistir de la continuación del expediente, si se ha producido la con-

325 Comité de los Derechos del Niño, Organización de las Naciones Unidas, 44 Periodo de Sesiones, Observación General Número 10, 2007. “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores”.

326 Observación General número 10. Comité de los Derechos del Niño.

327 Conde, María Jesús. El nuevo sistema de justicia penal juvenil en España.

328 En Fráncfort, el 70% de los casos de adolescentes o jóvenes infractores salen con “medidas de diversión”, según datos aportados en los juzgados de menores de dicha ciudad, y publicados en la revista “Opción”. La expresión “diversión” hace referencia a medidas diversas al procedimiento ordinario que culmina en fallo.

329 Perdónen la expresión que probablemente se usará en algunos apartes de este capítulo, pero se procurará así matizar el uso reiterado de las mismas palabras, así como lo señalaba el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, al decir que “En este voto, como en la opinión consultiva, se utilizan indistintamente las voces ‘niño’ y ‘menor’ en su sentido más estricto y al mismo tiempo más distante de cualquier intención

ciliación con la víctima o el compromiso de reparar el daño causado o de realizar una actividad educativa (Artículo 19.1) *“al considerar que en determinados supuestos la desjudicialización de los conflictos facilita la búsqueda de soluciones educativas y formativas para estas personas que se encuentran en pleno desarrollo”*.<sup>330</sup>

El Código de la Infancia y la Adolescencia, a tono con esta visión moderna de la responsabilidad penal del adolescente, dejó plasmada la aplicación preferente del Principio de Oportunidad en el Artículo 174, lo cual se hizo saber desde las discusiones al interior del Congreso de la República, donde se afirmó *“nos parece que los menores de (14) años deben estar por fuera del sistema penal propuesto; que los adolescentes entre 14 y 16 años pueden ser responsables penalmente, pero las sanciones a ellos impuestas no deben ser vindicativas, como por ejemplo el encarcelamiento, y que en estos casos la aplicación del Principio de Oportunidad debe ser la regla”*.<sup>331</sup>

En este orden de ideas y en aplicación del Artículo 174 de la Ley 1098 que determina la aplicación de la figura que se comenta en forma prevalente, corresponde al fiscal analizar, en cada caso, la viabilidad de aplicar alguna de las causales contenidas en el Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, antes de someter al adolescente a los embates propios de un enjuiciamiento criminal que, como se insinuaba previamente, conducen indudablemente a lo que se conoce en criminología como *labelling approach* o *etiquetamiento*.<sup>332</sup>

## 2. Causales aplicables al Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes

Aunque el Artículo 174 de la Ley 1098 de 2006 alude genéricamente a la aplicación preferente del Principio de Oportunidad en los casos del sistema de responsabilidad para adolescentes, de un análisis detenido

descalificadora, prejuiciosa o peyorativa (...) Huelga decir que la palabra niño abarca aquí al adolescente, porque así resulta de esa Convención tan ampliamente ratificada, y también comprende a la niña, por aplicación de las reglas del idioma. Se excusará, en consecuencia, por no utilizar a cada paso la relación exuberante: niño, niña y adolescente, que pudiera ampliarse si también se distingue ‘el’ adolescente ‘de’ la adolescente...”. Voto Concurrente Razonado a la Opinión Consultiva OC-017 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

330 Conde, María Jesús. Op. cit.

331 Ponencia Segundo Debate en el Senado, 19 de julio de 2006.

332 Cfr. Larrauri, Elena. La herencia de la criminología crítica. 2 ed. México, Editorial Siglo XXI, 1992.

de cada causal contenida en la Ley 906 de 2004, puede deducirse que no todas ellas resultan claramente aplicables. Por ello, se propone una referencia preliminar a las categorías de causales que pueden estimarse procedentes, partiendo de que el Código de la Infancia y la Adolescencia dispone expresamente que la Ley 906 de 2004 será aplicable a dichos procesos en tanto resulte compatible con los principios que inspiran la legislación específica para la niñez y la juventud.

## **2.1. Causales 1, 7 y 14: espacios de justicia restaurativa**

Los instrumentos internacionales que se han aludido en páginas precedentes, apuntan reiteradamente a la búsqueda de mecanismos alternativos de la solución de los conflictos de los jóvenes que han incurrido en conductas penalmente relevantes.<sup>333</sup> Este propósito se ve colmado cuando el Principio de Oportunidad, como se explicó previamente, permite agotar alternativas a la judicialización, lográndose, además, considerar los intereses de las víctimas.

Además de lo expresado en este trabajo sobre cada una de las causales en cita, conviene revisar algunos aspectos que han generado debate en el contexto del sistema de adolescentes.

### **2.1.1. La suspensión del procedimiento a prueba**

La regla 11 de Beijing, además de invitar a la decisión discrecional de los casos en que se encuentren involucrados adolescentes como sujetos activos de delitos, alude al concepto de remisión del caso penal, esto es, a la opción de que otras autoridades extrapenales acompañen al joven responsable en el proceso de solución del conflicto generado con la conducta punible. Desde la discusión del mencionado instrumento, la remisión se vio como una forma de supresión del procedimiento al decir que:

*“La remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos ne-*

333 De hecho, para Roxin, la reparación puede constituir un sustituto de la pena, cuando cumpla los fines atribuidos a la misma. Cfr. Hall García, Ana Paola. La responsabilidad penal del menor. Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez, 2004. p. 297.

*gativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello, la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo.*

*Como se prevé en la Regla 11.2, la remisión puede utilizarse en cualquier momento del proceso de adopción de decisiones por la policía, el Ministerio fiscal u otros órganos como los tribunales, juntas o consejos. La remisión pueden realizarla una, varias o todas las autoridades, según las reglas y normas de los respectivos sistemas y en consonancia con las presentes reglas. No debe limitarse necesariamente a los casos menores, de modo que la remisión se convierta en un instrumento importante”.<sup>334</sup>*

Sobre este mismo punto se volverá unos renglones más adelante.

### **2.1.2.** La responsabilidad solidaria de los padres

La casuística examinada con ocasión del monitoreo aludido en la introducción de este documento, arrojó interrogantes respecto de la responsabilidad de los padres o representantes legales de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Inicialmente, es necesario precisar que esa responsabilidad, en principio se debe limitar al tema de las obligaciones generadas con ocasión de conductas punibles, pero en lo que atañe al resarcimiento de perjuicios, es decir, a la responsabilidad civil. Aunque la norma no lo diga, ello se desprende de una sencilla interpretación sistemática derivada del epígrafe del capítulo al que está inscrito el Artículo 170, denominado “Reparación del daño”, y sobre todo, porque la norma hace referencia a la apertura del incidente, entendido éste como el de reparación integral que, conforme el Artículo 102 del Código de Procedimiento Penal, se refiere a los derechos de las víctimas al resarcimiento de los perjuicios causados.

<sup>334</sup> Comentarios a las Reglas de Beijing, formulados en el marco del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. Milán, septiembre de 1985. Fue en ese Congreso donde se aprobaron las Reglas de Pekín o, como se les conoce comúnmente, Reglas de Beijing para la Administración de Justicia de Menores.

El hecho de denominarse “*solidariamente responsables*” implica, como lo señala la doctrina especializada, que el pago de la obligación conduce a la extinción de la obligación civil originada por la conducta punible, independientemente de quién asuma el pago de dicha deuda.

Además, aunque la norma sólo habla de la responsabilidad civil parental en el incidente de reparación integral, nada obsta para que dicha obligación se haga exigible en el momento de la conciliación en desarrollo del Artículo 522 del Código de Procedimiento Penal; en palabras más claras, una buena medida sería considerar la posibilidad de realizar la conciliación en presencia y con la vinculación a dicho acto de los padres o representantes del adolescente.

De otro lado, aunque la norma se refiera a la responsabilidad civil, ello no obsta para que, de acuerdo con las específicas circunstancias del caso, sea posible estimar una responsabilidad penal que recaiga en los padres o representantes. Tal es el caso del padre que tiene el deber de cuidado sobre un arma que deja al alcance de un niño de 14 años, con la cual éste, con imprudencia, causa la muerte a un compañero de estudio de la misma edad.

Por consecuencia, una conducta activa u omisiva, incluso imprudente de los padres o representantes que haya determinado e incluso facilitado la conducta punible del adolescente, puede dar lugar a la responsabilidad penal de aquellos. Lógicamente, la evaluación de la responsabilidad del adulto y del adolescente deberá llevarse por separado.

## **2.2.** Causales 10 y 13: mínima lesividad

En los respectivos apartados se realizó el análisis sobre los elementos estructurales de estas causales, que tienen como rasgo común su soporte en la afectación poco significativa del bien jurídico. Al respecto cabe añadir que en el contexto internacional se ha hecho énfasis en la necesidad de buscar soluciones alternativas al conflicto derivado de la conducta punible cometido por un niño o una niña; obligación que se acentúa cuando el daño ocasionado pueda catalogarse de menor gravedad. En lo que atañe a los adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño, afirma:

*“El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez. Las estadísticas provenientes de muchos Estados Partes indican que una gran proporción, y a menudo la mayoría, de los delitos cometidos por niños entran dentro de esas categorías. De acuerdo con los principios enunciados en el Párrafo 1 del Artículo 40 de la Convención, es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legislación penal. Además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico”.*<sup>335/336</sup>

Por ende, lo que se evitará será la exposición en juicio y el correspondiente reproche familiar y/o social que implica un fallo condenatorio.

### 2.3. Causales 12 y 15: menor culpabilidad

A lo largo de este trabajo se ha indicado que algunas causales de Principio de Oportunidad están basadas en una culpabilidad o un reproche de consideración menor. Si dichas causales son aplicables a los adultos, lo son mucho más a los adolescentes, por las razones que se indicarán a continuación.

Entre los elementos que conforman la categoría dogmática de la culpabilidad<sup>337</sup>, se encuentra la capacidad de comprensión del injusto y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Esto es lo que se denomina imputabilidad.<sup>338</sup>

335 Comité de los Derechos del Niño, Organización de las Naciones Unidas, 44 Periodo de Sesiones, Observación General Número 10, 2007. “Los derechos del niño en la justicia de menores”.

336 Eso no parece muy distante de lo que ocurre en este medio. Las conductas más recurrentes en el reciente SRPA son análogas. Y podría pensarse nada novedosas, pues baste revisar el artículo denominado “Violencia y conducta desviada en la niñez y la adolescencia” de Iván Valencia Lahareñas, publicado en la Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca, v. XIII, nn. 21 y 22.

337 Por lo menos desde una visión normativa de la culpabilidad, concebida por H. Welzel.

338 Sobre el tema: Ramírez Bastidas, Yesid. “Imputabilidad y teoría dialéctica del conocimiento”, en la Revista de Abogados Penalistas del Valle del Cauca, v. XVI, nn. 27 y 28.

Más allá de la diferenciación terminológica que algunos autores han atribuido a los conceptos de imputabilidad disminuida o semiimputabilidad, lo cierto es que el Código de la Infancia y la Adolescencia admite la existencia de una responsabilidad pasible de ser radicada en cabeza del adolescente, por lo que debe centrarse la atención en la intensidad del juicio de reproche que puede hacersele a un menor de cara a establecer las consecuencias penales de su conducta. Frente a este tema resultan útiles los aportes del profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni:

*“Reconociendo esos grados, queda claro que debe aceptarse que hay sujetos que tienen capacidad psíquica de culpabilidad, pero que ésta se halla disminuida en comparación con otro que hubiese podido cometer el mismo injusto, pues siempre la culpabilidad se determina por las circunstancias (que son sus circunstancias), de las que también forman parte sus propias condiciones físicas y psíquicas. Cada sujeto en cierto momento tiene un particular ámbito de autodeterminación, que nunca es idéntico, no sólo en relación con dos personas, sino también respecto de la misma persona en cuanto a la realización de conductas diferentes, o incluso de la misma acción en momentos distintos”.*<sup>339</sup>

También debe considerarse que la naturaleza humana no funciona en términos de exactitud matemática. Para explicarlo con más claridad, podría aludirse como ejemplo que la capacidad de comprensión no varía sustancialmente entre quien tiene 13 años y 364 días de edad, respecto de aquél que acabó de cumplir 14. No se amanece tan maduro como para poder pasar de un estado de inimputabilidad absoluta, a una responsabilidad penal atenuada, por un aspecto puramente cronológico, sin consideración a sus condiciones personales.

De hecho, buena parte de la doctrina distingue niveles de semiimputabilidad, clasificándolos en dos niveles que van de los 14 a los 16, y de los 16 a los 18 años. Para los primeros, el juicio de reproche de culpabilidad ha de ser menor que para los segundos.<sup>340</sup> Así, incluso, se hizo patente en las discusiones en el Congreso conforme a la cita hecha párrafos atrás.

339 Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar Editores, 2000.

340 Cfr. Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

En suma, el fiscal debe armonizar el menor juicio de reproche que procede frente a los adolescentes, con el carácter preferente de la aplicación del Principio de Oportunidad, en pro de buscar la mayor aplicación de esta forma de terminación anticipada en los procesos regidos por la Ley 1098 de 2006. En estos trámites tiene vigencia la obligación de evaluar las características de cada caso en particular, porque, a manera de ejemplo, generalmente la persona que acaba de cumplir 14 años tiene una menor comprensión del injusto que aquel que se acerca a la mayoría de edad, pero en ocasiones las vivencias de cada menor y su desarrollo intelectual, entre otros, pueden invertir dicha regla.

#### **2.4.** Causales relacionadas con delitos culposos y con los fines de la “pena”. Causales 6 y 11

Este punto se refiere a las conductas imprudentes, por lo que resulta suficiente con lo dicho en el análisis que en su momento se hizo de las causales correspondientes. Si bien, en estas causales se hace alusión a los fines de la pena, en el sistema de responsabilidad de adolescentes deben considerarse los fines de la sanción (como es denominada), esto es, protectora, educativa y restaurativa, según lo explica el Artículo 178 de la Ley de Infancia y de la Adolescencia, según el cual:

*“Art. 178. Finalidad de las sanciones. Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas. El juez podrá modificar en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas”.*

De ahí que, por ejemplo, la proporcionalidad o humanización de la consecuencia jurídica debe atender dichos postulados, por lo cual resultan pertinentes los ejemplos señalados oportunamente en este documento.

#### **2.5.** Cooperación con la justicia. Causales 4, 5 y 16.

Con las limitaciones contenidas en la Ley 1098 de 2006 frente a la forma en que se toman las declaraciones y testimonios de los niños, niñas y adolescentes<sup>341</sup>, es posible considerar la aplicabilidad de dichas causales.

341 Cfr. Artículo 150 de la Ley 1098 de 2006.

Es probable que el adolescente haya prestado su nombre para ocultar o disimular el origen ilícito de determinados bienes, en cuyo caso la entrega al Fondo de Víctimas puede dar lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad respecto de las investigaciones que por testaferrato o receptación se hubiesen iniciado.<sup>342</sup>

En todos los casos, debe tenerse en cuenta el contenido del Artículo 176 que prohíbe expresamente la entrevista o la utilización de los jóvenes desvinculados del conflicto armado en actividades de inteligencia. Valgan las demás consideraciones hechas sobre este tema.

**2.6.** Adolescentes desmovilizados de organizaciones armadas ilegales: causal 17 y Artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

De acuerdo con la Sentencia C-203/05 de la Corte Constitucional, los menores de edad que participan en el conflicto armado no sólo son actores (participan en las hostilidades) sino que son víctimas del mismo. En efecto, las principales víctimas del reclutamiento ilegal son los niños y niñas.

Esa doble condición hace del Principio de Oportunidad una medida idónea en orden a evitar su criminalización y etiquetamiento como miembros de grupos organizados armados al margen de la ley.

A lo largo de este documento se ha reiterado que el Principio de Oportunidad sólo resulta procedente cuando se establezca la ocurrencia de una conducta punible y la posible vinculación de una persona en calidad de autora o partícipe. Si dichos presupuestos no se cumplen, la solución jurídica apropiada puede ser el archivo o la preclusión.

Dicha consideración aplica plenamente en el proceso regulado en la Ley 1098 de 2006: si el adolescente incurrió en conductas en principio típicas relacionadas con su pertenencia a las organizaciones armadas pero, por ejemplo, sometido a coacción o miedo insuperables, no hay lugar a la responsabilidad penal y, por tanto, la decisión debe ser la

<sup>342</sup> Es habitual en ciertos grupos delincuenciales, que los bienes obtenidos ilícitamente se radiquen en cabeza de sus descendientes, para eludir la acción de la justicia. Por razón de la dificultad de acreditar el dolo muchas veces no se promueve el ejercicio de la acción penal, pero en caso de obrarse en ese sentido, esta causal resulta adecuada para el adolescente. Es de advertir que el no ejercer la acción penal, no es obstáculo para promover la acción de extinción del derecho de dominio.

de solicitar la preclusión de la investigación por inexigibilidad de la conducta. Incluso, pueden considerarse hipótesis de estados de necesidad o de errores de prohibición.

Frente a este último aspecto, se ha sostenido que:

*“Las causales 1ª, 2ª y 3ª (del Art. 175 de la Ley 1098, se aclara) deben entenderse en el marco del llamado error de prohibición directo, esto es, aquel que afecta directamente la conciencia de la ilicitud por falsa o insuficiente valoración normativa, por tanto, sólo tendrá aplicación cuando el error haya sido calificado como vencible, toda vez que, si el mismo resulta invencible, queda desestructurada la responsabilidad penal y como se vio deja la conducta de tener las características de delito y allí es donde la respuesta adecuada no es la aplicación del Principio de Oportunidad sino el archivo del proceso”.*<sup>343</sup>

Entonces, si hay posibilidad de obrar conforme a derecho o conciencia de la ilicitud de la conducta – entre los restantes elementos de la conducta punible – es posible considerar la aplicación del Principio de Oportunidad. Así que:

*“Por ende, tan sólo serán aplicables las causales del Principio de Oportunidad previstas en los numerales 1 y 2 del mencionado Artículo 175, en la medida en que pueda demostrarse que el adolescente contaba con opciones de vida digna distintas a engrosar las filas de la organización armada”*<sup>344</sup>

Lo mismo puede predicarse de la causal 4, cuando el adolescente haya incursionado en las filas del grupo armado “por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento”, y tal afección de la voluntad sólo haya disminuido pero no aniquilado la volición, dejándole espacios de libertad para permitirle obrar conforme a derecho. Una vez la incidencia de la voluntad por parte del grupo sobre el adolescente alcanza la condición de insuperable, ello afecta la exigibilidad de una conducta adecuada y, por tanto, la solución no será la de aplicar esta figura, sino de solicitar la preclusión de la investigación, en tanto ya no se tiene un comportamiento que revista las características de de-

343 Gómez Pavajeau. La Oportunidad Como... Op. Cit., p. 73. Las negrillas hacen parte del texto original. Sólo resta aclarar que la posibilidad de archivo está restringida, según la interpretación de la Corte Constitucional (C- 1154/05), a los casos de atipicidad objetiva o inexistencia del hecho. En los restantes eventos el camino será la preclusión.

344 Perdomo Torres, Jorge Fernando, Et. Al. Reparación Judicial, Principio de Oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz. Gtz, Embajada de la República Federal Alemana, Bogotá, 2009, p. 117.

lito.

De no entenderse que el Principio de Oportunidad exige, para su aplicación que se esté frente a una conducta punible y que no concurra una causal de ausencia de responsabilidad, se estaría dando paso a lo que se ha denominado “*fraude de etiquetas*”<sup>345</sup> en desmedro de postulados constitucionales, tal como se explicó en este trabajo con especial énfasis en un sistema de responsabilidad penal de adolescentes que se ha de caracterizar por su carácter fragmentario, mínimo y de última ratio.

Siendo el Principio de Oportunidad de carácter preferente en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes (siempre que exista un delito, se insiste), algún sector de la doctrina<sup>346</sup> considera que es posible aplicar esta causal no sólo a quienes se han desmovilizado de los grupos involucrados en el conflicto armado interno, sino a aquellos que han participado en cualquier otro grupo organizado delincencial así no necesariamente haya tomado parte en las hostilidades.

De cualquier forma, quienes han hecho parte de semejantes estructuras organizadas de poder, tomen o no parte en el conflicto armado, pueden resultar cobijados por otras causales del Principio de Oportunidad, especialmente aquellas que están referidas a un menor juicio de culpabilidad o a la colaboración con la justicia; pues, en este punto, no se puede estimar que la causal 17 de la Ley 906 de 2004 o el Artículo 175 de la Ley 1098 excluya la posibilidad de examinar otra vía de aplicación de la figura.

Dadas las conductas que comúnmente despliegan estas organizaciones al margen de la ley, es necesario que el fiscal evalúe cuidadosamente la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad, pues el sólo hecho de la pertenencia a un grupo organizado al margen de la ley no es suficiente razón para acceder a ello. Por el contrario, exige un detenido examen (sea dentro o fuera del esquema de la Ley de Justicia y Paz) de los demás derechos en tensión como la verdad o la justicia. Dígase, pues, que los derechos de las víctimas deben ser valoradas en cada caso concreto.<sup>347</sup>

345 Gómez Pavajeau. Op Cit., p. 76.

346 Perdomo Torres. Ut. Supra. P. 125.

347 Corte Constitucional, Sentencias C-370/06 y C-095/07

### 3. Causales que, por regla general, no son aplicables

Las causales relacionadas con intereses supranacionales (2 y 3), pues no resulta comprensible una extradición de un niño o una niña, como tampoco su sometimiento ante la Corte Penal Internacional.<sup>348</sup>

A lo anterior agréguese que la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>349</sup>, en su Artículo 9, Numeral 1, establece que una de las garantías de las que gozan quienes son menores de edad, es la de no ser separados de sus padres, a menos que “*sea necesaria en el interés superior del niño*”. A la vez que contradice los postulados de las ya mencionadas reglas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores en materia de no separación, supervisión, acceso al proceso y comunicación parental.<sup>350</sup>

Aunque luego de la modificación de la Ley 1312 de 2009, ya no se hace mención expresa a la remisión del procesado a la Corte Penal Internacional, es conveniente tener en cuenta que el Artículo 26 del Estatuto de Roma indica que ese Tribunal no será competente para conocer de las conductas cometidas por quienes al momento de su ejecución no hubieren alcanzado los 18 años de edad.

No sobra advertir que, de cualquier manera, la extradición impide uno de los fines declarados del sistema de responsabilidad juvenil, esto es, la rehabilitación o (re)socialización, pues elimina la posibilidad de incorporación del adolescente a su entorno social. En efecto:

*“Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a ‘permitirles que desempeñen un papel*

348 En el caso de dos personas que secuestraron un avión de Aires, en la ruta que iba de Bogotá a Florencia, una de ellas tenía 17 años y 4 meses. En el avión iban ciudadanos americanos, por lo que se analizaba la posibilidad de pedir en extradición a los plagiarios. Expertos consultados por un diario, entre ellos un ex magistrado de la Corte Suprema, consideraron que no era posible la extradición de menores de edad.

349 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Incorporada a la legislación colombiana a través de la Ley 12 de 1991.

350 Reglas 7.1, 18.2 y 26.5.

351 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (“Reglas de Beijing”). Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985, Quinta parte, Tratamiento en establecimientos penitenciarios, párr. 26.1.

352 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Villagrán Morales y otros (Guatemala).

*constructivo y productivo en la sociedad*<sup>351</sup> ...<sup>352</sup>

Así también lo ha reconocido la Corte Constitucional, al decir que:

*“Ahora bien, podría decirse que la comunidad internacional ha reconocido ampliamente la necesidad de crear un sistema judicial especializado que permita resolver el problema de la delincuencia juvenil desde la perspectiva de la resocialización, la tutela y la rehabilitación, evitando que el menor desvíe su proceso de adaptación y trunque su desarrollo físico y moral, base del desarrollo de la sociedad moderna”*<sup>353</sup>

Se considera que la extradición limita precisamente el proceso de desarrollo de quien se encuentra en estado de formación y educación, por lo cual sería poco recomendable la aplicación del Principio de Oportunidad con semejante finalidad, pues ella no se haría en beneficio del interés superior del adolescente, sino en su propio perjuicio.

La causal 8 resulta de extraña aplicabilidad y, como se indicó previamente, su concesión está supeditada al análisis del Fiscal General de la Nación.

La causal 9, como se examinó en su momento, requiere de sujeto activo cualificado (para que ostente aquél deber jurídico funcional y su actuar conduzca a una respuesta disciplinaria) condición que con escasa probabilidad resulta predicable de un menor de edad.

#### 4. Modalidades de aplicación de Principio de Oportunidad

Se ha considerado por algunos, a partir de una lectura conjunta de los Artículos 174 y 175 de la Ley 1098 de 2006, que dicha legislación sólo autoriza la renuncia en el ejercicio de la acción penal, más no las formas de suspensión e interrupción.

Como se decía, se ha encontrado parentesco de la suspensión del procedimiento a prueba con la figura conocida como la remisión, cuyos efectos han sido considerados desde una doble óptica; en primer lugar como una forma de extinción del procedimiento y en segundo lugar

Este caso corresponde, en términos más bien generales, a un desaparecimiento, tortura y muerte de ciertos jóvenes que hacían parte de una “mara” guatemalteca que incurrían en reiterados actos criminosos en un sector. La desaparición de los jóvenes fue atribuida a agentes del Estado.

<sup>353</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-839 de agosto 9 de 2001.

como una manera de suspenderlo. Así lo ha hecho saber el juez y tratadista brasileiro Costa Saraiva, en el contexto de la legislación de ese país, que en los últimos años viene asumiendo al joven como penalmente responsable, mostrándose en el hemisferio como pionera en el tema:

*“La remisión, por lo tanto, no se constituye en perdón. En consecuencia, podría resultar en eso, pero la riqueza de la lengua portuguesa, puede, cuando se ha concertado la medida en una forma acumulativa de la remisión (Artículo 127), un medio para remitirse a un procedimiento diferente: la supresión del conocimiento con instauración de un proceso de ejecución, siempre que esté compuesta de una medida socioeducativa, o la suspensión del proceso de conocimiento, hasta que se cumpla con la medida, cuando ya se ha instaurado aquel (Artículo 188)” (traducción libre).<sup>354</sup>*

Aplicar esta herramienta, agrega, puede ser posible desde la fase preprocesal o incluso antes de la sentencia. También se refirió a que las consecuencias pueden ser la exclusión o suspensión del proceso, asimilándola al “*probation*”<sup>355</sup> estadounidense.

En ese mismo contexto, el magistrado brasileiro José Luis Leal Vieira explica las bondades de la concesión de la remisión suspensiva, aún en los casos en que no dé lugar de manera inmediata a la extinción del procedimiento, cuando dice:

*“Al ser concedida la remisión combinada con la prestación de servicios a la comunidad y/o la libertad asistida, el proceso se suspende hasta el pleno cumplimiento de estas medidas. En caso de incumplimiento injustificado por el adolescente, el proceso se reinicia donde se detuvo, con la posibilidad, de acuerdo con el caso, de internación provisional y la aplicación, al final de una medida más severa que aquella señalada en sede de remisión”.*

*“De esta forma, sólo se suspenden los efectos, la remisión infunde una mayor*

354 Costa Saraiva, Joao Batista. Compendio de Direito Penal Juvenil. Adolescente E Ato Infracional. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2006. p. 143. Dice textualmente “A Remissão, pois, não se constitui em perdão. Até poderá resultar nisso, mas, riqueza da língua portuguesa, poderá também, quando concertada medida de forma cumulativa com a remissão (Artículo 127), significar um remeter para um procedimento diverso: supressão do processo de conhecimento com instauração de um processo de execução, quando composta medida socioeducativa, ou a suspensão do processo de conhecimento, até que cumpra a medida aplicada, se já instaurado aquele”.

355 El probation consiste en la suspensión del procedimiento que se concede a un imputado, dadas las particularidades del caso, concediéndose un plan de conducta en libertad a éste.

*responsabilidad en los adolescentes, en la medida en que él es consciente de que el proceso no está terminado, esforzándose en un más correcto cumplimiento de lo establecido".*<sup>356</sup>

Como varios autores sugieren, estas medidas deben ser concertadas con el adolescente. No sólo con ocasión de la norma rectora contenida en el artículo 25, según la cual *"En toda actuación administrativa judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta"*;<sup>357</sup> sino por cuanto una carga impuesta en contra de esta previsión podría considerarse como un trabajo forzado, proscrito en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Estos criterios han de servir como guía argumentativa al fiscal para analizar la posibilidad de suspender el procedimiento a prueba, siempre que se oriente a la finalidad pedagógica que inspira al sistema de responsabilidad penal juvenil. En efecto, si se habla de la aplicación preferente del Principio de Oportunidad, deben considerarse los beneficios de incluir a la justicia restaurativa en el marco de la solución concertada del conflicto, donde el adolescente asuma ciertos compromisos que conduzcan finalmente a evitar su criminalización, y una de las formas de lograrlo es, precisamente, la aplicación del Principio de Oportunidad en la modalidad de suspensión del procedimiento a prueba

El mismo punto fue abordado por la Corte Constitucional, que en su momento precisó:

*"El Artículo 174, en el que se inserta la expresión demandada, establece unas reglas generales para la aplicación del Principio de Oportunidad, la concilia-*

356 Citado por Costa Saraiva, Op. cit. El Texto original afirma que: "Sendo concedida remissão cumulada com prestação de serviços à comunidade e/ou liberdade assistida, o processo fica suspenso até o integral cumprimento dessas medidas. Na hipótese de descumprimento injustificado por parte do adolescente, o processo reinicia onde parou, com possibilidade, conforme o caso, de internação provisória e aplicação, ao final, de medida mais severa do que aquela ajustada em sede de remissão".

"Dessa forma, apenas suspendendo o feito, a remissão incute no adolescente maior responsabilidade, na medida em que ele, ciente de que o processo não findou, empenhar-se-á mais no correto cumprimento do que foi ajustado".

357 Sobre el tema, puede verse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o de Estrasburgo) en el caso conocido como V y T c. Reino Unido de 1999.

*ción y la reparación integral de los daños, en relación con las personas mayores de 14 años y menores de 18 que hayan incurrido en conductas punibles (Artículo 169), sin hacer distinción o referencia alguna a personas pertenecientes a grupos armados al margen de la ley. El cargo, en consecuencia, no se funda en la confrontación de la Constitución con el contenido verificable de una norma, que emane de la interpretación de su propio texto legal, sino del alcance particular que le asignan las demandantes. (...)*

*En lo que atañe al cargo contra el Inciso Primero del Artículo 175, a juicio de las actoras, la consagración de la “renuncia” como única posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad, desconoce el ámbito que la Constitución (Artículo 250) adscribe a este mecanismo procesal ya que “éste se da en tres supuestos, la suspensión, la interrupción y la renuncia”. El cargo así planteado adolece del presupuesto de certeza, habida cuenta de que las demandantes parten de una referencia aislada, no sistémica, a la regulación del Principio de Oportunidad en la Ley 1098 de 2006. En efecto, la Ley 1098/06 contempla una regla de remisión, según la cual “el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirán por la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente” (Artículo 144). En este orden de ideas, la formulación de un cargo que involucre una censura sobre la oposición entre el ámbito de regulación del Principio de Oportunidad en la Constitución, y el previsto en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes, debe partir de una integración entre las normas especiales de la Ley 1098/06 y las generales de la Ley 906/04 sobre la materia, que fueren compatibles con el régimen especial, a fin de determinar el contenido normativo objeto de censura. Las demandantes parten de un planteamiento sobre la presunta regulación restrictiva (en relación con el Artículo 250 de la Carta) del Principio de Oportunidad en el régimen de responsabilidad penal de los adolescentes, sin que previamente hubiesen determinado el verdadero alcance de la regulación legal, atendiendo la norma de remisión”.<sup>358</sup>*

*Igualmente, debe considerarse en los debates previos a la Ley 1098 de 2006. En el Congreso de la República se dejó claro que “el Principio (de Oportunidad) no es sólo para extinguir la acción penal sino que el juez además puede interrumpirla o suspenderla”.<sup>359</sup>*

358 Corte Constitucional, Sentencia C-033 del 23 de enero de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

359 Ponencia segundo debate en el Senado, 19 de julio de 2006.

**5.** ¿En el estado actual de cosas, es posible aplicar el Principio de Oportunidad en el sistema de responsabilidad para adolescentes?

