

LA DISPONIBILIDAD DISCRECIONAL DE LA PRETENSIÓN EN EL SISTEMA DE PERSECUCIÓN PENAL COLOMBIANO

*José Fernando Mestre-Ordóñez**

RESUMEN

La reforma normativa al sistema de persecución penal colombiano ha conducido a la consagración de figuras que implican la posibilidad de disposición de la pretensión penal por parte de la Fiscalía General de la Nación. Dentro de su función de ejecutar la política criminal del Estado y a pesar de una legislación errática, la Fiscalía cuenta con mecanismos como el principio de oportunidad y los preacuerdos que le permiten hacer juicios de conveniencia y efectividad en el contexto de la persecución penal, paralelos a los juicios jurídicos pertinentes. A pesar de ser evidente la existencia y la conveniencia de lo anterior, sectores de la jurisprudencia y la doctrina se han opuesto a la disponibilidad de la pretensión penal y a la discrecionalidad en su ejercicio, por lo cual se hace pertinente valorar estas características y formular una línea argumentativa que las justifique desde el punto de vista jurídico y político.

Palabras clave: pretensión penal, disponibilidad, discrecionalidad, política criminal, preacuerdos, principio de oportunidad.

*Fecha de recepción: 29 de agosto de 2008
Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2008*

* Abogado javeriano. Especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de Teoría General del Proceso en la Pontificia Universidad Javeriana. Autor del libro *La discrecionalidad para acusar* y de diversos artículos, conferencias y ponencias. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, del Centro de Estudios en Criminología y Victimología “Jorge Enrique Gutiérrez Anzola” de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Penal y Ciencias Penales. Abogado litigante, Socio de M&P Abogados Ltda.

THE DISCRETIONAL DISPOSITION OF THE ACCUSATION IN THE COLOMBIAN CRIMINAL PROSECUTION SYSTEM

ABSTRACT

The legal reform on the Colombian criminal prosecution system has led to the consecration of figures that imply the possibility of disposition of the criminal accusation by the National Public Prosecutor's Office. Within its function to execute the State's criminal policy and in spite of an erratic legislation, the Public Prosecutor's Office has mechanisms like the plea bargaining and the "principle of opportunity" that allow it to make convenience and effectiveness judgments in the context of the criminal persecution, beside the pertinent legal judgments. In spite of the evidence and the convenience of the previous, some sectors of the jurisprudence and the doctrine have argued against the disposability of the penal pretension and to the discretionality in its exercise, thus it is pertinent to value these characteristics and to formulate an argumentative line that justifies them from the legal and political point of view.

Key words: *criminal accusation, disposability, discretionality, criminal policy, plea bargaining, "principle of opportunity".*

INTRODUCCIÓN

El más reciente sistema procesal penal colombiano, dentro de sus notas más relevantes y novedosas, consagra ciertos mecanismos de disposición discrecional de la pretensión punitiva por parte de la Fiscalía General de la Nación. Son ellos, esencialmente, los preacuerdos y el principio de oportunidad.

Sin embargo, debe reconocerse que hay versiones encontradas en cuanto a la calidad dispositiva y discrecional o no de estos mecanismos y que, en consecuencia, el asunto no es pacífico ni en la jurisprudencia ni en la doctrina. En el presente artículo, se hará referencia especialmente a las contradicciones encontradas en las sentencias de la Corte Constitucional sobre este punto concreto y se expondrá porqué, en nuestra opinión, no debe haber dudas ni temores al afirmar que los preacuerdos y el principio de oportunidad son manifestaciones evidentes de la

disponibilidad de la pretensión penal y de la discrecionalidad en el ejercicio de las funciones de la Fiscalía General de la Nación.

I. EL RECONOCIMIENTO DE LA DISPONIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN PENAL

En primer lugar, debe hacerse alusión a los aciertos de la Corte Constitucional en la materia. En una de las primeras sentencias referidas al nuevo sistema, que se profirió antes de las providencias que se pronunciaron en torno a la constitucionalidad del acto legislativo 03 de 2002 y que les sirvió de precedente, la Corte presentó un resumen de las características esenciales del nuevo esquema de persecución penal de tendencia acusatoria en Colombia. En dicha enunciación, la Corte manifestó lo siguiente:

*“El poder de **disposición** del proceso también fue modificado en cuanto a su alcance por el constituyente derivado de 2002, ya que se consagró a nivel constitucional el principio de oportunidad”* (negritas no originales)¹. En una sentencia posterior referida al principio de oportunidad, afirmó la Corte: *“la Constitución autoriza al titular de la acción penal para **disponer** de ella cuando se cumplan determinados requisitos establecidos en la ley”* (negritas no originales)².

Por otra parte, en una reciente sentencia sobre los preacuerdos, la Corte volvió a referirse favorablemente frente al tema de la disponibilidad de la pretensión punitiva o de sus elementos por parte de las autoridades de persecución penal. En esta oportunidad la Corte afirmó que los preacuerdos y mecanismos de negociación están fundados *“en el consenso y en la **disposición** sobre algunos aspectos de la imputación, de sus consecuencias, y de las etapas del procedimiento”* (negritas no originales)³.

Nótese cómo, en tres pronunciamientos proferidos en un período de cuatro años (uno de los más antiguos, uno intermedio y uno de los más recientes referidos al nuevo sistema de persecución criminal), la Corte Constitucional reconoció abiertamente que el principio de oportunidad y los preacuerdos se fundamentan en

1 Corte Constitucional. Sala Plena. MP Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Septiembre 30 de 2003. Sentencia C-873 de 2003. Reiterado por la misma Corte en sentencias C-591/05 MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ y C-592/05. MP ÁLVARO TAFUR GALVIS.

2 Corte Constitucional. Sala Plena. MP Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Junio 30 de 2005. Sentencia C-673 de 2005.

