

# Principia IURIS 18



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T U N J A  
*Experiencia y Calidad*



**FACULTAD DE DERECHO**  
Acreditación de Alta Calidad  
Resolución MEN. N° 3337  
del 25 abril de 2011



Principia IURIS Tunja Colombia N° 18 pp. 01 - 450 julio diciembre 2012 - II ISSN: 0124-2067

**CIS**  
Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

GRUPO DE INVESTIGACIÓN  
CATEGORÍA COLCIENCIAS **A**



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**  
**SECCIONAL TUNJA**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO**  
**PRINCIPIA IURIS**  
**N° 18**

**Tunja, 2012-II**

Principia IURIS	Tunja, Colombia	N° 18	pp. 1-450	Julio Diciembre	2012 - II	ISSN:0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-----------	--------------------	-----------	----------------

---

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

**Director**

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**Editor**

Ph.(c). Diego Mauricio Higuera Jiménez

**Número de la revista**

DIECIOCHO (18)

SEGUNDO SEMESTRE DE 2012

**Periodicidad**

SEMESTRAL

**ISSN**

0124-2067

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia

**Teléfono :** (8) 7440404 Ext. 1024

**Correo electrónico**

revistaderecho@ustatunja.edu.co

dirinvsociojuridicas@ustatunja.edu.co

**Diseñador Portada:**

Santiago Suárez Varela

**Corrección de Estilo:**

Ph.(c) Eyder Bolívar Mojica, docente investigador  
de la Facultad de Derecho

**Revisión inglés:**

Paola Torres

**Revisión francés :**

Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez.

**Anotación:** El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

---

## **MISIÓN INSTITUCIONAL**

*Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza- aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.*

## **VISIÓN INSTITUCIONAL**

*La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.*

## **MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.*

## **VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.*

*Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.*

---

*Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.*

### **MISIÓN DE LA REVISTA**

*Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.*

*En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.*

---

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Aldemar Valencia Hernández, O.P.**

Rector Seccional

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**

Vicerrector Académico

**Fray José Bernardo Vallejo Molina, O.P.**

Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**

Decano de División Facultad de Derecho

## **DIRECTOR**

**Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina**

Decano de la Facultad de Derecho

## **EDITOR**

**Ph.(c). Diego Mauricio Higuera Jiménez**

Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

## **COMITÉ CIENTÍFICO.**

**Ph. D Pierre Subra de Bieusses**

Universidad Paris X, Francia

**Ph. D Pablo Guadarrama**

Universidad central de las Villas, Cuba

**Ph. D Carlos Mario Molina Betancur**

Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph. D. Natalia Barbero**

Universidad de Buenos Aires, Argentina.

**Ph.D. Alfonso Daza González**

Universidad Externado de Colombia

---

**COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL**

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**

Vicerrector Académico

**Mg. Ángela María Londoño Jaramillo**

Directora Centro de investigaciones

**Mg Andrea Sotelo Carreño**

Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo

**COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.**

**Ph.D. Yolanda M. Guerra García**

Madison University, Estados Unidos.

**Ph. (c) Diego German Mejía Lemos**

National University Of Singapore, Faculty Of Law

**Ph. (c) Juan Ángel Serrano Escalera**

Universidad Carlos III, España.

**Ph.D. Alfonso Daza González**

Universidad Externado de Colombia

**CORRECTOR DE ESTILO**

**Ph.(c). Eyder Bolívar Mojica**

Docente Investigador de la Facultad de Derecho

---

## **PARES ACADÉMICOS INTERNOS**

### **Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas**

Abogado, Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad de Nantes Francia, Docente e investigador Facultad de Derecho. Alexisramirezarenas@hotmail.com

### **Ph.(c). Robinson Arí Cárdenas**

Licenciado en Filosofía, Periodista. Fundación Universitaria los Libertadores. Docente investigador, especialista en ética y docencia universitaria. Magíster en Filosofía USTA – Bogotá. Ph.(c) Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá..

### **Mg. Fernando Arias García**

Abogado UPTC, Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

### **Ph. D. Fabio Iván Rey Navas**

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. abogadorey@gmail.com

### **Mg.(c) Miguel Andrés López Martínez**

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Magister en derecho administrativo de la universidad del rosario.Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. maloma11@hotmail.com

### **Mg. (c) Martin Hernández Sánchez**

Abogado, Magister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá. Magister en Defensa de los Derechos Humanos y el DIH ante Cortes y Tribunales Internacionales de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá. Docente Investigador miembro del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomas seccional Tunja, Colombia. Email: martinusta@hotmail.com

### **Esp. Rubén Darío Serna Salazar**

Abogado egresado de la Universidad Santo Tomas seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la universidad del Rosario; docente de Derecho tributario de la universidad Santo Tomas Tunja.

---

## **PARES ACADÉMICOS EXTERNOS**

### **Mg. Dominic Têtu**

Historiador, B. A. Université Laval, Québec, Canadá. Magíster en Relaciones Internacionales (M. A.), Université Laval, Québec. Universidad Nacional de la Plata Argentina. Investigador del Centro de Estudios Interamericanos (CEI) del Institut Québécois des Hautes Études Internationales (IQHEI), Université Laval, Québec, Canadá, Investigador en la Conferencia de Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (CNUCED), Ginebra. tetud2@hotmail.com.

### **Ph. (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez**

Abogado de la Universidad Santo Tomás – Tunja; Técnico - Nivel Superior Universidad Pedagógica Y Tecnológica De Colombia - Uptc - Sede Tunja Administración Judicial Magister en derechos Humanos U.P.T.C, oficial del INPEC; tel. 7440404 deibysaenzr@hotmail.com

### **Esp. Genaro Velarde Bernal**

Especialista en Psicoanálisis, Instituto Universitario de Salud Mental; Analista en Formación, Asociación Psicoanalítica de Buenos Aires (Asociación Psicoanalítica Internacional); Lic. En Psicología, Universidad del Valle de México; Lic. En Psicología, Universidad Nacional de la Plata; Psicoterapeuta, Hospital B. Rivadavia, Buenos Aires; Docente, Gob. De la Ciudad de Buenos Aires; Ex docente Universidad de Hermosillo, México; Ex perito psicólogo, Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora, México; genarovelarde@gmail.com