Por algún sector de la doctrina se afirma que el Principio de Oportunidad no es aplicable en el proceso regulado en la Ley 1098 de 2006, por no contar con la suficiente reglamentación. A este tipo de pensamiento se asocia la idea de que el régimen de responsabilidad penal para adolescentes constituye una jurisdicción especial, por lo que el trámite no puede regirse por las resoluciones 0-6657 y 0-6658 del Fiscal General de la Nación.

Es claro que no se trata de un tema pacífico, por lo que en las siguientes líneas simplemente se expondrá otra forma de interpretar este aspecto. Para ello, se analizará lo atinente al carácter de jurisdicción especial que se le otorga al régimen penal para adolescentes y luego se hará alusión a la reglamentación del Principio de Oportunidad en dicho proceso.

Las razones para concluir que no se trata de una jurisdicción especial, son las siguientes:

La Ley 270 de 1996, en su Artículo 11, afirma que las jurisdicciones especiales la conforman las autoridades indígenas y de paz, que se diferencian claramente de la jurisdicción contenciosa administrativa y constitucional, así como de la jurisdicción ordinaria. Esta última se encuentra conformada por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de distrito judicial y los juzgados civiles, penales, laborales, agrarios, de familia, de ejecución de penas, y *“los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley”*.

En este orden de ideas, puede concluirse que el régimen penal para adolescentes hace parte de la jurisdicción ordinaria, porque: **(i)** no se trata de jurisdicción especial (indígena o de paz); **(ii)** su origen es legal y no constitucional (Ley 1098/06), y **(iii)** dependen de los Tribunales Superiores del distrito judicial y la Corte Suprema de Justicia, al igual que los juzgados penales del circuito, penales municipales, promiscuos municipales, penales del circuito especializados, etc. quienes, a propósito, se rigen por el Código Penal y por el Código de Procedimiento Penal, normativa que, dicho sea, también regula la actividad

judicial de los operadores de justicia en adolescencia.

También puede concluirse que la aplicación del Principio de Oportunidad en el contexto de la Ley 1098 de 2006 está suficientemente reglado.

El problema podría plantearse de la siguiente manera: ¿para poder aplicar el Principio de Oportunidad en el trámite de responsabilidad penal para adolescentes resultan suficientes las herramientas del Código de Procedimiento Penal y las resoluciones internas de la Fiscalía General de la Nación?

A dicho interrogante puede responderse afirmativamente, por lo siguiente:

En primer lugar, porque el Código de Infancia y la Adolescencia contiene una remisión expresa al Código de Procedimiento Penal para la ritualidad de las investigaciones y juicios seguidos en contra de los jóvenes en conflicto con la ley penal, siempre que la aplicación de aquella legislación no resulte contraria a las finalidades que procura salvaguardar el sistema de responsabilidad de adolescentes y el interés superior de los niños y niñas.

Además, en la Ley 1098 de 2006 no se estableció una regulación específica del Principio de Oportunidad, lo que afianza la idea de que lo procedente es integrar en esta materia la reglamentación establecida en la Ley 906 de 2004, salvo en los aspectos que resulten contrarios al interés superior del menor. Si el legislador hubiera tenido la intención de que se realizara una reglamentación especial para la aplicación del Principio de Oportunidad en los procesos de responsabilidad penal de adolescentes, lo hubiera ordenado de manera expresa, tal y como lo hizo al regular el proceso para los adultos.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la intervención del delegado especial, la necesidad de unificar los criterios en cuanto a la política criminal derivada del Principio de Oportunidad, y las causales que son de conocimiento exclusivo del Fiscal General de la Nación, son temas que no se oponen a los principios inspiradores del sistema penal de adolescentes, razón de más para concluir la procedencia de articular la Ley 1098 y la Ley 1096 en lo que atañe a la aplicación de esta forma de terminación anticipada de la actuación penal. La diferencia sustancial estriba en que el Principio de Oportunidad es de aplica-

ción preferente para los adolescentes que entran en conflicto con la ley penal, pero ello no se contraponen a la idea de ceñirse a las reglas generales del proceso dispuesto para los mayores de edad.

Con respecto al punto de la inquietud sobre la cantidad de pena exigida para solicitar la aprobación del fiscal delegado ante el tribunal, no puede hablarse de penas sino de sanciones, porque debe tenerse en cuenta que las conductas que se imputarían a los adolescentes no son otras que los tipos penales contenidos en el Código Penal; de ahí que el parámetro interpretativo debe circunscribirse a la sanción prevista para los mayores<sup>360</sup>, mas no en la consecuencia jurídica que devendría en caso de que el comportamiento fuese cometido por adolescentes.

Dicho en otras palabras, para los fines del Parágrafo 2 del Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal habría que considerar la pena prevista en el tipo penal (con las circunstancias específicas que alteran el marco objetivo de punibilidad). Lo propio ocurre, para hacer una sencilla analogía, cuando se analiza la causal 1 o cuando se examina la mediación como mecanismo de justicia restaurativa, en consideración con la pena fijada por el legislador para la conducta correspondiente, y así lo ha entendido la doctrina.<sup>361</sup>

Sin perjuicio de lo anotado, sería útil tener en cuenta la Observación General Número 10 del Comité de los Derechos del Niño, numeral 27, en cuanto a las recomendaciones para la aplicación de la remisión (cuya similitud con el Principio de Oportunidad se ha explicado previamente),<sup>362</sup> donde se recomienda establecer límites para dicha herramienta, como por ejemplo:

360 Es un ejercicio análogo que se realiza para establecer la procedencia de la internación preventiva y para determinar la privación de la libertad en centro especializado para los adolescentes mayores de 16 años.

361 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. La oportunidad como principio fundante... Op. cit. p. 97 (“para los efectos de la causal -en adolescentes, se aclara- se requiere tener en cuenta la pena máxima imponible en abstracto, obviamente teniendo en cuenta todos los elementos que inciden en la determinación de los límites inferiores y superiores para su tasación”) y 101 (“finalmente, la pena mínima de cinco años limita el campo de aplicación para efecto de la mediación como mecanismo sustento de la aplicación del Principio de Oportunidad -refiriéndose a los adolescentes”).

362 Con igual advertencia hecha en precedencia, en tanto se diferencia en que la remisión del asunto no entra al sistema judicial, pues en algunas legislaciones como la Argentina, el caso pasa de la policía a una autoridad administrativa; por ello la propuesta que se presenta, está encaminada a reducir la judicialización a partir de los estándares internacionales y de la experiencia brasilera, donde la figura se aplica de manera análoga a la sugerida en este documento.

- La remisión de casos (es decir, medidas para tratar a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes sin recurrir a procedimientos judiciales) sólo deberá utilizarse cuando se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, de que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, de que no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión y, por último, de que la admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior.
- El niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito para la remisión del caso y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de ésta. Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando el niño tenga menos de 16 años.
- La legislación debe contener indicaciones concretas de cuándo es posible la remisión de casos y deberán regularse y revisarse las facultades de la policía, los fiscales y otros organismos para adoptar decisiones a este respecto, en particular para proteger al niño de toda discriminación.
- Debe darse al niño la oportunidad de recibir asesoramiento jurídico y de otro tipo apropiado acerca de la conveniencia e idoneidad de la remisión de su caso ofrecida por las autoridades competentes y sobre la posibilidad de revisión de la medida.
- La remisión efectiva de un niño deberá suponer el cierre definitivo del caso. Aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un *“registro de antecedentes penales”*, y no deberá equipararse la remisión anterior de un caso a una condena. Si se inscribe este hecho en el registro, sólo deberá permitirse el acceso a esa información y por un período de tiempo limitado; por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia.<sup>363</sup>

363 Comité de los Derechos del Niño, Organización de las Naciones Unidas, 44 período de sesiones, observación general número 10, 2007. “Los derechos del niño en la justicia de menores”.

Por ello, una propuesta podría estar encaminada a complementar la reglamentación existente, limitando el tiempo en que un adolescente podría estar en el registro que lleva el equipo de Principio de Oportunidad, o eliminando dicha anotación una vez alcance la mayoría de edad. También sería útil separar estas anotaciones de las que se hacen para los adultos y restringir la posibilidad de acceso de terceros a tal información en cuanto sea posible.

De cualquier forma, con lo explicado hasta ahora, resulta claro que es aplicable -en el estado de cosas actual- la figura preferente del Principio de Oportunidad en el sistema de responsabilidad para adolescentes.





# CAPÍTULO VI



## LÍNEA JURISPRUDENCIAL ACUERDOS Y ALLANAMIENTO A CARGOS

### ALLANAMIENTOS, ACUERDOS Y NEGOCIACIONES

Algunos problemas jurídicos y las reglas fijadas para resolverlos

1. ¿Por qué abordar el tema de acuerdos en un módulo de Principio de Oportunidad?

Aunque el tema central de este trabajo es el análisis del Principio de Oportunidad, resulta importante aprovechar esta ocasión para analizar una figura que, aunque tiene consecuencias jurídicas distintas, tiene gran familiaridad con el instituto analizado ahora. Referidos a los preacuerdos y negociaciones.<sup>364</sup>

Ese parentesco es resaltado por un importante sector de la doctrina. Por ejemplo, la profesora Teresa Armenta Deu afirma:

*“Partiendo de un concepto del consenso -como instrumento en virtud del cual el acuerdo entre acusadores, acusado y órgano judicial, pone fin al proceso en curso, fijándose la pena en los términos derivados de dicha conformidad- puede considerarse una manifestación del Principio de Oportunidad en*

<sup>364</sup> Sin embargo, al analizar la coherencia con la Carta respecto de los derechos de las víctimas, de los Artículos 348 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la Corte Constitucional consideró que existían diferencias entre el Principio de Oportunidad y los acuerdos, en tanto en los últimos no se trata de la disposición de la acción penal, ni de una renuncia al poder punitivo del Estado. Sentencia C-516/07, consideración 3.5.1.

*el sentido ya señalado de implicar la cercenación del procedimiento sin que se hayan desarrollado todas aquellas fases que correspondan con arreglo al principio de legalidad”.*<sup>365</sup>

A su vez, Darío Bazzani sostiene:

*“Ahora bien, si el ordenamiento constitucional autoriza la aplicación del Principio de Oportunidad, podrá llegarse incluso a la abstención de ejercer la acción penal en relación con cargos probados a cambio de la renuncia a juicio de otros, lógicamente también probados. Aquí el fundamento para la oportunidad radica en los fines de reparación y justicia, puesto que el fundamento para el archivo respecto de cargos probados es la aceptación de los otros cargos y la renuncia a ser vencido en juicio respecto de los mismos, como sería propio de un proceso adversarial...”.*<sup>366</sup>

En consecuencia, estos mecanismos de terminación anticipada de la actuación o como se definen por Maier:<sup>367</sup> Mecanismos de Simplificación del Procedimiento Penal, aunque pueden acarrear consecuencias diversas, tienen puntos en contacto en aspectos tales como:

- El acuerdo puede consistir en la exclusión de un cargo menor.<sup>368</sup>
- La aplicación del Principio de Oportunidad (causales 1 y 7, entre otras) puede conducir a escenarios relacionados con justicia consensuada.<sup>369</sup>

<sup>365</sup> En el escrito denominado “Mecanismos de simplificación del proceso penal: el Principio de Oportunidad y los procesos monitorios”, publicado en Un código tipo de procedimiento penal para América Latina. Masa, Michele y Schipani, Sandro. Roma, Universidad de Roma. Cedam, s.f. En otra oportunidad, dijo: “La vigencia del Principio de Oportunidad, permite así, a título de hipótesis, que se persigan o no conductas aparentemente delictivas, que se formule y/o sostenga acusación o que se acuerden con las partes los diferentes elementos de la acción penal o la imposición de la pena...” Cfr. Armenta Deu, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. 2 ed. Madrid, Marcial Pons, 2004. p. 40.

<sup>366</sup> Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2006. (el subrayado es de los autores).

<sup>367</sup> Maier, Julio B.J., en Un código tipo... Op. cit., p. 251.

<sup>368</sup> “El Principio de investigación ha entrado en crisis debido a que, por la sobrecarga de trabajo de las autoridades de la persecución penal, praeter legem se ha desarrollado la práctica de terminar cada vez más procedimientos penales en la etapa de investigación o, incluso, sólo en el juicio oral, a través de un acuerdo (negocio procesal, deal), puesto que, por ejemplo, ante una confesión se sobresee, se renuncia a la persecución de hechos punibles accesorios o se atenúa la pena...” Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000. p. 100.

<sup>369</sup> Por ejemplo, en el proceso portugués se habla de consenso para la suspensión provisional del proceso ante “delincuencia ocasional y la pequeña criminalidad” pues en esos casos “podrá

- Ambos conducen, en principio, a la renuncia a un debate público.
- Implican la intervención de la judicatura.
- Se encuentran debidamente reguladas, tanto en la ley, como por la normativa interna de la Fiscalía General de la Nación.

En últimas, de lo que se trata es de la restricción - o complementación<sup>370</sup>- del principio de legalidad,<sup>371</sup> en tanto la sanción prevista por el legislador no es la que se impondrá en el caso concreto o, de modo más radical, la renuncia a la persecución penal de determinada conducta punible (en el caso del acuerdo, cuando se prescinda de un cargo menor), o de las conductas punibles por las que se proceda (tratándose del Principio de Oportunidad, cuando se extinga la acción penal).

De ahí, que se resalte la importancia de analizar en el contexto del Principio de Oportunidad, el tema de acuerdos y de aceptación de cargos.

## 2. Metodología

No es extraño encontrar en el Código de Procedimiento Penal reciente (Ley 906 de 2004), algunas antinomias, lagunas o expresiones confusas, que han dado lugar a importantes pronunciamientos jurisprudenciales, algunas veces pacíficos, otros objeto de álgidas discusiones y disensos, pero que de una u otra manera constituyen una importante herramienta para la adecuada aplicación del nuevo ordenamiento procesal penal, concretamente lo que se ha denominado justicia premial o consensuada.

Para este propósito, la metodología está orientada a construir y analizar la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia frente a cada problema jurídico, con el especial propósito de precisar las reglas utilizadas por el alto tribunal para resolver los casos que han sido sometidos a su conocimiento.

acordarse el archivo provisional como condición". López Maia Goncalvez, Manuel, citado por De Diego Diez, Luis Alfredo. Justicia criminal consensuada. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch. 1999.

370 Perdomo Torres, Jorge Fernando. El principio de ... Op. cit.

371 O de oficiosidad, oficialidad, obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal y totalidad, etc, como suele discutirse por doctrina autorizada. Cfr. Muñoz Neira, Orlando. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. Bogotá, Editorial Legis, 2006. pp. 177 y ss.

### 3. Relación de problemas jurídicos y análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales.

#### 3.1. ¿Es el allanamiento a cargos una modalidad de acuerdo?

Descripción del problema: Hay quienes encuentran diferencias sustanciales entre el allanamiento a cargos y los acuerdos, principalmente en razón a su conformación: por un acto unilateral del imputado o acusado, o por consenso entre éste y la Fiscalía. Sin embargo, otros consideran que el allanamiento a cargos es una forma o modalidad de acuerdo, dada su ubicación en el Código de Procedimiento Penal.

La forma de resolver este interrogante no sólo tiene trascendencia en el escenario académico; también tiene consecuencias prácticas, como la siguiente: si se parte de que el allanamiento a cargos es una figura diferente a la negociación, en delitos donde se genere incremento patrimonial para el imputado no podría supeditarse la aceptación del allanamiento a cargos a la restitución de cierta parte de lo apropiado. Pero, si se concluye que son lo mismo o aquel es una modalidad de éste, todo allanamiento en que hubiera ese tipo de incremento requiere la garantía de restitución.

Sentencia fundacional:

- Rad. 21954 (M.P. Quintero Milanés) del 23 de agosto de 2005, donde se insinuó que el allanamiento a cargos es una modalidad de acuerdo. Existen salvamento de la H.M. Marina Pulido de Barón, en cuyo texto se distinguen ambos conceptos dada su unilateralidad o bilateralidad, a más que la misma legislación hace distinciones en cuanto a su denominación como a sus consecuencias. En salvamento de voto del H.M. Alfredo Gómez Quintero, se dice que mientras el allanamiento no admite retractaciones, el preacuerdo sí las admite. El H.M. Édgar Lombana Trujillo propone salvamento de voto con análogas razones.
- En Sentencia de Tutela, radicado 22920 (M.P. Gómez Quintero) del 7 de diciembre de 2005, frente a la intervención de las víctimas en el trámite procesal, la Corte Suprema precisó que en los casos de

allanamiento a cargos debe disponerse de un espacio para realizar el incidente de reparación integral. Cuando se trata de acuerdos, es necesario precisar si el mismo incluyó la satisfacción de los intereses de la víctima, pues de haber sido así no sería necesario el incidente de reparación integral, pero en caso contrario debía propiciarse dicho escenario para los fines que le son propios; en este último evento, resulta pertinente iniciar el incidente una vez se realiza la aprobación del acuerdo.

- Rad. 21347 (M.P. Ramírez Bastidas) del 14 de diciembre de 2005, en hechos ocurridos en vigencia de anteriores legislaciones, el procesado aceptó cargos en la etapa del juicio. Se concluye que el allanamiento es una modalidad de acuerdo. En aclaración de voto, el H.M. Álvaro Orlando Pérez afirmó que no es posible hacer distinciones entre unilateralidad y bilateralidad en las formas de terminación: son más o menos consensuados.
- Sentencia Hito: 24052 (M.P. Pérez Pinzón) del 14 de marzo de 2006. Se dice que en virtud de los acuerdos que lleguen a producirse, aún con ocasión del allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, es posible que se pacte tanto la disminución de pena por esa causa, como las consecuencias de los hechos imputados; esto es, el posible reconocimiento de prisión domiciliaria o de la suspensión de la ejecución de la pena.

Sentencias confirmadoras:

- 25724 (M.P. Pérez Pinzón) del 19 de octubre de 2006, se resuelve la inaplicabilidad de la Ley 890 de 2004 frente a un allanamiento. Expresamente se niega la postura de la Corte Constitucional (T-091/06), en tanto el allanamiento, dice la Corte Suprema, es una forma de acuerdo. Además, se hizo énfasis en que la decisión de la Corte Constitucional tiene efectos inter partes.
- 27549 (M.P. Ramírez Bastidas) del 6 de septiembre de 2007, se resuelve el tema de la aplicabilidad de la Ley 890 de 2004 en un caso ocurrido bajo la égida de la Ley 600 de 2000; sin embargo, en salvamento de voto, el H.M. Julio E. Socha Salamanca afirmó que los acuerdos y el allanamiento son figuras claramente diferenciables, principalmente por su bilateralidad y unilateralidad, respectivamente.

- En auto del 17 de octubre de 2007, radicado 28451 (M.P. Espinosa Pérez), se hacen tenues distinciones entre el allanamiento como acto unilateral y el acuerdo, indicando que el primero sólo procede en tres momentos, mientras que el último es *“posible de ocurrir a lo largo de todo el proceso”*. Se trata de una decisión en que se resuelve la demanda hecha en virtud de un ofrecimiento de una rebaja que el acusado tardíamente aceptó.
- Sentencia Hito. 25306 del 4 de abril de 2008, con ponencia del H.M. Augusto Ibáñez Guzmán. El tema por resolver es si resultaba posible acceder a una rebaja del 50% por aceptación de cargos en un caso tramitado en el esquema procesal de la Ley 600 de 2000. Para tal fin, la Corte consideró -variando su jurisprudencia- que la aceptación de cargos por allanamiento guardaba similitud con la sentencia anticipada. En su argumentación hace notar que los allanamientos y los precuerdos se encuentran regulados en capítulos diferentes, agregando que: *“se observa razonable interpretar que si bien los acuerdos y negociaciones son notas singulares del nuevo sistema procesal, pero el allanamiento a cargos tiene unos matices respecto de los cuales no es totalmente asertivo decir que se corresponda con la misma filosofía de los primeros”*. De hecho, aclara, para el allanamiento no es necesario que el imputado haya garantizado el pago de perjuicios. Existe salvamento de voto.
- Rad. 30299 del 17 de septiembre de 2008, con ponencia del H.M. Sigifredo Espinosa Pérez. El asunto por tratar era si el Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, al referirse a la prohibición de rebaja por precuerdo o negociación, también incluía las aceptaciones unilaterales de cargos, a lo cual se responde afirmativamente, por cuanto el Artículo 351 del Código de Procedimiento Penal recoge las modalidades de acuerdos y allí se incluyen las aceptaciones de cargos.

**Línea jurisprudencial sobre la distinción  
entre allanamientos y preacuerdos**

<b>Respuesta negativa</b>	<b>¿Es el allanamiento una forma de acuerdo?</b>	<b>Respuesta positiva</b>
		<b>•21954</b> (M.P. Quintero Milanés)/05
	<b>•22920</b> (M.P. Gómez Quintero)/05	
		<b>•21347</b> (M.P. Ramírez Bastidas)/05. Aclaración de Voto (M.P. Pérez Pinzón).
	<b>•24052</b> (M.P. Pérez Pinzón)/06	
		<b>•25724</b> (M.P. Pérez Pinzón)/06
		<b>•27549</b> (M.P. Ramírez Bastidas)/06
	<b>•28451</b> (M.P. Espinosa Pérez)/07	
<b>•25306</b> (M.P. Ibáñez Guzmán)/08		
	<b>•30299</b> (M.P. Espinosa Pérez)/08	

## Conclusión

Aunque para la Corte Suprema de Justicia el allanamiento se ha considerado una modalidad de acuerdo, parece que con la decisión radicada 25306 (M.P. Ibáñez Guzmán), se hace una distinción entre allanamiento y acuerdos, pero, como ése no era el tema nodal del debate propuesto, podría considerarse como simple obiter dicta. Al punto de que, posteriormente (rad. 30299), para establecer la procedencia de rebajas en aceptación de cargos, cuando se trata de lesiones personales, homicidio doloso o un delito de carácter sexual cometido en contra de un niño, niña o adolescente, luego de la entrada en vigencia de la Ley 1098, en cuyo Artículo 199 prohíbe la rebaja en preacuerdos y negociaciones, se consideró que siendo el allanamiento una forma de acuerdo no podría dar lugar a algún tipo de rebaja.

No obstante lo dicho, en cada decisión se sigue enumerando allanamiento y acuerdos, otorgándoles en ciertos casos consecuencias diferentes, tal como se verá más adelante.

### 3.2. ¿Puede asimilarse la aceptación de cargos por allanamiento a la sentencia anticipada?

Descripción del problema: se trata de definir si el mecanismo de terminación abreviada contenido en la Ley 600 de 2000, denominado “*sentencia anticipada*”, es equivalente o análogo al allanamiento a cargos de que trata la Ley 906 de 2004, de lo que depende la posibilidad de aplicar por favorabilidad la reducción punitiva consagrada en el nuevo ordenamiento procesal penal.

Sentencia fundacional e hito:

- Rad. 21954 (M.P. Quintero Milanés) del 23 de agosto de 2005, se demanda una inadecuada dosificación punitiva y, por solicitud de la Procuraduría, se aborda oficiosamente la aplicación de la favorabilidad en la reducción por aceptación de cargos, tratándose de un caso ocurrido en vigencia de la Ley 600 de 2000. La Corte determina que la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos no son figuras jurídicas asimilables. En salvamento de voto, la H.M. Marina Pulido de Barón, concluye que los allanamientos

unilaterales equivalen a la sentencia anticipada, por razón de que constituyen una excepción al derecho a no autoincriminarse, se renuncia al juicio y se propende por agilizar el proceso; a la vez que se requiere un nivel de conocimiento para que ello tenga lugar y se consagran consecuencias jurídicas según el momento procesal en que ello ocurra. En salvamento de voto, el H.M. Alfredo Gómez Quintero incorpora otras razones que soportan la analogía que se propone, entre ellas, la asistencia de defensor, la opción de allanamientos parciales y la irrevocabilidad, etc. El H.M. Edgar Lombana Trujillo expone idénticas razones.

Sentencias confirmadoras de la regla:

- Rad. 21347 (M.P. Ramírez Bastidas) del 14 de diciembre de 2005, en hechos ocurridos en vigencia de anteriores legislaciones, el procesado aceptó cargos en la etapa del juicio. Se concluye que la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos no son lo mismo, porque el nuevo esquema hace parte de la justicia consensuada. Se cita la Sentencia 21954 (M.P. Quintero Milanés).
- 25133 (M.P. Pérez Pinzón) del 16 de marzo de 2006. Cita la Sentencia 24020. Sin embargo, el tema por resolver se dirigía a determinar si la resolución de acusación podría asimilarse y consecuentemente, tener los mismos efectos que a la imputación de la Ley 906 de 2004. De todas formas, en aclaración de voto, la H.M. Marina Pulido de Barón sostiene que, por razones de favorabilidad, debe asimilarse la sentencia anticipada a la aceptación de cargos de la ley procedimental reciente.
- Sentencia de Tutela 24868 (M.P. Gómez Quintero) del 4 de mayo de 2006, el tema por resolver era si el tribunal podía incorporar un agravante no contenido en el acuerdo. En aclaración de voto, Yesid Ramírez Bastidas insiste en que no puede asimilarse el allanamiento a la sentencia anticipada
- Rad. 24531 del 4 de mayo de 2006, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, la Corte reitera la decisión 21954 (M.P. Quintero Milanés) y 21347 (M.P. Ramírez Bastidas). Se refiere a un caso donde no se le concedió la rebaja del 50% a un acusado, sino una menor. También se cita la 24052 (M.P. Pérez Pinzón) del 14 de marzo de 2006.

- 24764 del 1 de julio de 2006, M.P. Sigifredo Espinosa, aunque el tema central era la posibilidad de fijar una pena sobre la base de un acuerdo en el que no había claridad frente al monto de la pena, en aclaración de voto, el H.M. Yesid Ramírez Bastidas insiste en que no puede asimilarse el allanamiento a la sentencia anticipada.
- 26071 (M.P. Ramírez Bastidas) del 27 de octubre de 2006. En hechos que llegaron a conocimiento de la Corte Suprema, en única instancia, con ocasión de la Ley 600 de 2000, a quien aceptó cargos se le negó la reducción contenida en la Ley 906 de 2004, para lo cual se remite a lo expuesto en la decisión 21954 (M.P. Quintero Milanés). Se presentaron sendos salvamentos de voto de los H.M. Marina Pulido de Barón, Julio E. Socha Salamanca y Alfredo Gómez Quintero.
- 26065 del 21 de marzo de 2007, con ponencia del H.M. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, reitera las posturas exhibidas en las Sentencias 24020<sup>372</sup> y la 25133 (M.P. Pérez Pinzón), en el entendido que no puede aplicarse la rebaja prevista en la Ley 906 para allanamientos, a los eventos de sentencia anticipada tramitados bajo la Ley 600 de 2000; sin embargo, dado el límite de la non reformatio in pejus, se decidió respetar dicha deducción. Se asumió oficiosamente la casación, en virtud a que se aplicó la Ley 890 de 2004 a un caso ocurrido antes de la entrada vigencia del sistema acusatorio en aquel distrito judicial (de Cali).
- 28872 (M.P. Ibáñez Guzmán) del 15 de julio de 2007, se abordó el tema de la posibilidad de presentar recursos frente a la aceptación de cargos en la Ley 906 de 2004, admitiéndose que ello es posible cuando se quebrante el principio de legalidad. Para ello, la Corte invoca sendos precedentes dictados en el marco de la Ley 600 de 2000, en análisis de la figura conocida como sentencia anticipada.<sup>373</sup>
- 25099 (M.P. Gómez Quintero y González de Lemos) del 6 de septiembre de 2007, en trámite de la Ley 600 de 2000, se resuelve la demanda de casación formulada por razón de la indebida aplica-

372 En realidad, se refiere a la decisión de tutela 24021 del 7 de febrero de 2006. En esta tutela se decide sobre la inaplicabilidad de la Ley 890 de 2004, a un caso tramitado por la Ley 600 de 2000, únicamente.

373 Se reitera lo dicho en la decisión radicada 32637/07.

ción de la Ley 733 de 2002, a un caso que no le resultaba aplicable. A pesar de que no se había demandado la falta de aplicación favorable de la Ley 906 de 2004, en punto de la aceptación de cargos, se presentaron salvamentos de voto de varios magistrados por considerar que existen razones para considerar que la sentencia anticipada se identifica con el allanamiento a cargos.

- 24786 (M.P. Ramírez Bastidas) del 6 de septiembre de 2007. Se reitera lo dicho en 21954 (M.P. Quintero Milanés) y 25099 (M.P. Gómez Quintero y González de Lemos). Se responde concepto de la Procuraduría, según el cual debió aplicarse retroactivamente la Ley 906 de 2004, a pesar de haberse tramitado el caso por la Ley 600 de 2000, por virtud de la favorabilidad. Se reitera jurisprudencia. Existe salvamento de voto del H.M. Augusto Ibáñez Guzmán.
- Rad. 27549 (M.P. Ramírez Bastidas) del 6 de septiembre de 2007. Se discute la posibilidad de aplicar la Ley 890 de 2004 a una investigación iniciada en el 2005 en la ciudad de Cali (antes de la entrada en vigencia del sistema acusatorio), pero la Corte Suprema estima ilegal la rebaja del 50% en un caso que, se insiste, se tramitó bajo la Ley 600 de 2000, es decir, a quien se acogió a la figura de la sentencia anticipada. Se cita la decisión 21954 (M.P. Quintero Milanés) y 26065 (M.P. Pérez Pinzón). Sobre el punto de debate, el H.M. Augusto Ibáñez Guzmán presenta salvamento de voto indicando que, a partir de la macrocomparación se encuentran las similitudes entre el allanamiento y la sentencia anticipada, recordando la tutela rad. 32637. El H.M. Julio E. Socha Salamanca, con apego a la tutela T-1026/06 de la Corte Constitucional, refiere que los institutos son análogos, pues ambos conducen a la abreviación del proceso.

Sentencia hito:

- 25306 del 8 de abril de 2008, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Puede decirse que esta sentencia es hito en materia de aplicación favorable de las rebajas de pena contempladas en el Artículo 351 de la Ley 906, a los eventos de aceptación de cargos, a través de la sentencia anticipada, en los asuntos tramitados bajo la Ley 600 de 2000. Precisamente, en esta oportunidad, se solicitaba a la Corte

casara la sentencia, por cuanto los falladores de instancia habían reconocido a un caso del sistema anterior el 50 por ciento de la rebaja. Se recuerda, entre otras, las decisiones radicadas 21954 (M.P. Quintero Milanés) y 21347 (M.P. Ramírez Bastidas) de la Corte Suprema de Justicia y algunos fallos de tutela de la Corte Constitucional. Las razones nodales de este cambio jurisprudencial son:

- La Corte Suprema tiene la misión de unificar jurisprudencia ante las decisiones del mismo tribunal -con sus respectivos salvamentos de voto, aclara- y de la Corte Constitucional.
- Es correcto invocar el principio de favorabilidad cuando existen circunstancias análogas entre la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos, pues el supuesto fáctico es el mismo: el ciudadano acepta unilateralmente su responsabilidad ante el Estado.
- El allanamiento a cargos no está condicionado al pago de los perjuicios, en casos de detrimento patrimonial.
- No hay consenso entre el imputado con su acusador. Se trata de un acto unilateral.