3 Corte constitucional. Sala Plena. MP Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Julio 11 de 2007. Sentencia C-516 de 2007.

la disponibilidad de la pretensión penal, de manera total en el primer mecanismo y de manera parcial en el segundo. En efecto, el principio de oportunidad, en una de sus modalidades, puede implicar la renuncia plena a la persecución penal por parte de la Fiscalía, es decir, desistir por completo de la formulación de la pretensión. Mientras que los preacuerdos conducen a que la Fiscalía renuncie o desista, no ya de la totalidad de la pretensión, sino de algunos de sus elementos o efectos, fruto de una negociación y a cambio de la renuncia a ciertos derechos por parte del sujeto pasivo de la persecución.

El principio dispositivo y la autocomposición

Estos dos mecanismos, principio de oportunidad y preacuerdos, lejos de resultar inexplicables o extraños en la actualidad jurídica, se desprenden naturalmente de la nueva concepción del proceso que aleja al sistema de persecución del principio inquisitivo. Según este último principio, que ya no rige en su acepción más pura sino que a lo sumo afecta cuestiones concretas de regulación procesal en algunos esquemas de procedimiento, el inicio, el impulso, la terminación, las medidas procesales y, en general, el objeto del proceso son cuestiones respecto de las cuales las partes no tienen poder de decisión ni disposición⁴. Por eso, su contrario recibe la denominación general de principio dispositivo y en materia procesal penal se ha denominado principio acusatorio. En los casos en que el proceso está regido por estos principios, el dispositivo o el acusatorio, las partes tienen mayor control sobre la pretensión y sobre los diferentes elementos que rodean el proceso, por lo que los mecanismos de solución de conflictos por autocomposición se erigen como una alternativa real que lleva a la terminación anticipada del proceso o incluso a la ausencia de proceso, si se acude a ellos antes de la formulación de la pretensión⁵.

Cuando en la Teoría General del Proceso se estudian estos mecanismos de solución de conflictos por autocomposición sin intervención de terceros, se hace alusión básicamente al desistimiento, la transacción y el allanamiento, instituciones adecuadamente reguladas y estudiadas en el proceso civil y en los sistemas que de él se derivan (laboral, contencioso administrativo, etc.). En estos sistemas, como respuesta a las normas sustanciales, la autocomposición está permitida por regla

4 Cfr. QUINTERO, BEATRIZ y PRIETO, EUGENIO. *Teoría general del Proceso*. Tercera edición. Temis. Bogotá, 2000, p. 120 y ss.

5 Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado que en general el proceso “*es dispositivo por cuanto las partes inician el proceso por demanda y lo terminan por transacción o desistimiento, lo impulsan y piden pruebas, y el juez debe decidir sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones formuladas por el demandado (principio de congruencia)*” (negritas no originales). Corte Constitucional. Sala Plena. MP Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Septiembre 30 de 2003. Sentencia C-874 de 2003.

general, en la medida en que la mayoría de los derechos a los que se refieren son disponibles o renunciables, en virtud de la autonomía de la voluntad, y sólo excepcionalmente la ley limita su procedencia por razones de orden público. Sin embargo, la autocomposición en materia procesal penal no ha sido suficientemente estudiada, tal vez por el reciente desmonte constitucional de la concepción inquisitiva que siempre rondó en nuestro país a los legisladores, funcionarios judiciales, abogados y académicos cuando de persecución penal se trataba.

De todos modos, la nueva legislación procesal penal consagra una institución paralela a cada uno de los mencionados mecanismos de autocomposición, así: en lugar de desistimiento por parte de la Fiscalía, en materia procesal penal hablamos de principio de oportunidad; en lugar de transacción, hablamos de preacuerdos; y como manifestación del allanamiento está la aceptación unilateral de la imputación por el sujeto pasivo. Como se sabe, esta última manifestación autocompositiva es más antigua que las otras y por ende más aceptada por la comunidad jurídica procesal penal, debido a instituciones previas como la sentencia anticipada, pues surge del sujeto pasivo de la pretensión, quien naturalmente puede renunciar a sus derechos procesales y sustanciales de carácter individual y así obtener un beneficio punitivo. En cambio, el hecho de que el sujeto activo de la pretensión, es decir, la Fiscalía General de la Nación, haga disposición de la pretensión punitiva sobre cuyo manejo la Constitución Política le ha otorgado un monopolio general, ha resultado mucho menos sencillo de aceptar por la comunidad académica, profesional y judicial.

Como se dijo, el fundamento material de la disponibilidad de la pretensión en otros sistemas de corte más privado es esencialmente la autonomía de la voluntad y, evidentemente, en materia de pretensión penal cuyo manejo casi monopolístico le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, no puede hablarse de autonomía de la voluntad⁶. Adicionalmente, como también se dijo, la autonomía de la voluntad se ve limitada en los otros esquemas por cuestiones de interés público y la pretensión penal en sí misma puede ser considerada como una cuestión de interés público. Sin embargo, en materia de autoridades estatales que tienen a su cargo cuestiones de interés público, existe un concepto paralelo, aunque bien diferenciado al de autonomía de la voluntad, llamado discrecionalidad política. En consecuencia, el fundamento material de las posibilidades de disposición de la pretensión penal por parte de la Fiscalía no es la autonomía de la voluntad, sino la política criminal y el mecanismo para implementarla es la toma de decisiones discrecionales.

6 “Una característica central de los órganos públicos (por lo menos en nuestros Estados constitucionales) es que ellos no gozan, como los particulares, de autonomía: el ordenamiento jurídico les confiere ese poder no para que persigan sus propios fines, sino fines públicos”. ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN. *Ilícitos Atípicos*. Editorial Trotta. Madrid, 2000, p. 95.

