

# Límites y aplicación al principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores

*Limits and application of the principle of opportunity in crimes against minors*

Autor: Diego Borbón

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.12656>

**Para citar este artículo:**

Borbón, D. (2021). Límites y aplicación al principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores. *Derecho y Realidad*, 19 (38), 113-130.



## LÍMITES Y APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN DELITOS DOLOSOS CONTRA MENORES\*

*Limits and application of the principle of opportunity in crimes against minors*

### Diego Borbón

Universidad Externado de Colombia. Investigador y Coordinador de la línea de investigación en NeuroDerechos Humanos y Tecnologías del Observatorio Latinoamericano de Derechos Humanos y Empresas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2115-2105>  
Correo: [diego.borbon01@est.uexternado.edu.co](mailto:diego.borbon01@est.uexternado.edu.co)

Recepción: Abril 5 de 2020

Aceptación: Abril 21 de 2021

### RESUMEN

En el presente artículo se abordan los límites institucionales, reglamentarios, judiciales y las prohibiciones legales para aplicar el principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores, desde el Código de Infancia y Adolescencia, así como las reformas al Código de Procedimiento Penal. Consecuentemente, se explicará el desarrollo legal y jurisprudencial que ha sustentado la imposibilidad de renunciar, suspender o interrumpir la acción penal en casos de delitos graves contra menores. Sin embargo, a pesar de la existencia de expresas prohibiciones legales, se argumentará el porqué es posible dar plena aplicación del principio de oportunidad en los casos en los que las prohibiciones legales contradicen normas, principios y valores de jerarquía constitucional. En este orden de ideas, se

justificará que en aquellos casos en los que la prohibición de aplicar el principio de oportunidad conduzca a la vulneración del principio de proporcionalidad, los derechos fundamentales y los principios constitucionales del derecho penal, se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad para respetar la supremacía de la Constitución Política.

### PALABRAS CLAVES

Principio de oportunidad; principio de legalidad; principio de proporcionalidad; ultima ratio; excepción de inconstitucionalidad.

---

\* Artículo fruto de las discusiones académicas del seminario en derecho procesal penal a cargo de la Dra. Norma Myriam Bejarano y el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia.

## ABSTRACT

This article addresses the institutional, regulatory, judicial limits and the legal prohibitions to apply the principle of opportunity in crimes against minors, from the Childhood and Adolescence Code, as well as the reforms to the Criminal Procedure Code. Consequently, the legal and jurisprudential development that has sustained the impossibility of resigning, suspending or interrupting the criminal action in cases of serious crimes against minors will be explained. However, despite the existence of express legal prohibitions, it will be argued why it is possible to fully apply the principle of opportunity in cases in which the legal prohibitions contradict norms, principles and values of constitutional hierarchy. In this vein, it will be justified that in those cases in which the prohibition of applying the principle of opportunity leads to the violation of the principle of proportionality, fundamental rights and the constitutional principles of criminal law, the exception of unconstitutionality should be applied, to respect the supremacy of the Political Constitution.

## KEYWORDS

Principle of opportunity; principle of legality; principle of proportionality; ultima ratio; exception of unconstitutionality.

## INTRODUCCIÓN

El derecho penal es el mecanismo de control social formal que más gravemente lesiona los derechos de los ciudadanos. Suspende no sólo la libertad, sino que materialmente afecta todos los derechos fundamentales de quienes reciben una sanción penal, especialmente de prisión. Siguiendo al sociólogo Nils Christie: “la palabra penal está estrechamente relacionada con ‘pena’ o dolor” (p.19). Los Códigos Penales, entonces, no son otra cosa que normas para la imposición consciente de dolor. Aun así, es claro que ni en los textos, ni en las cátedras de derecho penal general se acepta a este mecanismo como lo que es: dolor estéril.

Las teorías de la pena, entonces, pretenden establecer una narrativa justificante y legitimadora de la sanción penal. Por su parte, la teoría del delito busca delimitar el campo de acción del *ius puniendi* en cabeza del Estado. Sin embargo, como bien reconoce Ferrajoli, por más límites y garantías que se establezcan, el derecho penal siempre conservará “una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política” (Ferrajoli, 1995, p. 21).

Colombia, infortunadamente, es un claro ejemplo de lo anterior. Por lo menos desde 1998, la Corte Constitucional reconoció la existencia de vulneraciones sistemáticas, generalizadas, permanentes y graves de todos los derechos de las personas privadas de su libertad. En esa dirección, la Corte identificó correctamente que el hacinamiento carcelario es el principal síntoma de la existencia de causas estructurales que desdibujan los propósitos humanistas de la Constitución Política. Así las cosas, al comprender que “las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos” (Sentencia T-153 de 1998), la Corte declaró por primera vez la existencia del Estado de Cosas Inconstitucionales, que sería declarado nuevamente en la Sentencia T-388 de 2013 y reiterado en la Sentencia T-762 de 2015.

La declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional implica la existencia de “situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general -en tanto que afectan a multitud de personas-, y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades” [Sic.]. (Sentencia T-153 de 1998)

Posteriormente, en la Sentencia T-388 de 2013, la Corte Constitucional identificó correctamente que las causas estructurales obedecen principalmente a la existencia de una política criminal “evidentemente

insostenible”. Con la Sentencia T-762 de 2015, la Corte sería aún más clara al señalar que la forma en que se ha creado e implementado la política criminal en Colombia es reactiva, inestable, inconsistente, volátil, sin fundamento empírico, con tendencia al endurecimiento y poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional (Sentencia T-762 de 2015).

Bajo este contexto, infortunadamente, se ha sostenido una irracional política legislativa en materia penal, cuya única consistencia es obedecer al llamado “populismo punitivo”. En ese sentido, se han creado nuevos tipos penales, elevado penas, eliminado beneficios y se han restringido mecanismos alternativos para la solución de conflictos penales. Es a este contexto al que el principio de oportunidad se enfrenta y se limita.

El principio de oportunidad es quizás una de las herramientas más valiosas para reducir el ámbito de aplicación del derecho penal, buscando la extinción de la acción penal por razones de política criminal. Sin embargo, desde su introducción con el Acto Legislativo 03 de 2002, se han expedido numerosas normas de carácter reglamentario y legal que han establecido fuertes restricciones a la aplicación del principio de oportunidad. De la misma manera se han elevado interpretaciones jurisprudenciales que han soportado tesis restrictivas a la aplicación de esta valiosa herramienta que prometía cambiar el sistema penal en Colombia.