Sentencias confirmadoras de regla:

- 25304 del 16 de abril de 2008, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés y Julio E. Socha Salamanca. Oficiosamente, la Corte Suprema, en un caso tramitado bajo la ritualidad de la Ley 600 de 2000, donde los sindicatos se sometieron a sentencia anticipada, se ocupa de resolver si procede la aplicación favorable de la Ley 906 en materia de allanamientos a cargos; para tal fin, reitera lo dicho en la decisión 21347 (M.P. Ibáñez Guzmán). En consecuencia, reduce la sanción en un 50%. Existe salvamento de voto.
- Rad. 29788 del 29 de julio de 2008, con ponencia de Augusto Ibáñez Guzmán, al resolver sobre la procedencia de rebaja en un caso contemplado en la Ley 1121 (la cual prohíbe rebajas por “*confesión y sentencia anticipada*”), se dijo que la intención del legislador era reprimir severamente las conductas allí previstas, sin importar el sistema de enjuiciamiento que se adoptara, por lo que se trasladaron

los efectos de la imposibilidad de rebajas por sentencia anticipada, al allanamiento a cargos de la Ley 906 de 2004.

- Rad. 30299 del 17 de septiembre de 2008, con ponencia del H.M. Sigifredo Espinosa Pérez. El tema por resolver se circunscribe a establecer si procede la rebaja por aceptación unilateral de cargos en la Ley 906 de 2004, con ocasión del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. La Corte explica que el párrafo de tal norma indica explícitamente que no habrá rebaja por sentencia anticipada, por lo que, entiendo, sería un contrasentido que el legislador hubiese restringido los beneficios en la Ley 600 de 2000, pero no lo hubiese hecho para el nuevo sistema procesal. De tal manera, la prohibición de rebaja se extiende también para la aceptación de cargos en Ley 906 de 2004.

Respuesta negativa	¿Puede asimilarse el allanamiento a la sentencia anticipada?	Respuesta positiva
•21954 (M.P. Quintero Milanés)/05		
•21347 (M.P. Ramírez Bastidas) /05, con Aclaración de voto (M.P. Pérez Pinzón) •25133 (M.P. Pérez Pinzón)/06 •24531/06 (M.P. Espinosa Pérez) •26071 (M.P. Ramírez Bastidas)/06 •24764 (M.P. Espinosa Pérez)/06		
•26065 (M.P. Pérez Pinzón)/07		
•28872 (M.P. Ibáñez Guzmán)/07		
•24786 (M.P. Ramírez Bastidas)/07		

•27549 (M.P. Ramírez Bastidas)/07		
		•21347 (M.P. Ibáñez Guzmán)/08
		•25304/08 (MM.PP. Quintero y Socha)
		•29788/08 (M.P. Ibáñez Guzmán)
		•30299 (M.P. Espinosa Pérez)/08

## Conclusión

De tiempo atrás, la Corte Suprema, en nada pacífica jurisprudencia, había dicho que no podría equipararse el allanamiento a cargos con la sentencia anticipada, como para transmitir sus efectos, específicamente, en cuanto a la rebaja de penas por su ocurrencia.

Sin embargo, a partir de la decisión radicada 21347 (M.P. Ibáñez Guzmán), esta postura cambia diametralmente y se ha venido confirmando la regla según la cual, la sentencia anticipada es análoga a la aceptación unilateral de los cargos, tanto en efectos de interpretación favorable, como en aquellos casos en que la hermenéutica no resulte la más benigna para el imputado, tal ocurre tratándose de las restricciones contenidas en la Ley 1121 y en la 1098 de 2006.

Oportuno sería en este momento realizar una breve mención de algunas de las decisiones, que en sede de tutela, ha adoptado la Corte Constitucional, que fueron tenidas en cuenta en salvamentos de voto y en la variación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia hito y fundacional:

- Sentencia T-1211 de 2005. Con apoyo en la Sentencia C-592 de 2005, que determinó que a pesar de la vigencia delimitada de la Ley 906 de 2004, los efectos favorables deberán ser tenidos en cuenta. Concluyó que ese caso (tramitado bajo la Ley 600 y sin que la Ley 906

hubiera empezado a regir en ese distrito judicial, aunque la sentencia condenatoria se encontraba en firme, debían otorgarse los efectos favorables del allanamiento a cargos, frente a quien se había acogido a sentencia anticipada. Conforman la Sala los H.M. Clara Inés Vargas (como ponente), Jaime Araujo y Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencias confirmadoras de regla:

- T-091 de 2006. Se trata, igualmente, de un caso cuya sentencia se encuentra en etapa de ejecución. La Corte encuentra argumentos para sustentar la analogía existente entre la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos, entre ellas: que ambas promueven la eficacia judicial, están sometidas a control de un juez, comportan la renuncia a un juicio y son naturalmente idénticas. La Sala está conformada por los H.M. Jaime Córdoba Triviño (como ponente), Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.<sup>374</sup>

Sentencia que sirve de punto arquimédico:

- T-647 de 2007. Reitera lo dicho por la misma Corporación. Conforman la Sala los H.M. Manuel José Cepeda (como ponente), Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

## Conclusión

La Corte Constitucional, por lo menos en sede de tutela, ha concluido que la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos son asimilables, por lo que es viable aplicar el principio de favorabilidad cuando resulte procedente según las características de cada caso en particular.

### 3.3 ¿Procede la retractación ante la aceptación de cargos?

Descripción del problema: al margen de la discusión sobre si el allanamiento es o no una modalidad de los acuerdos, resulta viable estimar las reglas que se han fijado por la Corte Suprema en torno a la retractación en un evento de aceptación de culpabilidad anticipada.

<sup>374</sup> Reiterada en las Sentencias de Tutela T-941/06, T-797/06, T-966/06, T-082/07, T-106/07, T-232/07, T-356/07, T-434/07 y T-444 de 2007 de la misma Corporación.

Sentencia hito y fundacional:

- 24026 (M.P. Solarte Portilla) del 20 de octubre de 2005, en un caso donde la acusada fue condenada por el porte de sustancias estupefacientes en mínima cantidad, se alegaba la ausencia de antijuridicidad. La Corte considera que no es posible, luego de aceptar los cargos, entrar a debatir puntos como el expuesto. Se traza la regla según la cual carece de interés para recurrir quien representa los intereses de aquel que ha hecho un acuerdo o ha aceptado la responsabilidad, sobre aspectos relacionados con el injusto y la responsabilidad.<sup>375</sup>

Sentencias confirmadoras de la regla:

- 25389 (M.P. Zapata Ortíz) del 10 de mayo de 2006, se reitera la posición del 24026 (M.P. Solarte Portilla), indicándose que los intervinientes sólo se pueden referir a las condiciones individuales del condenado. El tema de esta sentencia se refiere a la negativa de practicar una prueba para acreditar una legítima defensa.
- 25248 (M.P. Solarte Portilla) del 5 de octubre de 2006, el demandante planteó que era imprescindible aceptar la retractación. La Corte reitera lo dicho en la decisión 24026 (M.P. Solarte Portilla). Se aclara que no basta con que la aceptación sea libre de vicios y asesorada, sino que además debe ser aprobada por el Juez de Control de Garantías o de Conocimiento, según corresponda.
- 26587 (M.P. Pulido de Barón) del 21 de febrero de 2007. Se alega por uno de los demandantes que efectivamente su prohijado participó en la comisión de las conductas imputadas, pero no a título de coautor, sino en calidad de cómplice y por ello, debió habersele reconocido la rebaja punitiva correspondiente. La Corte hace ver que ésta es una especie velada de retractación, que resulta inadmisibles en esta forma de terminación anticipada.
- 27159 del 18 de abril de 2007, reitera la postura de la 24026 (M.P. Solarte Portilla). Se explica que, conforme a legislaciones anteriores, la doctrina y la jurisprudencia han creado el principio de irre-

<sup>375</sup> Reiterada en Sentencia 24913 del 12 de diciembre de 2005.

tractabilidad. Agrega que la solicitud de invalidez se diferencia de la retractación en que aquella se fundamenta en la ilegalidad del acto o el quebranto de garantías fundamentales. Lo anterior teniendo en cuenta que el demandante propuso que la Fiscalía tenía en su poder otro dictamen que concluía que las granadas, objeto del delito, no eran aptas para ser detonadas.

- 27978 (M.P. Solarte Portilla) del 23 de agosto de 2007, se reitera las decisiones 27218 y 27159. Indica la Corte que no resulta viable hacer juicios de valoración probatoria cuando ha existido preacuerdos entre la Fiscalía y el acusado, tal como esperaba el demandante que se hiciera.
- 28221 (M.P. Espinosa Pérez) del 12 de septiembre de 2007. En un caso donde el imputado aceptó los cargos, a pesar de no concurrir rebaja alguna por razón de la Ley 1098, el demandante alega falta de defensa y escasa actividad probatoria. La Corte reitera lo dicho en la decisión 24026 (M.P. Solarte Portilla). Por lo tanto, se inadmite la demanda.
- 30255 del 29 de octubre de 2008, con ponencia del H.M. Alfredo Gómez Quintero, se propone por el demandante falta de defensa técnica y haberse dictado sentencia en un fallo viciado de nulidad, por cuanto las interceptaciones fueron ilícitamente obtenidas. La Corte hace ver que no es admisible la retractabilidad tratándose de acuerdos, pues una de las consecuencias de la aceptación de cargos es la renuncia al juicio oral, donde se debatirían las pruebas obtenidas.

## **Conclusión**

Pacíficamente se ha fijado la siguiente regla:

- Una vez aceptados los cargos en allanamiento unilateral ante el Juez de Control de Garantías o de Conocimiento, según corresponda, no hay lugar a retractarse de dicha aceptación.
- Si se trata de acuerdo o negociación, cuando el Juez de Conocimiento aprueba el acta correspondiente, tampoco hay lugar a retractarse.

### 3.4. ¿Cuáles son las facultades del Juez de Conocimiento frente a la aceptación de cargos?

Descripción del problema:

El inciso 2 del Artículo 293 del Código de Procedimiento Penal establece que, si el imputado por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, el Juez de Conocimiento debe “*examinar*” si el acuerdo es libre, voluntario y espontáneo, lo que implicaría que puede hacerse control del mismo. En seguida se relacionan conclusiones adicionales que ha expuesto la Corte.

Sentencia Fundacional:

- Radicado 21954 (M.P. Quintero Milanés) del 23 de agosto de 2005, se fijan las siguientes reglas:
- La reducción de pena por allanamiento a cargos en imputación debe oscilar entre la mitad y la tercera parte, en consideración al siguiente momento procesal en que es posible aceptar los cargos.
- La rebaja en audiencia preparatoria sería de una tercera, a una sexta parte, por las mismas razones.
- Al declararse culpable el acusado al inicio del juicio oral, se deducirá una sexta parte, que opera automáticamente y sin necesidad de convenio entre las partes.
- En otra oportunidad se dijo, “... si hubo transacción sobre el monto de la rebaja de pena y demás aspectos vinculados con ocasión del allanamiento unilateral a cargos, si tanto el Juez de Control de Garantías como el de Conocimiento verifican que aquel fue libre, voluntario, espontáneo, consciente y debidamente informado, este último queda obligado a respetar sus términos (inciso 4, Artículo 351 y Artículo 370)...”<sup>376</sup> Allí también se fija la regla según la cual, si hay aceptación de cargos y posterior acuerdo de pena, el juez queda ligado a ella; pero, si no hay convenio sobre el monto de la sanción, es el fallador libre de individualizar la pena conforme el sistema de cuartos...<sup>377</sup>

<sup>376</sup> Corte Suprema, Sentencia 24531 del 4 de mayo de 2006. Se analiza un caso en que se hizo una rebaja inferior al 50 por ciento.

<sup>377</sup> *Ibidem*.

- 24026 (M.P. Solarte Portilla) del 20 de octubre de 2005, la Corte consideró que no era posible que el Juez de Conocimiento variara el verbo rector imputado por la Fiscalía. Se trataba de un caso en que la acusada había aceptado cargos por porte de estupefacientes y fue condenada por tráfico. Se indicó que en ambos casos, el desvalor de acción era claramente diferenciable.
- En decisión 24913 del 12 de diciembre de 2005, se dijo que cuando no hay acuerdo sobre la pena por imponer, el juez se encuentra en libertad de determinar la sanción correspondiente.
- En decisión 25389 (M.P. Zapata Ortíz) del 10 de mayo de 2006, se indicó que las partes pueden referirse, en ejercicio del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, a las condiciones personales del condenado a efectos de que el juez pueda individualizar la sanción.
- Radicado 24529 (M.P. Quintero Milanés) del 29 de junio de 2006. Se reitera la regla señalada por la Corte en la decisión 21954 (M.P. Quintero Milanés). Y se precisa que, para el caso que fue puesto en esta ocasión en consideración del Tribunal, la reducción de quien aceptó cargos en audiencia de imputación no podía ser “*la tercera parte*”, pues no resultaba adecuado concederle dicha deducción a quien había declarado su culpabilidad en un momento tan temprano. Como quiera que esa sería la rebaja que correspondería si la aceptación se hubiera hecho en un momento posterior (lo que conlleva menor colaboración con la justicia), la Corte concluyó que en este caso el beneficio tenía que ser por lo menos, de una tercera parte y un día.
- Rad. 24287 (M.P. Zapata Ortíz) del 29 de junio de 2006. Se aceptó cargos en audiencia de imputación. El Juez de Conocimiento rebaja la pena en una tercera parte. La Corte considera que, a pesar de que la captura operó en situación de flagrancia, con la aceptación se había ahorrado esfuerzos a la administración de justicia y por lo tanto, la rebaja tenía que ser mayor. Redosifica la pena.
- Rad. 25196 (M.P. Espinosa Pérez) del 10 de agosto de 2006, se alegaba por el demandante que el Juez de Conocimiento dosificó la pena en cuantía superior a la acordada (la imposición de la míni-

ma sanción) por lo cual, la Corte acoge el planteamiento indicando que cuando se acuerda la consecuencia jurídica, ella debe ser respetada por el fallador.

- Rad. 25724 del 19 de octubre de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, se resolvió el tema de la aplicabilidad de la Ley 890 de 2004, en un caso en que hubo allanamiento a cargos, más no preacuerdo. Sin embargo, conforme lo reconoce la Corte, por vía de su labor pedagógica, se ocupa de establecer que la conducta por la que se condenó, no corresponde a los hechos ocurridos; en tal sentido, dijo: *“equivocadamente algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales (Artículos 6 y 351, Inciso 4, del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran las de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamentales por el Artículo 29 de la Carta Política”*. Pero, por razón del principio de limitación (no fue objeto de recurso) y de la no reformatio in pejus, la Corte Suprema no hizo modificación a la sentencia impuesta.
- 25108 (M.P. Solarte Portilla) del 30 de noviembre de 2006. El Juez de Conocimiento, antes de aprobar el allanamiento realizado, cuestionó al fiscal sobre la prueba existente respecto de la calidad de servidor público como elemento estructural de la conducta típica imputada; ante la indisponibilidad de dichos medios de convicción, el fallador se abstuvo de aprobar el acuerdo. La Corte, ante lo expuesto, considera: *“el Juez con funciones de Conocimiento está legalmente facultado para verificar que la aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía se encuentre sustentada en un mínimo de prueba que permita concluir razonablemente que la conducta es típica y que el imputado intervino en ella en calidad de autor o partícipe, en salvaguarda del principio de presunción de inocencia”*, pero aclara que la solución era improbar o anular el allanamiento. Por lo tanto, califica de anormal el espacio probatorio abierto por el Juez de Conocimiento.
- 25726 (M.P. Pulido de Barón) del 21 de febrero de 2007. En esta ocasión, ante la demanda presentada por no haberse concedido el 50 por ciento de la rebaja (sin que fuese inferior a la tercera parte), dada

la aceptación en imputación, la Corte considera que fue acertada una reducción menor a ese concepto, habida cuenta de la aprehensión en flagrancia y del poco desgaste investigativo que demandaba dicho caso para el Estado.

- 26087 (M.P. Pulido de Barón) del 28 de febrero de 2007. La Corte reitera la decisión 24026 (M.P. Solarte Portilla). Se fija la regla según la cual no es posible modificar la imputación aceptada por el procesado, a diferencia de lo que ocurre cuando se ha tramitado el proceso por la ritualidad ordinaria. Se afirma que en aceptación o preacuerdos, la congruencia debe ser rígida. Se trata de un caso en que la terminación se produjo, previo agotamiento del juicio oral, variando la imputación jurídica.
- Luego, se indicó “...Cuando el Juez del Conocimiento (*individual o colectivo*), que por antonomasia es Juez de Garantías, es juez constitucional, juez del proceso, advierta que el preacuerdo en su integridad o en algunas de las conductas o circunstancias objeto de la negociación desconoce la Constitución o la ley, así debe declararlo, como debe declarar al mismo tiempo qué parte del preacuerdo obedece la ley, en esencia porque ningún sentido tiene invalidar lo que se ajusta al derecho...  
(...)  
*Entre tanto, cuando el Juez del Conocimiento -que es constitucional por excelencia- advierta un error de legalidad, de garantía o de estructura en el proceso del sistema penal colombiano, lo procedente es -y sigue siéndolo- que impruebe el acuerdo, que decrete la nulidad -total o parcial- del fallo y que ordene rehacer el trámite desde el momento en que se presentó el error in procedendo...”.<sup>378</sup>*
- Rad. 29252 (M.P. Ibáñez Guzmán) del 28 de junio de 2008. La Corte, oficiosamente, aborda el tema de si hechos con circunstancias conexas (por ejemplo, coincidencia en los testigos), que son conocidos por el mismo juez, afectan la imparcialidad, explicando que no, pues, en este caso, en el primer hecho conocido por el Juez de Conocimiento, su labor en un preacuerdo se limitó (y se debe limitar) a dosificar la sanción, a menos que hubiese advertido alguna irregularidad.

<sup>378</sup> Radicado 27759 del 12 de septiembre de 2007, se cuestionaba por el demandante, coadyuvado por la Procuraduría, que el juez sólo podía invalidar totalmente el acuerdo, más no parcialmente.

- 28872 (M.P. Ibáñez Guzmán) del 15 de julio de 2008. Se recuerda la sentencia 29252, para indicar que la labor del Juez de Conocimiento, en un preacuerdo, es la de dictar sentencia conforme lo convenido por las partes, a menos que advierta una violación de las garantías fundamentales -en tanto “no es un convidado de piedra” -, como en este caso, donde, se afirma por la Corte, se quebrantó el principio de legalidad. El asunto versa sobre un homicidio en que se agravó la conducta por el porte ilegal de armas, pero, a juicio de la Corte, el agravante resultaba atípico, por lo que debió imputarse la conducta del porte de armas en forma separada. Al quebrantarse el principio de legalidad frente a la adecuación típica, no puede oponerse -indica la Corte- la simple manifestación libre y voluntaria del imputado.
- Rad. 29788 del 29 de julio de 2008, con ponencia de Augusto Ibáñez Guzmán, se precisó que el juez, a pesar de la solicitud de las partes hecha en individualización de pena, puede acudir al sistema de cuartos e imponer la sanción que corresponda. Reitera lo dicho en radicados 25389 (M.P. Zapata Ortíz) y 24913.

#### Sentencia Hito:

- *“En efecto, el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, no puede interpretarse aisladamente, sino que -en sano ejercicio hermenéutico- debe hacerse de manera armónica con el artículo 131 ibídem, de conformidad con el cual, la facultad de “verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa”, está deferida al Juez de Control de Garantías ‘o’ al Juez de Conocimiento. Es claro que la referida conjunción está empleada por el legislador en forma disyuntiva o antagónica, por lo que si el Juez de Control de Garantías cumple con la mentada función, al Juez de Conocimiento le está vedado volver a hacerlo...”*<sup>379</sup>
- 29373 (M.P. Espinosa Pérez) del 22 de agosto de 2008, el Juez de Conocimiento condena por un concurso homogéneo de narcotráfico, que no fue indicado en la audiencia de imputación y conse-

<sup>379</sup> Se dijo: Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, exp. 11-001-02-30-000-2008-00228-00, M.P. Alfredo Gómez Quintero, del 31 de julio de 2008. Se refiere a un caso en que, luego de aceptar la imputación, el implicado se retracta de los cargos, por lo cual el Juez de Conocimiento establece que no hubo un vicio del consentimiento y, por lo tanto, declara la nulidad. El asunto llega a la Corte con miras a resolver un conflicto de competencias entre Fiscalía y juez.

cuencialmente, no fue aceptado por los imputados, razón por la cual la Corte excluye la figura concursal indicando que la lealtad también es exigible al Juez de Conocimiento *“en términos de adicionar causales de agravación punitivas que no se enrostraron ni desconocer las de atenuación que se reconocieron, atribuir modalidades ejecutivas o dispositivos amplificadores del tipo penal que no conformaron la médula de lo imputado”*.

- Rad. 29979 del 27 de octubre de 2008, M.P. Julio E. Socha Salamanca. Se reitera la cita anterior de la 25724 (M.P. Pérez Pinzón). Sobre el punto, se dijo que: *“si en el ejercicio del control judicial que le asiste dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones el Juez de Conocimiento encuentra en el escrito presentado por las partes una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica o, mejor dicho, un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el nomen iuris de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etc.), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación”*.

Y agrega: *“para efectos de controlar la legalidad del preacuerdo, el funcionario de conocimiento deberá, en primer lugar, verificar que la situación fáctica referida en el escrito presentado por las partes sea idéntica a los hechos imputados por la Fiscalía en la respectiva audiencia preliminar. Y, a continuación, tendrá que estudiar si dichas circunstancias ostentan una debida consonancia frente a la adecuación típica plasmada en el escrito del preacuerdo, sin perjuicio de que corresponda o no a la calificación jurídica de los hechos atribuida en la formulación de imputación”*.

El problema jurídico planteado en esta ocasión: el Juez de Conocimiento puede tomar alternativa diferente a la de condenar o rechazar el acuerdo (como sería el caso de solicitar variación de la calificación), a lo cual se responde negativamente. Lo anterior, con ocasión de un evento en el cual se precordó una rebaja del 50%

sobre varios cargos, entre ellos, el porte ilegal de armas de fuego; sin embargo, en la imputación se había indicado que el porte de armas estaba agravado por el uso de medio motorizado, circunstancia que, según explica la Corte, no se presentaba. El Juez de Conocimiento da a entender, antes de aprobar el acuerdo, su inconformidad por la exclusión del agravante y la concurrencia de la rebaja, lo que induce al fiscal a que se desconozca la reducción punitiva. Este ejercicio del juez es rechazado por la Corte, en tanto quiebra la imparcialidad del fallador.

Sentencia hito:

Radicado 31531 del 8 de julio de 2009 (M.P. Ramírez Bastidas) Expresamente la Corte indica que varía su jurisprudencia en el sentido de admitir que el Juez de Conocimiento no está vinculado al acuerdo, pues la sentencia no podría tener validez cuando *“se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena (necesaria, proporcional y razonable), o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía in malam partem, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del non bis in ídem, o en la que se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de participación o de las expresiones de culpabilidad atribuidas, o por menoscabo del principio antijuridicidad material y ausencia de lesividad, como es el caso concreto, o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva, o por desconocimiento del principio de in dubio pro reo”*. En consecuencia, se casó la sentencia objeto de impugnación.

Lo anterior se podría representar gráficamente de la siguiente forma:

Vinculatoriedad del acuerdo y escasa intervención del juez	Facultades del Juez de Conocimiento frente al acuerdo	Control mayor del juez, acuerdo restringidamente vinculante
	•21954 (M.P. Quintero Milanés)/05	
•24531 (M.P. Gómez Quintero)/05		
•24026 (M.P. Solarte Portilla)/05		
	•24913/05	
	•25389 (M.P. Zapata Ortíz)/06	
		•24529 (M.P. Quintero Milanés)/06
	•24287 (M.P. Zapata Ortíz)/06	
•25196 (M.P. Espinosa Pérez)/06		
		•25724 (M.P. Pérez Pinzón)/06
		•25108 (M.P. Solarte Portilla)/06
	•25726 (M.P. Pulido de Barón)/07	
		•26087 (M.P. Pulido de Barón)/07
	•29252 (M.P. Ibáñez Guzmán)/08	
		•28872 (M.P. Ibáñez Guzmán)/08
		•29788 (M.P. Ibáñez Guzmán)/08
•2008-0228 (M.P. Ibáñez Guzmán)/08		
•29373 (M.P. Espinosa Pérez)/08		

•29979 (M.P. Socha Salamanca)/08		
		•31531 (M.P. Ramírez Bastidas)/09

## Conclusiones

Se fijan las siguientes reglas:

- El Juez de Conocimiento, cuando se trata de allanamientos, debe limitarse a convocar a incidente de reparación integral e individualizar la pena. Cuando se trata de acuerdos, adicionalmente debe examinar que sea libre, espontáneo y debidamente asesorado.
- En todo caso, debe examinar que la aceptación de cargos no comporte una violación de garantías fundamentales, como cuando se quebranta el principio de legalidad al seleccionar indebidamente el nomen iuris, o el principio de antijuridicidad material.
- Las peticiones hechas en desarrollo de la audiencia del artículo 447, muy a pesar de existir acuerdo que no verse sobre ese punto, no vinculan al Juez de Conocimiento.
- En caso de existir acuerdo sobre la pena, un sustituto o subrogado, o cualquier otra consecuencia, son vinculantes para el Juez de Conocimiento.

### 3.5. ¿Es necesario presentar escrito de acusación, una vez aceptados los cargos?

Descripción del problema:

Suele ser una práctica común, conforme se evidenció durante el monitoreo y acompañamiento realizado por la Comisión de Fiscales, que se exija por parte de los jueces la presentación de escrito de acusación cuando el imputado ha aceptado los cargos.

Sentencia hito:

- En decisión del 31 de marzo de 2008, , radicado 29002, la Corte Suprema (M.P. Alfredo Gómez Quintero), al resolver sobre la admisibilidad de una demanda, en la que se habían invocado hechos que no constaban en el acta de aceptación de cargos, aprovecha la Sala Penal para aclarar que no es necesario, luego de aceptados los cargos por vía de allanamiento o por acuerdo, presentar un nuevo escrito o modificar el contenido del acuerdo. Lo anterior conforme lectura de los Artículos 293 y 350.1 del Código de Procedimiento Penal, según el cual lo convenido es “suficiente como acusación”.

Decisión confirmadora de la regla:

- El 31 de julio de 2008, en un conflicto de competencias, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, reitera esta postura.

### 3.6. ¿Cuáles son los momentos procesales en que se puede realizar el allanamiento?

Decisión fundacional:

- En la decisión 21954 (M.P. Quintero Milanés) del 23 de agosto de 2005, se dijo:
- En la audiencia de formulación de imputación (Artículo 288).
- Entre la acusación y hasta el momento en que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral (Artículo 352).
- En la audiencia preparatoria (Artículo 365.5).
- En la alegación inicial del juicio oral (Artículo 367).

Hay salvamento de voto de los H.M. Marina Pulido de Barón y Alfredo Gómez Quintero, donde se dice que son sólo tres los momentos donde procede el allanamiento (en imputación, en preparatoria y al instalar el juicio oral).

- Rad. 24468 del 6 de abril de 2006. Se discutía si era posible que se condenara por una circunstancia no atribuida en la audiencia de imputación. Sin embargo, se advierte en la actuación procesal que

la aceptación de cargos ocurrió en la audiencia de formulación de acusación. La Corte no se refiere al tema. Aclara que es posible incluir agravantes en el escrito de acusación y, en esos términos, es válido que se acepten cargos.

- En auto del 17 de octubre de 2007, rad. 28451 (M.P. Espinosa Pérez), donde se debatía la proporción de la rebaja a pesar del contenido de la Ley 1098, se afirmó por la Corte: “... Bajo la acertada premisa de que la audiencia de formulación de acusación no es un espacio procesal propicio para el allanamiento a cargos (pues, como tal sólo se consagran en la Ley 906 de 2004 las audiencias de formulación de imputación, preparatoria y juicio oral)...”.

### 3.7. ¿La rebaja por aceptación o acuerdo, es sólo aplicable a la pena privativa de la libertad?

Descripción del problema:

Durante la primera fase de implementación del sistema acusatorio en Colombia, en algunos sectores se predicaba que las rebajas sólo tenían incidencia en el término privativo de la libertad.

Sentencia fundacional:

- Se dijo: “... frente a este punto, la Corte aclara que el término pena a que alude el citado Artículo 351, no está destinado, de manera exclusiva, a la pena privativa de la libertad sino a todas aquellas sanciones que contenga el tipo penal y, por supuesto, también se encuentran contenidas en dicha expresión las accesorias, que correspondan teniendo en cuenta el acontecer fáctico declarado como probado en los fallos de instancia.

*Además, observa la Corporación que el sentenciador, respecto de la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas contemplada en el artículo 404 del Código Penal (de 5 a 8 años), no le hizo el incremento que estatuye el Artículo 14 de la Ley 890 de 2004, esto es, no lo aumentó en una 1/3 parte para el mínimo y en la mitad para el máximo...”.<sup>380</sup>*

380 Corte Suprema, radicado 26255 del 18 de julio de 2007, MM.PP. Jorge Luis Quintero y Julio E. Socha Salamanca. Esta decisión se refiere a una aceptación de cargos de un servidor por la conducta de concusión. Oficiosamente la Corte se ocupó de la pena de inhabilitación en forma oficiosa.

Sentencia confirmadora de la regla:

- En igual sentido, la Sentencia de Primera Instancia 27337 (M.P. Espinosa Pérez) del 23 de agosto de 2007, con ocasión de un tráfico de migrantes donde había participado un miembro diplomático, dada la aceptación de cargos, se produjo la rebaja en las penas de inhabilitación de derechos y en la multa (página 115).

## Conclusión

La rebaja de pena no sólo opera para la pena privativa de la libertad, sino para todas las demás consecuencias jurídicas, como pueden serlo la multa y la inhabilitación de derechos. Sin embargo, se considera, habría otras consecuencias jurídicas que por naturaleza, no resulta posible hacerles deducción; podría pensarse, a manera de ejemplo, en la pérdida de la patria potestad, el comiso y la cancelación de la personería jurídica.