La discrecionalidad en la actividad de la Fiscalía

El concepto de discrecionalidad reviste cierta complejidad y mucho debate para su aceptación, particularmente cuando se predica en cabeza de la Fiscalía. Sin embargo, la Corte Constitucional también ha acertado en este reconocimiento en varios de sus pronunciamientos y por su parte la Ley 906 hace una mención expresa de su existencia. Por ejemplo, en la ya citada sentencia C-516 de 2007, la Corte partió de la redacción del literal f del artículo 11 de la Ley 906 para potenciar la participación de las víctimas en la celebración y aprobación de los preacuerdos, reconociendo evidentemente que se trata de un mecanismo en el que la Fiscalía actúa discrecionalmente en su negociación y celebración. En efecto, la mencionada norma preceptúa contextualmente que:

“las víctimas tendrán derecho a que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto”.

Adicionalmente y de manera expresa, la Corte afirmó que:

“es cierto que la Constitución radicó en la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y que la ley le asigna un cierto nivel de discrecionalidad”⁷.

Por otra parte, en relación con el principio de oportunidad, la Corte ha aceptado tangencialmente su carácter discrecional, como en los siguientes textos referidos a esta institución:

*“... de suerte que la facultad **discrecional** de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria”⁸, “... una adecuada y precisa regulación de una potestad **discrecional**”⁹, “... en ejercicio de la **discrecionalidad** reglada que la Constitución asigna al Fiscal en materia de principio de oportunidad, le impone no solamente una evaluación acerca de la aplicación de alguna de las causales legales para que opere este mecanismo...”¹⁰ (negrillas no originales).*

7 Corte Constitucional. Sala Plena. MP Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Julio 11 de 2007. Sentencia C-516 de 2007.

8 Corte Constitucional, Sala Plena. MP Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Junio 30 de 2005. Sentencia C-673 de 2005.

9 Ibidem.

10 Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado ponente. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Septiembre 26 de 2005. Sentencia C-979 de 2005.

Más recientemente, en la sentencia C-095 de 2007, la Corte afirmó que:

*“la exigencia de claridad y precisión en el diseño de las causales legales de aplicación del principio de oportunidad no resulta contradictoria con el reconocimiento de algún grado aunque sea mínimo de **discrecionalidad** al fiscal para evaluar si en un caso concreto debe aplicarse o no dicho principio”* (negritas no originales)¹¹.

De hecho, este reconocimiento no es para nada insólito pues la discrecionalidad de la Fiscalía no está presente únicamente en la disposición total o parcial de la pretensión penal, en ejercicio del principio de oportunidad o de los preacuerdos. La naturaleza de la entidad y de las funciones que desempeña, hacen que todas las modulaciones de discrecionalidad se perciban en diferentes aspectos o momentos de su actividad¹².

Así por ejemplo, como se ha venido diciendo, la discrecionalidad política *stricto sensu* se hace presente en la aplicación del principio de oportunidad y en los preacuerdos, entre otras actividades y/o funciones propias del Fiscal General, pues la Fiscalía toma estas decisiones atendiendo a criterios contextuales de carácter económico y político, y hace una selección de mecanismos para alcanzar finalidades políticas. Por su parte, la discrecionalidad técnica se hace presente en las actividades de dirección jurídica de la investigación, en las cuales las valoraciones propias ciencia jurídica y de la ciencia forense o afines son las que conducen a decisión sobre la formulación de solicitudes o acusaciones ante los jueces. Igualmente, el Fiscal General de la Nación tiene discrecionalidad reglamentaria para definir el procedimiento interno de la entidad en ejercicio del principio de oportunidad, los aspectos relacionados con la justicia restaurativa, la cadena de custodia y, en general, puede orientar todas las labores de los delegados mediante resoluciones y directrices en las que precisa y da alcance a disposiciones legales o constitucionales. También tiene discrecionalidad de planificación a la hora de diseñar el respectivo plan de política criminal y al proyectar a futuro la actividad de la Fiscalía por momentos, unidades o regiones. En relación con la discrecionalidad de iniciativa, la Fiscalía puede por ejemplo crear unidades especializadas a nivel nacional o seccional, para atender de manera más eficiente algunos asuntos de su competencia. Obviamente, también tiene discrecionalidad táctica para adoptar una decisión rápida y eficaz ante circunstancias de hecho que lo requieren, por peligros inminentes o situaciones imprevistas. Y por último, tiene discrecionalidad de gestión en diferentes asuntos tales como, por ejemplo, algunos nombramientos, traslados, reasignaciones, asunciones directas de investigaciones, etc.

11 Corte Constitucional. Sala Plena. MP Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Febrero 14 de 2007. Sentencia C-095 de 2007.

12 Cfr. MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. *La discrecionalidad para acusar*. Segunda edición. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2007, pp. 142-148.

Así las cosas, la discrecionalidad es cada vez menos extraña a la Fiscalía General de la Nación y su reconocimiento se hace menos complicado ahora, gracias al progresivo retiro de las funciones jurisdiccionales que tenía bajo el prisma del principio inquisitivo, que inspiraba las anteriores concepciones constitucionales y legales de esta entidad.

La ejecución de la política criminal

Tal vez invirtiendo el orden lógico, se plantea ahora concretamente el aspecto esencial de todo este asunto, aunque ya se han hecho alusiones tangenciales al respecto. En efecto, no se trata de consagrar o defender la disponibilidad de la pretensión o la discrecionalidad de la Fiscalía por puro capricho o por un culto irrestricto al concepto abstracto del principio acusatorio, como podría parecer inicialmente. Lo primero no responde a razones concretas ni atendibles de carácter jurídico o político y lo segundo, además de ser una tentación facilista del dogmatismo, es un sofisma alrededor del cual se pueden hacer predicamentos en diferentes sentidos, pues dependiendo del doctrinante citado o del criterio adoptado en relación con las características de dicho principio, es posible construir casi cualquier argumento, como lo ha demostrado la Corte Constitucional¹³. El aspecto que realmente fundamenta la disponibilidad y la discrecionalidad y que hace encajar estas piezas en el sistema constitucional de persecución penal colombiano es el reconocimiento de que la función esencial de la Fiscalía General de la Nación es la ejecución de la política criminal del Estado.