En el presente artículo se abordarán los límites institucionales, reglamentarios, judiciales y las prohibiciones legales para aplicar el principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores, desde el Código de Infancia y Adolescencia, así como las reformas al Código de Procedimiento Penal. De manera subsecuente, se explicará el desarrollo legal y jurisprudencial que ha sustentado la imposibilidad de renunciar, suspender o interrumpir la acción penal en casos de delitos graves contra menores.

Sin embargo, en la presente investigación pretendemos responder a la cuestión de si es

posible aplicar el principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores a pesar de la existencia de expresas prohibiciones legales. Consecuentemente, se argumentará favorablemente que en efecto es posible dar plena aplicación en los casos en los que las prohibiciones legales contradicen normas, principios y valores de jerarquía constitucional. En este orden de ideas, se justificará que en aquellos casos en los que la prohibición de aplicar el principio de oportunidad conduzca a la vulneración del principio de proporcionalidad, los derechos fundamentales y los principios constitucionales del derecho penal, se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad para respetar la supremacía de la Constitución Política.

## **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El principio de oportunidad es la facultad constitucional de la Fiscalía General de la Nación de renunciar, suspender o interrumpir la acción penal por razones de política criminal. Para su aplicación se requiere observar alguna de las 17 causales del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. De manera general, de acuerdo con la Fiscalía General de la Nación y otros (2017), se pueden clasificar las causales bajo las categorías de aplicación por ser de interés nacional (numerales 2, 3 y 8); en virtud de la colaboración con la justicia y la desarticulación de bandas criminales (numerales 4 y 5); por ser el derecho penal como intervención mínima y ultima ratio (numerales 6, 9, 10, 11, 12 y 15) y para reparación de las víctimas en el marco de programas de justicia restaurativa (numerales 1, 7, 13, 14 y 16).

Ahora bien, el principio de oportunidad, como herramienta de política criminal, parece contraponerse al deber de persecución penal propio del principio de legalidad. Este principio obliga a las autoridades del Estado a asegurar el cumplimiento de la ley, por lo que, si una conducta reviste categoría de delito, debe ser perseguida penalmente como obligación

del Estado de cumplir con el Código Penal colombiano y la Constitución Política.

En ese sentido, el artículo 250 de la Constitución Política consagra claramente el principio de legalidad en materia penal como obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal cuando se cuenta con suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de un delito. Lo mismo es reiterado por el artículo 322 de la Ley 906 de 2004. Para Perdomo (2015) “desde la perspectiva procesal penal el principio de legalidad conlleva el imperativo del ejercicio de la acción penal ante el conocimiento de un hecho sancionado con pena desde el derecho penal material” (p. 54).

Sin embargo, con la introducción del Acto Legislativo 03 de 2002 se establece la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación suspenda, interrumpa o renuncie a la persecución penal para la aplicación del principio de oportunidad. Precisamente las causales del Código de Procedimiento Penal establecen el marco de discrecionalidad con la que cuenta la Fiscalía. Está claro que un seguimiento de estas causales permite materializar los principios constitucionales del derecho penal para limitar el ejercicio punitivo a criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad. Con lo anterior, entonces, el principio de oportunidad permitiría materializar una política criminal minimalista y garantista.

Se suele decir que la aplicación de esta herramienta es de carácter discrecional, por lo que la Fiscalía podría definir abiertamente cuándo conceder o no un principio de oportunidad. Si ello fuera así, dicha discrecionalidad sería expresamente contraria a la consagración de legalidad. Y, como bien destacan Bernal y Montealegre (2004), la “discrecionalidad no significa que la Fiscalía defina en su criterio qué es una conducta punible, porque tal tarea viene atribuida al legislador, sino que para efectos de su labor prioriza la persecución de unos comportamientos sobre otros” (p. 185).

Para algunos autores, entonces, el principio de oportunidad es una excepción al principio de legalidad, que sería la regla. El profesor Jaime Bernal y Eduardo Montealegre (2004), son autores que en esa dirección sostienen que “el principio de oportunidad, como excepción al principio de legalidad significa que el órgano de persecución penal puede sustraerse de tal ejercicio bajo determinados supuestos definidos por el legislador (p.186).

Autores como el profesor Juan Carlos Forero acogen la tesis de que los principios de legalidad y oportunidad son complementarios. En sus palabras: “el de oportunidad es un principio complementario al de legalidad y que, por ende, el verdadero principio sigue siendo este y no aquél” (Forero, 2013, p. 29). Lo anterior se puede comprender precisamente porque el principio de oportunidad está reglado y supeditado a enmarcarse dentro de las 17 causales que el legislador consagró en el Código de Procedimiento Penal, mientras que el deber de persecución penal se predica como un imperativo en todos los casos de hechos que revisten categoría delictiva. Por lo tanto, si el principio de oportunidad es delimitado como posibilidad por el mismo legislador, su aplicación no es una excepción en estricto sentido al deber de perseguir penalmente, sino que es más bien un desarrollo mismo de la ley; es un complemento legal y constitucional a dicho deber.

El principio de oportunidad, junto a otras figuras, fueron creadas como una apuesta por la solución rápida, integral y eficiente de la justicia, también como herramienta para reducir la congestión judicial y materializar una justicia restaurativa. En ese sentido, prescindir del ejercicio de la acción penal facilita la búsqueda de otras finalidades legales y constitucionales válidas para limitar el *ius puniendi*.

En síntesis, renunciar, suspender o interrumpir a la acción penal es una decisión en el marco de la legalidad que le compete a la Fiscalía General de la Nación. En caso de buscar aplicar esta figura, el fiscal,

con el consentimiento del acusado y su defensor, puede hacerlo si se ajusta a una de las 17 causales expuestas en el Código de Procedimiento Penal. En algunos casos, debe tener el visto bueno por un superior del ente acusador<sup>1</sup> y pasar a revisión de un juez de control de garantías.