---

# CONTENIDO

**Editorial ..... 11**

## **PARTE I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL.**

1. OBJETIVOS DE LA HACIENDA PÚBLICA TERRITORIAL EN COLOMBIA ..... x  
**Ph. D. Pedro Alfonso Sánchez Cubides**

2. LA PROYECCIÓN SOCIAL COMO FORTALEZA EN UNA ESCUELA DE FORMACIÓN POLICIAL ..... x  
**Esp. Rosalba Rivera Dueñas**

3. BREVE HISTORIA DEL DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN LA REPUBLICA DE COLOMBIA ..... x  
**Mg. Carlos Gabriel Salazar Cáceres**

4. INFORMALIDAD Y REGULARIZACION DEL SUELO URBANO ..... x  
**Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno**

5. EXTRADICION: DEL LEGADO DE LA ANTIGUEDAD A LOS MODERNOS PRINCIPIOS NORMATIVOS ..... x  
**Mg.(c) Martín Hernández Sánchez**

## **PARTE II. TEMA CENTRAL – MECANISMOS JUDICIALES PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

6. ¿GOZAN DE TRABAJO DECENTE LAS MUJERES DE LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO DE EL ESPINAL-TOLIMA? ..... x  
**Esp. Lucas Caballero Martínez**  
**Ph.(c). Omar Ernesto Castro Güiza**

7. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PROCESADOS ..... x  
**Ph. D. Alfonso Daza González**

8. CÓMO ERRADICAR LA EXPLOTACIÓN INFANTIL EN LAS MINAS DE CARBÓN DE BOYACÁ ..... x  
**Mg. Fernando Miguel Muñoz Buitrago**

Principia IURIS	Tunja, Colombia	Nº 18	pp. 1-450	Julio Diciembre	2012 - II	ISSN:0124-2067
-----------------	-----------------	-------	-----------	-----------------	-----------	----------------

---

9. RECONOCIMIENTO, PROTECCIÓN Y RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD COMO OBLIGACIÓN JURÍDICA A CARGO DEL ESTADO ..... x  
**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas**

10. EUTANASIA, ENTRE LA VIDA Y LA MUERTE ¿QUIÉN Y QUÉ LA DECIDE? ..... x  
**Ph. D. Olga Ligia Araque Moreno,**  
**Mg. Enrique López Camargo**

11. AVANCES JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO “La probatio diabólica” ..... x  
**Mg. Carlos Andrés Aranda Camacho**

12. TERRORISMO, SOCIEDAD DEL RIESGO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ... x  
**Ph.D Yolanda M. Guerra García**

13. LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL DILEMA DE LOS LÍMITES DE LA REFORMA ..... x  
**Abg. Fernando Tovar Uricoechea**

14. EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS C-336 DE 2008, C-428 DE 2009 Y C-556 DE 2009 PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL ..... x  
**Abg. Rafael Ricardo Hernández Barrera**

15. EL DERECHO AL USO DEL ESPACIO PÚBLICO: ¿UN TEMA URBANÍSTICO O DE CONSTITUCIONALISMO HUMANO? ..... x  
**Ph.D. Andrés Rodríguez Gutiérrez**

16. LA PRUEBA VIOLATORIA DEL DEBIDO PROCESO EN COLOMBIA ..... x  
**Mg.(c) Yenny Carolina Ochoa Suarez**

### **PARTE III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.**

17. ¿ES JUSTIFICABLE LA TORTURA EN SITUACIONES DE NECESIDAD EXTREMA? ANÁLISIS JURÍDICO A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL ..... x  
**Ph. (c). Eyder Bolívar Mojica**

18. LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA. ENSAYO DE LEGISLACIÓN COMPARADA ENTRE COLOMBIA Y FRANCIA ..... x  
**Mg. Daniel Rigoberto Bernal Gómez**

19. EL COMERCIO ELECTRONICO ¿UN ESCENARIO SEGURO PARA EL CONSUMIDOR? ..... x  
**Mg. Andrés Bernal Salamanca**

---

## EDITORIAL

La jurídica que se lleva a cabo en el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la facultad de derecho, abarca temas de gran importancia nacional e internacional, dentro del ámbito de aplicación del derecho, siendo nuestra contribución a la vocación del jurista, en tal sentido presentamos la publicación científica especializada en áreas jurídicas y sociojurídicas, como espacio de calidad editorial, académica e investigativa.

En esta oportunidad Principia Iuris 18, presenta su publicación en tres partes. En la Parte I se desarrollarán temas resultado de diversos proyectos en materias de, los objetivos de la hacienda pública territorial en Colombia, la proyección social como fortaleza en una escuela de formación policial, una breve historia del desarrollo constitucional en la república de Colombia, informalidad y regularización del suelo urbano, extradición: del legado de la antigüedad a los modernos principios normativos.

En la Parte II Se tiene como Referencia un Tema Central: mecanismos judiciales para la protección de los derechos fundamentales, en esta parte se desarrollan los temas como ¿gozan de trabajo decente las mujeres de los sectores público y privado de el Espinal-Tolima?, el principio de oportunidad frente a la protección de los derechos de los procesados, cómo erradicar la explotación infantil en las minas de carbón de Boyacá, reconocimiento, protección y restricción de la libertad como obligación jurídica a cargo del estado, eutanasia, entre la vida y la muerte ¿quién y qué la decide?, avances jurisprudenciales de la responsabilidad médica del estado “la probatio diabólica”, terrorismo, sociedad del riesgo y responsabilidad del estado, la teoría de la sustitución constitucional y el dilema de los límites de la reforma, análisis jurisprudencial sobre la utilización del espacio público por vendedores ambulantes en Colombia durante los años 2007 a 2011, EFECTOS en el tiempo de las sentencias C-336 de 2008, C-428 de 2009 y C-556 de 2009 proferidas por la Corte Constitucional, el derecho al uso del espacio público: ¿un tema urbanístico o de constitucionalismo humano?

---

Se establece una Parte III. En el cual su tema central se Refiere a las temáticas internacionales, extranjeras o comparadas.en esta parte se desarrollan temas de: ¿es justificable la tortura en situaciones de necesidad extrema? análisis jurídico a través del derecho internacional y la la pérdida de investidura. ensayo de legislación comparada entre colombia y francia.

Agradeciendo a los múltiples participes de este espacio académico, invitamos a nuestros lectores.

**Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. (c)**  
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

## EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PROCESADOS

**Ph.D Alfonso Daza González\***

Fecha de entrega: 12-09-2012

Fecha de aprobación: 03-10-2012

### **RESUMEN\*\***

Dado a que el procedimiento penal ha tenido reformas procedimentales y constitucionales con miras a la implementación de un Sistema Procesal Penal de corte acusatorio se analiza en este artículo si el principio de oportunidad establecido en el Acto legislativo 03 de 2002 cumple con el fin del Proceso Penal en el Estado Social- Democrático de Derecho de proteger los derechos de los procesados, teniendo en cuenta que esta es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite a la fiscalía suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal en los casos que directamente establece la ley, que a su vez permite regularse dentro del marco de la Política Criminal Nacional y estando sometido al control de legalidad de un Juez de Control de Garantías.

---

\* Abogado de la Universidad Libre. Especialista y magíster en Derecho Penal y Criminología de la misma Universidad. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá (España). Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a un segundo doctorado en la Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid (España). Docente y Director de la Especialización y de la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Santo Tomás – Tunja. Correo electrónico: adazaabogado@hotmail.com

\*\* Artículo de reflexión producto de la investigación doctoral adelantada en la Universidad Externado de Colombia por el autor, bajo el nombre de “El principio de oportunidad frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”. Esta investigación puede consultarse en ALFONSO DAZA GONZÁLEZ. “La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”. Bogotá. Universidad Libre. 2011. La defensa de tesis puede consultarse en AA.VV. Defensas de Tesis Doctorales. Bogotá. Universidad Libre. 2011. Págs. 313 a 338.

Método: Analítico-Documental con base en la norma jurídica, tomando como fuentes directas la legislación aplicable al caso estudiado, la normatividad internacional y la doctrina pertinente para analizarla a la luz de los principios del Estado Social y Democrático de Derecho.

## **PALABRAS CLAVE**

Principio de oportunidad, fin del proceso penal, Estado Social y Democrático de Derecho, protección derechos de los procesados.

## **SUMMARY**

Given that criminal proceedings had procedural and constitutional reforms with a view to implementing a system of accusatory criminal procedure discussed in this article if the opportunity principle laid down in Legislative Act 03 of 2002 to comply with the Criminal Procedure in the Social-Democratic state law to protect the rights of the accused, bearing in mind that this is a figure of exceptional application whereby it allows the prosecutor to suspend, terminate or waive the exercise of prosecution in cases that directly established by law, which in turn allows regulated within the framework of the National Criminal Policy and to be subject to judicial review of a Warranty Control Judge.

## **KEY WORDS**

Principle of opportunity, aim of the penal process, right Social and

Democratic State of Right, protection of the processings.

## **RESUME**

Étant donné que la procédure pénale avait réformes procédurales et constitutionnelles en vue de la mise en œuvre d'un système de procédure pénale accusatoire discuté dans cet article si le principe d'opportunité prévue à l'acte législatif 03 de 2002 pour se conformer à la procédure pénale dans la loi de l'État social-démocrate visant à protéger les droits de l'accusé, en gardant à l'esprit qu'il s'agit d'un chiffre d'application exceptionnelle par laquelle il permet au procureur de suspendre, supprimer ou renoncer à l'exercice de l'action pénale dans les cas qui sont directement établis par la loi, qui à son tour permet réglé dans le cadre de la Politique nationale de droit pénal et de faire l'objet d'un contrôle judiciaire par un juge de contrôle de garantie.

## **MOTS-CLÉS**

Principe d'opportunité, de sorte que le processus pénal, état social et démocratique de droit, la protection des droits de l'accusé.

## **SUMARIO**

Método, Criterios De Análisis O Interpretación, Introducción, 1. El Principio De Oportunidad Frente A La Protección De Los Derechos De Los Procesados, 2. Resultados De La Investigación, 3. Conclusiones Generales, 4. Recomendaciones Generales, 5. Bibliografía.

## **METODO**

Se trata de una investigación básica jurídica, porque el objeto de estudio lo constituye la norma jurídica. Para el efecto, utilizamos métodos cualitativos y cuantitativos de investigación. El primero, referente al estudio de la institución procesal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, para determinar el respeto por las garantías de los procesados y de las víctimas; y el segundo, frente a la estadística que presenta la Fiscalía General de la Nación y el derecho comparado, relacionado con la aplicación de la institución objeto de estudio, para determinar su eficiencia.

Se combinan fuentes secundarias y terciarias. En cuanto a las secundarias, se analizan boletines estadísticos, artículos, ensayos, monografías, tesis, y sitios web, entre otros, relacionados con los diversos ejes temáticos y problemáticos propuestos; y en relación con las fuentes terciarias, se analizan las fuentes obtenidas o utilizadas por otros autores.

El problema de investigación es el siguiente: ¿El principio de oportunidad cumple con los fines del proceso penal en el Estado social y democrático de derecho?

Para resolver esta pregunta se plantean las siguientes hipótesis: 1.- El principio de oportunidad SÍ cumple con los fines del proceso penal en el Estado social y democrático de derecho, porque logra el equilibrio entre garantismo y eficiencia; 2.- El principio de oportunidad NO cumple con los fines del proceso penal en el Estado social y democrático

de derecho, porque no logra el equilibrio entre garantismo y eficiencia.

De acuerdo con lo anterior, se estableció el siguiente objetivo general: Determinar si el principio de oportunidad cumple con los fines del proceso penal en el Estado social y democrático de derecho en Colombia.

En tales condiciones, la investigación tiene dos aspectos importantes, por un lado el análisis teórico del principio de oportunidad y de los fines del proceso penal en el Estado Social y democrático de derecho, orientado, especialmente, a determinar si la institución es garantista, y por el otro, al estudio de la aplicación de la institución procesal, para determinar su eficiencia.

En ese orden de ideas, los objetivos específicos de la investigación fueron los siguientes:

- 1.- Determinar si el principio de oportunidad cumple con el fin de obtener una decisión materialmente justa sobre la punibilidad del imputado.
- 2.- Determinar si el principio de oportunidad cumple con el fin de proteger los derechos fundamentales del procesado.
- 3.- Determinar si el principio de oportunidad cumple con el fin de garantizar los derechos de la víctima.
- 4.- Determinar si el principio de oportunidad cumple con el fin de solucionar el conflicto social que genera el delito, y
- 5.- Establecer cuál ha sido la aplicación del principio de oportunidad en Colombia.