Bajo la concepción inquisitiva, la enunciación y el estudio de la función de la Fiscalía correspondían a una visión limitada, de carácter meramente procesal. La expresión “investigar y acusar” tenía un protagonismo exagerado que escondía la grandeza e importancia de la función de esta entidad. Sin embargo, con ocasión de la reforma constitucional de 2002, las referencias a la política criminal incrementaron y la normatividad constitucional y legal comenzó a reconocer e implementar mecanismos adecuados para que la Fiscalía ejecute esta estrategia de control y prevención de la criminalidad.

13 Particularmente, acá se hace referencia a la increíble sentencia C-209 de 2007 en la cual la Corte Constitucional acercó positivamente el ordenamiento procesal penal a la existencia de un mecanismo efectivo de defensa judicial para las víctimas, consagrando múltiples facultades para su intervención procesal, pero contradictoriamente limitó su participación en la audiencia de juicio oral para la práctica y la contradicción de las pruebas, alegando como razón suficiente la supuesta vigencia constitucional de un “carácter adversarial” de dicha audiencia, según el cual supuestamente sólo puede haber dos sujetos enfrentados en ella. Se hace evidente que se utilizó el concepto de principio acusatorio o adversarial de manera reforzada y acomodada para justificar una decisión injustificable, contrariando los precedentes plasmados en la sentencia C-454 de 2006 y en la misma C-209 de 2007. Corte Constitucional. Sala Plena. MP Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Marzo 21 de 2007. Sentencia C-209 de 2007.

Hasta ese momento, las discusiones de política criminal correspondían exclusivamente al momento legislativo, durante los trámites y/o aprobaciones de reformas a los textos de los códigos como el penal, de procedimiento penal o penitenciario, o en la consagración de nuevos tipos penales. Una vez expedida la ley, a la Fiscalía le correspondía exclusivamente el cumplimiento procesal y casi irreflexivo, en términos políticos, de lo dispuesto por las leyes. Obviamente, la Fiscalía llevaba y sigue llevando a cabo reflexiones o análisis de carácter jurídico, tales como selección e interpretación normativa, valoración probatoria o ponderación de principios jurídicos, pero el examen de variables políticas, económicas o de conveniencia pública no se hacía presente en la toma de sus decisiones. Por lo menos no de manera evidente, diáfana, transparente y autorizada, hasta ahora que existen el principio de oportunidad y los preacuerdos, cuya naturaleza política y discrecional es inocultable. El esquema anterior no era adecuado dado que, como dice DÍEZ-PICAZO,

“al igual que cualquier otra política pública, la política criminal implica opciones; y éstas no corresponden tan solo al momento legislativo, sino inevitablemente también al de aplicación de la ley. La política criminal debe incidir sobre una realidad compleja, de modo que no cabe razonablemente esperar del legislador mucho más que un diseño de las principales prioridades y directrices de la actuación”¹⁴.

En consecuencia, si se le atribuye a la Fiscalía General de la Nación la función de ejecutar la política criminal, debe dotársele igualmente de instrumentos y mecanismos que le permitan graduar la aplicación de lo dispuesto en la ley para acercarse al cumplimiento las finalidades que la política criminal le traza. Así las cosas, la función de la Fiscalía no es únicamente iniciar procesos penales, ni obtener condenas, sino procurar la reducción de la impunidad, la prevención de la criminalidad, la atención integral a las víctimas, la descongestión de la jurisdicción penal para poder disponer de ella oportunamente, la generación de condiciones de convivencia pacífica, la exclusión de la violencia y del delito como mecanismo de solución de los conflictos y de ascenso social, etc.

Si para lograr las anteriores finalidades, a la Fiscalía General de la Nación se le otorgara como único mecanismo el proceso penal y se le impidiera disponer de éste para potencializar o efectivizar mecanismos paralelos o alternativos de prevención de la criminalidad o de otras finalidades de política criminal, se le estaría asignando una enorme responsabilidad sin proporcionarle los medios adecuados para soportarla. En consecuencia, la disponibilidad de la pretensión y la discrecionalidad en el ejercicio

14 DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA. *El poder de acusar*. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo. Ariel Derecho. Barcelona, 2000, p. 27.

de sus funciones, no son otra cosa que mecanismos ajustados a la función de ejecutar la política criminal.

Limitaciones al poder de disposición

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco debe olvidarse que la pretensión penal es un asunto de interés público y que como tal, el ejercicio de su poder de disposición por la Fiscalía General de la Nación, aunque sea discrecional, debe estar debidamente limitado y controlado tanto interna como externamente, para que no devenga en una potestad abusiva y arbitraria por quienes la detentan. Al respecto, deben resaltarse varios aciertos de la legislación colombiana, desde la propia Constitución, sin perjuicio de algunos excesos y algunos defectos, que han conducido a la pérdida de efectividad de los mecanismos o a la misma ausencia de control.

En relación con los límites y el control, debe tenerse en cuenta que existen diversas clases, las cuales procuran el ejercicio razonable y proporcionado de las diferentes funciones públicas. Dentro de estos sistemas de control al cumplimiento de los límites trazados, una primera clasificación puede ser la de controles institucionalizados y no institucionalizados. Los principales controles institucionalizados son el político y el jurídico y los no institucionalizados son los controles sociales o populares, como los que adelantan los grupos de presión, las ONG y los medios de comunicación. A continuación, nos referiremos solamente a los controles institucionalizados a la actividad de disposición de la pretensión penal, que son los que constan en normas jurídicas y están atribuidos a entidades públicas¹⁵.