## LÍMITES INSTITUCIONALES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La aplicación del principio de oportunidad depende en gran medida de las decisiones internas del Fiscal General de la Nación de turno. Este funcionario no solo tiene el deber de dar el visto bueno en aquellas causales de su competencia, sino que también tiene el deber de reglamentar la aplicación de la figura. En virtud de la resolución que expida, se podría facilitar o dificultar su aplicación. En Colombia hemos transitado desde distintas resoluciones: 0-6657 de 2004, 0-6658 de 2004, 0-6618 de 2008, 0-3884 de 2009, 0-0692 de 2012, 0-0919 de 2014, 1168 de 2014, 2370 de 2016 y la Resolución 4155 de 2016. Estas permiten que el Fiscal General de la Nación reglamente el nivel de discrecionalidad de los Fiscales delegados, pero también permite materializar lineamientos de priorización que a la larga son sus instrucciones en materia político-criminal.

En esa dirección, en nuestro país el principio de oportunidad ha enfrentado serias limitaciones de carácter legal y reglamentaria, establecidas por una errática política criminal desde el Congreso de la República e incluso desde la Fiscalía General de la Nación. De acuerdo con Cita y González (2017), Colombia ha experimentado un promedio de 3,3 reformas al Código Penal al año, lo que es relativamente alto comparado con otros países cercanos.

Las políticas legislativas han inflado de manera exacerbada las penas privativas de

la libertad, dificultando así encontrar delitos con penas que no excedan los seis años de prisión, por lo que casi cualquier caso debería tener autorización del Fiscal General de la Nación si se contempla dentro de las causales de su competencia exclusiva, como establece el numeral 1º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y la Resolución 4155 de 2016. Esto puede llegar a ser problemático pues el fiscal del caso, quien conoce de primera mano las circunstancias y alternativas en las materias, debe someter al criterio de terceros ajenos al caso una decisión trascendental como renunciar, suspender o interrumpir la acción penal.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha reconocido que los Fiscales delegados, si bien gozan de autonomía en sus casos, también deben supeditarse al principio de jerarquía y de unidad de gestión. Lo anterior pues el ente acusador está en cabeza del Fiscal General de la Nación y los grupos que este designe. En materia de principio de oportunidad, en Sentencia C-979 de 2005, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 330 que exige la reglamentación del principio de oportunidad por parte del Fiscal General para expedir un procedimiento interno y el plan de política criminal del Estado. En dicha decisión la Corte reconoce:

[...] el principio de unidad de gestión y jerarquía contemplado en el segundo segmento del artículo 251.3 en virtud del cual el Fiscal General puede determinar el criterio y la posición que la entidad debe asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados en la ley. Este principio radica en el Fiscal poderes de dirección y orientación que, con criterio general, promuevan la responsabilidad institucional y la unidad de actuación en las fases de investigación y acusación. (Sentencia C-979 de 2005)

Sin embargo, en la Sentencia C-232 de 2016, la Corte fue enfática en subrayar que la reglamentación del principio de oportunidad fue atribuida al Fiscal General de la Nación a través, por ejemplo, “de la organización y funcionamiento de comités técnicos, cuyos

---

1. En la Resolución 4155 de 2016, el Fiscal del caso tendría que someter la decisión ante el grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa y esta llegará a revisión del Fiscal General, en las causales de su competencia (Numerales 2, 3, 4, 5, 8, 9, 14 y 18 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004).

conceptos sean vinculantes y prevalezcan sobre la posición del fiscal del caso". Es posible vislumbrar, entonces, que la inflación legislativa en materia penal obliga a acudir en los casos de causales de competencia exclusiva al Fiscal General para que este decida sobre la aplicación o no del principio de oportunidad en un caso que le es ajeno.

Así las cosas, las políticas internas de la Fiscalía General de la Nación constituyen un primer gran obstáculo burocrático a la aplicación del principio de oportunidad. El Fiscal General, sin embargo, debe ocuparse de cuestiones que no siempre obedecen a criterios jurídicos sino políticos para mantener una imagen y percepción ciudadana positiva. En ese sentido, es claro que, en ocasiones, pese a considerarse necesario jurídicamente por el fiscal del caso, el Fiscal General de la Nación podría restringir la aplicación del principio de oportunidad para evitar impactos sobre la imagen del ente acusador, o de sí mismo como su representante. Esto puede ser especialmente problemático para autorizar el mecanismo en casos de delitos contra menores de edad, que generan un exacerbado rechazo ciudadano.

Ahora bien, es cierto que dicha reglamentación se muestra en general proporcional y necesaria en Colombia por cuestiones de respeto al derecho a la igualdad, legalidad, debido proceso, pero también para evitar posibles aplicaciones indebidas del principio de oportunidad. Sin embargo, no deja de ser complejo jurídicamente el hecho de tener que acudir a un grupo de mecanismos de terminación anticipada y luego a revisión del Fiscal General, a quienes les es ajeno el caso que manejaba el fiscal delegado.

## **LÍMITES EN EL CONTROL JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

A pesar de que el principio de oportunidad se suele entender como una facultad discrecional de la Fiscalía, para su aplicación no sólo se debe ceñir a las causales de la Ley 906 de 2004, la reglamentación interna de la Fiscalía, el visto bueno de los

grupos y el Fiscal General, sino que debe ser aprobado por un Juez de Control de Garantías. El artículo 250 de la Constitución Política consagró dicho requisito, reiterado en el Código de Procedimiento Penal, artículo 323 y 327.

Más aún, a la luz de la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional, en control de legalidad judicial puede ser material y no sólo formal. Desde la Sentencia C-979 de 2005 la Corte estableció que:

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.

Lo anterior se muestra razonable en virtud de que la función de este tipo de jueces es la de velar por la protección de los derechos y garantías de los indagados, investigados y también de las víctimas. Sin embargo, es problemática la definición de control material pues puede dar paso a que el juez ejerza una valoración material de la conveniencia político-criminal de la aplicación del mecanismo y las alternativas del caso. En otras palabras, un control material podría conllevar a que un juez que no es de conocimiento valore los elementos cognoscitivos y ofrezca lo que a su criterio es una mejor alternativa en el caso concreto, sea, por ejemplo, la preclusión o la continuación de la acción penal. En dichas circunstancias, el fiscal del caso se ve supeditado a someter su decisión formalmente discrecional, a la valoración material de sus superiores y al control de un juez.