## CRITERIOS DE ANÁLISIS O INTERPRETACIÓN

Los criterios de análisis e interpretación surgieron de la lectura de las investigaciones del profesor Mirjan Damaska, y en esas condiciones determinamos que hoy la legitimidad del procedimiento penal, sea cual sea el contexto en el que se desarrolla y el modelo de Estado del que sea expresión concreta, depende de la atención y la observancia que tribute a las exigencias del garantismo y de la eficiencia del proceso. Dicho de otra forma, un proceso penal legítimo y admisible debe estar presidido por un constante equilibrio entre ambos ejes: el respeto a los derechos de los justiciables y la eficiencia de sus estructuras<sup>3</sup>.

De esta manera consideramos que los fines del proceso penal antes señalados tienden a satisfacer los ejes rectores del procedimiento penal así: la obtención de una decisión sobre la punibilidad del procesado y la solución del conflicto social que genera el ilícito, son propósitos de la *eficiencia*; y la protección de los derechos fundamentales del procesado y el amparo de los derechos de la víctima, son propósitos del *garantismo*.

En estas condiciones, un proceso penal equilibrado debe contar con institutos que cumplan con los fines señalados y, de esta forma, deben lograr la balanza entre los ejes rectores mencionados.

Pues bien, no son estos problemas sencillos. En su resolución deben tenerse en cuenta diferentes situaciones a fin de corroborar la potencialidad de la figura para lograr la satisfacción de los más importantes fines estatales. Así, por

ejemplo, la obtención de una decisión sobre la punibilidad del procesado y la solución del conflicto que genera que podríamos calificar como fines propios de la eficiencia, y la protección de las garantías del imputado y de los derechos de la víctima como fines del garantismo, generan toda una serie de conflictos y de tensiones entre estos dos extremos, y por eso es necesario encontrar puntos de acuerdo entre uno y otro según el caso concreto que se pretenda resolver, en razón a que el garantismo exige el respeto sin condiciones de los derechos fundamentales de procesados y víctimas durante el curso del proceso, la eficiencia demanda un proceso ágil, efectivo, sin demasiados controles, que permita la fluidez de casos a través del sistema que evite el anquilosamiento de la justicia penal y la impunidad de los delitos.

El principio de oportunidad, entonces, deberá inscribirse en este escenario de tensiones y complementariedades que supone un proceso penal dirigido a fines. El análisis de la figura dentro de este marco nos permitirá entender si el principio de oportunidad sirve a los postulados del garantismo o de la eficiencia, o mejor, si puede servir simultáneamente a unos y otros mandatos bajo ciertas condiciones y en ciertas circunstancias.

## INTRODUCCIÓN

A raíz del conjunto de reformas constitucionales y procesales penales que se iniciaron en Colombia en la década del 2000, con miras a la implementación de un sistema procesal penal de corte acusatorio, tomamos la decisión de estudiar el instituto del principio de oportunidad establecido en el acto legislativo 03 de 2002, como

3 DAMASKA, MIRJAN. "Aspectos globales de la reforma del proceso penal", en DUQUE QUICENO, MAURICIO y QUICENO ÁLVAREZ, FERNANDO (comp.). *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*, 1ª ed., s.l., Editora Jurídica de Colombia, 2004.

una excepción al principio procesal de legalidad<sup>4</sup>- con sus características: i) figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir y renunciar al ejercicio de la acción penal, ii) en los casos que establezca la ley, iii) regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, y iv) su ejercicio sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerce las funciones de control de garantías.

En el proceso de recolección de información y análisis comparativo de la figura, encontramos que el proceso penal, entendido como el “sismógrafo” de la Constitución según la afortunada expresión de ROXIN<sup>5</sup>, debía necesariamente ser estudiado e interpretado en clave finalista, es decir, de acuerdo con los propósitos o fines que aspira a cumplir el proceso penal en el Estado, en el sistema jurídico y, finalmente, en la sociedad.

Por esta razón, el estudio de la mencionada institución procesal no se podía hacer simplemente a partir del

estudio del código de procedimiento penal, sino que se debía hacerlo a partir del estudio de los fines del proceso penal en el modelo de Estado adoptado por Colombia, esto es Social y Democrático de Derecho.

Estos fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, de acuerdo con nuestro análisis son los siguientes: i) la decisión sobre la punibilidad del imputado, ii) la protección de los derechos del procesado, iii) la protección de los derechos de la víctima y iv) la solución del conflicto social que genera el delito<sup>6</sup>.

## **1. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PROCESADOS**

El principio de oportunidad, fue incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano a través del Acto Legislativo 03 de 2002, regulado legalmente en la Ley 906 de 2004 y después reglamentado en diversas leyes, decretos y resoluciones<sup>7</sup>, como un instituto procesal que faculta a la

4 Entendido este como el deber que tiene la Fiscalía de investigar cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y de acusar cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha vehemente. CLAUS ROXIN. *Derecho procesal penal*, 25ª ed., trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2000, p. 89.

5 CLAUS ROXIN. *Derecho procesal penal*, 25ª ed., trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2000, p. 10.

6 Para definir este fin especialmente, además del estudio del Art. 2º de la Constitución Política, se analizó la doctrina de CLAUS ROXIN, quien considera como meta del procedimiento penal la obtención de una decisión sobre la punibilidad del imputado materialmente correcta, obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal y que restablezca la paz jurídica. La garantía de los derechos de la víctima, si bien no es considerada por el maestro alemán como un “fin”, si supone un propósito esencial del procedimiento ligado a la necesidad de restaurar la paz jurídica a través de la reparación del ofendido. CLAUS ROXIN. *Derecho procesal penal*, cit., pp. 2-5, y sobre la participación de la víctima en el proceso, pp. 526 y ss. Este catálogo de fines también es hallable en JULIO B. J. MAIER. *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., t. II. Parte general: Sujetos procesales, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2003, pp. 148-150.