En materia de principio de oportunidad, por ejemplo, la propia Constitución en su artículo 250 consagra la existencia de un control jurídico de legalidad, llevado a cabo por parte del juez de control de garantías, el cual fue implementado legalmente como posterior y automático. Del mismo modo, constitucionalmente se entiende la taxatividad de las causales de aplicación del principio de oportunidad, precisamente para que el control jurídico pueda ser más objetivo y menos complicado. La ley por su parte, además de establecer unas complejas causales que han limitado las posibilidades reales del principio de oportunidad, reguló aspectos concretos de competencia y la improcedencia para ciertos delitos, entre otras restricciones. Por último, se han establecido requisitos y mecanismos de participación relativos a la atención a los intereses de las víctimas, quienes naturalmente están interesadas en este tipo de decisiones pues afectan, positiva o negativamente, la efectividad de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

15 Cfr. ARAGÓN REYES, MANUEL. *Constitución y control del poder*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999. Se hace un análisis muy interesante de las diferencias y alcances de las diferentes clases de control, particularmente el político y el jurídico.

En materia de preacuerdos, también hay un control jurídico, en esta oportunidad a cargo del juez de conocimiento, quien debe verificar la voluntariedad del preacuerdo por el sujeto pasivo y el respeto de las garantías constitucionales fundamentales de los diferentes interesados, particularmente de las víctimas, en el sentido ya mencionado. Igualmente, el juez de conocimiento, en ejercicio del control jurídico a los preacuerdos, deberá verificar la legalidad del acuerdo en materia de respeto a los tiempos y límites máximos establecidos para las rebajas otorgadas, el reintegro patrimonial requerido y el mínimo de prueba exigido, principalmente¹⁶.

Sin embargo, ni la Constitución ni la ley consagraron mecanismos específicos de control político al responsable de la actividad de disposición de la pretensión penal. Siendo esta actividad esencialmente una concreción de intereses de política criminal en la actividad de persecución penal, se extraña un mecanismo institucional y regulado de rendición de cuentas y de expectativas negativas en cabeza del responsable político por el manejo de este asunto, el Fiscal General de la Nación. Tal vez, en la medida en que evolucione la comprensión de la calidad política y discrecional de los actos de disposición de la pretensión punitiva, el sistema se irá acercando a algún mecanismo o procedimiento de control político a la cabeza del órgano de persecución penal¹⁷.

II. LAS CONTRADICCIONES EN MATERIA DE DISPONIBILIDAD DISCRECIONAL DE LA PRETENSIÓN

Hasta ahora, se han expuesto las principales manifestaciones de carácter doctrinal y jurisprudencial sobre el reconocimiento a las posibilidades de disposición de la pretensión punitiva en el sistema de persecución penal colombiano. Sin embargo, como se advirtió al inicio, existen posiciones de toda estirpe que se oponen a dicho reconocimiento y presentan una concepción diferente del principio de oportunidad y de los preacuerdos.

Como ejemplo palpable, se encuentra la jurisprudencia de la Corte Constitucional la cual, como ya se dijo, ha reconocido la disponibilidad discrecional de la pretensión penal por la Fiscalía General de la Nación, pero también, en las mismas y en otras

16 La ley no ha clarificado suficientemente los límites y posibilidades de la Fiscalía General de la Nación en la celebración de preacuerdos, por lo cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina han tenido que inferir límites y autorizaciones. Cfr. MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. La eficacia de los preacuerdos en el Derecho Procesal Penal colombiano. En XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Medellín, 2008.

17 Cfr. MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. ¿Quién controla a la Fiscalía General de la Nación? en *Estudios penales*, Homenaje al maestro BERNARDO GAITÁN MAHECHA. Legis Editores S.A. Bogotá, 2005.

sentencias, se ha apartado de esta consideración y ha planteado reservas al respecto. Sin embargo, la doctrina también aporta variadas opiniones que controvierten o reafirman lo establecido en el anterior aparte. A continuación, se presentan algunas de estas contraposiciones interpretativas y se propone una solución ajustada a la posición sostenida previamente.

En relación con la disponibilidad de la pretensión

La jurisprudencia de la Corte Constitucional denota cierto recelo o temor en relación con la disponibilidad de la pretensión vía preacuerdos, pues en la misma sentencia en que afirmó que los preacuerdos implican la disposición de varios elementos de la pretensión penal, afirmó que éstos,

“No incorporan el ejercicio de un poder dispositivo sobre la acción penal, sino la búsqueda, a través del consenso, de alternativas que permitan anticipar o abreviar el ejercicio de la acción penal”¹⁸.

Para explicar esta afirmación, la Corte abrió una cita en la cual resaltó el hecho de que la renuncia a la pretensión penal es una manifestación del principio de oportunidad y no de los preacuerdos. En este contexto, se plantean dos posibles explicaciones a las afirmaciones de la Corte Constitucional: una según la cual los preacuerdos no son manifestación de la disposición de la pretensión penal, mientras que el principio de oportunidad sí; y otra según la cual la Corte lo que está afirmando es que en los preacuerdos no hay una disposición total de la pretensión penal como en el principio de oportunidad, en el entendido que no se presenta una renuncia a la persecución sino una negociación de algunos elementos de la misma.

De cualquier manera, aunque la comprensión correcta sea la segunda, no debe haber duda ni temor al afirmar que la negociación que precede a los preacuerdos se fundamenta precisamente en que la Fiscalía está facultada para disponer de algunos elementos de la pretensión penal, cumpliendo ciertas limitaciones y restricciones de orden constitucional y legal, dispuestos por los mecanismos democráticos pertinentes.

Por otra parte, si bien es más excepcional esta contradicción jurisprudencial por tratarse de un asunto mucho más claro, la Corte Constitucional también ha llegado a afirmar que el principio de oportunidad no supone la disponibilidad de la pretensión penal por parte de la Fiscalía General de la Nación. La cita exacta es la siguiente:

18 Corte Constitucional. Sala Plena. MP DR. JAIME CORDOBA TRIVIÑO. Julio 11 de 2007. Sentencia C-516 de 2007.

“En el sistema colombiano no existen ámbitos de disposición de la acción penal generados por el principio de oportunidad”¹⁹.