En nuestra opinión, es importante comprender que lo anterior sería una extralimitación de la función de control de garantías, pues los jueces de control hacen valoraciones formales y también sustanciales tan sólo en el ámbito de hacer respetar las

garantías y derechos de los investigados e imputados y las víctimas. Si bien es cierto que en audiencias preliminares como las de medida de aseguramiento los Jueces de Control de Garantías hacen valoraciones de los elementos cognoscitivos y de la necesidad de las medidas, ello es distinto frente al principio de oportunidad, los preacuerdos y otros actos propios de la Fiscalía como la imputación y la acusación. En otras palabras, el control sustancial en este tipo de actos debería limitarse a la protección de los derechos y garantías, más nunca a una valoración del caso, las alternativas y la conveniencia político-criminal de aplicar un principio de oportunidad; valoración que le corresponde exclusivamente al fiscal del caso.

Esta opinión no es enteramente compartida por el profesor Juan Carlos Forero Ramírez (2013), quien argumenta que el Juez de Control de Garantías debe hacer una valoración material sobre el contenido de las causales y sus elementos, las pruebas e intereses del Estado, entre otras consideraciones. El profesor José Joaquín Urbano (2006) respalda dicha postura al sostener que el juez debe hacer una valoración formal en el cumplimiento de la causal, una valoración sustancial de los derechos del imputado y la víctima, pero también una valoración material para verificar:

[...] si el principio se ajusta a la política criminal del Estado en cuanto mecanismo de racionalización del sistema penal. De no ser así, si no existe una correspondencia razonable entre la flexibilización de las normas sustanciales y el grado de realización de la verdad y de los derechos de los intervinientes, el juez debe rechazarla aplicación del principio por incumplimiento de la realización de la justicia como fin del proceso penal (p.127).

Se considera, por el contrario, que un control material, más allá de la constatación formal de legalidad y el respeto sustancial a los derechos y garantías, constituye un límite

exacerbado a una facultad que se predica discrecional de la Fiscalía. Más aún si se supone que es la Fiscalía la que ha definido sus lineamientos de política criminal, por lo que no le corresponde a un juez de garantías hacer una valoración material sobre su conveniencia o ajuste político-criminal.

Salta a la vista la necesidad de resaltar la solución que se ha dado a esta tensa relación entre el control formal y material en los preacuerdos, un mecanismo similar al principio de oportunidad y valioso en nuestro ordenamiento jurídico en materia de política criminal. En decisión SU-479 de 2019 la Corte Constitucional recordó que los preacuerdos deben realizarse sobre los términos de la imputación y deben respetar los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes. Lo cierto es que, en este sentido, la Jurisprudencia no establece ninguna facultad real de que los Jueces puedan extender sus consideraciones más allá de la constatación fáctica y el respeto de los derechos y garantías constitucionales. En concreto, sobre el control material del principio de oportunidad, la Corte Constitucional ha establecido en Sentencias C-979 de 2005 y C-387 de 2014, que:

No debe desconocerse que 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 y renuncia-, debe encaminarse 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 o acusado.

## **PROHIBICIONES LEGALES FRENTE A DELITOS DOLOSOS CONTRA MENORES**

El Código de la Infancia y de la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, contiene dos expresas prohibiciones frente a la aplicación del principio de oportunidad en delitos contra niños, niñas y adolescentes.



El artículo 193, numeral 6, establece que las autoridades judiciales se deben abstener de aplicar el principio de oportunidad salvo que se demuestre que los menores han sido indemnizados. Por su parte, el artículo 199, numeral 3, establece que cuando se trate de los delitos 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 prohíbe la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba y la posterior extinción de la acción penal.

En Sentencia C-738 de 2008 la Corte Constitucional analizó una demanda realizada, entre otras normas, a dicho numeral 3 del artículo 199. El demandante aseguraba que dicha prohibición de aplicar el principio de oportunidad por la causal 8 del artículo 324, es decir, de suspender el procedimiento a prueba, es una vulneración a la Constitución. Lo anterior al sostener que no era constitucional establecer una prohibición para negar la aplicación de un mecanismo de política criminal consagrada a nivel constitucional en el artículo 250. Por otra parte, el demandante sostenía que dicha prohibición también negaba los derechos de los menores al no poder ser reparados integralmente en el periodo de suspensión de la acción penal.

Después de realizar un examen constitucional, la Corte concluyó que dicha prohibición pretende ofrecer una protección de los derechos de los menores, que prevalecen y son de carácter preferente. La Corte también sostiene lo anterior a partir de un análisis de Tratados Internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. Cabe mencionar, sin embargo, que ninguno de estos establece la obligación del Estado de perseguir penalmente y la consecuente prohibición de renunciar a la acción penal; todos los tratados citados sólo mencionan el carácter preferente y especial de los derechos de los menores. Por otra parte, la Corte concluye que la prohibición del principio de oportunidad no implica que el Estado y las autoridades no deban realizar los demás trámites para lograr la reparación integral de

los menores. Estimó la Corte, entonces, que la prohibición de aplicarlo es Constitucional.

Ahora bien, además de las prohibiciones del Código de Infancia y Adolescencia, el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, también establece una prohibición aún más general. La Ley 1312 de 2009 modificó el texto del artículo agregando al parágrafo 3 la prohibición de aplicar el principio de oportunidad cuando se trate de conductas dolosas donde la víctima sea un menor de 18 años. En otras palabras, si las prohibiciones del Código de Infancia y Adolescencia no fuesen suficientemente restrictivas, esta nueva modificación terminaría por prohibir completamente la aplicación en cualquier caso en el que un menor de 18 sea víctima.

## **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL**

Si bien es cierto que las políticas legislativas expansivas del derecho penal y prohibicionistas de las salidas alternativas están vigentes en Colombia, no obstante, es posible sostener que el principio de oportunidad se debe aplicar en aquellos casos donde su no aplicación vulnera preceptos constitucionales. Así las cosas, al entender la supremacía de la Constitución Política, expresamente aclamado en el artículo 4, toda actuación judicial y penal se debe ceñir bajo los principios de la Carta. En otras palabras, nuestro derecho penal está constitucionalizado y debe respetar los límites, garantías, derechos y principios constitucionales.

La Corte Constitucional ha manifestado expresamente que el derecho penal se encuentra constitucionalizado. Por ejemplo, desde la Sentencia C-127 de 1993 la Corte argumentó que

Con la Constitución Política de 1991 explícitamente se ha constitucionalizado todo el derecho, ya que la Constitución es su hilo conductor, por el artículo 4º que establece que ésta es norma de normas, y no hay área jurídica inmune

al derecho constitucional. Por lo tanto con la Carta Fundamental de 1.991 se ha "constitucionalizado" el Derecho penal en particular. Igualmente con la misma Carta se ha internacionalizado el Derecho penal a partir del *ius cogens*.