7 LEY 1312 DE 2009. (Julio 9). “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”. Publicada en el Diario Oficial 47.405, de 9 de julio de 2009; LEY 1098 DE 2006. “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Publicada en el Diario Oficial 46.446, el 8 de noviembre de 2006. Artículos 174, 175 y 193, Numeral 6; DECRETO 3391 DE 2006. (Septiembre 29). “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005”. Publicado en el Diario Oficial 46.406, de 29 de septiembre de 2006. Artículo 14, Incisos 4 y 5; DECRETO 4760 DE 2005. (Diciembre 30). “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005”. Publicado en el Diario Oficial 46.137, de 30 de diciembre de 2005. Artículo 13, Parágrafo; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 0-6618 de 2008. “Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del Principio de Oportunidad para los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, en el marco de las Leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 y se adicionan las Resoluciones 0-6657 y 0-6658 de diciembre 30 de 2004”. Publicada en el Diario Oficial 47.157, el 29 de octubre de 2008; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 0-6657 de 2004. “Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad”. Publicada en el Diario Oficial 45.781, el 4 de enero de 2005.

Fiscalía General de la Nación a tomar tales decisiones frente al ejercicio de la acción penal, bajo ciertas causales señaladas en la ley y en atención a la política criminal del Estado<sup>8</sup>. Adicionalmente, su aplicación está sujeta al control de legalidad que ejerce el juez de control de garantías, el cual debe velar por la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas del delito<sup>9</sup>.

Así concretado en el nivel constitucional, el principio de oportunidad quedó establecido en el orden colombiano como un instituto procesal en atención al cual, bajo ciertas circunstancias, puede prescindirse de enfilar el aparato estatal hacia el castigo y, en cambio, optar por una solución racional y ponderada del fenómeno delictivo.

Surge entonces inevitable la necesidad de determinar los fines constitucionales a los que debe estar orientado el proceso penal colombiano, para así evaluar la potencialidad del

principio de oportunidad para alcanzar su satisfacción. Basta apenas apelar al concepto de seguridad jurídica y en concreto a las nociones de estabilidad y coherencia de las leyes para advertir que los fines del proceso penal deben ser los mismos fines estatales.

Sobre el fin que nos ocupa en este artículo: la protección de los derechos fundamentales del procesado –se trató en el capítulo tercero de la investigación–, valga recordar que el Estado liberal clásico, preocupado, ante todo, por someter el poder al Derecho, centró su atención en la limitación jurídica de la potestad punitiva, para lo cual esgrimió el principio de igualdad ante la ley y sostuvo la primacía de los derechos individuales<sup>10</sup>. Así se constituyó el amparo de los derechos del imputado como un límite del poder estatal de castigo y un propósito esencial del procedimiento, pues quedó establecida la obligación del Estado de velar por la protección de sus ciudadanos a través de la fijación de disposiciones que posibiliten una persecución penal conforme a la dignidad humana.

8 *ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002. Artículo 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (...); LEY 906 DE 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Publicada en el Diario Oficial 45.657, el 31 de agosto de 2004. Artículo 322. Legalidad. La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código.*

9 *LEY 906 DE 2004. Artículo 327, modificado por la LEY 1312 DE 2009. Artículo 5. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad. Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano (...).*

10 *SANTIAGO MIR PUIG. Estado, Pena y Delito, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006. Cap. I, pp. 4-12*

Este fin, en consecuencia, hace referencia a la protección de los derechos fundamentales del procesado, fin logrado con las revoluciones liberales del s. XVIII y con el proceso de positivización de los Derechos Humanos del s. XX, luego de la segunda guerra mundial, el cual busca proteger, respetar y garantizar los derechos del investigado, acusado y juzgado en el proceso penal.

Así, la decisión sobre la punibilidad del imputado no puede lograrse a cualquier precio, pues los límites de la actividad persecutoria estatal están claramente consagrados en la normatividad nacional e internacional y están representados en el deber de respetar y garantizar la vigencia de las garantías judiciales. En tal sentido, en este trabajo se analizó si la aplicación del principio de oportunidad cumple con el fin esencial de proteger los derechos del sometido a proceso penal o, en otras palabras, si en su puesta en marcha puede darse lugar a violaciones de garantías fundamentales, aun cuando se pretenda la libertad del procesado.

Los dos grandes ejes que dominan el procedimiento penal son la eficiencia y el garantismo o, dicho de otra forma, el doble objeto de solucionar el máximo de casos a un mínimo costo y de proteger las garantías de los justiciables. Tenemos que se trata de dos exigencias del proceso penal, una de carácter pragmático y la otra de carácter ideológico, que presentan no pocas dificultades a la hora de materializarse simultáneamente en un caso concreto. Por una parte, la eficiencia del proceso, que exige minimizar sus formas y agilizar sus trámites en aras de asegurar el flujo de las causas, podría traer consigo la exclusión de formas

esenciales para la protección de garantías judiciales. Por otro lado, el garantismo, que demanda el amparo de los derechos fundamentales del procesado en el debate penal, impone para ello la necesidad de controlar excesivamente la actividad de los funcionarios, hecho que, llevado a un extremo supone la congestión y, por eso mismo, el fracaso del sistema penal.

A pesar de estas difíciles tensiones, en este capítulo se demostró que el principio de oportunidad no sólo no contraviene el principio procesal de legalidad sino que además propicia el respeto de los derechos fundamentales del procesado. Puesto de otro modo, se quiere intentar una defensa del principio de oportunidad como un mecanismo que conjuga, a un tiempo, las demandas de la eficiencia y del garantismo en el proceso penal.

Con ese propósito, se enfrentó el principio de oportunidad a las condiciones de cumplimiento de los derechos fundamentales que exigen ser garantizados en un Estado social y democrático de derecho, sopesando las avenencias y tensiones resultantes, de manera que pueda establecerse si la correspondencia es tal o si son mayores las contradicciones. En todo caso, se preferirá una perspectiva crítica y propositiva, de manera que si en dicho enfrentamiento priman las diferencias, se intentará perfilar teóricamente *cómo debe ser* un principio de oportunidad que pueda ajustarse a los postulados del Estado social y democrático de derecho colombiano. En tal sentido, se analizó si la forma de adopción en Colombia permite la protección de estos derechos o si, por el contrario, exige su reforma y adecuación a los fines constitucionales del Estado.

## 2. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En el tercer capítulo **-El principio de oportunidad frente a los derechos del procesado-** señalamos que, si bien el principio de oportunidad no es un derecho del procesado sino una facultad discrecional del fiscal, sí es el imputado o acusado el beneficiario directo de su aplicación, pues lejos de obtener una sentencia condenatoria en su contra por un actuar típico, antijurídico y culpable, va a obtener la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, lo que finalmente equivale a la extinción de la acción penal, y eso es mejor que una sentencia condenatoria. Por eso, salvo en los casos de arbitrariedad judicial o del desconocimiento de los plazos razonables o del eventual desconocimiento del derecho a la igualdad, el principio de oportunidad no vulnera los derechos del imputado o acusado sino que los protege y ampara de la retribución.