En esta misma sentencia, y en otras más como las citadas al inicio de este artículo, la Corte manifiesta y reconoce lo contrario. Sin embargo, la existencia de pasajes como el citado se explica simplemente por la falta de claridad y de confianza para reconocer que el nuevo esquema constitucional permite renunciar total o parcialmente a la pretensión penal.

En relación con la discrecionalidad

En todo caso, más allá de las dificultades que genera la existencia de estas contradicciones sobre la posibilidad o no de disponer de la pretensión penal en ejercicio de los preacuerdos o el principio de oportunidad, la Corte ha sido más errática aún y la doctrina más variada en el reconocimiento de la calidad discrecional y política de estas actividades o funciones de la Fiscalía General de la Nación²⁰. La siguiente cita de la jurisprudencia constitucional es un ejemplo claro de lo anterior:

“el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo [el principio de oportunidad] sino que tiene que acudir ante el juez de control de garantías e invocar alguna de las causales expresamente señaladas en la ley”²¹.

Si bien ha de reconocerse que el concepto de discrecionalidad es ambiguo y errático en sí mismo, en virtud de las múltiples y variadas expresiones en la jurisprudencia y la doctrina, y que los contextos en que se utiliza esta idea tienden a modificar su comprensión, no es menos cierto que la Corte Constitucional debe ser lo más precisa posible en la utilización de las palabras para que no se presenten dificultades en el entendimiento de sus sentencias y en la construcción de sus líneas jurisprudenciales. La utilización indistinta de diferentes acepciones del concepto que hace la Corte, conduce a que sea prácticamente imposible definir si en su opinión la discrecionalidad opera o no en el ejercicio del principio de oportunidad, aunque parece claro que sí se acepta para los preacuerdos, particularmente a partir de la citada sentencia C-516 de 2007.

Para asumir una concepción clara de discrecionalidad, deben diferenciarse varias manifestaciones de la función pública: las actividades totalmente regladas, las

19 Corte Constitucional. Sala Plena. MP Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Septiembre 26 de 2005. Sentencia C-979 de 2005.

20 Cfr. MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. Efectividad y comprensión del principio de oportunidad en Colombia. En XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena, 2006.

21 Corte Constitucional. Sala Plena. MP Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Junio 30 de 2005. Sentencia C-673 de 2005.

actividades discrecionales y los actos arbitrarios. Las primeras son aquellas cuya definición en cuanto a supuestos normativos y consecuencias está ceñida rígidamente a disposiciones legales totalmente determinadas o determinables en el momento de aplicación de la norma, lo que hace que la decisión justa o ajustada a derecho sea previsible y las demás resulten inadmisibles por el sistema jurídico²². Las segundas, las discrecionales, implican un proceso de producción de la decisión con un controlado margen de libertad racional y normativo encaminado al cumplimiento de los fines del Estado, bajo criterios políticos y económicos atendibles racionalmente. Los terceros son los que obedecen a un el ejercicio irracional e ilegal del poder, con la propia voluntad del funcionario como único condicionante de los límites de la actuación. Obviamente, sólo los dos primeros niveles están protegidos o aceptados en el Estado Social de Derecho. La conducta arbitraria, como consecuencia de un poder sin límites ni controles, está por fuera del contexto normativo y esencial de este modelo de Estado.

Esta diferenciación ha sido reconocida y manejada adecuadamente por la Corte Constitucional cuando afirma que:

*“En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma; en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición”*²³.

Y cuando afirma que:

*“Es pues necesario distinguir la arbitrariedad y la discrecionalidad. Lo discrecional, para ser legítimo, se halla o debe hallarse cubierto de motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables y evaluables en todo caso, mientras que lo arbitrario no tiene motivación respetable, sino que es simplemente fruto de la mera voluntad o del puro capricho de los administradores, la conocida sit pro ratione volentes”*²⁴.

22 La utilización de conceptos jurídicos indeterminados no es manifestación de la discrecionalidad sino de funciones totalmente regladas, pues implican una única decisión justa o jurídicamente aceptable en el caso concreto. Así lo explica GARCÍA DE ENTERRÍA, cuando afirma que los conceptos legales indeterminados son “*conceptos con los que las Leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o de actuación perfectamente identificables aunque lo hagan en términos indeterminados que luego tendrán que concretarse en el momento de la aplicación. La indeterminación lógica del enunciado no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación, que permita cualquier interpretación y la contraria, o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier solución. Por el contrario, resulta manifiesto que la utilización que la ley hace de estos conceptos apunta inequívocamente a una realidad concreta, perfectamente identificada como determinable*”. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Democracia, jueces y control de la administración*. Quinta edición. Editorial Civitas. Madrid, 2000, p. 243.

23 Corte Constitucional. Sala de Revisión. MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Octubre 23 de 1998. Sentencia T-576 de 1998.

24 Corte Constitucional. Sala Plena. MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Enero 27 de 1994. Sentencia C-024 de 1994.

Así las cosas, el principio de oportunidad y los preacuerdos, como mecanismos de disposición de la pretensión penal, cuentan con motivaciones, límites y controles adecuados, lo cual los aleja de la arbitrariedad. Sin embargo, tampoco responden a las características de las actividades totalmente regladas, porque en cada caso concreto hay pluralidad de opciones jurídicamente viables para la Fiscalía. Es decir, no hay “unidad de solución justa”, sino varias opciones igualmente justas o viables desde el punto de vista jurídico, cuya selección viene a ser completada por juicios de conveniencia, beneficio, eficacia o efectividad, orientados por los intereses y finalidades de política criminal del Estado. Dicho de otra manera, en cada caso concreto en que la ley permita aplicar el principio de oportunidad o celebrar preacuerdos, para la ciencia jurídica es indiferente que se formule la pretensión plenamente, que se concedan beneficios en el marco de una negociación o que se desista de la persecución, según el caso, siempre y cuando se respeten las formalidades procesales y las garantías fundamentales de los interesados. En esa indiferencia radica la calidad discrecional de la potestad de disposición de la pretensión penal.