En Sentencia C-038 de 1995 reitera lo que a hoy ya es una verdad indiscutible y pacífica:

[...] ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

Siguiendo a Gómez (2016), los llamados ‘efectos normativos directos’ de la Constitución son reconocidos como una verdad inconcusa. Lo anterior reiterado por la Corte al enfatizar en que:

La fuerza vinculante de las normas constitucionales se irradia también a todo el ámbito del resto de la actividad jurisdiccional. [...] La Constitución tiene un impacto directo sobre todo el resto del orden jurídico, que impone a cualquier juez el fallar realizando, es decir haciendo efectivos en el plano de los hechos, los principios y valores contenidos en la Constitución, especialmente los enunciados en el artículo 2° superior (Sentencia C-037 de 2000)

Así las cosas, la constitucionalización del derecho penal se materializa, sobre todo, con

el reconocimiento de los principios y normas rectoras. Estos principios se desprenden directamente de normas constitucionales e indirectamente de una interpretación de los derechos fundamentales. Destacamos entre estos a los principios del derecho penal de *ultima ratio*, fragmentariedad, subsidiariedad y los principios constitucionales de proporcionalidad y necesidad.

El principio de *ultima ratio* significa que la utilización del *ius puniendi* sólo puede ser el último recurso al que puede acudir el Estado. Esto se manifiesta, como bien establece Gómez (2016), mediante el principio de subsidiariedad, que implica que sólo cuando todas las demás alternativas han fracasado, se puede utilizar el derecho penal. De la misma manera, el principio de fragmentariedad conlleva que el derecho penal sólo se puede ocupar de aquellos comportamientos que produzca las afectaciones más graves y que a todas luces se estimen intolerables socialmente.

El principio de oportunidad es, en consecuencia, un mecanismo constitucional para la racionalización del poder punitivo logrando su carácter de mínima intervención y de *ultima ratio*. Esta herramienta permite renunciar, suspender o interrumpir la acción penal del Estado cuando se encuentre que las vías alternativas son las que idóneamente materializan los postulados de la Constitución Política.

La respuesta punitiva no es siempre, e incluso podría decirse que en la inmensa mayoría de las ocasiones no es jamás, la mejor respuesta que existe para solucionar un conflicto. En ese sentido, la aplicación del principio de oportunidad se vincula inescindiblemente a los principios constitucionales del derecho penal y, con ello, a los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Es claro que no todos los delitos dolosos que tengan a un menor de edad como sujeto pasivo son delitos que afectan gravemente los bienes jurídicos de los que son titulares estos. La diversidad de las acciones humanas puede conducir a que una persona recorra

materialmente los verbos rectores de una conducta típica, sin que, necesariamente, ello implique que del juicio de antijuridicidad se concluya una grave lesión de los bienes jurídicos del menor. De manera similar, controlar los hechos típicos de una acción no implica que en sede de culpabilidad el juicio de reproche no pueda ser de tan secundaria consideración que resulte inútil e innecesaria la continuación de la acción penal. De la misma manera, en caso de que se esté en presencia de una conducta punible de baja lesividad, pero por razones de política criminal sea muchísimo más útil suspender la acción penal para que el sujeto entregue información que permita desarticular una banda criminal que afecta de manera permanente los derechos de los menores, la aplicación del principio de oportunidad no sólo debería ser una posibilidad sino incluso una vía necesaria.

Sin embargo, la irracionalidad legislativa *so pretexto* de defender a los niños, niñas y adolescentes, ha creado una barrera infortunada que imposibilita aplicar mecanismos alternos como los preacuerdos o el principio de oportunidad. En perspectiva, el impacto real no se dirige necesariamente a la protección de los menores, sino que incluso podría tener consecuencias nefastas como, por ejemplo, la imposibilidad de recopilar información para desarticular una banda criminal.

En síntesis, las prohibiciones legales no hacen más que obstaculizar la aplicación de una valiosa herramienta de política criminal que otrora permitiría la materialización de la justicia y de los principios del derecho penal constitucional.

## **APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DE CARA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

El principio de oportunidad no es sólo una valiosa herramienta de análisis constitucional de la restricción de derechos fundamentales, es también un principio que rige toda actuación del Estado, sea mediante un legislador, administrador o juez (Bernal y

Montealegre, 2013). La Corte Constitucional he reconocido su plena aplicación a todos los procedimientos en materia penal, por lo que se suele exigir que cualquier actuación de las autoridades judiciales debe incluir un pronunciamiento expreso sobre el principio de proporcionalidad. Además, en Sentencia C-108 de 2017, la Corte reitera que:

La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve.

En ese sentido, siguiendo la estructura sintetizada de los tres elementos del juicio de proporcionalidad, que permite analizar la constitucionalidad de una medida restrictiva, la Corte ha entendido de forma pacífica que se debe hacer un análisis de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (Sentencia C-520 de 2016).

Si se quisiese aplicar un principio de oportunidad a pesar de la existencia de expresas prohibiciones legales, lo primero que debe hacer la autoridad judicial es analizar la proporcionalidad mediante estos elementos; una vez superado este, debe pasar el examen de la excepción de inconstitucionalidad; discusión que se retomará luego.

La idoneidad sería el análisis de la finalidad, es decir, si lo que se persigue es constitucionalmente legítimo. En otras palabras, requiere hacer un juicio de valor de que la restricción es valiosa y deseable. Tanto si se analiza la idoneidad de las prohibiciones, como la idoneidad de aplicar un principio de oportunidad, es sencillo advertir que ambas superarían un juicio de legitimidad constitucional.

La prohibición legal de aplicar un principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores es idónea por cuanto persigue un fin constitucionalmente válido de protección a los menores. Por su parte, la aplicación de este mecanismo, inaplicando las restricciones legales y en aparente

contraposición de los derechos de las víctimas, es idóneo por cuanto un principio de oportunidad busca la consecución de una verdadera justicia material, integral y de ultima ratio en materia penal; fines legítimos en nuestro ordenamiento jurídico.