En tales condiciones, el principio de oportunidad, en esencia, sirve al fin del proceso penal de proteger los derechos fundamentales del procesado, propio de un Estado social y democrático de derecho.

El principio de oportunidad fue introducido en el ordenamiento nacional con la perspectiva pragmática propia del sistema anglosajón y, al mismo tiempo, con la intención garantista que caracteriza la cultura continental europea. Observamos que precisamente la filiación garantista de la figura vino dada por la necesidad de limitar el propósito eficientista que indudablemente la caracteriza. En efecto, la eficiencia en el proceso penal no es suficiente razón para predicar del mismo

su legitimidad en el marco del Estado social y democrático de derecho, pues el perfeccionamiento del sistema procesal tiene unos límites precisos, a saber, los impuestos por el deber de respeto a las garantías fundamentales del sujeto sometido a proceso penal.

En consecuencia, subrayamos la necesidad de ubicar el principio de oportunidad en el contexto constitucional en el que debe desarrollarse. Señalamos que el instituto no contradice los principios y valores que inspiran el ordenamiento jurídico y que, al contrario, potencian la capacidad del proceso penal de resolver conflictos mediante el uso racional y ponderado del poder punitivo, lo que finalmente deriva en la protección de la dignidad humana, fin supremo de la actividad estatal. Además indicamos que el principio de oportunidad se aviene armónicamente con los derechos fundamentales del procesado, sin necesidad de estar sometido a unas causales legales de procedencia, y en cambio con el primado de la discrecionalidad, siempre que el funcionario aplicador sepa valorar el peso de los intereses encontrados. Proponemos en consecuencia la utilización de una técnica de ponderación, el test de proporcionalidad, en virtud del cual el fiscal debe determinar, en primer lugar, si su aplicación es una medida *idónea*, es decir, si es congruente con el fin legítimo que se intenta proteger, que en el caso del proceso penal sería solucionar el conflicto penal; si es *necesaria* o si, por el contrario, existen medios alternativos menos lesivos para lograr el mismo fin; y si es proporcional frente a la vulneración de derechos fundamentales que eventualmente pueda conllevar.

Adicionalmente pudimos corroborar que el principio de oportunidad satisface el derecho constitucional al debido proceso, formulado en el ámbito internacional como el derecho a unas garantías judiciales. Elementos integrales de este derecho como la legalidad en sentido estricto, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el recurso judicial efectivo, el acceso a la administración de justicia y el plazo razonable, según vimos, son reconocidos y protegidos en la aplicación del principio de oportunidad, por lo cual es indudable su capacidad garantista.

Por otra parte, encontramos que la incorporación del principio de oportunidad en el orden jurídico colombiano se ajusta a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Demostramos que la figura, exenta de las trabas que le fueron impuestas, satisface deberes internacionales positivos como la adecuación normativa y el deber de investigar seria, imparcial y efectivamente los delitos, al tiempo que deberes negativos como el de respeto y el de no discriminación. Frente al deber de perseguir los delitos, sin embargo, recordamos que el principio de oportunidad no puede ser aplicado en casos de violaciones a los derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario<sup>11</sup>.

El problema entonces o, mejor, la dificultad del principio de oportunidad radica en que, si bien no es un derecho del imputado o acusado, su falta de aplicación afecta la situación del procesado y del aparato de justicia.

### 3. CONCLUSIONES GENERALES

La más importante es que el principio de oportunidad NO cumple con los fines del proceso penal en el Estado social y democrático de derecho, porque no logra el equilibrio entre garantismo y eficiencia, en razón a que la institución estudiada no ha tenido la aplicación que se esperaba<sup>12</sup> ni la que presenta el derecho comparado.

Esta figura procesal, cuyo contenido, alcances y posibilidades han sido largamente evaluados y discutidos en la doctrina nacional e internacional, no ha recibido, sin embargo, en la realidad jurídica nacional, la atención que se esperaba al momento de adoptarla. El último Informe de Gestión de la Fiscalía General de la Nación revela que, durante el año 2008 y el primer trimestre de 2009, el principio de oportunidad se aplicó en 3.419 asuntos penales, de un total de 209.319 causas en las que no se encontró mérito suficiente para investigar; es decir, se aplicó en el 1,63% de los casos<sup>13</sup>.

Precisa el informe que esta aplicación del principio de oportunidad –a nuestro modo de ver, irrisoria– se orientó a conductas sancionadas con pena privativa de la libertad inferior a 6 años en las que se ha reparado integralmente a la víctima y corroborado la ausencia de interés del Estado en la acción penal (2.762 casos); a conductas sancionadas con pena privativa superior a 6 años, casos en los que su ejercicio fue adelantado por el Fiscal General de la Nación o su

11 *CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-648 de 2006. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.*

12 *Aunque la Fiscalía General de la Nación no considera expresamente en su informe que la aplicación del principio de oportunidad sea baja, encuentra que “en la medida en que avanza el sistema penal acusatorio, se toma mayor solidez en la aplicación del principio”. Ver, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Informe de Gestión 2008-2009, cit., p. 60.*

13 *FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Informe de Gestión 2008-2009, Bogotá, D. C., Fiscalía General de la Nación, 2009, p. 55. Ver Anexos 1 y 2 al final de este documento.*

Delegado (984 casos); a conductas para las que se halló procedente la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y se evidenció un cumplimiento de las obligaciones impuestas (1.065 casos); y a conductas cuyo juicio de reproche de culpabilidad era tan escaso que la sanción se tornaba innecesaria o inútil (795 casos)<sup>14</sup>.

Adicionalmente, se enuncian los delitos que con mayor frecuencia fueron objeto de aplicación del principio de oportunidad: hurto agravado (1.090 casos); hurto agravado tentado (818 casos); defraudación a los derechos patrimoniales de autor (921 casos); homicidio culposo (535 casos); lesiones personales (454 casos); hurto agravado y calificado (425 casos); violencia intrafamiliar (322 casos); inasistencia alimentaria (162 casos); falsedad material en documento público (89 casos), entre otras<sup>15</sup>.