### 3.8. ¿Puede invalidarse parcialmente un acuerdo?

Se fijó por la Corte Suprema de Justicia, la siguiente regla:

*“... No existe previsión legislativa con carácter de mandato -imposicional al juez para que apruebe o impruebe los preacuerdos “en su totalidad”; al contrario, lo que la ley dice es que los preacuerdos obligan al Juez de Conocimiento salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales (Art. 351 inciso cuarto).*

*Los preacuerdos y negociaciones en materia penal no tienen la misma fuente civilista en la que el comprador adquiere ciertos bienes que acceden la cosa principal objeto del contrato. Cuando el Juez del Conocimiento (individual o colectivo), que por antonomasia es Juez de Garantías, es juez constitucional, juez del proceso, advierta que el preacuerdo en su integridad o en algunas de las conductas o circunstancias objeto de la negociación desconoce la Constitución o la ley, así debe declararlo, como debe declarar al mismo tiempo qué parte del preacuerdo obedece la ley, en esencia porque ningún sentido tiene invalidar lo que se ajusta al derecho...”*<sup>381</sup>

381 Radicado 27759 del 12 de septiembre de 2007, se cuestionaba por el demandante, coadyuvado por la Procuraduría, que el juez sólo podía invalidar totalmente el acuerdo, mas no parcialmente.

**3.9.** ¿Cuál es el alcance del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, en cuanto a rebajas por acuerdos?

Descripción del problema:

El Artículo 199 de la Ley 1098 indica que no habrá rebaja de pena por acuerdos o negociaciones, cuando la investigación sea por delitos sexuales u homicidio y lesiones en la modalidad dolosa.

Se podría afirmar, razonadamente, que esta norma no cobija las aceptaciones unilaterales a los cargos producto de allanamiento a cargos.

O también podría decirse (como en algún momento se indicó en una interesante decisión del Tribunal Superior de Bogotá) que esta disposición no es coherente con la Carta Política.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia expresó:

Sentencia fundacional:

- En el auto 28080 (M.P. Socha Salamanca) del 12 de septiembre de 2007, donde el demandante solicitaba la inaplicación de dicha norma, la Corte dijo que ello no podía hacerse por cuanto se afectaba el orden jurídico.
- En auto 28451 (M.P. Espinosa Pérez) del 17 de octubre de 2007, se alegó que la Fiscalía había prometido una rebaja del 50 por ciento, pero el juez sólo había concedido la tercera parte. Dado el momento procesal, se inadmitió la demanda. Pero se advirtió que la Ley 1098 prohíbe la rebaja por acuerdos.

Sentencia hito:

- Rad. 30299 del 17 de septiembre de 2008, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez. Se hacen las siguientes consideraciones:
- Una norma draconiana no debe considerarse inconstitucional. Ello hace parte de la libertad de configuración del legislador.

- Se incluyen “*ambas formas de terminación*”, es decir, que no sólo se regula la prohibición de rebaja en preacuerdos, sino también en allanamiento a cargos. El Artículo 351 se refiere a las “*modalidades*”, esto es, por razón unilateral o por acuerdo.
- Por tanto, la prohibición de rebaja opera tanto para los acuerdos, como para los allanamientos a cargos.
- Esta idea es reforzada, cuando la misma norma indica que está prohibido cualquier otro beneficio o subrogado a quien incurra en las conductas allí plasmadas.
- Se indica, además, que para una mayor precisión, la norma indica que no procede la rebaja por “*sentencia anticipada*”.

### **Conclusión**

A juicio de la Corte Suprema de Justicia, la Ley 1098 resulta constitucional y no sólo cubre los acuerdos, sino también (siguiendo lógicamente su propia doctrina como se explicó en la pregunta 2), debe abarcar las aceptaciones unilaterales de cargos.

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia de Tutela T-794 de 2008, declaró que no era posible realizar acuerdos en casos de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, por mandato de la Ley 1098 de 2006, la cual se correspondía con los instrumentos internacionales en materia de protección a niños, niñas y adolescentes. No abordó el tema de los allanamientos a cargos.

#### **3.10.** ¿Puede el acuerdo contemplar aspectos relacionados con la reparación y cuáles serían sus consecuencias?

Radicado 21347 (M.P. Ramírez Bastidas) del 14 de diciembre de 2005. La Corte consideró que, siendo el allanamiento una forma de acuerdo, era necesario condicionar la posibilidad de aceptar los cargos de forma unilateral a la reparación de los perjuicios causados en detrimento del patrimonio económico, en los términos del Art. 349 de la Ley 906 de 2004.

Radicado 24817 (M.P. Pérez Pinzón) del 22 de junio de 2006, se indicó que si la víctima se declara satisfecha con la indemnización, a pesar de que el monto sufragado no corresponda con los perjuicios declarados, el juez debe acoger tal manifestación para reducir la pena con ocasión del artículo antes mencionado, siempre que la víctima tenga la posibilidad de disponer del patrimonio, lo cual no ocurriría en casos de patrimonio público. En este último caso, el reintegro debe ser del monto total.

En la misma sentencia se aclara que el reintegro contemplado en el Artículo 269 del Código Penal, que puede hacerse hasta antes de que se dicte el fallo, conduce a una rebaja de pena que puede ser concurrente con la reducción contemplada en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

En el radicado 28161 (M.P. Bustos Martínez) del 9 de abril de 2008, se reitera lo dicho en la decisión 24817 en cuanto a la concurrencia de las reducciones de los Artículos 269 y 349 del Penal y Procesal Penal, respectivamente. Se advierte sobre la necesidad de establecer la real existencia de la indemnización, sin perder de vista la autonomía de las partes.

Radicado 30978 (M.P. Ramírez Bastidas) del 17 de marzo de 2009. En un caso de concusión cometido por un servidor público, se condensó dentro del acuerdo una reparación simbólica, la cual fue estimada suficiente y adecuada por la Corte Suprema de Justicia, por lo que no fue condenado a pagar perjuicios de índole pecuniarios.

En decisión emitida en el radicado 29473 (M.P. Quintero Milanés) del 14 de mayo de 2009, se sostuvo que en una concusión es necesario también considerar el contenido del Artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en tanto hubo un detrimento patrimonial de los constreñidos, esto es, cancelar el 50 por ciento de lo recibido y garantizar el pago del restante.

De esta forma, se dejan sentados los problemas jurídicos más importantes suscitados con ocasión del Sistema Penal de Corte Acusatorio en materia de acuerdos y allanamientos, así como las reglas fijadas por nuestra Corte Suprema de Justicia para resolverlos.





# ANEXOS



## 1. Resumen de los más importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia frente al Principio de Oportunidad

Con el fin de facilitar el estudio de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente al Principio de Oportunidad, en este apartado se presenta un resumen de dichos pronunciamientos, que servirá de guía para la lectura de los textos completos, que es en todo caso lo deseable.

### 1.1. De la Corte Constitucional

#### 1.1.1. SENTENCIA C-480/05

DEMANDA: La norma demandada es el Artículo 323 de la Ley 906 de 2004

#### FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Se consideró por los demandantes que sólo el Fiscal General de la Nación está autorizado para aplicar el Principio de Oportunidad, toda vez que el Constituyente no autorizó la delegación en esta materia. También se arguyó que esta norma es muy general, al punto de convertir al Fiscal General de la Nación en “juez determinante”, lo cual puede generar grandes espacios de impunidad.

DECISIÓN: Ineptitud sustantiva de la demanda, no le corresponde a la Corte Constitucional adelantar el control oficioso de las leyes, sino únicamente pronunciarse sobre las demandas debidamente presentadas por los ciudadanos (C.P., Art. 241). Estas demandas han de cumplir con ciertos requisitos mínimos, para efectos de permitir un adecuado funcionamiento del aparato de administración de justicia. Y en este caso la demanda no cumple con los requisitos. INHIBIDA PARA CONOCER DE LA DEMANDA.

### 1.1.2. SENTENCIA C-673/05

NORMAS DEMANDADAS: Numeral 16 del Artículo 324 de la Ley 906.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA: Dicen los demandantes que la falta de una política criminal hace inaplicable la norma y por eso la considera inconstitucional. La norma implica pasar del ámbito de lo reglado a uno de discrecionalidad absoluta, ya que se habla de aplicar el Principio de Oportunidad a una persona que haya cometido un delito que dificulte la labor de un fiscal al investigar otra conducta, lo que sería decidido por el ente instructor sin ningún referente normativo.

### PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

¿La forma en la que está redactada la causal, conduce a la arbitrariedad absoluta del fiscal por cuanto, no sólo no existe una política criminal del Estado en materia de aplicación del Principio de Oportunidad, sino que además la causal demandada no logra adecuarse fácilmente a un caso concreto y por ende, se concluye que no existan reglas claras sobre la aplicación de la misma?

### DECISIÓN TOMADA POR LA CORTE

CONSIDERACIONES PREVIAS: La Corte antes de tomar una decisión recuerda la motivación que trae el proyecto de Acto Legislativo, en el cual se indicó, que (i) de alguna manera ya se estaba aplicando el Principio de Oportunidad, (ii) hablan de la existencia de un gran número de conflictos que “no alcanzan a

vulnerar materialmente bienes jurídicos, es decir no hay lesión ni potencial afectación real antijurídica”, (iii) lo enmarcan en una excepción al principio de legalidad, (iv) la existencia del mismo en muchos países, (v) la posibilidad de hacer con su aplicación más eficaz la administración de justicia y (vi) dejar su aplicación siempre de la mano de la regulación legal. Así mismo, recuerda algunas posiciones doctrinarias y la exposición de motivos planteada por la Fiscalía General de la Nación frente a la forma en la que quedó contemplado el Principio de Oportunidad en la Ley 906 de 2004; indica que es reglado, se prohíben causales extremadamente vagas o ambiguas ya que no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado podría acudir a dicha figura, además que la imprecisión o vaguead en la redacción hace imposible el control por parte del Juez de Garantías.

#### DECISIÓN FINAL ADOPTADA POR LA CORTE

Inexequibilidad de la norma al considerar que en ella el legislador no reguló con la necesaria precisión y exactitud el ejercicio de esta facultad discrecional, la consideró ambigua, indeterminada y oscura. Se permiten valoraciones meramente subjetivas por parte del fiscal, es tan imprecisa la norma que imposibilita el ejercicio de un adecuado y real control por parte del Juez de Garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del Principio de Oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley.

#### SALVAMENTO DE VOTO. CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ:

La tesis planteada por la Magistrada indica que, contrario a lo decidido por la mayoría, en esta causal se consagraba un supuesto normativo plenamente determinado, que permitía el ejercicio del Principio de Oportunidad, con fundamento en el cual la Fiscalía General de la Nación podía renunciar a la persecución penal en aquellos casos en los cuales se buscaba privilegiar la investigación de hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad. En cuanto a sus características el Principio de Oportunidad, dice que no es negación del principio

de legalidad, sino una extensión normativa del mismo, dado su carácter REGLADO Así, la norma era clara porque (i) El sujeto pasivo de la decisión de la Fiscalía era el “*imputado*” de una conducta punible. (ii) La persecución penal del delito por él cometido, en condición de autor o partícipe, debía tener la entidad suficiente para dificultar, obstaculizar o impedir a la Fiscalía orientar sus esfuerzos de investigación hacia otros hechos delictivos. (iii) Dichas conductas punibles comparativamente relacionadas con el delito frente al cual se pretendía renunciar a la acción penal, debían tener una mayor relevancia o trascendencia para la sociedad y (iv) En cuanto a su comisión, éstos debían haber sido realizados por el mismo imputado o por otras personas.

### 1.1.3. SENTENCIA C-979 DE 2005

#### NORMAS DEMANDADAS

Artículo 327 del CPP, en el aparte “*siempre y cuando con ésta se extinga la acción penal*”

Artículo 330 Reglamentación del Principio de Oportunidad por parte del Fiscal General de la Nación, es decir toda la norma.

Artículo 527 en lo que se refiere a la reglamentación de la mediación y en general, de los programas de justicia restaurativa.

#### FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Con relación al Artículo 327, se indica que el Artículo 250 CN, dispone que el control judicial procede en todos los casos en que se aplique ese principio y no sólo frente a unos de tales supuestos, según lo muestra el 327; pues ello puede conducir a la vulneración del derecho de igualdad, creándose así un régimen discriminatorio; viola el derecho de acceso a la administración de justicia e impide la vigencia de un orden justo.

Los Artículos 330 y 527 de la Ley 906 de 2004 son inexecutable porque facultan al Fiscal General de la Nación para expedir un reglamento en materia de Principio de Oportunidad y para elaborar un manual que fije las directrices de funcionamiento de

la mediación y de justicia restaurativa, sin tener en cuenta que, por mandato del Artículo 189.11 superior, tales facultades son privativas del Presidente de la República en tanto titular de la potestad reglamentaria; además por el Art. 230 constitucional los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley y no a reglamentos y a manuales.

## PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

1. ¿Reservar, como lo hace el Artículo 327 de la Ley 906 de 2004, el control judicial del Principio de Oportunidad a los eventos en que su aplicación comporta la extinción de la acción penal, resulta contrario al ámbito que se deduce del Artículo 250 de la Carta para el ejercicio del control de legalidad, ya que implica factores de discriminación y restricción al acceso a la administración de justicia?

2. ¿Las facultades reglamentarias que se le atribuyen en los Artículos 330 y 527 de la Ley 906 de 2004 al Fiscal General de la Nación para expedir un reglamento interno en materia de Principio de Oportunidad, y para elaborar un manual que fije las directrices de funcionamiento de la mediación y de los programas de justicia restaurativa, constituyen una invasión a la potestad reglamentaria del Presidente de la República?

## DECISIÓN TOMADA POR LA CORTE.

EN CUANTO AL ART. 327: Las formas de aplicación de acuerdo con el Art. 250 de la Constitución Nacional son la interrupción, la suspensión y la renuncia; el control por el Juez de Garantías opera para todas las formas de aplicación. Se acogió la figura del Principio de Oportunidad reglado, o sea que tanto los actos de interrupción, como de suspensión y de renuncia estarían amparados por el control judicial. Para tomar la decisión se parte de los antecedentes legislativos que muestran el interés del constituyente derivado en el establecimiento, no sólo de unos claros límites normativos, sino de unos controles materiales; se hace énfasis en que en la exposición de motivos claramente se habla de varias modalidades de aplicación y de su carácter reglado, y que en los debates en el Congreso se evidencia un cierto

temor de algún sector frente a la falta de control de la Fiscalía en la adopción de este tipo de decisiones, al tiempo que se resaltó la necesidad de que su aplicación fuera objeto del control judicial. En cuanto al alcance normativo del artículo dice que esta norma tiene un control “restringido” sin que exista ninguna autorización constitucional para ello, y frente a esta materia no hay ámbitos de disposición de la acción penal; explica cual es la razón de ser del Juez de Control de Garantía e indica que en un sistema con tendencia acusatoria, las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales se resuelvan en el ámbito jurisdiccional y llama la atención sobre como dentro de la suspensión del procedimiento a prueba, hay restricción de derechos fundamentales e incluso, algunas de ellas tienen condiciones similares a las penas privativas y la restricción de otros derechos que como tal corresponden a la competencia privativa del Juez de Conocimiento.

FRENTE A LOS Art. 330 y 527 del CPP: Se desarrolla una explicación frente al concepto de justicia restaurativa como mecanismo alternativo de resolución del conflicto. En ella, la idea tradicional de retribución o castigo cambia por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario; se replantea el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica. Enuncia como mecanismos mediante los cuales se hace efectiva la justicia restaurativa, la conciliación preprocesal, la mediación y el incidente de reparación integral, explicando cada uno de ellos. En cuanto al alcance normativo de los Artículos 330 y 527 del Código de Procedimiento Penal, dice que contienen un imperativo legal orientado **(i)** a rodear de certeza los procedimientos para el ámbito interno, **(ii)** deben tener vocación de generalidad, **(iii)** el ámbito de aplicación es interno, dentro la institución, **(iv)** los objetivos de la reglamentación son *“asegurar que la aplicación del Principio de Oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y a la ley”*, igual sucede en el marco de la justicia restaurativa y **(v)** Deben desarrollarse dentro del marco de la política criminal del Estado.

La reglamentación interna del fiscal en lo que se refiere a la aplicación del Principio de Oportunidad y los mecanismos de justicia

restaurativa, promueven valores constitucionales y por eso sus límites constitucionales. Se permite este tipo de reglamentación como desarrollo de la autonomía administrativa y presupuestal que la Constitución contempla para la institución, pero todo ello encuentra límites claros en la Constitución y la ley. **(i)** Esa facultad hace parte de la autonomía limitada que la Constitución da al fiscal; **(ii)** más que una potestad, es un deber de reglamentación; **(iii)** éste debe ser de alcance general y con un espectro de aplicación restringido al ámbito interno de la entidad; **(iv)** el reglamento o el manual no puede limitar a actores externos, particularmente al juez de Control de Garantía. **(v)** el deber de reglamentación del fiscal está limitado por las finalidades que la Constitución y la ley asignan a las instituciones cuya aplicación regula; **(vi)** debe desarrollar los criterios de política criminal trazados por la Constitución y la ley penal; **(vii)** desarrollan la autolimitación del Fiscal General de la Nación y **(viii)** a través de los deberes de reglamentación de carácter general e interno se promueven valores constitucionales como los principios de competencia preferente del Fiscal General de la Nación y unidad de gestión y jerarquía.

## DECISIÓN FINAL ADOPTADA POR LA CORTE

**FRENTE AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:** Se declaró inconstitucional la norma, ya que despojar de control jurisdiccional las decisiones de la Fiscalía, que como la suspensión del procedimiento a prueba comporta afectación de derechos fundamentales, vulnera la primacía y garantía de protección que a estos valores confiere el orden constitucional (Arts. 2 y 5), así como el derecho a acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad (Arts. 13 y 228), por que se crearía la posibilidad que unas decisiones que pueden afectar derechos fundamentales estuviesen amparadas por el control judicial, en tanto que otras que involucran la misma situación estuviesen sustraídas de tal control.

## FRENTE AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

Resulta, en consecuencia acorde con la Constitución (Art. 249, 250 y 251.3) que el Fiscal General de la Nación, en desarrollo de la autonomía limitada que le reconoce la Constitución, y para el cumplimiento de las responsabilidades que la Constitución y

la ley le asigna en materia de aplicación del Principio de Oportunidad, establezca procedimientos internos orientados a que este instituto procesal se aplique y se proyecte con los efectos de política criminal que alimentaron su creación. El reglamento está exclusivamente orientado a su operatividad y por ello debe preservar celosamente el marco que a este instituto asignan la Constitución y la ley, así como ajustarse a las líneas jurisprudenciales que ha trazado la Corte, a cerca del poder reglamentario del Fiscal General de la Nación enmarcado en su ámbito de dirección y orientación y que se reiteran en esta sentencia. Se reitera que su ámbito es el de determinar los criterios y condiciones que al interior de la Fiscalía propicien un desempeño más eficiente de los fiscales en sus funciones de investigación y acusación, y por tanto, no tienen la virtualidad de modificar las reglas y condiciones establecidas por la Constitución y la ley procesal para la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa en general, y en particular la mediación, si no que se orientan a garantizar su plena observancia.

#### ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C-979 DE 2005 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

1. En primer lugar y respecto del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, en relación con el tema del alcance del control judicial en la aplicación del Principio de Oportunidad, consideró que siempre debe intervenir el Juez de Control de Garantías, ya que el Principio de Oportunidad establece una excepción, toda vez que se renuncia a proseguir con la acción penal de un posible responsable de un delito.

2. En segundo lugar y en relación con los Artículos 330 y 527 de la Ley 906 del 2004, tiene reservas frente a estas normas, puesto que en principio, es el legislador el que manifiesta el poder de reglamentación del Estado y quien marca las directrices de las instituciones jurídicas y públicas. Considera que sólo es admisible un reglamento y unas directrices que se ubiquen en el ámbito interno y operativo de la Fiscalía sin que se vincule a los jueces.

**1.1.4.** Sentencia C-648/06

Normas demandadas: los Artículos 324 y 362 (parciales) de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

Actor: Darío Garzón Garzón

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Fecha: 9 de agosto de 2006

Demanda: en contra del Artículo 324 Parágrafo 3: uno en cuanto a los vicios de procedimiento de su formación, considera que en el proceso de aprobación del Parágrafo 3 referido se violaron los Numerales 2 y 3 del Artículo 157 superior, por cuanto se desconocieron los principios de identidad y consecutividad. En cuanto a los vicios de fondo, explica que lo que se perseguía con el Principio de Oportunidad era que el fiscal, en un acto de discrecionalidad, decidiera dejar de investigarlo, y *“la prohibición absoluta consagrada en el parágrafo 3 va en contra del Estatuto de Roma ... ya que en la Ley 742 de 2002, se incluye la posibilidad de que se aplique el Principio de Oportunidad, en los siguientes eventos: literal d-Artículo 17, literal c Numeral 2, Artículo 54, mientras que el legislador colombiano le cierra la misma posibilidad al Fiscal General de la Nación”*.

#### CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problema jurídico a resolver: ¿se violó el principio de consecutividad (Artículo 157 C.P.) por haber introducido en el cuarto debate un parágrafo que prohíbe que el Principio de Oportunidad sea aplicado cuando se trate de hechos que puedan constituir violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad, genocidio, narcotráfico o terrorismo?. La Corte consideró que no existió el vicio invocado por el actor en su demanda, toda vez que no se violaron los principios de identidad ni de consecutividad y se surtió válidamente el procedimiento de conciliación; por eso la norma se declarará exequible, por los cargos analizados en este acápite.

En cuanto a vicios de fondo contra los Artículos 324 y 362 del Código de Procedimiento Penal, se presenta una inhibición de la Corte Constitucional, por no cumplir la demanda con los requisitos mínimos que han de llenar los cargos de inconstitucionalidad. Se indicó que todas las demandas de inconstitucionalidad deben cumplir unos requisitos, entre los que están: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia de las razones por las cuales se estima que un determinado texto legal viola la Constitución Política. Ninguna de las acusaciones por vicios de fondo formuladas en la demanda contra los Artículos 324, parágrafo 3, y 362 del Código de Procedimiento Penal cumplen con los requisitos antes mencionados.

Por lo tanto, la Corte decide declarar exequible el Parágrafo 3 del Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el cargo por vicios de procedimiento en su formación señalado en la demanda e inhibirse para resolver sobre las acusaciones formuladas contra el Artículo 324 parágrafo 3 y 362 del Código de Procedimiento Penal.

#### **1.1.5. SENTENCIA C-988/06**

Demandante: Jorge Fernando Perdomo Torres y otros. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Fecha sentencia: 29 de noviembre de 2006.

NORMA DEMANDADA: Art. 324 Numeral 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.

#### **ARGUMENTOS DE LA DEMANDA:**

Consideran que la norma lesiona la confianza en la actividad del funcionario público y por ende, de la moralidad, y esto no permite hablar de lesión “leve” cuando se está ante atentados a bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia; pues cualquier comportamiento que defraude

las expectativas de los asociados implica una lesión misma a los fundamentos de legitimación del Estado, entonces siempre será grave, en cuanto al deber funcional a que alude el Numeral 10 del Artículo 324 de la Constitución Política es el deber positivo de los servidores del Estado, al tiempo que sólo frente a ellos se puede dar una sanción o reproche disciplinario, no pueden existir faltas en las que no se cuestione la infracción de un deber funcional y la intensidad del mismo permite medir la vulneración para deducir la antijuridicidad contenida en el Artículo 5 del Código Disciplinario. Recuerdan la prevalencia del principio de moralidad en el ordenamiento jurídico colombiano, incluso frente a otros principios que rigen y orientan la función del Estado. Se indica que a pesar de exigir una sanción disciplinaria, esto no resulta suficiente ya que la protección y los fines que busca el proceso disciplinario difieren sustancialmente del proceso penal, razón por la cual no se afecta la prohibición constitucional de la doble incriminación.

Problema jurídico planteado: ¿El Numeral 10 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 vulnera el principio de moralidad (Art. 209 C.P.) y consecuentemente los Artículos 1 y 2 superiores al establecer como una de las hipótesis en que puede darse aplicación al Principio de Oportunidad *“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”*?

CONSIDERACIONES DE LA CORTE: (i) potestad de configuración del legislador en materia penal y la relevancia del principio de necesidad: Se afirma que es amplia la potestad de configuración del legislador en materia penal que está delimitada por los valores, preceptos y principios constitucionales y en particular, por los principios de racionalidad y proporcionalidad a los que se ha referido la Corte en numerosas sentencias. Por eso hay conductas que se tipifican como delitos, u otras que se retiran del ordenamiento, puede asignar las penas máxima y mínimas atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con la ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; resulta claro para la Corte que la criminalización de una conducta sólo puede operar

como última alternativa y sólo debe acudirse entonces al derecho penal cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo de las libertades individuales (principio de necesidad), o lo que se conoce como principio de intervención mínima. (ii) El principio de moralidad establecido en el Artículo 209 superior. Su significado según la jurisprudencia y los diferentes instrumentos de protección establecidos en la Constitución: El Artículo 209 de la CN contiene los principios propios del quehacer administrativo público, en especial, los de moralidad, publicidad e imparcialidad, que aseguran en su conjunto la transparencia en la consecución y preservación de los intereses públicos. Se ha hecho énfasis en el derecho y la obligación para el Estado de controlar y sancionar las actuaciones de dichos servidores que se desvían del cumplimiento de sus deberes funcionales en función de la protección de los referidos principios; son variados los instrumentos encaminados a reprimir el incumplimiento del principio de moralidad, por lo que es claro que no es solamente la acción penal con la que se cuenta en el ordenamiento para asegurar su vigencia y respeto. (iii) El Principio de Oportunidad, sus presupuestos, el contenido y alcance del numeral acusado después de recordar una serie de aspectos generales del Principio de Oportunidad, (tales como que es reglado, no se trata de un simple mecanismo de descongestión de la justicia penal, busca racionalizar la ejecución de la política criminal del Estado, tiene diversos límites normativos y controles materiales judiciales concretos y efectivos, se aplica esencialmente para los delitos “*bagatela*”, las víctimas deben ser tenidas en cuenta al momento de adoptar una decisión en la materia, se aplica con sujeción a la política criminal del Estado) e indicar que el mismo busca mantener derechos como los de igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad jurídica, ejerciendo el *ius puniendi* sin consideración a la voluntad del ofendido, salvo en los delitos querrelables, entra en materia frente al numeral 10, en el que se indica que específicamente el legislador supedita dicha posibilidad a dos precisos requisitos; a) que la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa -es decir, que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, y el Juez de Garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuricidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo- y b) que la infracción al

deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios. Es decir, que en relación con la misma conducta se configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de la sanción respectiva.

Al hablar de “*deber funcional*” ha de entenderse que se alude en este caso a hipótesis en las que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas y como tal estén sometidos a la potestad disciplinaria, incurran en conductas respecto de las cuales encierre junto con la imposición de la sanción penal, la posibilidad de endilgarles responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de dichos deberes funcionales.

Por eso se concluye que: **1.** El Legislador no desbordó la potestad de configuración que le es atribuida en materia penal y específicamente no vulneró el principio de moralidad establecido en el Artículo 209, pues para proteger la moralidad no se encuentra el legislador obligado a acudir necesariamente a la acción penal para sancionar su inobservancia. **2.** 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, siempre y cuando que la pena resulte estrictamente necesaria. **3.** El Derecho Penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del Derecho Penal. **4.** El Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso de la potestad sancionadora de la administración, debe preferir ésta a la penal por ser la administrativa la menos gravosa, al menos para las conductas que resulten de menor dañosidad o menos peligrosas. **5.** La moralidad como principio si admite graduaciones, no es cierto que en esta materia no quepa ningún tipo de graduación, admite grados la conducta de los servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas que incurran en actuaciones que atenten contra bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia y por consiguiente, puede optarse

por el legislador por un determinado mecanismo de protección -penal o disciplinario- e incluso, graduar la sanción a imponer al principio de necesidad y de antijuricidad material.

Se decidió, declarar exequible el Numeral 10 del Artículo 324, en lo que atañe exclusivamente con el cargo analizado.

#### **1.1.6. SENTENCIA C-095/07**

Demandantes: Carlos Enrique Campillo Parra y Gustavo Gallón Giraldo. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Fecha: 14 de febrero de 2007.

Normas demandadas: Artículo 324: Los numerales 4, 5, 6, 9, 11, 12 y 15, del parágrafo Primero la expresión “*en los casos previstos en los numerales 15 y 16*”, y el Parágrafo 3 completo.

#### **CARGOS GENERALES QUE PLANTEA LA DEMANDA**

**(i)** Cada una de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad demandadas son poco claras e imprecisas, abusando de la discrecionalidad, lo cual viola el derecho a la igualdad de procesados y de víctimas, en cuanto se desconoce el derecho de éstas últimas a acceder a la administración de justicia. **(ii)** Como no se condiciona a establecer la verdad y la indemnización de las víctimas se desprotegen los derechos de las víctimas. **(iii)** Si el Principio de Oportunidad debe ser aplicado dentro del marco de la política criminal del Estado, y esta depende del ejecutivo, ello viola la autonomía e independencia que gobiernan el ejercicio de la función judicial.

**PRIMER PROBLEMA:** ¿El legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa a la hora de diseñar las causales de aplicación del Principio de Oportunidad penal o tiene límites?

A este problema jurídico, la Corte respondió que tiene límites como la dignidad humana, el cumplimiento de los compromisos internacionales de perseguir las más graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario; deben ser diseñadas con claridad y precisión ya que la discrecio-

nalidad del Fiscal es “reglada”, por eso deben ser casos estrictos y taxativos.

SEGUNDO PROBLEMA: ¿El Principio de Oportunidad implica el desconocimiento de los derechos de las víctimas, ya que no es un recurso judicial efectivo, con este instituto no se incumple con la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de Derecho Humanos, así como a la restauración de los derechos de las víctimas?

A este planteamiento respondió la Corte indicando que mediante la expedición de la Ley 906 de 2004, en los Artículos 11, 136, 137 y 328 el legislador consagró mecanismos de protección y garantía de los derechos de las víctimas ante la aplicación del Principio de Oportunidad. El Artículo 22 *ibídem* es un principio general que irradia toda la interpretación de las normas de procedimiento penal. La acusación que se hace de que la norma no contempla los derechos de la víctima es producto de una lectura aislada de las normas acusadas y no tiene en cuenta lo prescrito por otros artículos de la misma ley; considerando que la demanda era inepta frente a este cargo común profirió un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial de la demanda.

TERCER PROBLEMA: ¿La reglamentación del Principio de Oportunidad desconoce los principios de autonomía e independencia de la Rama Judicial?

Frente a esta pregunta recordó que existe un Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria integrado por miembros de las tres Ramas del Poder Público y de los Organismos de Control; indica que en la práctica, la formulación de la política criminal está en manos del Ejecutivo, pues las funciones de aquel Consejo son de carácter meramente consultivo; pero finaliza diciendo que si la causa del disenso es por la forma en que funciona este consejo debía haberse dirigido contra aquellas normas del ordenamiento que señalan las funciones del mismo, o contra aquellas otras de las cuales se desprendería que quien exclusivamente fija tal conducta es el Ejecutivo, ya que las normas acusadas no tienen el alcance normativo que les atribuye el demandante, por ineptitud sustancial se dicta un fallo inhibitorio.