A propósito de la necesidad, esta es la inexistencia de medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención de fines menos restrictivos de los principios afectados. La Corte en su análisis a la norma del Código de Infancia y Adolescencia encontró que prohibir la aplicación del principio de oportunidad se puede mostrar como necesario para evitar que las autoridades abandonen su deber legal de protección a los menores.

Ahora bien, si se llevase a cabo un análisis de la necesidad en el sentido de dar aplicación a un principio de oportunidad, en contrario a las prohibiciones legales, puede, en ciertos casos, arrojar una conclusión positiva. Dependiendo de las circunstancias fácticas y jurídicas de los casos particulares, se podría argumentar que las demás vías son más lesivas de derechos fundamentales o no permiten materializar los legítimos fines del juicio de idoneidad. Véase por ejemplo que la preclusión, en aquellos casos donde proceda, no siempre garantizará integralmente los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación, la justicia y la no repetición. En cambio, la aplicación del principio de oportunidad podría materializar, no sólo los derechos del imputado y los principios constitucionales del derecho penal, sino los derechos de las víctimas; así como también a permitir dismantelar bandas criminales o facilitar la aplicación de la justicia restaurativa.

Así las cosas, como el principio de proporcionalidad se predica de toda actuación judicial, el principio de oportunidad puede en ocasiones ser la mejor alternativa para solucionar un conflicto. Infortunadamente, por la inflación legislativa, el adelanto de la acción penal podría conducir a consecuencias punitivas nefastas en contra del procesado y sin garantizar los derechos de las víctimas y

los intereses colectivos en materia político criminal.

La proporcionalidad en sentido estricto busca que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción. En esta fase es posible vislumbrar la necesidad de una fuerte argumentación si se busca aplicar el principio de oportunidad a pesar de las restricciones legales. En este sentido, les corresponderá a los interesados y al Fiscal, hacer una fuerte exposición de los motivos por los cuales la aplicación de un principio de oportunidad reporta más beneficios que afectaciones; por ejemplo, que frente a un reproche de tan secundaria significación e inutilidad, se pueda obtener con el principio de oportunidad información para dismantelar bandas criminales. Otro ejemplo podría ser en aquellos casos de baja lesividad de los derechos que permitan pensar en una salida restaurativa, poniendo en prioridad los derechos e intereses del menor, que son superiores y preferentes.

Una vez superado un análisis de proporcionalidad, la autoridad podrá aplicar un principio de oportunidad frente a la existencia de prohibiciones legales siempre que logre superar un análisis de los requisitos de la excepción de inconstitucionalidad.

## **APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

El artículo 4 de la Constitución Política establece el principio de supremacía constitucional y hace expreso que “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Para Bernal y Montealegre (2004) “La constitucionalización del proceso penal se evidencia en el artículo 29 C.N., [...] toda vez que a través de él se elevan a rango constitucional las pautas mínimas que deben cumplir en todo proceso” (p. 86). Así las cosas, en cualquier caso donde una autoridad advierta la incompatibilidad de aplicar una norma de carácter legal por su

contraposición con un principio, valor o norma constitucional, deberá inaplicar la de menor jerarquía y mantener la vigencia de la supremacía constitucional.

En la SU-132 de 2013, la Corte Constitucional recordó que:

La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.

Por su parte, las causales para inaplicar una norma inferior en virtud de la excepción de inconstitucionalidad son, de acuerdo con la Sentencia T-215 de 2018:

(i) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso. O (iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental.

La norma del párrafo 3 del Código de Procedimiento Penal vulnera los principios de proporcionalidad y aquellos principios constitucionales del derecho penal, como anteriormente se expuso. En ese sentido, si bien es razonable establecer limitaciones en virtud de la protección de los menores, una prohibición absoluta de aplicar el principio de oportunidad en cualquier delito doloso contra un menor no es necesaria ni puede tenerse como proporcional en sentido estricto. De la misma manera, dicha prohibición podría ir en contravía de los principios de *ultima ratio* y mínima intervención, consecuentemente de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad. Dicha norma sólo puede reputarse constitucional si se acepta la prohibición sólo en aquellos casos donde supere un examen de proporcionalidad en los casos particulares, discusión que retomaremos adelante.

Por otra parte, pese a que existe un pronunciamiento de constitucionalidad, este es sólo frente al artículo 199, numeral 3 del Código de Infancia y Adolescencia, donde la misma Corte Constitucional limitó su decisión de exequibilidad “Exclusivamente por las razones indicadas en la parte considerativa” (Sentencia C-738 de 2008). Lo anterior permitiría sostener que el análisis de su constitucionalidad no está zanjado completamente y podría ser controvertido con argumentos distintos. Esto fue efectivamente corroborado por la Corte Constitucional en Sentencia T-142 de 2019, al afirmar que:

[...] la sentencia C-738 de 2008 no constituye cosa juzgada constitucional que impida realizar un juicio en concreto de la constitucionalidad del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia”. [...] materialmente solo estudió un cargo respecto del numeral 3º, por el presunto desconocimiento del artículo 250 de la Constitución, en la medida que la norma excluye la aplicación del principio de oportunidad que se encuentra previsto sin excepciones por la Constitución, así como también por la vulneración del artículo 2º de la Constitución, que

propugna el goce efectivo de los derechos de los habitantes de Colombia.

Retomando el examen de la proporcionalidad en el caso específico, si se concluye que la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental, podría inaplicarse. Esta podría ser la causal principal para sostener ante un Juez de Control de Garantías, la necesidad de dar completa aplicación del principio de oportunidad en un caso de delitos dolosos contra menores.

Es menester recordar la discusión sostenida en el apartado antecedente sobre el control que ejerce el Juez de Control de Garantías. Este funcionario no debería hacer un control material sobre las alternativas que en su criterio debería tomar el Fiscal, pues goza de autonomía en sus decisiones y representa el monopolio de la acción penal. En ese sentido, la argumentación del Fiscal y demás interesados se debe dirigir a convencer al Juez de Control de Garantías del examen del principio de proporcionalidad y la excepción de inconstitucionalidad sin que este pueda negarlo al extralimitarse a un control material o por no simpatizar con la idea.