Vale la pena contrastar estas cifras con la aplicación que recibe el principio de oportunidad en otras latitudes. Aunque no

hay un acuerdo unánime en la doctrina, según cálculos de BASSIOUNI, en Estados Unidos sólo van a juicio (*jury trial*) el 6% de los casos penales, mientras que el resto se soluciona por vía del *plea bargaining* o del *guilty plea*<sup>16</sup>; algunos tratadistas consideran que esta cifra se aproxima al 10%<sup>17</sup>. En el sistema chileno, según estadísticas, el principio de oportunidad se aplica en un 60% de los casos que ingresan al sistema penal<sup>18</sup>.

La ínfima aplicación de la figura en Colombia<sup>19</sup> da cuenta de un sistema judicial excesivamente cauteloso, acaso timorato, en el cual se evidencia o bien una escasa preparación de los funcionarios encargados de aplicarla, o bien un fuerte arraigo en su actividad profesional de la cultura retributiva, o bien un temor – ciertamente fundado– de incurrir en la impunidad en los delitos o, en fin, una comprensión insuficiente y parca del proceso penal que desconoce la necesidad de dirigir su actividad al cumplimiento de unos fines ineludibles de estirpe constitucional.

14 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Informe de Gestión 2008-2009, cit., p. 59. Ver Anexo 3 al final de este documento.

15 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Informe de Gestión 2008-2009, cit., p. 60. Ver Anexo 4 al final de este documento.

16 H. C. BASSIOUNI. "Linee del processo penale negli USA", en *Prospettive del nuovo processo penale*, Giuffrè, Milán, 1978, p. 52, citado en LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Otros, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. III, cap. IX, p. 646.

17 GERARD E. LYNCH. "Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos", en *Pensamiento Penal*, 1998/A, artículo electrónico disponible en la página web: [<http://www.pensamientopenal.com.ar/ndp/ndp009.htm>]: "El juicio por jurados del procedimiento penal estadounidense cumple un papel muy limitado en el sistema de atribución de responsabilidad penal, pues solo el 10% de las condenas son resultado de un juicio. El 90% de las condenas son obtenidas sin juicio, porque los imputados se declaran culpables con anterioridad a su realización". La cifra coincide con la presentada por TIMOTHY LYNCH en "The case against plea bargaining", en *Regulation*, vol. 26, n° 3, fall of 2003, p. 24. "More than 90 percent of the criminal cases in America are never tried, much less proven, to juries".

18 "Las estadísticas [en Colombia] son pobres, si se tiene en cuenta que en países como Chile [el principio de oportunidad] se aplica en más del 60% de los casos, frente a un porcentaje cercano al 85% de respuestas tempranas de noticias criminales (sic), recuerda [Jaime] Granados". *ÁMBITO JURÍDICO*. "El principio de oportunidad, ¿comodín o as del sistema acusatorio?", edición del 2 al 15 de febrero de 2009, p. 20.

19 Aunque la Fiscalía General de la Nación no considera expresamente en su informe que la aplicación del principio de oportunidad sea baja, encuentra que "en la medida en que avanza el sistema penal acusatorio, se toma mayor solidez en la aplicación del principio". Ver, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Informe de Gestión 2008-2009, cit., p. 60.

Un trabajo académico elaborado por Gabriel Salamanca incluyó en su metodología una encuesta a jueces, fiscales y estudiantes de derecho sobre aspectos relacionados con el principio de oportunidad. En este estudio pudo corroborarse una situación paradójica: aunque el 83,3% de los encuestados concibe el principio de oportunidad como una herramienta de optimización del aparato de justicia, éstos advierten “una gran diferencia entre el plano teórico (finalidad del principio) y el plano práctico (implementación del principio), pues continuamente [referencian] obstáculos de índole administrativa como la posible corrupción o arbitrariedad del aparato judicial en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad”. Por su parte, el 16,6% restante considera que dicha institución está llamada a incrementar la cifra de impunidad, “poniendo de presente los excesos que la Fiscalía podía llegar a cometer aplicándolo en casos muy graves o dejándolo de hacer en casos que no merecían el reproche penal, atendiendo en unos y otros, a razones netamente políticas”<sup>20</sup>.

Es importante observar que esta situación cuantitativa, que genera una gran brecha entre la norma y la realidad, entre el instituto procesal y el contexto en que espera aplicarse, es el que nos permite señalar, desde ahora, que el principio de oportunidad, por su falta de aplicación, no cumple con los fines del proceso penal que exige el Estado social y democrático de derecho como el colombiano, porque no logra el equilibrio exigido entre garantismo y eficiencia, ejes rectores del proceso penal colombiano.

No obstante esta situación, es nuestra tesis, que la principal causa de inaplicación de la figura se encuentra en su misma naturaleza, esto es, en las características particulares que le fueron impuestas en el orden colombiano.

Sin duda el legislador colombiano, al incorporar al orden interno una figura que en sí misma es una “salida alterna” al juicio oral, o si se prefiere un mecanismo orientado a la racionalización del poder de castigo, no estaba pensando en lograr con ella la impunidad de los delitos y menos aún el debilitamiento del sistema judicial, sino antes bien, pretendía brindar un instituto capaz de potenciar las posibilidades de la administración de justicia para solucionar conflictos sociales y de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de los procesados y de las víctimas.

#### **4. RECOMENDACIONES GENERALES**

Con el fin de dar aplicación al principio de oportunidad, recomendamos lo siguiente:

- 1)** Se debe desarrollar a partir de los principios que rigen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Estado Social y Democrático de Derecho.
- 2)** Del Estado Social y Democrático de Derecho, entender que los fines del proceso penal son los de: i) decidir sobre la punibilidad del imputado, ii) proteger los derechos del procesado, iii) proteger los derechos de la víctima y iv) solucionar el conflicto social que genera el delito.

---

<sup>20</sup> GABRIEL SALAMANCA ROA. “Principio de oportunidad”, trabajo de posesión como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 29 de agosto de 2008, hallable en: [<http://www.jurimprudencias.com>].