## ALGUNOS CARGOS PARTICULARES EXPUESTOS EN LAS DOS DEMANDAS ACUMULADAS.

Numerales 4 y 12. Cargos de la demanda: Las expresiones “*carezca de importancia*” y “*mermada significación social*” son muy vagas y por lo tanto “*impiden que haya criterios claros respecto de las circunstancias en las cuales se pueda aplicar el Principio de Oportunidad.*”

CONSIDERACIONES DE LA CORTE: La expresión “*carezca de importancia*” alude a la magnitud de la pena que sería dada en Colombia, frente al quantum de la pena que ya hubiera sido impuesta en el extranjero con carácter de cosa juzgada a una persona entregada en extradición; la sentencia debe ser por una conducta punible distinta de la que se investiga, lo cual implica resultados objetivos, el ejercicio que se indica debe hacerse al momento de decidir es: (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, y (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. Frente a esta expresión la considera exequible. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la expresión “*mermada significación jurídica y social*” indica la Corte que esto debe ser asociado a lo que se conoce por la doctrina como “*delitos bagatela*”; ello proviene, según lo resalta la Corte, de una serie de circunstancias como por ejemplo, las condiciones personales en las que el agente actuó, (bajo cansancio extremo, tensión extrema, insomnio e 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 otra que sólo se conoce en las circunstancias concretas del caso que compete conocer al fiscal y que son establecidas probatoriamente en cada ocasión. Por su naturaleza, entonces no se puede reducir a unos casos específicos y responde a criterios de valor con cierto grado de objetividad social en el contexto histórico y geográfico respectivo. Cuando se dice que la conducta carece de significación jurídica y social lo propio es no tipificarla como delito, en vez de penalizarla para luego tolerar la aplicación del Principio de Oportunidad, pero eso hace parte de la configuración del legislador y tampoco prospera este cargo.

CAUSALES 5 Y 6: esto, según el demandante, *“permite que por el solo hecho de colaborar con la justicia, la persona imputada no sea procesada, independientemente del delito que haya cometido y de su grado de responsabilidad en los hechos”*... *“no puede inferirse que cuando un delincuente colabora con la justicia otorgando información al Estado, éste pierde interés en ejercer la acción penal en su contra”*. Se considera que además se vulnera el derecho a la igualdad, *“debido a que no todas las personas serán tratadas de la misma forma ante la ley”* y las víctimas también se verán tratadas de forma desigual, pues no está prevista la reparación como condición para la aplicación del Principio de Oportunidad. Además que *“puede llevar a que personas que hayan cometido delitos y estén siendo investigadas por ellos vean en la denuncia una oportunidad para evadir la acción de la justicia, incriminando incluso a personas inocentes a cambio de beneficios jurídicos”*.

#### CONSIDERACIONES FRENTE A LOS NUMERALES 5 y 6.

**a)** Se permite que la persona imputada no sea procesada, independientemente del delito que haya cometido y de su grado de responsabilidad en los hechos. Esto sólo puede sostenerse a partir de una lectura completamente aislada de tales numerales del Artículo 324, pues el mismo Parágrafo 3 trae una categoría de delitos que incluye el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los graves atentados contra el Derecho Internacional Humanitario, el delito de terrorismo y el de narcotráfico, respecto de los cuales el legislador ha dispuesto en forma perentoria que *“en ningún caso el fiscal podrá hacer uso del Principio de Oportunidad”*. **b.** Que en estas causales no se prevé como condición para aplicación del Principio de Oportunidad, que las víctimas hayan sido reparadas, lo cual viola sus derechos a dicha reparación y además su derecho a la igualdad, debido a que no todas las víctimas serán tratadas de la misma forma ante la ley: se remite a lo explicado anteriormente al examinar el cargo común esgrimido contra varios numerales del Artículo 324. Vale recordar que los derechos de las víctimas no pueden desconocerse y están amparados a lo largo de toda la normativa procesal y **c.** Que estas causales confunden dos conceptos: la colaboración con la justicia y la aplicación de criterios de oportunidad cuando el ejercicio de la acción penal resulta excesivo o innecesario. De la lectura de las discusiones que antecedieron el Acto Legislativo 02 de 2003 en el Congreso de la República, se

puede establecer que la colaboración con la justicia fue puesta como ejemplo de la *“forma larvada”* en la que se venía aplicando el Principio de Oportunidad, que por supuesto se hacía antes de la reforma constitucional; por lo tanto, la colaboración eficaz no puede ser ajena a este instituto, sin embargo, se recuerda, que aún para estos eventos siguen existiendo límites como las normas internacionales que imponen la efectiva obligación de prevenir, perseguir y sancionar ciertos crímenes considerados muy graves por la comunidad internacional. Pero ni desde la preceptiva internacional ni de la Constitución Política se desprende la prohibición general de establecer la efectiva colaboración con la justicia como criterio válido de aplicación del Principio de Oportunidad. d. *“la aplicación del Principio de Oportunidad a partir de la colaboración con la justicia en las condiciones previstas en la Ley 906 de 2004 puede llevar a que personas que hayan cometido delitos y estén siendo investigadas por ello, vean en la denuncia una oportunidad para evadir la acción de la justicia, incriminando incluso a personas inocentes a cambio de beneficios jurídicos.”*: Lo anterior no constituye un cargo de inconstitucionalidad pertinente. Pero debe recordarse que el requisito de que tal colaboración sea eficaz, implica la comprobación por parte de la Fiscalía de la veracidad y utilidad de la colaboración o el testimonio a que se refieren estos numerales y por ello se considera constitucional la norma.

Frente a la Causal 9. Cargos de la demanda. El concepto *“seguridad exterior del Estado”* es un concepto muy amplio, cuyo contenido puede fijar el ejecutivo de manera muy general, pues no está definido en ninguna norma; tampoco se condiciona a que se establezca la verdad y se indemnice a las víctimas, que quedarían desprovistas de mecanismos para hacer valer sus derechos en caso de que la acción penal se extinguiera.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a. La *“seguridad exterior del Estado”* es un concepto muy amplio cuyo contenido puede fijar el ejecutivo de manera muy general. La Corte inicia su explicación a partir del Artículo 189 de la Constitución Política, Numeral 6, en donde se establece que la seguridad exterior es un concepto que hace relación a: (i) la indepen-

dencia y la honra de la Nación, **(ii)** la inviolabilidad del territorio y **(iii)** la situación de guerra exterior. Por eso se puede decir que la causal hace alusión a atentados contra la existencia del Estado, contra su integridad territorial, contra la soberanía del poder público, o frente a agresiones armadas sobre la población y el territorio nacional, lo cual no lo hace vago e impreciso.

b. En cuanto a que la causal tampoco otorga a las víctimas mecanismos para hacer valer sus derechos en caso de que la acción penal se extinguiera, ya se había resuelto este punto en las consideraciones generales.

c. En cuanto al último reparo, el numeral permitiría que el Principio de Oportunidad se aplicara respecto de delitos graves y por esta vía quedarían estos delitos en la impunidad, se recuerda que las consideraciones al respecto ya habían sido expuestas por la Corte, indicando que debe hacerse una lectura completa de la norma en la que hay prohibición expresa para delitos graves.

Frente al Numeral 15. Cargos de la demanda: **a)** “la valoración acerca de cuándo la persecución penal de un delito comporta *“problemas sociales más significativos”* da un amplio margen de discrecionalidad al fiscal, al tiempo que permite que autoridades distintas de las judiciales intervengan en la decisión judicial. **b)** Viola el derecho de igualdad ante la ley, pues se dará un tratamiento diferenciado a algunas de las personas sometidas a investigaciones penales, sin que ese trato se encuentre justificado constitucionalmente y **c)** No indica qué delitos pueden quedar cobijados bajo este supuesto, por lo cual podría ser aplicada en relación con delitos graves, como las violaciones los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE FRENTE A LA CAUSAL 15

**a)** En cuanto a que la valoración amplía el margen de discrecionalidad del fiscal, se indica que si bien es cierto, la expresión *“problemas sociales más significativos”* es de contenido general y abstracto, es posible determinar su significado a situaciones concretas por parte del fiscal. Considera que existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes

jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto y en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica. Se entiende que se trata de conductas susceptibles de adecuación típica que dudosamente llegan a ser materialmente antijurídicas, pues encuentran justificación dentro del contexto de las circunstancias en que se llevan a cabo, (subrayas fuera de texto) que son las de un problema social significativo.

Entiende por “problema” el “conjunto de hechos o circunstancias que dificultan la consecución de algún fin”; en este caso, tales hechos o circunstancias son de naturaleza social, es decir, pertenecientes o relativos a la sociedad, lo que equivale a ser concernientes a un grupo relativamente amplio de personas en el nivel local o nacional. Es decir, los problemas sociales a que alude el numeral bajo examen trascienden el ámbito de lo privado y personal. Se trata de situaciones de reacción social ante determinadas circunstancias históricas, que aunque como se dijo, pueden llegar a involucrar la realización de conductas típicas, constituyen una expresión de inconformidad colectiva justificada por las circunstancias, que dudosamente implican antijuridicidad. Pone como ejemplo las marchas, paros y protestas ante evidenciables problemas colectivos como la falta de servicios públicos, los constantes atentados contra la paz y el desplazamiento, etc., no protege formas graves de reacción antijurídica.

La calificación, “más significativos”, quiere decir dos cosas: primero que se trata de problemas sociales de contundente gravedad o “significación”, es decir de aquellos que, conforme a la experiencia colectiva, impiden gravemente la consecución de los fines comunes y segundo, que la persecución de las conductas punibles llevadas a cabo dentro de tales circunstancias de reacción social tendría como efecto agravar mayormente la situación conflictiva; por último dice que se exige una solución alternativa a los intereses de la víctima.

Concluye entonces que esta causal va de la mano del 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.

CAUSAL 11. Cargos de la demanda: No se define cuándo hay un “alto grado de deterioro”, dejando un margen de apreciación demasiado amplio en manos del fiscal. Al parecer el actor, debería consultarse a la víctima sobre la decisión de ejercer o no la acción penal en este supuesto, y en todo caso debería ser reparada.

#### CONSIDERACIONES ANTE LA CAUSAL 11.

a. La disposición no define cuando hay un “alto grado de deterioro”, dejando un margen de apreciación demasiado amplio en manos del fiscal: Esta causal opera en circunstancias que podrían catalogarse como una modalidad de los llamados “delitos bagatela”, hay una tensión entre la obligación estatal de perseguir los delitos y la necesidad de racionalizar la utilización del aparato estatal requerido para ello que se resuelve a favor de la racionalización en el uso de los recursos materiales y personales. La poca relevancia puede provenir de múltiples factores, en este caso “alto grado de deterioro” que el objeto material de un delito contra el patrimonio económico presenta, respecto de su titular. Esto es (i) El objeto debe estar muy deteriorado, debe estar casi inservible, ello se mide valorando las circunstancias personales de la víctima y por eso invita a hacer preguntas como ¿cuál es el valor de dicho objeto para su titular, a pesar del deterioro que acusa?, además debe echar mano de criterios objetivos de experiencia y a criterios de valor subjetivo como la mayor o menor importancia que el titular concreto del objeto material del delito le asigne al mismo dadas sus circunstancias personales.

b. En cuanto a que debería consultarse a la víctima sobre la decisión de ejercer o no la acción penal en este supuesto y en todo caso debería ser reparada, la acusación no fue resuelta al considerarla sustancialmente inepta, de modo que la Corte se abstiene de analizarla.

Parágrafo 1 (parcial): En los casos previstos en los Numerales 15 y 16,

Cargos de la demanda: Sostiene la demanda que la responsabilidad que les cabe a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes aportan elementos para la realización de un delito, hace que la aplicación resulte contraria al deber del Estado de garantizar los

derechos y de administrar justicia, para lograr el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas; por eso en ningún caso deben ser beneficiarios del Principio de Oportunidad, ya que el criterio para excluir de este beneficio a ciertas personas como la mayor reprochabilidad penal por el grado de participación en los hechos, y por ello se preguntan ¿qué pasa con las demás causales. En las que no se consagró específicamente esta prohibición?

CONSIDERACIONES: Para el demandante, los jefes y cabecillas de una organización delincencial en ningún caso deben ser beneficiarios del Principio de Oportunidad. Se analiza la unidad normativa, pues su verdadero entendimiento se deduce del contexto en el que se encuentra inserta. Cuando se afirma que los jefes y cabecillas de una organización delincencial en ningún caso deben ser beneficiarios del Principio de Oportunidad, se considera que de la Constitución Política no emana una premisa según la cual, el mayor grado de responsabilidad tenga que ser, en todos los casos, un factor determinante de la imposibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad penal y para ello está la libertad de configuración del legislador, que puede consagrar distintas excepciones para la aplicación del Principio de Oportunidad penal, teniendo en cuenta la diversidad de supuestos de hecho a que se refieren cada una de las causales de aplicación de dicho principio.

Parágrafo 3: Posiciones de demanda:

Carlos Enrique Campillo Parra: Indica que la norma desconoce la dignidad humana, el derecho a la igualdad y la independencia de la Rama Judicial.

Gustavo Gallón Giraldo: La referencia obligada al Estatuto de Roma como criterio para identificar los delitos respecto de los cuales no debe aplicarse el Principio de Oportunidad podría permitir que conductas punibles que constituyen violaciones a los Derechos Humanos o Infracciones al Derecho Humanitario no se entendieran incluidas en la excepción. Además, indica que extinguir la acción penal respecto de este tipo de delitos resulta contrario al principio de dignidad humana, inviolabilidad del derecho a la vida, prohibición de la desaparición forzada y la tortura, derecho a la libertad, y prevalencia de los tratados y convenios sobre derechos humanos.

CONSIDERACIONES. Problemas jurídicos planteados: Se planteó el siguiente problema jurídico: ¿Todas las conductas punibles que constituyen violaciones a los Derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario o actividades de narcotráfico o terrorismo deben estar excluidas de la posibilidad de aplicación del Principio de Oportunidad penal para suspender, interrumpir o extinguir la acción penal, o si dicha exclusión entraña un desconocimiento del dignidad humana, del derecho a la igualdad y del principio de independencia judicial? Si se admitiera que todas las violaciones a los Derechos Humanos o infracciones al Derecho Humanitario, o las actividades de narcotráfico y terrorismo deben estar expresamente excluidas de la posibilidad de aplicación del Principio de Oportunidad penal, entonces sería menester definir si el párrafo acusado, por remitir al Estatuto de Roma para la definición de lo que ha de entenderse por violaciones a los Derechos Humanos o infracciones al Derecho Humanitario, deja por fuera conductas que deben ser incluidas dentro de esa definición.

Ineptitud sustancial de la demanda del ciudadano Campillo. Indica que esta demanda sugiere que la prohibición de la aplicación del Principio de Oportunidad penal en el caso de los delitos más graves que se mencionan en el párrafo 3 impediría que las personas procesadas colaboraran con la justicia, con lo que la Corte no está de acuerdo, pues olvida que existen normas de la misma Ley (C-1052 de 2001), que permiten a la Fiscalía retirar cargos, o hacer más leves las pretensiones del escrito de acusación, a cambio de la cooperación del imputado. Respecto de esta sentencia la Corte proferirá un fallo inhibitorio.

Ciudadano Gallón Giraldo: El párrafo 3 no comprende todas las conductas típicas que debían quedar excluidas de la aplicación del Principio de Oportunidad, porque para el señalamiento de los delitos excluidos, remite a aquellos que son de competencia de la Corte Penal Internacional según el Estatuto de Roma, y dicho Estatuto señala a ese Tribunal internacional una competencia restringida, lo que implica que el Principio de Oportunidad podría aplicarse respecto de algunas graves violaciones a los Derechos Humanos o infracciones al Derecho Humanitario, que no caben dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal

Internacional. Por ejemplo, dice el actor, *“un homicidio fuera de combate, una masacre, un acceso carnal violento o un desplazamiento forzado que no reúnan todos los elementos del crimen para ser de competencia de la Corte Penal Internacional podrían quedar legalmente en la impunidad en aplicación del Principio de Oportunidad”*.

Tiene que examinar si la conducta está descrita dentro del catálogo contenido en los Artículos 6 (genocidio), 7 (crímenes de lesa humanidad) y 8 (crímenes de guerra) del Estatuto de Roma. Respecto al catálogo de conductas contenidas en esas tres disposiciones, la Corte a continuación hace una referencia de delitos que podrían estar incluidos por considerarse grave violación al DIDH y al DIH, referencia que se considera de vital importancia y por ello se sugiere que de requerirse sea consultada en la sentencia, pues además trae referentes jurisprudenciales como la Sentencia C-578 de 2002 y legales como los Artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma que recogen violaciones a los principios y usos fundamentales de la guerra consagradas en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, de Ginebra de 1925, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales.

La Corte encuentra que cuando el parágrafo del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, señala que 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”* atiende a los compromisos internacionales de Colombia adquiridos en dicho Estatuto y en otros convenios internacionales que constituyen obligaciones internacionales vinculantes para Colombia. Por ello se considera una garantía adicional de la eficacia de estos derechos. Pero para el demandante, no todas las violaciones a los derechos humanos, ni todas las infracciones al Derecho Humanitario son de competencia de la Corte Penal Internacional, por lo cual algunas graves violaciones de derechos quedarían por fuera de la prohibición de aplicación del Principio de Oportunidad penal, ante lo cual la Corte estima que la remisión a los citados artículos del Estatuto de Roma para establecer que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, según son descritos en el ese Estatuto, quedan excluidos de la posibilidad de aplicación del Principio de Oportunidad, y consti-

tuye una garantía de que las más graves violaciones de derechos humanos serán perseguidas y sancionadas.

No obstante, la Corte prosigue el estudio de la norma y de la acusación para establecer si dicha garantía es suficiente y hace ver que algunas de estas conductas caerían bajo las definiciones de crímenes de guerra, si fueran cometidas dentro del desarrollo de un conflicto interno. Así mismo, dentro de los crímenes de lesa humanidad se encuentran la comisión de actos inhumanos tales como homicidios, encarcelaciones, violaciones o lesiones personales, si son llevados a cabo dentro del contexto de ataques sistemáticos contra la población civil, aún por fuera de conflictos armados nacionales o internacionales, por tanto 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.

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. Concluyendo indica que la remisión al Estatuto de Roma 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 y para excluir esta posibilidad, declarará la inexecutable de la expresión “*de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma*”, contenida en este parágrafo 3, pues ella restringe inconstitucionalmente la protección de los derechos humanos que constituyen los bienes jurídicos amparados por ciertos delitos descritos en algunos tipos penales del Código Penal y en otros tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte.

Decisión final es declarar exequibles los numerales 4, 5, 6, 9, 11, 12 y 15 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, la expresión “*En los casos previstos en los numerales 15 (...)*” contenida en el Parágrafo 1 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, así como el Parágrafo 3 de la Ley 906 de 2004, por los cargos estudiados en esta Senten-

cia, salvó la expresión “*de acuerdo con lo dispuesto en el estatuto de Roma*”, que se declaró inexequible.

### 1.1.7. Sentencia C-033/08

Normas demandadas: Artículos 174 (parcial) y 175 (parcial) de la Ley 1098 de 2006. Demandantes: María Consuelo González Toro y Angélica del Pilar Suárez Mendoza. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Fecha: 23 de enero de 2008.

#### LA DEMANDA

Las demandantes fundamentan su acusación parcial contra los Artículos 174 y 175 de la Ley 1098 de 2007, en los siguientes argumentos:

1. Respecto de la expresión del artículo 174, según la cual “*éstas se realizarán con el consentimiento de las partes*” referida a la posibilidad de realizar acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, sostienen que con ella “*se desconoce la participación del fiscal en la aplicación del Principio de Oportunidad, ya que es éste y no las partes quien decide de acuerdo con la política criminal del Estado y concepto del Juez de Control de Garantías si es procedente o no*”.
2. Con relación a la expresión “*aplicación del Principio de Oportunidad se pudieren derivar riesgos para la vida y la integridad física del adolescente*”, contenida en el Inciso 2 del Artículo 174, afirman que es inconstitucional “*pues es necesario e importante que exista una política criminal concreta en la que se diga cuáles son los riesgos que puede sufrir el menor en su vida e integridad, pues el fiscal tendría una amplia discrecionalidad seleccionando los casos en que se podrían dar estos supuestos*”.
3. Sobre el Artículo 175, que contempla algunas causales con fundamento en las cuales la Fiscalía podría renunciar a la persecución penal del adolescente que hubiere formado parte de los grupos armados ilegales, afirman las actoras que con la consagración de la “*renuncia*” como única posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad, el legislador está desconociendo el ámbito que le es propio ya que “*éste se da en tres supuestos, la suspensión, la interrupción y la renuncia*”.

4. Con relación con las cuatro causales que conforme a la misma disposición (Art. 175) permitirían a la Fiscalía la aplicación del Principio de Oportunidad, se considera que si dicho principio se supedita a condiciones sociales, económicas o familiares, “*se está reconociendo que el Estado no tiene la capacidad para garantizar a sus asociados condiciones mínimas de subsistencia como los (sic) estipulados en la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Colombia*”, con ello se otorga un amplio margen de discrecionalidad a la Fiscalía, e incluso se viola la igualdad.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN. La aptitud sustantiva de la demanda: Varios de los intervinientes solicitan declararse inhibida por falta de aptitud sustantiva, atendiendo al contenido de las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia, ya que quien la ejerce sí debe asumir una carga procesal mínima que permita al órgano de control adelantar con diligencia la función que en ese campo le ha sido asignada, consistente en decidir definitivamente y con alcance de cosa juzgada, las controversias sobre la validez de las leyes y los decretos con fuerza de ley que hayan llegado a su conocimiento a través de demanda ciudadana, por eso son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “*el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico*”. Ineptitud sustancial de la demanda formulada contra los Artículos 174 y 175 de la Ley 1098 de 2006: El pronombre “*estas*” se refiere a la conciliación que se puede celebrar y a la reparación a que se puede llegar, mediante el acuerdo entre las partes, y no a la aplicación del Principio de Oportunidad. Y no podía ser de otra manera puesto que cuando se trata de “*conciliar*”, sólo el presunto responsable y la víctima pueden llegar a acuerdos acerca de los perjuicios, su monto y la clase de reparación, mecanismos que de ninguna manera podrían ser impuestos por la autoridad judicial. Se refiere, sí, a la posibilidad de que las partes (víctima e imputado) celebren acuerdos para la determinación de los daños y las formas de reparación que asumirá el responsable de su causación, la Corte se declarará inhibida para emitir pronunciamiento de mérito en relación con la expresión “*estas se realizarán*”

*con el consentimiento de las partes*” contenida en el inciso primero del Artículo 174 de la Ley 1098 de 2006, sus razones adolecen de los presupuestos de especificidad, certeza, y suficiencia.

En lo que atañe al cargo contra el inciso primero del Artículo 175: La consagración de la *“renuncia”* como única posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad, desconoce el ámbito que la Constitución, Art. 250, adscribe a este mecanismo procesal, ya que *“éste se da en tres supuestos, la suspensión, la interrupción y la renuncia”*. El cargo así planteado adolece del presupuesto de certeza, en la argumentación se advierte que la misma no responde al presupuesto de claridad, dado que no se identifica en la formulación del cargo un hilo conductor, el argumento resulta ambiguo y no permite realizar una adecuada confrontación del contenido normativo con la preceptiva internacional que consideran infringida.

Por lo tanto se decide, declarar inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la demanda formulada contra las expresiones *“estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes”*, y, cuando de *“la aplicación del Principio de Oportunidad se pudieren derivar riesgos para la vida y la integridad física del adolescente”* contenidas en el artículo 174 de la Ley 1098 de 2006; la expresión *“renunciar”*, del Inciso 1 del Artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 y los Numerales 1, 2, 3, y 4 del mismo Artículo 175 de la Ley 1098 de 2006.

#### SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA C-033 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Se aceptó el supuesto de la ponencia, en cuanto no necesariamente deben darse las tres hipótesis relativas a la renuncia a la acción penal, la suspensión e interrupción de la acción penal, en relación con la causal específica del Numeral 1 del Artículo 175, pero considera que a los demandantes les asiste razón, como quiera que es una causal de exclusión para cualquier delito y configura una antinomia ya que parte del supuesto de que no hay responsabilidad penal, con lo cual se da un tratamiento más favorable a las organizaciones armadas ilegales.

Con relación a las otras tres causales del Artículo 175 de la Ley 1098 del 2006, considero que constituyen disposiciones ambi-

guas, por ello, en concepto del magistrado existe fundamento en la demanda para un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación respecto del Artículo 175 de la Ley 1098 de 2006.

### 1.1.8. Sentencia C-738/08

Demandante: Orlando Díaz Niño. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Fecha: 23 de julio de 2008

Norma demanda: Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutos. Cuando se trate de los de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: (...) 3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del Principio de Oportunidad previsto en el Artículo 324, Numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios. (...)

DEMANDA: El demandante sostiene que el Numeral 3 del Artículo 199 es inconstitucional porque desconoce abiertamente el Artículo 250 de la Carta, en la medida en que no reconoce la aplicación del Principio de Oportunidad. Dice que la imposibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad en estos casos implica la vulneración del debido proceso del imputado, así como de la víctima, se atenta contra la Constitución cuando se impide la aplicación del Principio de Oportunidad por reparación de perjuicios, pues se hace nugatorio lo ordenado a la Fiscalía para que solicite al Juez de Conocimiento las medidas de reparación integral a las víctimas, viola los tratados internacionales.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS. Problema jurídico que debe resolver la Corte frente al Art. 199 Numeral Tercero de la Ley 1098/06. La prohibición de aplicación del Principio de Oportunidad en casos de delitos contra la integridad personal, sexual y la libertad de los niños: ¿Con dicha disposición el legislador vulnera el Artículo 250 de la Constitución, que señala los principios generales del Sistema Penal Acusatorio y consigna el Principio de Oportunidad como elemento de su estructura y los derechos de los menores de edad que, de aplicarse dicho principio, podrían resultar indemnizados? La Corte para su análisis parte de dos supuestos:

(i) ¿Qué busca la Ley 1098 de 2006?: Regular aspectos fundamentales de la política de protección del Estado a los menores de edad. Tal como lo indica el Artículo 1 de la normativa, el fin del Código de la Infancia es *“garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”*. Para ello busca establecer *“normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento”* (Art. 2 Ley 1098 de 2006).

Trae a colación los conceptos de: interés superior del menor (Art.8), prevalencia de los derechos de los niños (Art. 9), aplicación más favorable de la norma, siempre en pos de la satisfacción del interés superior del menor (Art. 6). Concepto de Protección integral, (Art. 7), aplicación preferente de las normas del mismo frente a otras disposiciones del ordenamiento jurídico (Art. 5). Dice que las normas del Código de Infancia y Adolescencia buscan garantizar la vigencia plena de los derechos de los menores de edad y es la protección de los derechos de los niños y adolescentes, es entonces el marco de interpretación del artículo demandado.

(ii) Frente al caso concreto del Art. 199 y su interpretación esta norma establece disposiciones en materia penal relativas a la aplicación del Principio de Oportunidad y a la concesión de beneficios penales a personas vinculadas a causas criminales. No obstante, por estar insertas en el Código de la Infancia, dichas disposiciones deben interpretarse de conformidad con los fines y objetivos trazados por el mismo Código: la protección de los derechos de los niños y adolescentes, la garantía de su pleno desarrollo y la preservación de las circunstancias propicias para su crecimiento. Prevalencia de los derechos de los niños. Protección integral interna e internacional. El Artículo 44 de la Constitución Política establece que los derechos de los niños tienen prevalencia sobre los derechos de los demás. Esa prevalencia le confiere carácter fundamental a derechos que en el caso de los adultos no gozan de tal categoría; eso

hace que el Estado se comprometa especialmente con la protección contra toda forma de abandono, abuso, violencia, secuestro, venta, explotación laboral, económica y trabajos riesgosos, entre otros. En cuanto a las normas internacionales el mismo Art. 44 indica que los derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte y se encuentran en vigencia internacional.

El Artículo 6 del Código de la Infancia señala que las normas *“contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”*. Se hace alusión a instrumentos internacionales como: Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, (Ley 12 de 1992), Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, (Ley 265 de 1996), la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968) y Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales *“Protocolo de San Salvador”* (Ley 319 de 199 ).

En cuanto la línea jurisprudencial se mencionan las Sentencias: C-1064 de 2000, T-408 del 14 de septiembre de 1995, T-514 del 21 de septiembre de 1998, Sentencia C-1064 de 2000, Sentencia C-157 de 2002, C-1064 de 2000 y Sentencia T-397 de 2004. Todo para concluir que los niños merecen un trato especialmente protector, que debe reflejarse en todos los aspectos de la legislación, cuando quiera que el Estado identifique puntos de posible vulnerabilidad, sus derechos son prevalentes en tanto que merecen un tratamiento prioritario respecto de los derechos de los demás y que las disposiciones en que se involucren dichos intereses deben interpretarse siempre a favor de los intereses del niño, que son intereses superiores del régimen jurídico.

Artículo 199, Numeral 3, que prohíbe dar aplicación al Principio de Oportunidad cuando el delito afecta la integridad personal, la libertad y la formación sexual del menor, para los casos de reparación integral de las víctimas.

Principio de Oportunidad: Resume las prohibiciones contenidas en la ley para aplicar el Principio de Oportunidad así: **(i)** que la víctima del delito sea un menor de edad; **(ii)** que el delito sea doloso; **(iii)** que sea un homicidio o unas lesiones personales o que el acto delictivo atente contra la libertad, integridad y formación sexuales del menor, incluido el secuestro; finalmente y **(iv)** que el victimario pretenda indemnizar los perjuicios ocasionados con su conducta y así obtener la aplicación del Principio de Oportunidad.