La argumentación necesaria debe ser exhaustiva, clara y precisa a los motivos por los que continuar la acción penal sería una respuesta exacerbada e inconstitucional. Dicho análisis se podría hacer desde la consideración de los márgenes punitivos del delito imputado, o por consideraciones sobre la baja lesividad o culpabilidad. El funcionario público se podría servir de las causales del principio de oportunidad para coadyuvar su justificación. De la misma manera, se podría argumentar cómo la aplicación del mecanismo permitiría la consecución de fines restaurativos que podrían ser, precisamente, los que materializan el interés superior del menor. Sería una falacia de generalización apresurada sostener que el interés superior del menor es siempre que se logre una pena privativa de la libertad.

Por otro lado, el Fiscal que solicita la excepción de inconstitucionalidad deberá argumentar por qué los otros caminos se muestran igualmente desproporcionados. Por ejemplo, la preclusión, si bien no exime a las autoridades de buscar la reparación de la menor víctima, sí dificultan la consecución de una finalidad restaurativa que de manera integral garantice la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Por otra parte, la preclusión no permitiría recolectar aquella información útil para dismantelar bandas criminales que afectan muchísimo más los derechos de los menores.

En esa misma dirección, es necesario recordar que el principio de oportunidad se aplica frente a casos donde efectivamente se ha cometido un delito y se tiene prueba para sostener razonablemente la autoría o participación y la culpabilidad de los investigados. En contraposición, la preclusión sólo se puede predicar de casos específicos, como por ejemplo, la atipicidad de una conducta o la muerte del imputado. Así las cosas, puede que para el caso específico la única salida posible sea el principio de oportunidad o el adelantamiento de la acción penal, que sólo produciría el desgaste del aparato judicial y una posible condena innecesaria.

Dejamos a un lado la salida alternativa de los preacuerdos porque la misma prohibición de recibir una rebaja en casos de delitos contra menores, hace de los preacuerdos una institución inoperante en la práctica.

Como último apartado, se mencionará una reciente Sentencia de la Corte Constitucional que coadyuva la tesis sostenida a lo largo del texto: a pesar de las prohibiciones legales es posible aplicar el principio de oportunidad en casos de delitos dolosos contra menores.

### **SENTENCIA T-142 DE 2019: PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN DELITO DOLOSO CONTRA MENOR**

Esta sentencia de la Corte Constitucional analiza un caso en el cual un menor de edad tuvo relaciones sexuales consentidas con

una menor de 14 años. Se le imputó el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Sin embargo, en atención a que las relaciones sexuales entre los dos menores de edad fueron consentidas, la víctima y sus representantes no querían continuar con la acción penal y el adolescente infractor había asistido a cursos pedagógicos sobre el tema, la Fiscalía General de la Nación solicitó dar aplicación al principio de oportunidad. Se escogió el numeral 12 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 como la causal a aplicar pues el juicio de reproche de culpabilidad era de tan secundaria consideración que la sanción penal sería una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

El Juzgado decidió aprobar el principio de oportunidad, que tuvo oposición del Ministerio Público que apeló la decisión por no tenerse en cuenta las prohibiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia. La decisión, sin embargo, fue confirmada por el superior. Ello acarreó que el representante del Ministerio Público interpusiera una acción de tutela por la decisión, que fue nuevamente negada por el Juez de Tutela. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, al recibir la impugnación de la tutela, decidió tutelar y aceptar la petición del procurador, por considerar que se inobservó la norma legal y no se respetó los precedentes judiciales. Frente a estos hechos, la Corte Constitucional se pronunció permitiendo la aplicación del principio de oportunidad.

Es interesante que de los antecedentes procesales de dicha sentencia se obtiene que este no es un caso único y aislado. De acuerdo con la respuesta de la Fiscalía en dicho proceso, el número de solicitudes de aplicación del principio de oportunidad en este tipo de delitos entre 2005 y 2018 había sido de 485 en total; 303 por acceso carnal abusivo con menor de catorce 14 años y 182 por acto sexual abusivo con menor de catorce 14 años. Por su parte, el juzgado que tenía el caso aseguró que desde 2009 hasta 2018 en materia de delitos sexuales cometidos con menores de edad, por otros menores, han sido aprobados 15 principios de oportunidad y 9 negados (Sentencia T-142 de 2019). En otras palabras, este no es el único caso

donde se ha podido aprobar un principio de oportunidad aun cuando existe una expresa prohibición legal.

Llama la atención que de las consideraciones de la Corte se puede concluir con claridad que el principio de oportunidad no está prohibido de manera absoluta en aquellos casos donde el sujeto activo de la conducta es un menor de edad, tal como se desprende de la interpretación del Código de Infancia y Adolescencia, artículo 174, así como de la Resolución 4155, artículo 33 y 36, de la Fiscalía. En otras palabras, la Corte fue clara al sostener que el principio de oportunidad es uno preferente en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

Así las cosas, la Corte Constitucional señaló que se debe tener en cuenta que en dicho Sistema especial:

(i) el principio de oportunidad es entendido en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes como un eje rector y, en el Sistema Procesal Penal, como un postulado que permite la concesión de beneficios judiciales a cargo de la Fiscalía, con sujeción a la aprobación por parte del Juez de Control de Garantías y a la política punitiva del Estado;

(ii) la primacía de los derechos constituye la finalidad del Código de Infancia y Adolescencia, mientras que la justicia restaurativa es la medida principal en favor de los menores; y por último,

(iii) las obligaciones internacionales ratificadas por Colombia relativas a la protección del menor de edad en cuanto a las sanciones a imponer, las cuales establecen que siempre se debe evitar la restricción de la libertad, razón por la cual siempre acudiese a mecanismos de alternatividad penal. (Sentencia T-142 de 2019)

La conclusión a la que llega la Corte Constitucional es que:

[...] en el caso concreto, se tornaría en una aplicación desproporcionada de la norma que acarrearía consecuencias que no estarían acordes a la luz de la normatividad constitucional, por cuanto: (i) se dio cumplimiento a la finalidad pedagógica del proceso adelantado en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (ver supra, numeral 119 y siguientes), medidas que resultaron idóneas para garantizar el interés superior y prevalente de los menores de edad; (ii) se dio aplicación y lectura integral a la normatividad aplicable al principio de oportunidad, de cara a las especiales circunstancias y necesidades de los responsables (Ver supra, numerales 121 y siguientes).