Así se explica en la siguiente cita:

“Es principalmente para BOHNERT para quien la característica esencial del principio de oportunidad está en la falta total de vinculación jurídica del aplicador del derecho. Este principio debe tener validez independientemente de los reparos que pueden hacerse frente al derecho constitucional, pues cualquier limitación en la aplicación y desarrollo de la oportunidad no corresponderá con su función; criterios que juegan en este punto un papel destacado, como por ejemplo el interés público, y que deciden acerca de la persecución o no del delito, no deben ser objeto de concreción dogmática. Cuando la oportunidad tenga estructuras vinculantes ya no será el principio que encarna”²⁵.

Y esta ausencia de vinculación jurídica en la decisión final no corresponde a la arbitrariedad, pues en la discrecionalidad política los límites y los controles jurídicos llegan a lo sumo a una evaluación de razonabilidad y proporcionalidad, sin poder cuestionar el fondo del asunto²⁶. Incluso, algunos afirman que el principio de igualdad no afecta de la misma forma el control a las funciones discrecionales²⁷.

25 Citado por PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Los principios de legalidad y oportunidad*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005, p. 45

26 “*Todo acto que pueda tener alguna justificación razonable, por mínima que sea, no podrá calificarse de arbitrario, aunque puedan existir soluciones que puedan parecer más lógicas o más atendibles o preferibles por su racionalidad*”. SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Editorial Tecnos, p. 139.

27 Una posición fuerte al respecto afirma que “*el principio de oportunidad implica en principio y por definición, una excepción al principio de igualdad. El reconocimiento de discreción al fiscal implica que el juez no puede, salvo el evento contenido en el artículo 329, obligar al fiscal a aplicar el principio de oportunidad en otros casos en los que él considere que se dan los mismos presupuestos*

Es más, la propia Corte Constitucional ha reconocido que en las funciones discrecionales los controladores jurídicos deben respetar el juicio de conveniencia realizado por la autoridad a la cual se ha conferido la respectiva facultad²⁸. Lo contrario realmente implicaría la ineficacia de la asignación de funciones discrecionales y la usurpación de las mismas por el controlador jurídico, normalmente un juez, a quien la ley y la Constitución no han otorgado la posibilidad de evaluar desde el punto de vista político y económico la situación sobre la cual se debe decidir.

Este panorama de indefinición jurídica previa o de imprevisibilidad de la decisión respectiva, ciertamente resulta difícil de aceptar para quienes no consienten o no confían en que la Fiscalía General de la Nación pueda contar con opciones para el manejo de la política criminal, como la disponibilidad de la pretensión. Por eso, en la doctrina se esbozan críticas que abogan porque el principio de oportunidad no sea considerado como una facultad discrecional²⁹.

En otros sectores, se afirma que la regulación de que la Ley 906 dio al principio de oportunidad y la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados en las causales, genera que no se pueda predicar discrecionalidad para acusar en Colombia, lo cual les parece favorable por permitir la vigencia real del principio de seguridad jurídica³⁰.

para declarar la extinción de la acción penal”. BAZZANI MONTOYA, DARIO. La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad, en *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2004, p. 250. Una posición más moderada puede encontrarse en MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. *La discrecionalidad para acusar*. Ob. cit., pp. 170-180.

- 28 “a juicio de esta Corporación, la posibilidad de anular un acto administrativo, de declararlo sin valor ni efectos jurídicos, de suspenderlo provisionalmente o de inaplicarlo de forma temporal, en razón a la procedencia de cualquiera de los citados instrumentos de control judicial al acto discrecional, corresponde a una consecuencia jurídica de naturaleza eminentemente excepcional, pues en el fondo el principio de separación de poderes implica la obligación correlativa del juez de conocimiento de obrar con suma diligencia y cuidado, en aras de preservar el poder discrecional como necesidad institucional, para el buen funcionamiento de la Administración Pública”. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. MP RODRIGO ESCOBAR GIL. Sentencia T-982 de 2004. Octubre 8 de 2004.
- 29 Como ejemplo de lo anterior se propone lo siguiente: “El principio de oportunidad en su regulación ya es lo suficientemente amplio en la tipificación de las causales como para dar una mayor amplitud al darle la facultad al fiscal de aplicarlo o no, más teniendo en cuenta que no se regula la posibilidad para el imputado de solicitar la renuncia a la persecución penal por concurrir alguna de las causales”. RODRÍGUEZ PEÑA, MARÍA VICTORIA. El principio de oportunidad y su introducción al Ordenamiento Penal colombiano. Academia Colombiana de la Abogacía. Bogotá, 2004, p. 102.
- 30 En este sentido HENAO CARDONA, LUIS FELIPE. Los principios del proceso penal en el proyecto de Nuevo Código Procesal Penal colombiano, en *Sistema Penal Acusatorio*. Universidad del Rosario y Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá, 2005, p. 53 y ss. También parece desprenderse una comprensión similar de URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. El principio de oportunidad, en *Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003, p. 93.

Algunos han interpretado —tal vez justificadamente, ante la errática y compleja configuración de las causales de principio de oportunidad en el Código de Procedimiento Penal colombiano— que la Fiscalía simplemente debe valorar la situación fáctica y determinar si se enmarca en la causal, interpretando adecuadamente los diferentes conceptos jurídicos que la conforman, para dar aplicación directa y necesaria al principio de oportunidad³¹. Claramente, de ser así, el principio de oportunidad no sería un instrumento de discrecionalidad política sino a lo sumo técnica, mediando la existencia de conceptos jurídicos indeterminados. Es decir, según esta visión, la decisión de aplicar en un caso concreto el principio de oportunidad es del legislador y no de la Fiscalía, por lo cual es un mecanismo de política criminal de primer nivel y no de segundo nivel³².