En cuanto a las características del Principio de Oportunidad dice: **(i)** es una institución a cargo de la Fiscalía General de la Nación, bajo supervisión de legalidad del Juez de Control de Garantías, **(ii)** la Fiscalía no puede suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal (art. 250 C.P.), salvo la facultad que le confiere el Principio de Oportunidad, por tanto es una excepción al deber de investigar. **(iv)** tiene como fin de descongestionar la administración de justicia de causas que no implican un riesgo social significativo. **(v)** este instituto busca disminuir las consecuencias negativas de penas cortas de privación de la libertad, persigue la reparación de las víctimas y pretende facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas punible (Sentencia C-979 de 2005), **(vi)** Algunos sectores han considerado que el Principio de Oportunidad responde también a la imposibilidad material de que la administración de justicia, en aplicación estricta del principio de legalidad *“imposibilidad fáctica de la justicia penal para satisfacer las exigencias de la aplicación irrestricta del principio de legalidad. (Sentencia C-095 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), (vii) es la manifestación de la necesidad de que el Estado responda proporcionalmente a los hechos que afectan la estabilidad jurídica, favorece la posibilidad de adelantar procesos en tiempos razonables, de conformidad con la gravedad de las conductas investigadas, y permite dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa del orden social, aludiendo a un concepto de los dogmáticos: Teresa Armenta Deu, Lecciones de derecho procesal penal, Madrid, 2004; Faustino Cordón Moreno, Las garantías*

constitucionales del proceso penal, Navarra, 2002; Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2003), **(viii)** busca la readecuación social del hecho, evita perseguir delitos de ínfima importancia, o en los que la culpabilidad se presenta disminuida, en los que el delito ha sido retribuido de manera natural, como cuando alguien por culpa causa la muerte de un hijo, o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta, persigue, además, la posibilidad de renunciar a la persecución de una conducta de menor interés, en aras de redoblar esfuerzos por asegurar las condiciones sociales que impidan el resurgimiento de la misma. **(ix)** Solo es aplicable en los casos expresamente señalados en la ley, se excluye la aplicación discrecional de la facultad por parte del Fiscal, es reglado, por eso antes que negación del principio de legalidad, es una manifestación del mismo y **(x)** Se ejerce en el marco de la ley, responde a las necesidades de un modelo de política criminal establecido previa o implícitamente por el mismo legislador. En cuanto a los antecedentes de la norma las características que se extractan de las discusiones son: **(i)** existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; **(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 en la ley y **(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 (Sentencia C-673 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Libertad de configuración del legislador para establecer las causales de aplicación del Principio de Oportunidad no es absoluta. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que como el Principio de Oportunidad implica la renuncia del Estado a perseguir y castigar el delito -panorama no deseable en un Estado de derecho-, las hipótesis en que el mismo puede aplicarse deben responder a la finalidad excepcional que inspira esa institución. Ello hace que el legislador no esté en absoluta libertad de establecer las causales en que el fiscal puede abstenerse de iniciar la acción penal o renunciar o suspender la investigación. El límite es la naturaleza excepcional de la figura, en razón de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de

*persecución de delitos de cierto impacto no se puede autorizar la aplicación del Principio de Oportunidad, por eso se incluyen delitos de lesa humanidad, delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, conductas relativas a la libertad personal, entre otras. ¿Cuáles son los límites en materia de configuración, según lo indica la Corte? : (i) el legislador cuenta con un margen de configuración amplio para definir las circunstancias en que es posible aplicar el Principio de Oportunidad, (ii) dicha libertad se encuentra limitada, no obstante, por el carácter excepcional de esa institución, (iii) por la necesidad de racionalizar la renuncia del Estado a perseguir el delito, (iv) por los compromisos internacionales en materia penal que obligan al Estado a castigar ciertas conductas de especial gravedad y (v) por la necesidad de describir de manera precisa, detallada y clara los motivos por los cuales puede darse aplicación a esta figura jurídica. La aplicación del Principio de Oportunidad y la reparación de las víctimas: El Principio de Oportunidad no obstaculiza la realización del derecho de reparación de las víctimas, al contrario su aplicación” debe ser compatible con el respeto a los derechos de las víctimas de las conductas delictivas, el Principio de Oportunidad no impide que el Estado ponga en funcionamiento los mecanismos necesarios para obtener la reparación de los perjuicios causados a las víctimas del delito.*

Análisis de la norma demandada: El demandante sostiene que el Numeral 3 del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 vulnera el Artículo 250 de la Carta porque no reconoce la aplicación del Principio de Oportunidad en detrimento de los derechos del imputado y de la víctima, a la que debe hacerse efectivo el restablecimiento del derecho. Se considera que si no se permite la aplicación del Principio de Oportunidad cuando el autor del delito decide reparar los perjuicios, el Estado desconoce los derechos del imputado y de paso impide que se indemnicen los daños al menor afectado. Concluye que eso no es cierto ya que: (i) El legislador tiene autonomía para fijar los eventos en que el Principio de Oportunidad es procedente y (ii) En cuanto a la disposición demandada, se dice que dada la naturaleza de los delitos respecto de los cuales el Legislador niega la aplicación del Principio de Oportunidad justifica que se impida a la Fiscalía abandonar, renunciar o suspender la acción penal, ya que el fin de la norma acusada es la protección de los derechos de los menores. Ello supone que cuando el legislador niega la aplica-

ción del Principio de Oportunidad para los delitos enumerados en la norma, delitos que atentan contra la integridad personal, la libertad y la formación sexual del menor, lo hace con el fin de ampliar el espectro de protección de los derechos de los niños y adolescentes, en virtud de la prevalencia de sus garantías constitucionales y de la gravedad de los actos que se investigan. Los derechos de los niños tienen prelación sobre los derechos de los demás y tanto el texto constitucional como los tratados internacionales suscritos por Colombia se encaminan a garantizar el mayor grado de protección posible. La Corte considera que de no existir la prohibición: **(a)** La protección de los derechos de los menores no sería efectiva si el Estado renunciara a sancionar las conductas que afectan de manera grave derechos de categoría prevalente. La función disuasiva de la pena se encamina a que los abusos cometidos contra los niños y adolescentes dejen de cometerse, por lo que renunciar a ella despojaría al Estado de una herramienta crucial en la lucha contra el abuso infantil. **(b)** Los compromisos de protección al menor que Colombia adquirió en el escenario internacional tampoco podrían honrarse si el país renunciara a perseguir y sancionar los delitos que atentan gravemente contra la integridad personal, la libertad, y la formación sexual del menor, por eso una de las limitantes, por virtud de los tratados internacionales de protección a la niñez, los delitos que menoscaban derechos íntimamente ligados con la esencia y dignidad del ser humano, como su integridad sexual, personal y su libertad. Por ello, atendiendo a los límites mismos del Principio de Oportunidad, el Estado no está autorizado para omitir, suspender o renunciar a la acción penal cuando el afectado en estos casos es un menor de edad. **(c)** Si uno de los objetivos “*como lo ha dicho la Corte*” del Principio de Oportunidad es descongestionar la administración de justicia de ilícitos que afectan levemente el orden social, pues por sus repercusiones en la comunidad pueden ser no sancionados sin grave detrimento del orden justo, es claro que la norma acusada no se refiere a conductas ilegales de menor repercusión, sino, precisamente, a comportamientos que, por ser cometidos además en la modalidad dolosa, hieren especialmente la sensibilidad colectiva. Se trata de conductas que vulneran la vida, la integridad personal y sexual y la libertad de los niños, por lo que resulta razonable y justificado que el Estado persista en su decisión de sancionar a los agresores y **(d)** Las víctimas ja-

más están desamparadas ya que si en aplicación del principio el Estado no puede renunciar al deber de reparar a las víctimas, con mayor razón no puede hacerlo cuando el proceso sigue su curso.

DECISION: Se declaró exequible el Numeral 3 del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo respecto de los Numerales 7 y 8 del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

## **1.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN PENAL**

### **1.2.1. Sentencia 29183 de 2008**

### **1.2.2. Radicado: 2918**

M.P.: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Fecha: 18 de noviembre de 2008

### HECHOS

*“La génesis de la actuación tiene su ocurrencia para el 29 de marzo de 2006, hacia las 18:00 horas, cuando agentes del orden realizaban un patrullaje por el sector de la Carrera 70 B frente al No. 35-07, procedieron a practicar una requisita a Óscar Yesid Jiménez Arenas, hallándole en el bolso que portaba en la espalda una bolsa transparente contentiva de 12 bolsas pequeñas de sustancia vegetal, la cual al ser sometida a estudio arrojó positivo para la marihuana con un peso neto 29.9 gramos.”*

### ANTECEDENTES

1. El 30 de marzo de 2006, se realizaron audiencias de legalización de la captura y formulación de la imputación, en la misma no se solicita medida de aseguramiento por ausencia de antecedentes y que *“quizás por ingenuidad sobrepasó el límite de dosis personal”*.

2. Se presentó escrito de acusación en contra del señor Jiménez Arenas por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Se

adelantó la audiencia preparatoria y el trámite del juicio oral, el cual concluyó con la condena de 70 meses de prisión y multa de ocho salarios mínimos mensuales legales que se impuso al acusado.

3. La defensa interpuso recurso de apelación en contra de esta decisión y el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó con la sentencia del 12 de octubre de 2007, objeto del recurso de casación que la Corte resuelve en esta oportunidad.

## DEMANDA DE CASACIÓN

**Cargo primero:** Indebida aplicación del Artículo 376 del Código Penal y falta de aplicación del Artículo 29-2 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad basado en el derecho penal de acto. No se puede caracterizar el delito como modo de ser de la persona, ya que fue condenado una persona por el hecho de llevar consigo sustancia estupefaciente tipo marihuana para su consumo personal, debido a su situación de dependencia o de adicción, esto no corresponde a un exceso intolerable que autorice la intervención del sistema penal, pues se trata de una cantidad sin incidencia para el bien jurídico protegido con el tipo de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. **Cargo segundo:** La recurrente alega la exclusión o falta de aplicación del principio pro hómine o cláusula de favorabilidad, porque el Tribunal fundamentó el fallo en una jurisprudencia restrictiva a los derechos del acusado, omitiendo aquella que lo favorecía y que, por supuesto, estaba llamada a regular el caso. Tuvo en cuenta dos decisiones de la Corte, las Sentencias de Casación del 26 de abril de 2006 (Rad. 24612) y del 8 de agosto de 2005 (Rad. 18609), en las cuales, afirma que se examinó la situación del adicto que es sorprendido llevando consigo una cantidad de estupefacientes superior a la legalmente autorizada.

No obstante, agrega, la segunda providencia es más restrictiva a los derechos fundamentales de las personas, el Tribunal aplicó la providencia inicialmente relacionada, con detrimento de la cláusula de favorabilidad aludida. **Cargo Tercero:** Falta de aplicación del Artículo 32-10 del Código Penal, que establece la causal de ausencia de responsabilidad penal por error sobre el tipo, ya

que **“sin contar con elementos probatorios, consideró que la conducta del acusado era dolosa porque, como adicto, con el simple tacto de la sustancia, debió saber que la cantidad de marihuana adquirida era superior a la dosis personal”**. **Cargo Cuarto:** Falta de aplicación de los Artículos 3 y 4 del Código Penal, que conlleva a la indebida aplicación del tipo penal del Artículo 376, se le impone por su condición de adicto y no porque hubiere obrado en forma contraria a derecho, de manera voluntaria y libre, o por haber lesionado o puesto efectivamente en peligro el bien jurídico de la salud pública.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No se desestima la demanda porque cuando la Corte declara ajustado el libelo no debe volver sobre un tema ya superado en el trámite de la casación, pues justamente para realizar ese examen el Artículo 184 del Código de Procedimiento Penal (213 L. 600/00) estableció la calificación de la demanda.

Frente al cargo segundo. A través de la violación directa de la ley, la demandante alega la exclusión o falta de aplicación del principio pro hómine, porque el Tribunal sustentó la decisión en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que considera restrictiva de los derechos del acusado, con desconocimiento de otra de alcance favorable que, en su criterio, estaba llamada a regular el caso. Esto sólo cobra aplicabilidad en el caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, evento en el cual el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos y en la sentencia se omite preciar la norma de derecho sustancial prevista en el Bloque de Constitucionalidad, en la Constitución o en la ley, que hubiere sido omitida, interpretada en forma errada o aplicada indebidamente por el sentenciador en este asunto, no se contempla la posibilidad de denunciar en sede de casación vicisitudes de análisis jurisprudencial.

Frente al cargo tercero de la demanda: Falta de aplicación del Artículo 32-10 del Código Penal, relacionado con la ausencia de responsabilidad por error de tipo. Cuando se invoca la violación directa de la ley como causal de casación, debe orientarse exclu-

sivamente a demostrar la equivocación en que incurrió el Tribunal al aplicar la normativa al caso concreto. En la demanda no se indica qué dice en concreto la norma, cómo regula la materia en debate, qué interpretación le dio el Tribunal, de qué manera se equivocó al fijar su alcance, cómo afecta el caso, y cuál sería la recta inteligencia que a ella corresponde. Es decir, la propuesta no va más allá del enunciado, pues en forma alguna se propende por su desarrollo y demostración, según era de esperarse, por lo cual el cargo no prospera.

Frente al cargo cuarto: Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los Artículos 3 y 4 del Código Penal. Dice la demandante que la pena se fijó sin consideración a los principios y a las funciones que regulan la sanción penal, previstos en las normas supuestamente omitidas, pero esos argumentos no desarrollan el cargo propuesto, porque la demandante no demuestra que en la dosificación de la pena (tema en el que adquieren relevancia las disposiciones que supuestamente dejaron de aplicarse), el Tribunal hubiere omitido la aplicación de los principios y de las funciones que señala la ley para regular las sanciones penales.

Frente al cargo primero: Indebida aplicación del Artículo 376 del Código Penal y falta de aplicación del Artículo 29-2 de la Constitución Política. A pesar de que se estableció su condición de adicto a la marihuana y que excedió únicamente en nueve gramos la dosis personal. Es cierto, que es un delito de peligro, pero no se puede olvidar el principio de lesividad, se tiene establecida la antijuridicidad como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y no sólo desde su perspectiva formal; es decir, como la mera disconformidad de la conducta con el ordenamiento legal. En relación con el delito tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (Art. 376 C.P.), que si bien corresponde a los denominados de peligro abstracto en el sentido de que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad de que el interés resulte lesionado (pues el tráfico de sustancias estupefacientes pone en peligro la salubridad pública, en cuanto constituye la condición necesaria y específica para que los individuos y la comunidad las consuman); no puede perderse de vista que: *“... las cantidades que se acercan al límite de lo permitido para consumidores, se ubica en una sutil franja*

*de lo importante a lo insignificante... y si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades en orden a su punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección.*" El legislador no puede establecer como delitos conductas que no los afecten y, por su parte, los jueces tampoco están facultados para imponer sanciones si no se presentan como presupuestos legitimantes de la concreta actuación del poder punitivo estatal, el bien jurídico y la ofensa que en un evento determinado lo lesione o ponga en peligro. Cuando la Corte Constitucional despenalizó la dosis personal, era porque debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en la cantidad que correspondía a ese concepto, y el narcotráfico como ejercicio ilícito alentado por el afán de lucro, de manera que los efectos del fallo (C-221-94) no comprendía esta actividad. *"La locución 'dosis personal' de por sí fija un significado. No se trata de cantidades considerables, sino de porciones mínimas destinadas al uso propio, desechándose como extraña a esta figura el suministro a terceros, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica."*, el ordenamiento legal ve en esa persona a un enfermo, susceptible más bien de recibir un tratamiento médico que una pena, consideración que con mayor ahínco asume de cara a los principios y valores fundantes del Estado Social de Derecho establecido en la Constitución Política de 1991, en especial los relacionados con el respeto por la dignidad del ser humano, la igualdad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, emerge como parámetro de racionalización del poder punitivo del Estado cuando se trata de examinar la conducta de los adictos o de personas no dependientes, que se encuentren en posesión de cantidades mínimamente superiores a la legalmente permitida; porque a pesar de la percepción simplemente objetiva de haberla superado, es cierto que la actividad que desarrollan (el consumo de dosis personal) es lícita y corresponde al exclusivo ámbito de libertad de esa persona, debe, entonces, en cada caso examinarse si la conducta del consumidor trasciende su fuero interno y llega a afectar derechos ajenos, individuales o colectivos, pues sólo así se entenderá superada la exigencia de la afectación, a nivel de lesión o puesta en peligro, del bien jurídico como presupuesto para considerar en estos asuntos, legítimo el ejercicio del poder punitivo del Estado.

En el caso concreto, los hechos y las pruebas según fueron declarados y valorados por los juzgadores, demuestran que, en efecto, el acusado es un adicto que al momento de la aprehensión estaba en posesión de 29,9 gramos de marihuana; por ello la tipicidad de la conducta (desvalor de acción) no tiene discusión en este caso, pues de conformidad con el Artículo 376 del Código Penal, incurre en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título, droga que produzca dependencia, pero, lo que no se demuestra en la actuación es que los bienes jurídicos tutelados con el tipo penal referido (salud pública, seguridad pública, orden económico y social), hayan sido afectados con la posesión de 9,9 gramos que por encima de la dosis personal tenía en su poder el acusado, de quien se sabe es un consumidor habitual, un adicto, que no ejecutaba actividades de distribución o venta del alucinógeno. Por eso se pregunta la Corte si: ¿la simple posesión de la cantidad aludida por encima de la dosis personal, puede en este caso justificar la intervención del derecho penal y legitimar la imposición de una sanción? Se responde que desde ningún punto de vista, teniendo en cuenta que en el proceso no se demostró que la conducta del acusado trascendiera la órbita de sus propios intereses, lo cual significa que la posesión del alucinógeno que se le imputa, no tuvo incidencia sobre derechos ajenos, individuales o colectivos o, lo que es igual, carece de trascendencia penal, sin que resulte válido su ejercicio so pretexto de proteger, a través del castigo, la propia salud del procesado adicto al consumo de marihuana, pues es un tema que sólo corresponde decidir a él en forma autónoma por ser el único rector de su propia vida.

En conclusión, si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado no afectó los ajenos, entonces no alteró efectivamente ningún bien jurídico, de manera que el comportamiento que se le atribuye carece de antijuridicidad material y en consecuencia, no puede ser sancionado porque no alcanza la categoría de una conducta punible. El cargo analizado, en consecuencia, está llamado a prosperar. Pero recalca la Corte que lo anterior no significa que en todos los casos en que a una persona se la encuentre en posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal

o inclusive, dentro de los límites de ésta, deba considerarse que no realiza conducta típica y antijurídica, eventualmente culpable y, por consiguiente, punible. Lo que quiere significar la Corte es que cada asunto debe examinarse en forma particular en orden a verificar la demostración de tales presupuestos, de manera que las decisiones de la justicia penal consulten verdaderamente los principios rectores que la orientan, como el de antijuridicidad que aquí se analiza.

Reclama a los funcionarios judiciales, ya que ante un diagnóstico oportuno de los aspectos que aquí quedaron expuestos, contribuiría a un mejor desenvolvimiento de la actividad judicial estatal en la medida que sus recursos no se disiparían en asuntos insustanciales, sino que se enfocarían en los que, por su magnitud y trascendencia social, realmente requieran el ejercicio de la acción penal, para lo cual recuerda uno de los objetivos propuestos para una justicia mejor, a través de la implementación del sistema acusatorio, en el Acto Legislativo 02 de 2003, desarrollado por la Ley 906 de 2004. El propósito del constituyente era dar a la Fiscalía la posibilidad de desbrozarse de la cantidad de asuntos menores que desgastaban su actividad, para que pudiera concentrarse en lo que verdaderamente ponía en peligro la convivencia y por ello se concibió, entre otros mecanismos, el del Principio de Oportunidad. *“Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema. La filosofía del Principio de Oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta.”* (Gaceta del Congreso No. 157, página 3. (10-05-02)).

En consecuencia, en aras de la búsqueda de la realización del Estado Social y por ende, de los fines de una mejor justicia, debe seguir desarrollándose el alcance del juez del Estado Social y Democrático de Derecho que modula el concepto de la igualdad formal y estricta, característica del Estado Liberal de Derecho, para entrar a discriminar a los necesitados de atención diferente a la de la pena; esto es, a personas que viven en la marginación y la exclusión, o en situaciones de desventaja o debilidad manifiesta, tal y como lo ordena el Artículo 13 Superior. En ese propósito

surgen determinantes las herramientas ofrecidas por el legislador para descongestionar a la administración de justicia de investigaciones y procesos adelantados por conductas que, como la que aquí se analiza, no ameritan toda la atención del aparato sancionatorio del Estado, cuando resulta más justa su atención por la vía del ofrecimiento de la oportunidad, de la conciliación, de la mediación, o la senda misma de la ausencia de antijuridicidad material que en todo caso, conducen a situaciones diferentes de la pena de prisión, inútil e ilegítima en asuntos como el que se examina. Frente a esa gama de posibilidades de justicia mejor, la Corte exhorta a los funcionarios judiciales, especialmente de la Fiscalía General de la Nación, a hacerlos operantes de manera que los grandes esfuerzos institucionales se concentren en los asuntos que realmente sean trascendentes para evitar así, el daño que en la sociedad genera el delito.

**DECISIÓN:** Como se evidencia el desacierto de la sentencia con la que se condenó al procesado por un comportamiento que no constituye conducta punible, esta circunstancia impone como remedio para restablecer sus garantías fundamentales y hacer efectivo el derecho material en la presente actuación, casar el fallo objeto de impugnación y, en su lugar, absolverlo del cargo por el cual se lo acusó.

## 2. LA ÚLTIMA REFORMA LEGISLATIVA

LEY 1312 DE 2009

(9 de julio)

Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1. El Artículo 323 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 323. Aplicación del Principio de Oportunidad. La Fiscalía Ge-

neral 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 Principio de Oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

Artículo 2. 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 delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucede, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

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

3. Cuando la persona es entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciar la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre in-

formación eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciar la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del Principio de Oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hace, se revoca el beneficio.

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciar la audiencia de juzgamiento, sufre 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.

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.

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 secunda-

ria 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.

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.

15. Cuando 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.

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.

17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normativa 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.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del Principio de Oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo Número 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una

declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

Parágrafo 1. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el Capítulo Segundo del Título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, sólo se podrá aplicar el Principio de Oportunidad cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

Parágrafo 2. La aplicación del Principio de Oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera especial para el efecto.

Parágrafo 3. 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 18 años.

Parágrafo 4. No se aplicará el Principio de Oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

Artículo 3. El Artículo 325 de la Ley 906 de 2004 quedará 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 ésta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, individual o colectiva, 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 establecida 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. El Artículo 326 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 326. Condiciones a cumplir durante el periodo de prueba. El fiscal fijará el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres 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 de 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 a 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.

m) 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 Parágrafo 2 del Artículo 324.

Parágrafo. Durante el periodo 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 periodo de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal solicitará el archivo definitivo de la actuación de acuerdo a lo reglamentado en el artículo siguiente.

Artículo 5. El Artículo 327 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 327. Control judicial en la aplicación del Principio de Oportunidad. El Juez de Control de Garantías efectuará el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al Principio de Oportunidad.

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

La aplicación del Principio de Oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía no podrá comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

Artículo 6. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

### 3. Reglamentación interna del Principio de Oportunidad

A continuación se cita una recopilación de las diferentes directrices emanadas de la Fiscalía General de la Nación, unas provienen del despacho del Fiscal General de la Nación y otros de la Dirección Nacional, a través de memorandos y resoluciones, así:

1. Resolución No. 6657 del 30 diciembre de 2004
2. Resolución No. 6658 del 30 diciembre de 2004
3. Resolución 3884 del 27 de julio de 2009
4. Memorando No. 009 del 3 de febrero de 2005
5. Memorando No. 062 del 11 de julio de 2005
6. Memorando No. 039 del 19 de diciembre de 2005
7. Memorando No. 032 del 4 de marzo de 2008
8. Memorando No. 062 de 2009
9. Memorando 001 del 12 de enero de 2010
10. Directiva No. 001 de septiembre de 2006  
(preacuerdos y negociaciones)
11. Formato de solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad

#### 3.1. RESOLUCIÓN NÚMERO 6657 DE 2004

(30 de diciembre)

*“Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del Principio de Oportunidad”.*

Art. 1-El Fiscal General de la Nación conocerá directamente de la aplicación del Principio de Oportunidad en los eventos relacionados con las causales previstas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, bien porque la pena máxima de la conducta punible excede de seis años de prisión, o si es inferior a ese límite, porque hará uso de las facultades de sustitución previstas en el Artículo 116 Numeral 2 de la misma ley.

El delegado especial del Fiscal General de la Nación dará aplicación al Principio de Oportunidad en los demás casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis años.

Par.-Si un fiscal delegado adelanta una investigación y surgen los re-

quisitos y condiciones para aplicar el Principio de Oportunidad, cuya aplicación corresponda al Fiscal General de la Nación o a su delegado especial, de inmediato presentará informe motivado al primero con el fin de que asuma el conocimiento o designe el delegado especial.

Una vez definida la aplicación del Principio de Oportunidad por el Fiscal General o su delegado especial, según el caso, de ser procedente la renuncia a la persecución penal, será el fiscal de conocimiento quien intervenga en el control judicial ante el juez de garantías.

Art. 2-El Fiscal General de la Nación, su delegado especial y los fiscales delegados podrán aplicar el Principio de Oportunidad en los casos determinados en la ley, cuando exista un mínimo de elementos materiales probatorios que permita inferir que el beneficiado es autor o partícipe de una conducta delictiva, lo cual se aducirá ante el juez competente para el control judicial correspondiente.

Par.-En casos de aplicación del Principio de Oportunidad que por ley estén asignados al Fiscal General de la Nación o a su delegado especial, la carpeta y el control de la investigación permanecerán en poder del fiscal de conocimiento, mientras dure la interrupción o la suspensión y, en el evento de presentarse alguna novedad o de cumplir las condiciones exigidas, las comunicará de inmediato al Fiscal General o a su delegado especial, con el fin de que estos decidan sobre la renuncia, la continuidad de la acción penal o la extensión de los estados de suspensión o interrupción.

Art. 3-La aplicación del Principio de Oportunidad, por ser manifestación del ejercicio de la acción penal, es una facultad exclusiva del fiscal, ejercida conforme con la Constitución Política y la ley, una vez satisfechos los presupuestos generales y específicos para cada causal. Por consiguiente, el imputado podrá solicitar su aplicación sin que ello imponga al Fiscal la obligación de tramitar la petición. Sin embargo, para preservar el derecho constitucional de petición, el fiscal sucintamente responderá al solicitante cuando no esté en condiciones de aplicar el Principio de Oportunidad.

Art. 4-La suspensión y la interrupción de la acción penal son actos preparatorios de la decisión final de renuncia, única vía que conduce a la extinción de la acción penal. De acuerdo con la naturaleza de

cada una de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad, se ordenará la interrupción cuando decaigan los presupuestos sustanciales para continuar el ejercicio de la acción penal. Se decretará la suspensión cuando la decisión de un caso incide notoriamente en la de otro.

Art. 5-La suspensión del procedimiento a prueba procede respecto de las causales que por su naturaleza la permiten y exigen el cumplimiento de las condiciones ofrecidas y aceptadas, entre ellas la reparación del daño, y acarrea la suspensión de los términos hasta por tres años, los cuales se reanudarán si las condiciones se incumplen. Cumplidas éstas, procederá la renuncia a la persecución penal y la extinción de la acción penal que decretará el Juez de Control de Garantías.

Par.-El Fiscal tendrá especial cuidado al estimar el tiempo que dure la suspensión del procedimiento para no exponer injustificadamente la actuación a la prescripción de la acción penal.

Art. 6-La interrupción es un fenómeno transitorio, diferente a la suspensión precisamente por su brevedad y porque afecta sólomente el trámite de la actuación, sin perjuicio que pueda originar la suspensión del procedimiento a prueba o la renuncia a la persecución penal.

Art. 7-Cuando la aplicación del Principio de Oportunidad en un caso específico pueda involucrar delitos de conocimiento de otros fiscales, el funcionario que lo advierta lo comunicará a los demás pero será competente para aplicarlo el que resulte de la activación de las reglas de conexidad o el que designe especialmente el Fiscal General de la Nación.

Par.-Cuando la aplicación del Principio de Oportunidad no proceda para todos los autores o partícipes, se romperá la unidad procesal.

Art. 8-El control judicial en la aplicación del Principio de Oportunidad previsto en el Artículo 327 de la Ley 906 de 2004 tendrá lugar cuando, como consecuencia de la renuncia, proceda la extinción de la acción penal.

Art. 9-Asígnense a la secretaría judicial creada en la Dirección Na-

cional de Fiscalías mediante Resolución 0-0313 del 11 de febrero de 1998 para los trámites de beneficios por colaboración eficaz con la justicia, que en adelante se denominará Secretaría Técnica, además de las allí previstas, las siguientes funciones: a) Recibir, registrar y consolidar los informes sobre la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad, y b) Recibir, registrar, y consolidar los informes sobre aplicación efectiva del Principio de Oportunidad por el Fiscal General de la Nación, su delegado especial, o por los fiscales de conocimiento.

Cuando se trate de la posibilidad de dar aplicación al Principio de Oportunidad, el fiscal correspondiente enviará a la secretaría técnica, en el formato diseñado para el efecto, la siguiente información: **a)** Número de radicación de la actuación con indicación de sus partes e intervinientes, si los hubiere y los datos que los identifiquen y permitan su ubicación; **b)** Resumen de la situación fáctica objeto de investigación, con señalamiento del estado de la misma y los elementos materiales probatorios o evidencia física o información legalmente obtenida que desvirtúe la presunción de inocencia y permitan inferir que la conducta es delictiva y que el imputado es su autor o partícipe; **c)** Elementos de convicción relacionados con los presupuestos de la causal invocada, y **d)** Razones de orden jurídico y procesal que motivan la aplicación de ese principio.

La secretaría técnica, si fuere el caso, enviará inmediatamente la información recibida al Fiscal General de la Nación, o a su delegado especial, con el fin de que asuma el conocimiento del asunto. Uno u otro deberá decidir e informar lo resuelto a esa dependencia dentro de los cinco días hábiles siguientes, para que ésta comunique lo pertinente al Fiscal de conocimiento.

En el evento de aplicación efectiva del Principio de Oportunidad, el fiscal competente enviará a esa secretaría técnica, dentro de los cinco días hábiles siguientes al control judicial, copia del registro de la audiencia respectiva. En igual sentido procederá cuando el juez no la apruebe.

Para todos los casos la secretaría técnica llevará el control adecuado de la aplicación del Principio de Oportunidad para medir los estándares de eficiencia frente al nuevo sistema y al efecto, enviará infor-

mes quincenales al despacho del Fiscal General de la Nación. Igualmente, deberá mantener actualizada la doctrina y la jurisprudencia que al respecto se emita, para difundirlas en el ámbito nacional.

Par. 1-Se entenderá aplicado efectivamente el Principio de Oportunidad cuando, producido el control judicial positivo, el juez extinga la acción penal.

Par. 2-El Fiscal General de la Nación, el delegado especial y el fiscal de conocimiento, deberán llevar sus propios registros de los casos de aplicación del Principio de Oportunidad.

Par. 3-La consolidación de los informes señalados en este artículo será analizada conjuntamente por el Fiscal General de la Nación, el Vice-Fiscal General de la Nación, los fiscales de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y el Director Nacional de Fiscalías, con el propósito de unificar interpretaciones al interior de la entidad.

(sic) Art. 11.-Trámite. Cuando el fiscal decida aplicar el Principio de Oportunidad atenderá las siguientes pautas: a) Diligenciará el formato correspondiente con el cual iniciará formalmente el procedimiento establecido en la guía de introducción al Sistema Penal Acusatorio colombiano, el cual deberá contener la información enunciada en el inciso segundo del artículo noveno de esta resolución; b) Comunicará por el medio más expedito su propósito a la víctima, si se conoce, para que en el término de los tres días siguientes al recibo de la comunicación exprese verbalmente o por escrito, sus inquietudes o su pretensión; c) Dispondrá la renuncia a la persecución penal, o la suspensión o la interrupción de la actuación, si fuere el caso. Tratándose de suspensión o interrupción, determinará las condiciones que debe cumplir el indiciado o imputado durante el periodo de la misma y velará por su cumplimiento; cumplidas éstas, renunciará a la persecución penal.

En uno u otro evento, el fiscal comunicará de inmediato su determinación al Juez de Control de Garantías para que este, en el término de los cinco (5) días siguientes, realice la audiencia de control judicial correspondiente. Si el juez no avala la aplicación del Principio de Oportunidad, decisión contra la cual no procede recurso alguno, el fiscal reanudará la actuación en el estado en que se encontraba al momento de la iniciación

del trámite, sin que por tal motivo se genere su impedimento.

De todo lo anterior el fiscal dejará constancia en el referido formato e informará a la secretaría técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías.

Par.-El contenido de la guía de introducción al Sistema Penal Acusatorio colombiano, en lo relacionado con definiciones, causales, procedimientos, responsabilidades del fiscal, recomendaciones y observaciones atinentes al Principio de Oportunidad, se entenderá integrada a este reglamento.

Art. 12.-La presente resolución rige a partir del primero de enero de 2005.

Comuníquese, publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D.C., a 30 de diciembre de 2004.

(Original Firmado)

Luis Camilo Osorio Isaza

Fiscal General de la Nación

### **3.2. RESOLUCIÓN 6658**

30 de diciembre de 2004

Por medio de la cual se hace una designación especial

El Fiscal General de la Nación

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el Artículo 250 de la Carta Política y en el parágrafo segundo del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y,

Considerando

Que la Fiscalía General de la Nación tiene como obligación constitucional adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento por medio de denuncia, petición espe-

cial, querrela o de oficio.