Con fundamento en lo anterior, concluyó la Sala que, en el caso estudiado en esta ocasión, en aplicación de un test de proporcionalidad en sentido estricto, permitió concluir que de no darse aplicación al principio de oportunidad se tendría como efecto una sanción penal desproporcionada e innecesaria. Por lo cual, en este caso, no tuvo lugar el defecto sustantivo alegado por el accionante. (Sentencia T-142 de 2019)

Más allá de estos reconocimientos sobre el principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, es posible identificar unas consideraciones que pueden servir como el verdadero precedente en esta sentencia. El precedente<sup>2</sup> que puede señalarse de la *ratio decidendi* de la Sentencia T-142 de 2019 no es, como se podría pensar, que el principio de oportunidad es plenamente aplicable en cualquier caso de

---

2. Se puede anotar en este punto que aún existe un tema problemático sobre los precedentes que puedan extraerse de Sentencias de Tutela. En reciente providencia del Consejo de Estado Sección Quinta, Sentencia 11001031500020200323400 (AC) de Sep. 24/20, se recordó que en el mejor de los casos las Sentencias T sólo constituyen un criterio auxiliar más no pueden configurarse como precedente en estricto sentido por no poderse extraer de ellas una regla de derecho. Anotamos, sin embargo, que ello es debatible y que como se hizo en el texto sí es posible extraer una regla de derecho a partir de la *ratio decidendi* de una Sentencia de tutela, que pueda aplicarse como precedente en adelante.

un sujeto activo menor de edad. La misma Corte Constitucional reconoció que:

[...] esto no implica que en todos los casos en los que un menor de edad sea el sujeto activo del delito que afecte contra la integridad y formación sexual de otro menor de edad, deba necesariamente concederse beneficios derivados del principio de oportunidad. De acuerdo con la información recaudada por la Corte Constitucional en el presente asunto, debe analizarse cada caso para determinar tanto la justificación del recurso al principio de oportunidad (la reparación del daño causado a la víctima y la adecuada participación de ésta en el marco de la solicitud de aplicación de la medida), como los efectos que generaría la sanción penal respecto del menor agresor para concluir si, en cada caso concreto, resulta factible la alternatividad penal. También, debe recordarse que la concesión de beneficios como la alternatividad penal debe tomar en consideración también los derechos de las víctimas a la reparación integral, lo que debe ser examinado en desarrollo del control jurídico de legalidad, llevado a cabo por parte del juez de control de garantías.

El verdadero precedente es que dicha prohibición legal se puede inaplicar en aquellos casos donde se concluya la necesidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad fruto de un test de proporcionalidad en el caso concreto. Así las cosas, la Corte concluye que es necesario realizar una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico, tomando en cuenta también normas, principios y valores constitucionales que prevalecen sobre cualquier norma legal.

Esto significa, en palabras sencillas, que pese a la irracionalidad legislativa, es posible ponderar las prohibiciones legales frente a consideraciones del orden constitucional. El principio de oportunidad, en consecuencia, es perfectamente aplicable en aquellos casos donde se muestre como una alternativa necesaria y proporcional. En adelante,



cualquier servidor público que así lo advierta, debe justificar mediante la excepción de inconstitucionalidad, la necesaria aplicación del principio de oportunidad aun cuando existan prohibiciones legales expresas.

## CONCLUSIONES

En el presente texto se analizaron los límites institucionales, reglamentarios, judiciales y legales para la aplicación del principio de oportunidad. Se hizo especial énfasis en la necesidad de respetar la independencia y autonomía de los fiscales delegados. De la misma manera, se señaló que el Juez de Control de Garantías no debería hacer un control material del principio de oportunidad a no ser que advierta la existencia de vulneraciones a

los derechos y garantías del imputado o las víctimas. Posteriormente, se estudiaron las prohibiciones legales del Código de la Infancia y la Adolescencia y el Código de Procedimiento Penal, para comprender que el principio de oportunidad es aplicable mediante la excepción de inconstitucionalidad en aquellos casos donde se requiera para respetar el principio de proporcionalidad. Finalmente, se señaló a la Sentencia T-142 de 2019 como un caso donde ya la Corte Constitucional reconoció la aplicación del principio de oportunidad frente a un delito sexual contra un menor de edad, fruto de un análisis de proporcionalidad y de los principios de Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Bernal, J. y Montealegre, E. (2004). *El Proceso Penal: Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- » Christie, N. (1988). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica.
- » Cita, R. y González, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- » Constitución Política de Colombia (1991).
- » Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta, S.A
- » Fiscalía General de la Nación y otros. (2017). *Principio de Oportunidad: Nociones y procedimiento*. Bogotá, Colombia: Fiscalía General de la Nación; Departamento de Justicia DOJ y OPDAT.
- » Fiscalía General de la Nación. (2016). *Resolución 4155 de 2016*. Colombia.
- » Forero, J. (2013). *Aproximación al estudio del principio de oportunidad*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario y Grupo Editorial Ibáñez.
- » Gómez, C. (2016). *Introducción al Derecho Penal Constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica.
- » Ley 1098 de 2006. *Código de la Infancia y de la Adolescencia*. Colombia
- » Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal*. Congreso de la República. Colombia.
- » Perdomo J. (2015). *Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del ius puniendi y su renuncia*. *Derecho Penal y Criminología*. 26, 78 (1), pp. 53-86.
- » Sentencia C-127 de 1993. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez.

- » Sentencia C-038 de 1995. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez.
- » Sentencia T-153 de 1998. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- » Sentencia C-037 de 2000 Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- » Sentencia C-979 de 2005. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba.
- » Sentencia C-738 de 2008 Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy.
- » Sentencia SU-132 de 2013. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Julio Estrada.
- » Sentencia T-388 de 2013. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: María Victoria Calle.
- » Sentencia T-762 de 2015. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- » Sentencia C-232 de 2016. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Linares.
- » Sentencia C-520 de 2016. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: María Victoria Calle.
- » Sentencia C-108 de 2017. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas.
- » Sentencia T-215 de 2018. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Cristina Pardo.
- » Sentencia T-142 de 2019. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Linares.
- » Sentencia SU-479 de 2019. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- » Sentencia C-979 de 2005. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- » Sentencia C-387 de 2014. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.
- » Sentencia SP-3723-2018. Radicación 51551. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- » Sentencia SP-2073-2020. Radicación 52227. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- » Urbano Martínez, J. (2006). Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad. *Derecho Penal Y Criminología*, 27(80), 111-128. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/996>