- 3) Del Acto Legislativo 03 de 2002, entender que el modelo procesal adoptado es el acusatorio, y en consecuencia es este el que se debe desarrollar.
- 4) De tal modelo procesal del Estado Social y Democrático de Derecho, entender que una sus principales características es que las salidas alternas al juicio oral, entre otras, el principio de oportunidad, son la regla general y no la excepción.
- 5) Así mismo, de este modelo procesal entender que el ejercicio de la acción penal debe ser discrecional, y por ello el principio de oportunidad debe tenerse como un principio fundante del sistema, y no como complementario, o excepcional al principio de legalidad procesal.
- 6) Se debe ampliar la discrecionalidad del fiscal en la aplicación del principio de oportunidad a una sola consideración: “la solución del conflicto social que genera el delito”.
- 7) El principio de oportunidad debe ejercerse sin controles judiciales, pues le corresponde al fiscal garantizar los derechos de las víctimas y de los procesados.
- 8) Con base en los anteriores argumentos propugnar para que el principio de oportunidad se aplique en todos los procedimientos penales del Estado social y democrático de derecho, en los que se investigue la responsabilidad penal de los mayores de edad, esto es en la Justicia de infancia y adolescencia y en la Justicia Penal Militar, y
- 9) De los límites que impone el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional

humanitario y el derecho penal internacional, prohibir la aplicación del principio de oportunidad frente a los actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

### ARTÍCULOS DE REVISTA, PRENSA Y MEMORIAS

LYNCH, TIMOTHY. “The case against plea bargaining”, *Regulation*, vol. 26, n° 3, fall of 2003.

### CAPÍTULOS EN LIBROS

AA. VV. *Defensas de Tesis Doctorales*. Bogotá. Universidad Libre. 2011

DAMASKA, MIRJAN. “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”, en DUQUE QUICENO, MAURICIO y QUICENO ÁLVAREZ, FERNANDO (comp.). *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*, 1ª ed., s.l., Editora Jurídica de Colombia, 2004.

GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE. “La propuesta de un Nuevo Código de Procedimiento Penal”, en FUENTES HERNÁNDEZ, ALFREDO y GRANADOS PEÑA JAIME ENRIQUE (edit.). *Garantismo, Eficiencia y Reforma Procesal Penal en Colombia*, Bogotá, D. C., Tercer Mundo Editores, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999.

GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE y HARTMANN ARBOLEDA, MILDRED. “El Diseño del Nuevo Proceso Penal Constitucional”, en CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Texto del Acto Legislativo 03 de 2002 y Documentos de Trámite*, t. II, 1ª ed., Bogotá, D. C., Corporación Excelencia en la Justicia, 2003.

MIR PUIG, SANTIAGO. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", en AA.VV. *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Bogotá, D. C., Editorial Temis, 1982.

. "Constitución, Derecho Penal y Globalización", en AA.VV. *Nuevas Tendencias en Política Criminal. Una auditoria al Código Penal español de 1995*. Madrid, España, Editorial REUS S.A.. Buenos Aires, Argentina, Euros Editores S.R.L. Montevideo, República Oriental del Uruguay, B de F Ltda. 2006.

ROXIN, CLAUS. "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Editorial Reus, 1991.

"La política criminal en la actualidad", en AA.VV. *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, trad. J. Queralt, Bogotá, D. C., Editorial Temis, 1982.

#### DOCTRINAS

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Texto del Acto Legislativo 03 de 2002 y Documentos de Trámite*, t. II, 1ª ed., Bogotá, D. C., Corporación Excelencia en la Justicia, 2003.

DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO. *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*". Bogotá. Universidad Libre. 2011.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Otros, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Informe de Gestión 2008-2009*, Bogotá, D. C.: Fiscalía General de la Nación, 2009.

GOLDSCHMIDT, JAMES. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1961.

MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., t. I. Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2002.

----- . *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., t. II. Sujetos procesales, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2002.

MAIER, JULIO B.J., AMBOS, KAI y WOISCHNIK, JAN. *Las Reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Editorial Gráfica Laf S.R.L., 2000.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Estado, Pena y Delito*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

*Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, Reppertor Editores, S. L., 2003.

ROXIN, CLAUS. *Derecho procesal penal*, 25ª ed., trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2000, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2002.

*La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, trad. Carmen Gómez Rivero y María Del Carmen García Cantizano, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2000.

ROXIN, CLAUS. *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Editorial Reus, 1991.

#### LEGISLACIÓN NACIONAL

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002. (Diciembre 19). "Por el cual se reforma la Constitución

Nacional”. Publicado en el Diario Oficial 45.040, de 20 de diciembre de 2002.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (Julio 6). Publicada en la Gaceta Constitucional 116, de 20 de julio de 1991.

DECRETO 4760 DE 2005. (Diciembre 30). “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005”. Publicado en el Diario Oficial 46.137, de 30 de diciembre de 2005.

DECRETO 3391 DE 2006. (Septiembre 29). “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005”. Publicado en el Diario Oficial 46.406, de 29 de septiembre de 2006.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004. “Por medio del cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad”. Publicada en el Diario oficial 45.781 el 4 de enero de 2005.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 0-6658 de 2004. “Por medio de la cual se hace una designación especial”. Publicada en el Diario Oficial 45.781, el 4 de enero de 2005.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 0-6618 de 2008. “Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del Principio de Oportunidad para los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, en el marco de las Leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 y se adicionan las Resoluciones 0-6657 y 0-6658 de diciembre 30 de 2004”. Publicada en el Diario Oficial 47.157, el 29 de octubre de 2008.

LEY 906 DE 2004. (Agosto 31). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Publicada en el Diario Oficial 45.657, de 31 de agosto de 2004.

LEY 975 DE 2005. (Julio 25). “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Publicada en el Diario Oficial 45.980, de 25 de julio de 2005.

LEY 1098 DE 2006. (Noviembre 8). “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Publicada en el Diario Oficial 46.446, de 8 de noviembre de 2006.

LEY 1312 DE 2009. (Julio 9). “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”. Publicada en el Diario Oficial 47.405, de 9 de julio de 2009.

LEY 1407 DE 2010. (Agosto 17). “Por la cual se expide el Código Penal Militar”. Publicada en el Diario Oficial 47.804, de 17 de agosto de 2010.

#### WEBGRAFIA

LYNCH, GERARD E. “Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos”, en Pensamiento Penal, 1998/A, hallable en la página web: [<http://www.pensamientopenal.com.ar/ndp/ndp009.htm>], visitada por última vez el 4 de junio de 2009.

SALAMANCA ROA, GABRIEL. “Principio de oportunidad”, trabajo de posesión como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, hallable en: [<http://www.jurimprudencias.com>].