Que el Acto Legislativo 03 de 2002 reformó la Constitución Política y estableció la aplicación del Principio de Oportunidad, como excepción al mandato citado, evento en el cual podrá la Fiscalía suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal.

Que el Parágrafo Segundo del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 asigna al Fiscal General de la Nación o al delegado especial que designe para tal efecto, la aplicación del Principio de Oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis años de prisión en su máximo, sin perjuicio de lo dispuesto en el reglamento de que trata el Artículo 330 de la citada ley.

Que el Fiscal General de la Nación conocerá siempre de la aplicación del Principio de Oportunidad en los eventos relacionados con las causales previstas en los Numerales 2,3,4,5, y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, bien porque la pena máxima de la conducta punible excede de seis años de prisión, o, si es inferior a ese límite, porque hará uso de las facultades de sustitución previstas en el artículo 116 numeral 2 de la misma ley.

Que de conformidad con el nuevo Código de Procedimiento Penal, el Fiscal General de la Nación puede designar a un delegado especial para que dé cumplimiento a lo expuesto en los considerandos anteriores.

Que en mérito de lo expuesto, el Fiscal General de la Nación,

## **RESUELVE**

**Artículo Primero:** Designar como delegados especiales del Fiscal General de la Nación para dar aplicación al Principio de Oportunidad en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad exceda de seis años en su máximo, a quienes desempeñen funciones de coordinador de las unidades delegadas ante tribunales, en su correspondiente distrito. Tratándose de las causales previstas en los Numerales 2,3,4,5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, el Fiscal General de Nación lo aplicará directamente o por medio de la facultad de sustitución prevista en el Numeral 2 del Artículo 116 de la misma ley.

En los casos de conocimiento de las Unidades Nacionales de Fisca-

lía, el delegado especial será el coordinador de la Unidad de Fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Excepcionalmente, de acuerdo con un examen preliminar del caso y la forma como se conduce la respectiva investigación, el Fiscal General de la Nación, para efectos del control judicial a la aplicación del Principio de Oportunidad establecido en el Artículo 327 de la citada ley.

Artículo Segundo: Comunicar el presente acto administrativo al Consejo Superior de la Judicatura y a la Procuraduría General de la Nación, para efectos del control judicial a la aplicación del Principio de Oportunidad establecido en el Artículo 327 de la citada ley.

Artículo Tercero: La presente resolución rige a partir del primero de enero de 2005.

Comuníquese, publíquese y cúmplase

(original firmado)

Luis Camilo Osorio Isaza  
Fiscal General de la Nación

### **3.3. RESOLUCIÓN 3884 DEL 27 DE JULIO DE 2009**

Por medio de la cual se modifica y adiciona las Resoluciones 6657 y 6658 del 30 de diciembre de 2004.

El Fiscal General de la Nación

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial las conferidas en el Artículo 250 de la Carta Política y el Artículo 330 de la Ley 906 de 2004 y,

Considerando:

Que la Fiscalía General de la Nación tiene como obligación constitucional adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento por medio de denuncia, petición espe-

cial, querrela o de oficio o por cualquier otro medio.

Que el Acto Legislativo 03 de 2002 reformó la Constitución Política de Colombia y estableció la aplicación del Principio de Oportunidad, como excepción al mandato citado, evento en el cual podrá la Fiscalía interrumpir, suspender o renunciar a la persecución penal.

Que el Artículo 321 de la Ley 906 de 2004, prevé la aplicación del Principio de Oportunidad con sujeción a la política criminal del Estado.

Que la ley penal sustantiva procesal constituye una de las manifestaciones de la política criminal del Estado.

Que el Artículo 330 de la Ley 906 de 2004 asigna al Fiscal General de la Nación, la función de expedir el reglamento que de manera general establezca el procedimiento interno de la entidad, para asegurar que la aplicación del Principio de Oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución Política, a la ley y al desarrollo del plan de política criminal del Estado.

Que por medio de la Resolución Número 0-6657 del 30 de diciembre de 2004, el Fiscal General de la Nación reglamentó la aplicación del Principio de Oportunidad.

Que por medio de la Resolución Número 0-6658 del 30 de diciembre de 2004 el Fiscal General de la Nación, efectuó una designación especial para dar aplicación al Principio de Oportunidad, de conformidad con el parágrafo segundo del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

Que mediante Sentencias C-979 del 26 de septiembre de 2005 y C-209 del 21 de marzo de 2007, la Honorable Corte Constitucional, entre otros, declaró inexecutable algunos apartes del Artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

Que el Gobierno Nacional promulgó la Ley 1312 del nueve de julio de 2009, *“por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad”*, por lo que se hace necesario incluir estas reformas en las resoluciones expedidas por la Fiscalía General de la Nación, que reglamentan la aplicación del Principio de Oportunidad. Por lo anterior se procederá a modificar y adicionar las Resolucio-

nes Números 0-6657 y 0-6658 del 30 de diciembre de 2004.

En mérito de lo expuesto,

## **RESUELVE**

Artículo Primero: modificar el Artículo primero de la Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004, en el siguiente sentido: el Fiscal General de la Nación conocerá directamente de la aplicación del Principio de Oportunidad en los eventos relacionados con las causas previstas en los Numerales 2, 3, 4 y 8 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, reformado por la Ley 1312 del 9 de julio de 2009.

Artículo Segundo: adicionar el párrafo del Artículo primero en su Inciso Segundo de la Resolución Número 6657 del 30 de diciembre de 2004, el cual quedará así: una vez definida la aplicación del Principio de Oportunidad por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial, según el caso de ser procedente la renuncia, la suspensión o la interrupción de la persecución penal, será el fiscal de conocimiento quien intervenga en el control judicial ante el Juez de Control de Garantías respectivo.

Artículo Tercero: adicionar el Artículo Octavo de la Resolución Número 6657 del 30 de diciembre de 2004, así: el control judicial en la aplicación del Principio de Oportunidad previsto en el Artículo 327 de la Ley 906 de 2004 tendrá lugar en la renuncia, suspensión e interrupción de la persecución penal.

Artículo Cuarto: modificar el Artículo Noveno de la Resolución Número 0/6657 del 30 de diciembre de 2004 en el sentido de independizar de la Secretaría Técnica creada para los trámites de beneficios por colaboración eficaz con la justicia, las funciones establecidas en el citado artículo para la aplicación del Principio de Oportunidad.

Artículo Quinto: adicionar la Resolución 0/6657 del 30 de diciembre de 2004, en el sentido de conformar un equipo de funcionarios para el trámite de la aplicación del Principio de Oportunidad a nivel nacional, que estará integrado por un fiscal delegado ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales, un profesional universitario I y un profesional universitario II, bajo la dirección y coordinación de

la Dirección Nacional de Fiscalías.

Parágrafo. El equipo de Principio de Oportunidad cumplirá las siguientes funciones: A) recibir, registrar y consolidar los informes sobre la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad. B) Recibir, registrar y consolidar los informes sobre aplicación efectiva del Principio de Oportunidad por el Fiscal General de la Nación, su delegado especial o por los fiscales de conocimiento.

Cuando se trate de la posibilidad de dar aplicación al Principio de Oportunidad, el fiscal correspondiente enviará directamente al equipo de Principio de Oportunidad la solicitud en el formato diseñado para tal efecto, con la siguiente información : **a)** número de radicación de la actuación, con indicación de sus partes, intervinientes, si los hubiere y los datos que los identifiquen y permitan su ubicación; **b)** resumen de la situación fáctica objeto de la investigación, con señalamiento del estado de la misma y los elementos materiales de la misma o evidencia física o información legalmente obtenida, que desvirtúe la presunción de inocencia, permitan inferir que la conducta es delictiva y que el imputado es su autor o partícipe; **c)** elementos de convicción relacionados con los presupuestos de la causal invocada; **d)** razones de orden jurídico y procesal que motivan la aplicación de este principio.

El equipo de Principio de Oportunidad si fuere el caso, enviará inmediatamente la información recibida al Fiscal General de la Nación o su delegado especial con el fin de que asuma el conocimiento del asunto. En los siguientes ocho días hábiles, uno u otro, deberá decidir e informar lo resuelto a esa dependencia, para que esta comunique lo pertinente al fiscal de conocimiento, en lo referente a los trámites de Principio de Oportunidad que se surtan en la ciudad de Bogotá. Para las demás ciudades será el fiscal delegado especial quien envíe directamente lo resuelto al fiscal de conocimiento por celeridad y eficacia en la actuación, remitiendo copia a la Dirección Nacional de Fiscalías –equipo de Principio de Oportunidad-.

En el evento de la aplicación efectiva de la figura, el fiscal competente enviará al equipo de Principio de Oportunidad entre los ocho días hábiles siguientes al control judicial, fotocopia del acta de la audiencia de control de legalidad. En igual sentido procederá cuando el juez

no lo apruebe e informará si la decisión fue objeto de alzada.

Para todos los casos, el equipo de Principio de Oportunidad llevará el control adecuado de la aplicación de dicha figura para medir los estándares de eficiencia, frente al nuevo sistema y, al efecto, enviará informes mensuales al Fiscal General de la Nación y del ViceFiscal General de la Nación. También, actualizará la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema para difundirla al interior de la entidad.

Artículo Sexto: modificar el Artículo Undécimo de la Resolución Número 6657 del 30 de diciembre de 2004 el cual quedará así: cuando el fiscal decida aplicar el Principio de Oportunidad atenderá las siguientes pautas: a) diligenciará el formato correspondiente, el cual deberá contener la información enunciada en el parágrafo segundo del artículo quinto de esta resolución; b) comunicará por el medio más expedito su propósito a la víctima, si se conoce, para que en el término de los tres días siguientes al recibo de la comunicación exprese verbalmente o por escrito, sus inquietudes o su pretensión y c) dispondrá la renuncia de la persecución penal o la suspensión la interrupción de la actuación, si fuere del caso. Tratándose de suspensión o interrupción determinará las condiciones que debe cumplir el indiciado o imputado o acusado durante el periodo de la misma y velará por su ejecución, cumplidas estas renunciará a la persecución penal.

Artículo Séptimo: modificar el Artículo Primero de la Resolución 6658 del 30 de diciembre de 2004, el cual quedará así: designar como delegados especiales del Fiscal General de la Nación para dar aplicación al Principio de Oportunidad en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis años en su máximo, a quienes desempeñen funciones de jefe la unidad delegada ante el Tribunal Superior, en su correspondiente distrito. Tratándose de las causales previstas en los Numerales dos, tres, cuatro y ocho del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, reformado por la Ley 1312 del 9 de julio de 2009, el Fiscal General de la Nación lo aplicará directamente o por medio de la facultad de sustitución prevista en el numeral segundo en los casos de conocimiento de las Unidades Nacionales de Fiscalía, el delegado especial será el Jefe de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Artículo Octavo: Comunicar el presente acto administrativo al Con-

sejo Superior de la Judicatura y la Procuraduría General de la Nación, para efectos del control judicial a la aplicación del Principio de Oportunidad establecido en el Artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

Artículo Noveno: La presente resolución rige a partir de

Comuníquese, publíquese y cúmplase  
Dada en Bogotá D.C., 27 julio de 2009

(original firmado)  
Mario Germán Iguarán Arana  
Fiscal General de la Nación.

### 3.4. MEMORANDO 009

3 DE FEBRERO DE 2005

Para: Coordinadores de Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y Unidades Nacionales de Fiscalías Delegadas, y Directores Seccionales de Fiscalías de Bogotá, Manizales, Armenia y Pereira

De: Director Nacional de Fiscalías

Asunto: Funcionamiento de la Secretaría Técnica para la aplicación del Principio de Oportunidad

La Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004 asignó a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías el tratamiento administrativo de la aplicación del Principio de Oportunidad. Con el objeto de instrumentar su desarrollo se atenderán las siguientes directrices:

#### 1. Asuntos de competencia del fiscal del caso

Cuando resulte aplicable una causal, diferente a las previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, o si la pena privativa de la libertad para el o los delitos por los que se procede y se pretende su aplicación no excede en su máximo seis años de prisión, o no es privativa de la libertad, el fiscal delegado de conocimiento diligenciará integralmente el *"Informe de aplicación del Principio de*

*Oportunidad por el fiscal del caso*”, que con el presente se anexa y remitir copia vía correo electrónico o por el medio más expedito a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, y continuar con el procedimiento previsto en los Artículos 321 a 330 de la Ley 906 de 2004.

En el evento que la interrupción o la suspensión del procedimiento a prueba conduzcan a la renuncia a la persecución penal, dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la audiencia de control de legalidad, el fiscal delegado comunicará lo resuelto a la Secretaría Técnica y junto con el informe mencionado, remitirá copia del registro de la audiencia a la citada dependencia.

## 2. Asuntos de competencia del Fiscal Coordinador de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia

Cuando se trate de dar aplicación del Principio de Oportunidad en delitos cuya pena privativa de la libertad exceda en su máximo exceda seis años de prisión, proceda por las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y el caso sea de conocimiento de una Unidad Nacional, el fiscal delegado que conozca del mismo diligenciará el *“Formato de solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad”* y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará a la Coordinación de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

## 3. Asuntos de competencia del Fiscal coordinador de la Unidad Delegada ante el Tribunal de Distrito: En los eventos que corresponda dar aplicación al Principio de Oportunidad en delitos con pena privativa de la libertad que en su máximo exceda seis años de prisión, no se trate de las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y el caso no sea de conocimiento de una Unidad Nacional de Fiscalía, el fiscal que conozca del caso diligenciará el *“Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad”* y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará al Coordinador de la respectiva Unidad Delegada ante Tribunal Superior de Distrito Judicial.

## 4. Asuntos de competencia del Fiscal General de la Nación: En el

evento que se proceda por las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, el fiscal del caso diligenciará el “Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad” y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, dependencia que verificará el cumplimiento de los requisitos allí enunciados y lo enviará el mismo día al Despacho del Fiscal General de la Nación.

5. En los casos previstos en los Numerales 2, 3 y 4 de este memorando, dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la audiencia de control de legalidad, el fiscal de conocimiento enviará a la Secretaría Técnica copia del registro de la misma.

6. El procedimiento para la aplicación del Principio de Oportunidad es el previsto en el flujograma que con la presente se anexa, el cual deberá ser observado estrictamente por todos los servidores que conozcan del mismo.

7. Trámite interno de la Secretaría

Para los efectos anteriores, la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalía realiza las siguientes labores:

- Una vez se radica y registra el *“Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad”*, examina el contenido de la solicitud y, si la halla ajustada al procedimiento continúa el trámite que corresponda. En caso contrario, la devuelve a la Fiscalía de origen para que en el término de un día la subsane en los aspectos que así lo requieran.

- Cuando se disponga la interrupción de la persecución penal, o la suspensión del procedimiento a prueba, de acuerdo con los parágrafos de los Artículos Segundo y Quinto de la Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004 de la Fiscalía General de la Nación, el Fiscal General de la Nación General o su delegado especial disponen que fiscal del caso, vela por el cumplimiento de los requisitos y condiciones impuestas al aplicar uno u otro mecanismo, sin perjuicio de que la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías coadyuve en ese control y seguimiento.

- En el evento que el fiscal del caso, el delegado especial o el Fiscal

General de la Nación no encuentren reunidos los requisitos y condiciones para la aplicación del Principio de Oportunidad, así se le manifestará al solicitante según el Artículo Tercero de la Resolución 0-6657 de 2004 y remitirá copia del correspondiente escrito a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías.

- En armonía con el Artículo Noveno de la Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004, la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías enviará al Fiscal General de la Nación un informe quincenal relacionado con el desarrollo y eficiencia de la aplicación del Principio de Oportunidad, indicando, entre otros aspectos, los niveles de reincidencia y cumplimiento de las condiciones y obligaciones por parte de los indiciados o imputados beneficiados con el mismo.

- Todas las comunicaciones que se realicen entre los fiscales delegados y la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías se tramitarán por el correo electrónico, [dnfstpo@fiscalia.gov.co](mailto:dnfstpo@fiscalia.gov.co), o, en su defecto, por el medio más expedito.

Atentamente,  
(Original Firmado)  
Luis González León  
Director Nacional de Fiscalías

### **3.5. MEMORANDO No 0062**

3 DE FEBRERO DE 2005

Para: Directores Seccionales de Fiscalías de Armenia, Bogota D.C, Manizales y Pereira, Jefes de Unidades de Fiscalía Delegadas Ante la Corte Suprema de Justicia, Nacionales, Seccionales, Locales y Fiscales Delegados.

De: Director Nacional de Fiscalías

Asunto: Observaciones Sobre Lineamientos para la aplicación del Principio de Oportunidad

Fecha: 11 de julio de 2005

Como es de su conocimiento el Artículo 9 de la Resolución 0-6657

del 30 de diciembre de 2004, el Señor Fiscal General de la Nación asignó en la Dirección Nacional de Fiscalías, la secretaría técnica respecto de la aplicación del Principio de Oportunidad, entre cuyas funciones está la de recibir y consolidar informes, llevar el control para medir los estándares de eficiencia frente a su aplicación, como también mantener actualizada la doctrina y la jurisprudencia que al respecto se emita para difundirla en el ámbito nacional.

Lo anterior permite dar a conocer las siguientes situaciones con el ánimo de fortalecer la aplicación del mencionado Principio de Oportunidad.

1. El procedimiento para la aplicación del Principio de Oportunidad no se está cumpliendo conforme a los lineamientos señalados por el Señor Fiscal General de la Nación, ni las directrices dadas a conocer por la Dirección Nacional de Fiscalías, por ello solicito difundir entre los fiscales y demás servidores los siguientes instrumentos jurídicos y administrativos:

- Resoluciones 0-6657 y 0-6658 del 30 de diciembre de 2004 expedidas por el Fiscal General de la Nación.
- Resolución 0001 y memorando 0-0009 del 3 de febrero de 2005 expedido por el Director Nacional de Fiscalías.
- Formato solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad.
- Formato informe de aplicación del Principio de Oportunidad por el fiscal de conocimiento del caso.

2. Con el propósito de dar un manejo adecuado a la información a cargo de la Secretaria Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, es importante tener en cuenta el diligenciamiento de las siguientes actuaciones:

- Diligenciar en debida forma, los formatos de solicitud e informe de aplicación del Principio de Oportunidad, diseñados por la Dirección Nacional de Fiscalías.
- Obtenido el control de legalidad por los Jueces de Garantías remitir inmediatamente a la Secretaria Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, copia del acta proferida por el Juez de Control de Garantías.
- Cuando se dé aplicación al Artículo 325 de la Ley 906 de 2004,

luego de efectuado el seguimiento para verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas al imputado (Artículo 326 ídem), el fiscal de conocimiento, previo el cumplimiento de lo expuesto en la Resolución 0-6657 de 2004 del Fiscal General de la Nación, sí decide renunciar a la persecución penal debe diligenciar el formato respectivo, proceder a solicitar al Juez de Control de Garantías el correspondiente control de legalidad e informar a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías.

3. Otros aspectos jurídicos relevantes que los fiscales delegados deben tener en cuenta durante el trámite para la aplicación del Principio de Oportunidad.

- Las discusiones y la práctica respecto de la aplicación del Principio de Oportunidad han venido indicando que es posible hacerlo efectivo durante la indagación preliminar, lo cual si bien puede ser factible, no significa que se renuncie al procedimiento de control establecido por la constitución y la ley.

Lo anterior por cuanto se ha observado que algunos fiscales delegados al aplicar el Principio de Oportunidad en la indagación preliminar, deciden por archivar las diligencias, sin acudir al ejercicio de control de legalidad a cargo de los Jueces de Garantías. No deben los fiscales delegados abstenerse de acudir ante los Jueces de Control de Garantías, pues por mandato constitucional, Artículo 250, y legal, Artículo 327 de la Ley 906 de 2004, es su obligación agotar el procedimiento de control de legalidad.

- Se tiene información que los Jueces de Control de Garantías se han negado a ejercer el control de legalidad del Principio de Oportunidad cuando el caso se encuentra en indagación preliminar; sin embargo, no basta la negativa del juez para sostener que se agotó el procedimiento, pues el Acto Legislativo 003 de 2002 no trae excepciones en cuanto a que la aplicación del Principio de Oportunidad se da por ejecutada sólo cuando materialmente se haya ejercido el mencionado control de legalidad.

- Es imperioso insistir sobre el análisis de los instrumentos expedidos para la aplicación del Principio de Oportunidad, pues en varios casos tanto fiscales como Jueces de Control de Legalidad, han ago-

tado el trámite de aplicación sin la obtención de las autorizaciones a que se refiere la Resolución 0-6657 de 2005 del Fiscal General de la Nación. la aplicación del Principio de Oportunidad es reglada, por ende, la existencia de restricciones para su agotamiento directo por el fiscal del caso.

4. Finalmente se resalta nuevamente que todas las comunicaciones que se realicen entre los Fiscales Delegados y la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, se tramitarán por los correos electrónicos, [dnfstpo@fiscalia.gov.co](mailto:dnfstpo@fiscalia.gov.co), [dnf@fiscalia.gov.co](mailto:dnf@fiscalia.gov.co) o, en su defecto, por el medio más expedito.

Cordial saludo,

(original firmado)

Luis González León  
Director Nacional de Fiscalías

### **3.6. MEMORANDO No. 00139**

19 de diciembre de 2005

Para: Directores Seccionales de Fiscalías de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo y Tunja

De: Dirección Nacional de Fiscalías

Asunto: Secretaría Técnica para la aplicación Del Principio de Oportunidad

Con el fin de que se atiendan los lineamientos establecidos por el Fiscal General de la Nación para la aplicación del Principio de Oportunidad, atentamente me permito enviar las Resoluciones 6657 y 6658 del 30 de diciembre de 2004, por las cuales se reglamentó el Principio de Oportunidad.

Atendiendo a que la Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004 asignó a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías el tratamiento administrativo de la aplicación del Principio de Oportu-

nidad, atentamente me permito enviar las directrices establecidas por la Dirección Nacional de Fiscalías para instrumentar su desarrollo:

1. Asuntos de competencia del fiscal del caso.

Cuando resulte aplicable una causal, diferente a las previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, o si la pena privativa de la libertad para el o los delitos por los que se procede y se pretende su aplicación no excede en su máximo seis años de prisión, o no es privativa de la libertad, el fiscal delegado de conocimiento diligenciará integralmente el *“Informe de aplicación del Principio de Oportunidad por el fiscal del caso”*, que con el presente se anexa y remitirá copia vía correo electrónico o por el medio más expedito a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, y continuará con el procedimiento previsto en los Artículos 321 a 330 de la Ley 906 de 2004.

En el evento que la interrupción o la suspensión del procedimiento a prueba conduzcan a la renuncia a la persecución penal, dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la audiencia de control de legalidad, el fiscal delegado comunicará lo resuelto a la Secretaría Técnica y, junto con el informe mencionado remitirá copia del registro de la audiencia a la citada dependencia.

2. Asuntos de competencia del Fiscal Coordinador de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia

Cuando se trate de dar aplicación del Principio de Oportunidad en delitos cuya pena privativa de la libertad exceda en su máximo exceda seis años de prisión, proceda por las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y el caso sea de conocimiento de una Unidad Nacional, el fiscal delegado que conozca del mismo diligenciará el *“Formato de solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad”* y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará a la Coordinación de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

3. Asuntos de competencia del Fiscal coordinador de la Unidad Delegada ante el Tribunal de Distrito.

En los eventos que corresponda dar aplicación al Principio de Oportunidad en delitos con pena privativa de la libertad que en su máximo exceda seis años de prisión, no se trate de las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y el caso no sea de conocimiento de una Unidad Nacional de Fiscalía, el fiscal que conozca del caso diligenciará el “*Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad*” y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará al Coordinador de la respectiva Unidad Delegada ante Tribunal Superior de Distrito Judicial.

#### 4. Asuntos de competencia del Fiscal General de la Nación.

En el evento que se proceda por las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, el fiscal del caso diligenciará el “*Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad*” y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, dependencia que verificará el cumplimiento de los requisitos allí enunciados y lo enviará el mismo día al Despacho del Fiscal General de la Nación.

#### 5. Trámite ante la Secretaría Técnica

En los casos previstos en los Numerales 2, 3 y 4 de este memorando, dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la audiencia de control de legalidad, el fiscal de conocimiento enviará a la Secretaría Técnica copia del registro de la misma.

#### 6. Procedimiento

El procedimiento para la aplicación del Principio de Oportunidad es el previsto en el flujograma que con el presente se anexa, el cual deberá ser observado estrictamente por todos los servidores que conozcan del mismo.

#### 7. Trámite interno de la Secretaría

Para los efectos anteriores, la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalía realizará las siguientes labores:

- a. Una vez se radique y registre el *“Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad”*, examinará el contenido de la solicitud y, si la halla ajustada al procedimiento continuará el trámite que corresponda. En caso contrario, la devolverá a la Fiscalía de origen para que en el término de un día la subsane en los aspectos que así lo requieran.
- b. Cuando se disponga la interrupción de la persecución penal, o la suspensión del procedimiento a prueba, de acuerdo con los Parágrafos de los Artículos Segundo y Quinto de la Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004 de la Fiscalía General de la Nación, el Fiscal General de la Nación General o su delegado especial podrán disponer que fiscal del caso, vele por el cumplimiento de los requisitos y condiciones impuestas al aplicar uno u otro mecanismo, sin perjuicio de que la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías coadyuve en ese control y seguimiento.
- c. En el evento que el fiscal del caso, el delegado especial o el Fiscal General de la Nación no encuentren reunidos los requisitos y condiciones para la aplicación del Principio de Oportunidad, así se lo manifestará al solicitante según el Artículo Tercero de la Resolución 0-6657 de 2004 y remitirá copia del correspondiente escrito a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías.
- d. En armonía con el Artículo Noveno de la Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004, la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías enviará al Fiscal General de la Nación un informe quincenal relacionado con el desarrollo y eficiencia de la aplicación del Principio de Oportunidad, indicando, entre otros aspectos, los niveles de reincidencia y cumplimiento de las condiciones y obligaciones por parte de los indiciados o imputados beneficiados con el mismo.
- e. Todas las comunicaciones que se realicen entre los fiscales delegados y la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías se tramitarán por el correo electrónico, [dnfstpo@fiscalia.gov.co](mailto:dnfstpo@fiscalia.gov.co), o en su defecto, por el medio más expedito.

Por último vale la pena recordar que por mandato legal, en todos los eventos en que se extinga la acción penal por aplicación al Principio de Oportunidad debe acudir ante el Juez de Control de Ga-

rantías, dentro de los cinco días siguientes a la determinación, para realizar el respectivo control de legalidad, independientemente de la etapa en que se encuentre el caso (indagación o investigación).

Atentamente,

Original Firmado por  
Janny Jadith Jalal Espítia  
Directora Nacional de Fiscalías

### **3.7. MEMORANDO No. 000032**

4 de marzo de 2008

Para: Jefe Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.  
Jefes Unidades Delegadas ante el Tribunal de Distrito.  
Coordinadores Unidades Nacionales de Fiscalías. Directores Seccionales de Fiscalías

De: Director Nacional de Fiscalías

Asunto: Principio de Oportunidad

Teniendo en cuenta el *“El Plan Operativo Anual”* - POA 2008 – de la Dirección Nacional de Fiscalías, en particular, lo relacionado con los objetivos y trámite del Principio de Oportunidad, les solicito su compromiso para asegurar el cumplimiento de cada una de las metas que allí se precisan, siguiendo para ello las siguientes pautas:

El Numeral Noveno de la Resolución No. 0-6657 del 30 de diciembre de 2004 asignó a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías el tratamiento administrativo de la aplicación del Principio de Oportunidad, y ante la preocupación de esta Dirección por reafirmar la observancia y cumplimiento en el procedimiento establecido para su aplicación, les indico nuevamente las directrices impartidas por el señor Fiscal General de la Nación, mediante las Resoluciones Nos. 6657 y 6658 del 30 de diciembre de 2004, por medio de las cuales se reglamentó el Principio de Oportunidad.

Lo anterior me permite recordar los siguientes puntos, con el ánimo

<b>Meta:</b>	<b>Alimentar la nueva base de datos en su totalidad</b>
<b>Objetivo Específico</b>	<b>Cruzar información para el control de reincidencias</b>
<b>Actividad</b>	<b>Centralizar, canalizar y realizar el trámite de Principio de Oportunidad, proyectar resoluciones conducentes al trámite del Principio de Oportunidad en los casos que se requiera y cumplir con los resultados y objetivos programados en el POA de la DNF.</b>

de fortalecer la aplicación del Principio de Oportunidad, los cuales se difundirán entre los fiscales y demás servidores acudiendo a los siguientes instrumentos jurídicos y administrativos:

- Resoluciones 0-6657 y 0-6658 del 30 de diciembre de 2004 expedidas por el Fiscal General de la Nación.
- Memorandos 0-0041 del 16 de mayo de 2007, 0-0009 del 3 de febrero de 2005, 0-0062 del 11 de julio de 2005 y 0-0139 del 19 de diciembre de 2005 expedidos por la Dirección Nacional de Fiscalías.
- Formato solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad para un trámite más eficiente se les solicita seguir las siguientes pautas:
  - Se diligenciará en su totalidad el formato de aplicación y se informará por medio del mismo los eventos en los cuales los imputados se encuentren privados de la libertad.
  - Se debe firmar el formato por parte del fiscal solicitante.
  - Verificar que los datos del formato corresponden al caso en estudio, toda vez que en algunas ocasiones sobreescriben en los archivos la información, registrando en los mismos datos correspondientes a otra noticia criminal y otros imputados.
  - Se tendrá especial cuidado en la elaboración del resumen de la situación fáctica (Numeral 7 del formato) y en las razones de orden jurídico procesal que motivan la aplicación del principio (Numeral 9.1 del formato).
  - No es necesario enviar la carpeta del caso, a menos que el tribunal

del distrito respectivo la solicite para mayor ilustración, es decir al formato sólo se adjuntarán los documentos necesarios para soportar la causal que estén invocando, como es en los casos de reparación e indemnización (justicia restaurativa), entre otros.

- Se anexará en fotocopia los antecedentes penales que expide el Departamento Administrativo de Seguridad DAS.
- Se sustentará únicamente la causal o causales invocadas y las mismas se determinarán de manera clara y precisa.
- Cuando haya acuerdo conciliatorio firmado, es decir justicia restaurativa se invocará la causal 8 del Artículo 324 de conformidad con el Artículo 518 de la Ley 906 de 2004.
- Ante el Juez de Control de Garantías se deberá argumentar jurídicamente por el despacho de conocimiento, la causal autorizada por el fiscal delegado especial.

### **Asuntos de competencia del fiscal del caso** <sup>382</sup>

- Dentro de los asuntos de competencia del Fiscal del caso, donde resulte aplicable una causal diferente a las previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, o si la pena privativa de la libertad para el o los delitos por los que se procede y se pretende su aplicación no excede en su máximo seis años de prisión, o no es privativa de la libertad, el fiscal delegado de conocimiento verificará con la Secretaría Técnica de Principio de Oportunidad la reincidencia o no del imputado que va a ser beneficiado con dicha figura; posteriormente, si no hay reincidencia diligenciará integralmente el *“Formato de aplicación del Principio de Oportunidad”* y remitirá copia vía correo electrónico o por el medio más expedito a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, adjuntando al mismo copia del Acta de Audiencia de Control de Legalidad.

En estos eventos no basta el envío de un oficio informando la aplicación del principio, pues se requiere el formato y el acta de control de legalidad con el fin de llevar un registro de aplicabilidad e inaplicabilidad, para datos estadísticos, de archivo, para alimentar la

<sup>382</sup> Ley 906 de 2004.

base de datos y llevar control de reincidencias. Ahora bien, en el evento que el Juzgado de Control de Garantías no entregue copia del acta respectiva, se deberá informar por medio de oficio el resultado de la audiencia, o consignar los datos respectivos en el numeral 11 del formato de aplicación del Principio de Oportunidad.

### **Asuntos de competencia del fiscal coordinador de la Unidad Delegada ante el Tribunal de Distrito.**

Cuando corresponda dar aplicación al Principio de Oportunidad en delitos con pena privativa de la libertad que en su máximo exceda seis años de prisión, no se trate de las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y el caso no sea de conocimiento de una Unidad Nacional de Fiscalías, el fiscal que conozca del caso diligenciará el “Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad” y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará al Jefe de la Unidad Delegada ante Tribunal Superior de Distrito Judicial que corresponda, la que a su vez podrá adoptar diferentes decisiones como son: abstenerse de emitir pronunciamiento por falta de requisitos formales, dar autorización de la aplicación del principio, de la interrupción de la acción penal, o de la suspensión del procedimiento a prueba, casos en los cuales se realizará el control de legalidad como lo señala la Corte Constitucional<sup>383</sup>:

*“El control que ejerce el Juez de Garantías sobre la aplicación del Principio de Oportunidad, independientemente de sus consecuencias provisionales, precarias o definitivas (interrupción, suspensión o renuncia), debe estar orientado no sólo a emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado.”*

*“...Resulta entonces claro que conforme al propio tenor de la norma superior (Art. 250 c.p.), así como a la interpretación autorizada del mismo, el control jurisdiccional que exige la aplicación por parte de la fiscalía general de la nación del principio de oportunidad, está referido a todos los supuestos a través de los cuales opera este instrumento, vale decir, la interrupción, la suspensión y la renuncia a la acción penal.”*

383 Sentencia C-979/05 Corte Constitucional.

## Asuntos de competencia del Fiscal Coordinador de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia

Frente a los asuntos de competencia del Fiscal Coordinador de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y cuando se trate de dar aplicación del Principio de Oportunidad en delitos cuya pena privativa de la libertad exceda en su máximo seis años de prisión, no proceda por las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y el caso sea de conocimiento de una Unidad Nacional, el fiscal delegado que conozca del mismo diligenciará el *“Formato de solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad”* y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará a la Coordinación de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, para su conocimiento, estudio y decisión.

### **Asuntos de competencia del Fiscal General de la Nación.**

En el evento que se proceda por las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, el fiscal del caso diligenciará el *“Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad”* y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, dependencia que verificará el cumplimiento de los requisitos allí enunciados y lo enviará el mismo día al Despacho del Fiscal General de la Nación.

Frente a la causal 5ª del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, el fiscal de conocimiento previamente establecerá la existencia de una organización criminal, su forma de operar y las personas vinculadas; con el único objeto de desarticular eficaz y eficientemente la banda criminal y por ende sus actividades ilícitas, teniendo en cuenta para ello la rigurosidad y exigencia que amerita esta causal.

### **Trámite interno de la Secretaría**

Para los efectos anteriores, la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalía realizará las siguientes labores:

- Una vez se radique y registre el *“Formato de Solicitud de Aplicación*

del Principio de Oportunidad”, examinará el contenido de la solicitud y, si la hallare ajustada al procedimiento continuará el trámite que corresponda.

- En caso contrario, la devolverá a la Fiscalía de origen para que en el término de un día la subsane en los aspectos que así lo requieran.
- Cuando se disponga la interrupción de la persecución penal, o la suspensión del procedimiento a prueba, de acuerdo con los Parágrafos de los Artículos Segundo y Quinto de la Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004 de la Fiscalía General de la Nación, el Fiscal General de la Nación General o su delegado especial podrán disponer que el fiscal del caso, vele por el cumplimiento de los requisitos y condiciones impuestas al aplicar uno u otro mecanismo, sin perjuicio de que la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías coadyuve en ese control y seguimiento.
- En armonía con el Artículo Noveno de la Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004, la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías enviará al Fiscal General de la Nación un informe relacionado con el desarrollo y eficiencia de la aplicación del Principio de Oportunidad, indicando, entre otros aspectos, los niveles de reincidencia y cumplimiento de las condiciones y obligaciones por parte de los indiciados o imputados beneficiados con el mismo.

El Principio de Oportunidad surgió ante la dificultad de aplicar el principio de legalidad en toda su extensión; adicionalmente es una herramienta jurídica y de política criminal para perseguir eficazmente a las organizaciones criminales.

Por último, las comunicaciones o solicitudes pueden ser enviadas por el correo electrónico, [dnfstpo@fiscalia.gov.co](mailto:dnfstpo@fiscalia.gov.co), o, en su defecto, por el medio más expedito y la funcionaria encargada del área de Principio de Oportunidad es Gina Angélica Cabrejo Pérez.

Cordialmente,

(Original Firmado)  
Luis Germán Ortega Rivero  
Director Nacional de Fiscalías

**3.8.** Memorando No. 00062  
26 de octubre de 2009

Para: Jefes Unidades Delegadas ante los Tribunales de Distrito.  
Directores Seccionales de Fiscalías.

De: Director Nacional de Fiscalías

Asunto: Principio de Oportunidad

Teniendo en cuenta el volumen de solicitudes diarias de aplicación de Principio de Oportunidad las cuales proceden de todas las seccionales del país, y que son recibidas por parte del equipo que conoce de esta figura, se hace necesario implementar mecanismos que ayuden a la pronta y eficiente evacuación de las mismas realizando el trámite administrativo correspondiente, acorde con las directrices impartidas en la Resolución No. 0-3884 del 27 de julio de 2009, emanada por el Despacho del señor Fiscal General de la Nación.

Como quiera que el numeral noveno de la Resolución No. 0-6657 del 30 de diciembre de 2004 asignó a la entonces Secretaría Técnica, hoy equipo Principio de Oportunidad de la Dirección Nacional de Fiscalías el tratamiento administrativo de esta herramienta jurídica, y ante la preocupación de esta Dirección por optimizar el trámite y cumplimiento del procedimiento establecido para su aplicación, se indica que a partir del 1 de noviembre de 2009 éste se hará de la siguiente manera:

- Las Fiscalías de conocimiento elevarán la petición correspondien-

<b>Meta</b>	<b>Agilizar trámite de Principios de Oportunidad</b>
<b>Objetivo Especifico</b>	<b>Descongestionar y optimizar la labor del equipo de trabajo.</b>
<b>Actividad</b>	<b>Realizar de manera ágil, eficiente y eficaz el trámite de solicitudes de Principio de Oportunidad entre las fiscalías de conocimiento y las Delegadas ante los Tribunales de cada seccional.</b>

te ante el equipo de Principio de Oportunidad, tal y como lo indica la resolución 0-3884 del 27 de julio de 2009 en su Artículo 5, Parágrafo 2 - Inciso 2.

- Simultáneamente con el trámite anterior, la Fiscalía de conocimiento enviará de manera directa a la delegada ante el tribunal correspondiente copia del formato de solicitud de aplicación de Principio de Oportunidad y los anexos o soportes necesarios de acuerdo con el delito y la causal invocada conforme los parámetros de la Ley 1312 de 2009. el formato correspondiente se encuentra en la página de intranet de la institución distinguido como formato FGN 50000f33,

- A partir de la fecha mencionada, 1 de noviembre de 2009, el equipo de Principio de Oportunidad enviará a las fiscalías delegadas ante los tribunales de distrito correspondientes únicamente el oficio de autorización de trámite, con el cual y una vez recibidas las diligencias de cada despacho podrán realizar el trámite pertinente acorde a cada caso.

- Por lo demás, el procedimiento se mantiene igual, de acuerdo a las directrices de la Resolución No. 0-3884 de 2009.

- Se excluyen de esta modificación a las Fiscalías Delegadas ante los Tribunales de Bogotá D.C. y de Cundinamarca.

Lo anterior me permite recordarles a todos los despachos fiscales que las directrices entorno al trámite administrativo y jurídico de esta herramienta se encuentran plasmadas en las Resoluciones 0-6657, 0-6658 del 30 de diciembre de 2004, y 0-3884 del 27 de julio de 2009, adicional a que la Ley 1312 de 2009 introdujo modificaciones a la Ley 906 de 2004 respecto del tema Principio de Oportunidad, solicitando entonces a los señores fiscales y demás funcionarios de la entidad tener en cuenta estos parámetros al momento de elevar y tramitar las peticiones mencionadas.

Se solicita a las direcciones seccionales y a los Jefes de las Unidades Delegadas ante los Tribunales de Distrito difundir entre los fiscales y demás servidores el contenido del presente memorando, adoptando las medidas necesarias para su confirmación, toda vez que de ello depende en gran medida el fortalecimiento y la implementación efi-

ciente del trámite aludido a partir del 1 de noviembre de 2009.

Por último, se les recuerda que las comunicaciones o solicitudes pueden ser enviadas por el correo electrónico, [dnfstpo@fiscalia.gov.co](mailto:dnfstpo@fiscalia.gov.co), o, en su defecto por el medio más expedito; así mismo que los funcionarios que integran el equipo de Principio de Oportunidad son Adriana Durán Alvarado, Julio Isaac Solano y Nubia Cecilia Ortiz Toro, quienes pueden ser ubicados en las extensiones 1253-1287 (fax) y 1010, respectivamente.

Cordialmente,

(original firmado)  
Germán Enciso Uribe  
Director Nacional de Fiscalías  
Proyectó: Nubia Ortiz

### **3.9. MEMORANDO No 001**

12 de enero de 2010

Para: Jefe Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, Jefes Unidades Delegadas dnte los Tribunales de Distritos Judiciales, Coordinadores Unidades Nacionales, Directores Seccionales De Fiscalías

De: Director Nacional de Fiscalías

Asunto: Principio De Oportunidad. Directrices Procedimiento

La Dirección Nacional de Fiscalías les solicita su colaboración para que se dé a conocer el contenido del presente memorando en todos los despachos y a partir de la lectura se tengan en cuenta los siguientes aspectos para el trámite de solicitud de Principio de Oportunidad.

1. De acuerdo con las modificaciones introducidas por la Ley 1312 del 9 de julio de 2009 a la Ley 906 de 2004, en lo atinente a esta figura, el número de la causal invocada en el formato de solicitud de aplicación de Principio de Oportunidad (FGN-50000F-33) debe

coincidir con la numeración de la Ley 1312 de 2009, de igual forma para mayor claridad en la petición debe extractarse el texto completo de la causal a invocar.

2. El único documento que se debe remitir en original y sin copia, es el formato de solicitud de aplicación de Principio de Oportunidad, los demás soportes necesarios para sustentar la causal invocada deben venir en fotocopias legibles.

3. Cuando se trate de más de un indiciado, imputado o acusado a be-

<b>Meta</b>	<b>Consolidar el trámite de Principio de Oportunidad, conforme a la normativa del Sistema de Gestión de Calidad y MECI</b>
<b>Objetivo Específico</b>	<b>Optimizar la gestión de la aplicación de esta herramienta</b>
<b>Actividad</b>	<b>Formalizar los parámetros básicos para el trámite del Principio de Oportunidad.</b>

neficiar con la figura en mención, es necesario que los datos personales de cada uno sean diligenciados en su totalidad y consecutivamente en el numeral 4 del formato FGN-50000.F-33, de igual manera se deberá proceder con los demás sujetos procesales en cada numeral 5 y 6.

4. Indicar en que estado se encuentra la actuación (numeral 7).

5. Con relación al Numeral 9.1 *“razones de orden jurídico y procesal que motivan la aplicación del principio”*, el fiscal de conocimiento debe argumentar claramente la causal invocada, sustentando de igual forma la procedencia de la misma acorde con los hechos, elementos materiales probatorios y / o evidencias físicas recaudadas con las que se cuente respecto del caso en concreto, remitiendo únicamente los documentos estrictamente necesarios para estructurarlo.

6. Como quiera que la aplicación de esta figura es una facultad exclusiva de la Fiscalía General de la Nación, en cabeza de sus delegados, todo formato de solicitud de aplicación de Principio de Oportunidad debe ser firmado por el fiscal de conocimiento.

7. Los antecedentes expedidos por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, documento necesario para el trámite, deben ser vigentes, es decir con no más de tres meses de expedición a la fecha de la presentación de la solicitud del Principio de Oportunidad, lo anterior en razón a que se ha detectado reincidencia por parte de los

postulados.

8. Las diligencias enviadas deben venir debidamente foliadas a lápiz en la parte superior derecha.

9. Se recuerda que la solicitud de la figura aludida debe presentarse únicamente en el formato vigente de “solicitud de aplicación Principio de Oportunidad”, FGN50000-F-33, el cual puede ser descargado a través de la siguiente ruta de intranet: sistema de gestión de calidad, estructura documental, formatos y proceso penal.

10. De acuerdo con lo estipulado en la Resolución 03884 del 27 de julio de 2009, del señor Fiscal General de la Nación, en su Artículo 5, párrafo quinto, se debe dar estricto cumplimiento al término señalado para que el fiscal de conocimiento remita al *“equipo de Principio de Oportunidad dentro de los ocho días hábiles siguientes al control judicial, fotocopia del acta de la audiencia de control de legalidad”*

Todo lo anterior con ocasión del Sistema de Gestión de Calidad (SGC) y el Modelo Estándar de Control Interno (MECI), por lo que de no cumplirse con lo señalado y las demás disposiciones contenidas en las Resoluciones 6657 y 6658 del 30 de diciembre de 2004 y 03884 de 2009, expedidas por el señor Fiscal General de la Nación, las solicitudes serán devueltas por el Equipo de Principio de Oportunidad el cual se conforma por los siguientes funcionarios: Adriana Durán Alvarado, Nubia Cecilia Ortiz Toro y Julio Isaac Solano Parra.

(original firmado)

Germán Enciso Uribe

Director Nacional de Fiscalías (E)

Elaboró: Equipo de Principio de Oportunidad

3.10. Directiva No. 001

Septiembre de 2006

*“Por medio de la cual se fijan directrices para la celebración de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”*

EL Fiscal General de la Nación

En ejercicio de sus atribuciones y,

Considerando:

Que el Artículo 116 y el Inciso Tercero del Artículo 249 de la Cons-

titudin Polítca establecen que la Fiscalía General de la naci3n, forma parte de la Rama Judicial y administra justicia.

Que de acuerdo con el Artícuo 251 Numerales 3 y 4 de la Carta corresponde al Fiscal General de la Naci3n. *“... en virtud de los principios de unidad de gesti3n y de jerarquía, determinar el criterio y la posici3n que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los t3rminos y condiciones fijados por la ley”*, como también participar en el diseño de la polítca del Estado en materia criminal.

Que por disposici3n del Artícuo 250 Numerales 6 y 7 de la Constituci3n Polítca, es deber de la Fiscalía General de la Naci3n velar por la protecci3n de las vítimas y solicitar ante el juez las medidas necesarias para su asistencia, reparaci3n y restablecimiento dl derecho. Asimismo, el Artícuo 11 Literales c y f de la Ley 906 de 2004, consagra como derecho de las vítimas... *“una pronta e integral reparaci3n de los daños sufridos”* y *“...que se consideren sus intereses al adoptar una decisi3n discrecional sobre el ejercicio de la persecuci3n del injusto”*.

Que el Artícuo 142 Numeral 1 de la Ley 906 de 2004 señaala como deberes específcos de la Fiscalía General de la Naci3n proceder con objetividad, respetando las directrices del Fiscal General de la Naci3n.

Que para lograr los fines del Artícuo 348 idem, la Fiscalía y los imputados o acusados podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminaci3n de los procesos, siempre que se observen las directivas de la Fiscalía General de la Naci3n y las pautas trazadas como polítca criminal, conforme con lo que establece el Inciso Segundo de la misma norma.

Consecuentemente con lo anterior, el Fiscal General de la Naci3n, imparte las siguientes directrices:

Primera: finalidades. Los preacuerdos y negociaciones son instrumentos jurídicos con los que cuenta la Fiscalía General de la Naci3n para hacer justicia material y efectiva, por medio de la partici3n activa del fiscal y el imputado, además de la razonable consideraci3n de los intereses de éste y de la vítima. En consecuencia, no podrá utilizarse sólo para resolver los casos, acelerar la justicia, descongestionar los despachos judiciales, ni como una forma de concilia-

ción o mediación.

Segunda: Factores relevantes: Previamente a la oferta o concreción de un preacuerdo o negociación, la Fiscalía deberá evaluar la naturaleza de los cargos, el grado de culpabilidad y el daño causado o la amenaza a los derechos constitucionales fundamentales los intereses jurídicos protegidos, la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, las personales del imputado o acusado y su historia delictual, los derechos e intereses de las víctimas, el grado de afectación y la relación que tuvieran con el imputado o acusado.

Así mismo, se tendrá en cuenta la actitud demostrada por el imputado o acusado de asumir la responsabilidad por su conducta, el arrepentimiento y el esfuerzo en compensar a la víctima, o cooperar en la investigación o en la persecución de otros delitos.

Como la negociación puede frustrarse en cualquier momento, el fiscal se abstendrá de revelar posibles testigos u otros actos de investigación pendientes.

En todo caso, la Fiscalía deberá preservar las bases para que pueda dictarse una sentencia apropiada a las circunstancias del caso, guardando que el acuerdo no vaya a frustrar o dilatar otras investigaciones en curso no revele la identidad de confidentes o informantes, ni atente contra el prestigio de la administración de justicia.

Tercera. Objeto: Los preacuerdos deberán recaer sobre dos aspectos fundamentales: a) los términos de la imputación y b) La pena por imponer.

a) Los términos de la imputación: En este caso los preacuerdos deben versar sobre la tipificación de la conducta con todas las circunstancias que la rodeen, en plurales aspectos como: eliminación de agravantes, reconocimiento de atenuantes, grado de participación, y la forma de imputación subjetiva de la siguiente forma:

1. Se puede acordar la tipificación objetiva en una forma específica que traiga como consecuencia la disminución de la pena, pero la nueva adecuación típica deberá hacerse de tal forma que no modifique la esencia de la conducta, el objeto material ni los sujetos

activos y pasivos. Si estos últimos son cualificados no podrán ser convertidos en comunes.

2. Se puede convenir la eliminación de agravantes específicos conservando las figuras básicas o las especiales en los términos del numeral que antecede. También, se puede acordar el reconocimiento de circunstancias atenuantes específicas de cada tipo penal o las generales que modifiquen los límites punitivos como la ira, intenso dolor, marginalidad, ignorancia y pobreza extrema, etc.

3. Se pueden acordar formas más benignas de intervención en la conducta punible que impliquen rebajas punitivas, siempre y cuando no se varíe la denominación del delito en el que se participa, lo que no obsta para que se acuerde una variación de complicidad subsiguiente en un delito a encubrimiento como conducta punible autónoma.

4. La modalidad de la conducta típica (dolo, culpa o preterintención), no podrá ser objeto de preacuerdos cuando implique transformación de su naturaleza jurídica. Excepcionalmente, sobre la base de indefensión jurídica o probatoria, podrá negociarse el tipo subjetivo por una forma menos grave y, de esa manera, convenir sólo el cambio de dolo eventual a culpa con representación o de preterintención a culpa en los delitos que legalmente admitan la modalidad convenida.

5. Si hay indefinición jurídica y probatoria sobre el carácter de vencible o invencible de un error, podrá acordarse como vencible, siempre y cuando pueda imputarse un delito culposo o señalarse una pena disminuida en los términos de los Numerales 10 y 11 del Artículo 32 del Código Penal. Sobre la misma base de la indefinición jurídica y probatoria, podrá acordarse el error para imputar un tipo privilegiado o más favorable o una atenuante de la punibilidad.

b) Preacuerdos sobre la pena y sus consecuencias: Se puede acordar la pena a imponer y los mecanismos sustitutivos de la misma (suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria), siempre que fuere resultado de un allanamiento o aceptación de argos, para lo cual deberán observarse las siguientes reglas:

1. El allanamiento o aceptación de los cargos imputados y los beneficios que comporta podrán ser objeto de negociación en la audiencia de formulación de imputación, después que el fiscal informe al

investigado del derecho a que se refiere el Numeral 3 del Artículo 288 de la Ley 906. Así mismo, podrán realizarse estas negociaciones en el interregno comprendido entre la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de la presentación del escrito de acusación o a partir de la presentación de la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado en el juicio oral.

2. Para los efectos anteriores podrá negociarse la rebaja de pena de acuerdo con los Artículos 351 y 352 de la Ley 906 de 2004 y también la pena imponible de conformidad con los Artículos 54, 55, 58, 60 y 61 Inciso final del Código Penal. En el cálculo de la rebaja de la pena como fruto de la negociación podrán tenerse en cuenta factores como la oportunidad del acuerdo, la colaboración para definir el caso y la actitud reparatoria hacia las víctimas. En cualquier caso, para efectos de negociar la pena imponible, el fiscal deberá respetar los límites mínimos y máximos previstos en la ley.

Cuarta. Límite a las negociaciones: Además de lo establecido en los artículos anteriores, los preacuerdos y negociaciones tendrán como límites las siguientes reglas:

- a. El fiscal delegado no podrá realizar preacuerdos o negociaciones con el investigado o su defensa, antes de la audiencia de formulación de la imputación, en relación con los cargos que el primero presentará en éste.
- b. Cuando se trate de un concurso de conductas punibles no podrá preacordarse la eliminación del cargo por el delito de mayor trascendencia atendiendo el bien jurídico y la pena establecida para el mismo.
- c. Hecha la imputación, con la misma evidencia no podrá solicitarse ni hacerse una nueva formulación de imputación que entrañe revocatoria o modificación de la inicial, tendiente a hacerla menos gravosa.
- d. La Fiscalía debe asegurarse que el imputado o acusado actúa libre de coacción o amenaza, consciente de la importancia de su declaración y de los derechos a los que renuncia; además cuidará que esté asistido de una defensa efectiva y que ciertamente existe una base fáctica y probatoria para la negociación. Igualmente, le advertirá que el preacuerdo logrado no admite retractación, una vez que se le hubiere hecho el respectivo control de legalidad.

Quinta: Garantía de los derechos de las víctimas: Además de los de-

rechos que asisten a la víctima según los Artículos 135 y 136 de la Ley 906 de 2004, cuando la Fiscalía realice preacuerdos deberá informar a la víctima por un medio idóneo de las consecuencias que se derivan de este procedimiento y de las reparaciones efectivas ofrecidas con la advertencia de que su oposición al acuerdo no es obstáculo para que éste se celebre y ella pueda acudir a otras vías judiciales.

Sexta: Iniciativa. La iniciativa para adelantar preacuerdos o negociaciones puede partir indistintamente de la Fiscalía, el imputado o acusado y su defensor, y puede intentarse varias veces siempre que no constituyan maniobras dilatorias. Durante este trámite la investigación no podrá ser suspendida o interrumpida y el fiscal evaluará con sumo cuidado la situación para evitar prescripciones o vencimiento de términos.

Séptima: Los preacuerdos son aplicables a cualquier delito pero con estricta observancia de las reglas que anteceden, siempre y prevalecerá la decisión del imputado o acusado sobre la de su defensor y constará por escrito donde se incluyan los compromisos y beneficios recíprocos.

Octava: Para los efectos del Artículo 349 de la Ley 906 de 2004, el imputado o acusado podrán reintegrar el 50 por ciento del incremento patrimonial y asegurar el recaudo del remanente por cualquier medio de carácter económico.

Novena: El fiscal deberá informar claramente al imputado los alcances y consecuencia del allanamiento a los cargos o de los preacuerdos, en cada una de las oportunidades que corresponde, haciéndole conocer que en el evento en que no se llegue a un acuerdo en la pena a imponer ésta la fijará el juez dentro de su discrecionalidad.

La presente directiva se aplicará a partir de su expedición y se comunicará por intermedio de los Directores Seccionales de Fiscalía a donde se remitirá copia del presente acto administrativo.

Cúmplase

Dado en Bogotá D.C a los 28 días del mes de septiembre de 2006

(original firmado)

Mario Germán Iguarán Arana

Fiscal General de la Nación

### **3.10.** Formato de solicitud de aplicación de Principio de Oportunidad





**4. Datos de indiciado o imputado:**

Nombre y apellido:					
Cédula :		De :			
Dirección:				Teléfono	
Departamento:			Municipio:		
Correo electrónico:					

**5. Datos del defensor:**

Nombre y apellido:					
Cédula:		De :		TP	
Dirección:				Teléfono	
Departamento:					
Correo electrónico:					

**6. Datos de la víctimas:**

Nombre y apellido:					
Cédula :		De :			
Dirección:				Teléfono	
Departamento:			Municipio:		
Correo electrónico:					

**7. Resumen de la situación fáctica objeto de investigación:**



Estado de la actuación:	Indagación	<input type="checkbox"/>	Investigación	<input type="checkbox"/>
-------------------------	------------	--------------------------	---------------	--------------------------

**8. Listado de elementos materiales probatorios, evidencia física o información que desvirtuan la presunción de inocencia:**

No.	Enunciación de EMP o EF	Observaciones
1.		
2.		
3.		
4.		
5.		
6.		
7.		
8.		
9.		
10.		

**9. Causal para aplicar el principio de oportunidad:**


(Indique la causal de conformidad con el artículo 324 del C.P.P.)

**9.1 Razones de orden jurídico y procesal que motivan la aplicación del principio:**


**10. Fecha de recibo por la Secretaría Técnica:**

Fecha de recibo:	
------------------	--

Fecha de envío por la Secretaría Técnica al Fiscal General de la Nación o Delegado Especial	
---	--

**11. Datos del Fiscal delegado Especial:**

Unidad de Fiscalía																			
Unidad				Especialidad								Código Fiscal							
Nombre y apellido del Fiscal:																			
Dirección:														Oficina:					
Departamento:								Municipio:											

Teléfono:		Correo electrónico:	
-----------	--	---------------------	--

**La información requerida a continuación, será diligenciada por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial, según el caso.**

**12. Mecanismos para la aplicación del principio de oportunidad:**

1.	Interrupción		Término	
----	--------------	--	---------	--

Motivo:


2.	Suspensión		Término	
----	------------	--	---------	--

1.
2.
3.
4.

Condiciones a cumplir por el indiciado o imputado:

(La verificación del cumplimiento de las condiciones será competencia del Fiscal del caso, si así lo designa el Fiscal General de la Nación o su Delegado Especial, según el caso)

**13. Renuncia a la persecución penal:**

Fecha de la decisión de renuncia		Fecha del control de legalidad	
----------------------------------	--	--------------------------------	--

Fiscal que concurre a la audiencia de control de legalidad	
--	--

Juzgado que realizó el control de legalidad:	
--	--

Resultado de la audiencia de control de legalidad

Aprobada	<input type="checkbox"/>	No aprobada	<input type="checkbox"/>	Motivo	
----------	--------------------------	-------------	--------------------------	--------	--


Fecha de envío a la Secretaría Técnica:	
---	--

Firma del Fiscal del caso

--





# BIBLIOGRAFÍA



Alexy, Robert. El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.

Armenta Deu, Teresa. “Mecanismos de Simplificación del Proceso Penal: El Principio de Oportunidad y los procesos monitorios”, publicado en Masa, Michele y Schipani, Sandro. Un Código Tipo di Procedura Penale Per L’America Latina. Roma, Universidad de Roma. CEDAM.

Armenta Deu, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. 2 ed. Madrid, Marcial Pons, 2004.

Bacigalupo, Enrique. Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual. En Congreso Internacional de Derecho Penal. 75 Aniversario del Código Penal. “Teorías Actuales del Derecho Penal”. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1998.

Bazzani, Darío. Reflexiones sobre el Nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2006.

Bedoya Sierra, Luis Fernando. La argumentación jurídica en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2007.

Bedoya Sierra, Luis Fernando. La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. Bogotá, Comlibros, 2008.

Costa Saraiva, Joao Batista. Compendio de Derecho Penal Juvenil. Adolescente E Ato Infracional. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2006.

Creus Carlos. Derecho Penal. Parte General. 2 ed., actualizada y ampliada. Buenos Aires, Editorial Astrea. 1990.

De Diego Diez, Luis Alfredo. Justicia criminal consensuada. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch. 1999.

Fiscalía General de la Nación. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, 2 ed., Bogotá, 2006.

Forero Ramírez, Juan Carlos. Aproximación al estudio del Principio de Oportunidad. Bogotá, Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

Garzón, Alejandro y Londoño, César Augusto. Principio de Oportunidad. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2006.

Gómez López, Jesús Orlando. Aproximaciones a un concepto democrático de culpabilidad. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000.

Gómez López, Jesús Orlando. Teoría del delito. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2002.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Estudios de dogmática en el Nuevo Código Penal. Tomo II. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. La oportunidad como principio complementario del proceso penal. Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 2006.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

Guerrero Peralta, Óscar Julián.

Guillien, Raymond y Vincent, Jean. Diccionario Jurídico. Trad. Marino Ayerra y Jorge Guerrero. Bogotá, Editorial Temis, 1986.

Hall García, Ana Paola. La responsabilidad penal del menor. Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez, 2004.

Jakobs, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, Marcial Pons, 1997.

Jescheck, H. H. Tratado de derecho penal. Parte general, vol. I, Barcelona, 1981.

Larrauri, Elena. La herencia de la criminología crítica. 2 ed. México, Editorial Siglo XXI, 1992.

López Morales, Jairo. Nuevo código penal. Tomo I. Bogotá, Ediciones Doctrina y ley. 2002.

Lovera Parmo, Domingo. En *“Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos y marionetas”*, en Justicia y Derechos del Niño, n. 10. Bogotá, Unicef, 2008.

Mestre Ordóñez, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. 2 ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Reppertor, 2003.

Muñoz Neira, Orlando. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. Bogotá, Editorial Legis, 2006.

Novoa, Néstor Armando. Principio de Oportunidad. Fiscalía General de la Nación. Bogotá. 2006.

Perdomo Torres, Jorge Fernando. Los principios de legalidad y oportunidad. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Ramírez Bastidas, Yesid. *“Imputabilidad y teoría dialéctica del conocimiento”*, en Revista de Abogados Penalistas del Valle del Cauca, v. XVI, nn. 27 y 28

Reyes Echandía, Alfonso. Diccionario de derecho penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1970.

Rivero Hernández, Francisco. El interés del menor. Madrid, Dickinson. 2000.

Roxin, Claus. Derecho penal parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Tomo I. Madrid, Civitas Ediciones, 1999.

Salazar Marín. Mario. Injusto penal y error. Hacia una nueva concepción del delito. Medellín, Ediciones Gustavo Ibáñez, 1999

Torres Vásquez, Filemón. El error en el derecho penal colombiano. Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez / Universidad Santo Tomás, 2007.

Valencia Laharenas, Iván. *“Violencia y conducta desviada en la niñez y la adolescencia”*, en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca, v. XIII, nn. 21 y 22.

Velásquez V. Fernando, Manual de derecho penal. Parte general. Bogotá, Comlibros, 2008.

Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Editorial Temis, 1997.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar. Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar Editores, 2000.







“Esta publicación fue financiada por el pueblo y el gobierno de Estados Unidos a través del Departamento de Justicia. Los textos de esta publicación son responsabilidad de sus autores y no representan los puntos de vista del Departamento de Justicia, ni del gobierno de Estados Unidos, ni de la Fiscalía General de la Nación.”