Para otro sector más acertado, sí hay discrecionalidad, pero en algunos casos está precedida de la depuración de conceptos jurídicos indeterminados³³.

Claro está que la Corte Constitucional también ha incurrido en contradicciones al respecto, confundiendo en algunos casos la existencia de conceptos jurídicos indeterminados con facultades discrecionales:

*“la discrecionalidad hace referencia a atribuciones en las cuales la ley deja a criterio de la administración la evaluación de ciertos asuntos, acudiendo para ello a fórmulas elásticas o a conceptos indeterminados”*³⁴.

Sin embargo, dentro de esta multiplicidad de opiniones, debe haber claridad en el aserto ya manifestado de que los conceptos jurídicos indeterminados no son expresión de discrecionalidad política sino, a lo sumo, de discrecionalidad técnica jurídica, cuya existencia es cuestionable.

En efecto, la discrecionalidad jurídica eventualmente sería predicable de los jueces, pero no de los órganos de la administración. Esto debido a que la aplicación del derecho a los casos concretos se hace en un marco de incertidumbre y de variedad de opiniones jurídicas sobre la solución, a la cual se llega mediante procesos

31 Así GARCÍA VALENCIA, JESÚS IGNACIO, Conferencias sobre el proceso penal acusatorio. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005, p. 94.

32 BAZZANI en cambio opina que si “*el fiscal tiene que abstenerse de iniciar la acción penal en todos los casos que se acomodan a los supuestos de la causal legal, caso en el cual deja de ser entonces oportunidad, puesto que no existe ningún tipo de discrecionalidad*”. BAZZANI MONTOYA, DARÍO. *Ob. cit.*, p. 240.

33 En este sentido FORERO RAMÍREZ, JUAN CARLOS. *Aproximación al estudio del principio de oportunidad*. Universidad del Rosario y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2006, p. 68.

34 Corte Constitucional. Sala Plena. MP Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Noviembre 11 de 2003. Sentencia C-1062 de 2003.

argumentativos de selección e interpretación normativa, valoración probatoria y ponderación de principios jurídicos. Sin embargo, siempre se llega a una opinión definitiva la cual es reservada a los jueces, siguiendo el concepto de cosa juzgada, que otorga a dicha opinión judicial, consagrada en una providencia ejecutoriada, el carácter de definitiva, inimpugnable e inmodificable. Así las cosas, si finalmente la opinión de la administración, que no hace tránsito a cosa juzgada, puede ser modificada por la decisión del juez controlador, eso implica que la administración nunca tuvo pluralidad de opciones políticas, sino que había unidad de solución justa y ello no obedece a las características de las funciones discrecionales sino de las totalmente regladas.

Al respecto y en relación con la disponibilidad de la pretensión penal por la Fiscalía General de la Nación, debe reconocerse que la Corte Constitucional opinó en alguna sentencia, que la discrecionalidad inherente a esta función es de carácter técnico jurídico, similar a la de los jueces. La siguiente cita, referida al espacio de discrecionalidad del Fiscal en el principio de oportunidad, en nuestro concepto demuestra la concepción anotada:

“Ahora bien, aun cuando la norma legal sea clara y precisa en grado sumo, la infinita posibilidad de circunstancias que rodean las conductas humanas regulables resulta imposible de prever en fórmulas legales generales, impersonales y abstractas. Dicho de otro modo, la necesaria generalidad y abstracción de la ley, incluso cuando ella es clara y precisa en la descripción de las circunstancias en que es llamada a operar, exige lógicamente reconocer cierto grado de discrecionalidad al operador jurídico llamado a aplicarla”³⁵.

La Corte efectivamente reconoció que la función es discrecional, pero en aspectos técnicos jurídicos como la valoración de la situación de hecho a la luz de las circunstancias jurídicamente relevantes, que no es la estirpe de discrecionalidad que corresponde a lo expresado en este escrito.

Lo que ocurre es que la Corte ha abordado el tema de la discrecionalidad en materia de principio de oportunidad desde una perspectiva concreta que limita los alcances de sus pronunciamientos. La Corte ha evaluado en varias sentencias si el concepto de discrecionalidad riñe con la excepcionalidad o con la posibilidad de reglamentación de la facultad respectiva. Si bien la Corte Constitucional no ha sido consistente al respecto, debe afirmarse que una facultad discrecional, como el principio de oportunidad, puede ser excepcional y reglada, sin perder su naturaleza discrecional.

35 Corte Constitucional. Sala Plena. MP DR. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Febrero 14 de 2007. Sentencia C-095 de 2007.

Particularmente, la sentencia C-673 de 2005 no fue suficientemente clara ni asertiva en relación con el carácter excepcional que la Constitución Política le asigna al principio de oportunidad y las consecuencias de esta asignación frente a la indefinición inherente a las facultades discrecionales. La excepcionalidad de una facultad discrecional como el principio de oportunidad no implica certeza de los casos en los cuales la Fiscalía *va a aplicarlo*, sino certeza de los casos en los cuales *puede aplicarlo*. La excepcionalidad implica causales taxativas de aplicación, pero nada obsta para que en uno de esos casos diseñados por el legislador, la Fiscalía opte por continuar con la persecución en ejercicio de su potestad discrecional.

Por otra parte, pero igualmente relacionado con la misma desafortunada sentencia, la exigencia constitucional de que el principio de oportunidad sea reglado, no se opone a la discrecionalidad en su utilización. Así lo reconoció posteriormente la Corte cuando afirmó con acierto que:

*“la discrecionalidad no se opone a que la ley establezca limitaciones de naturaleza objetiva, es decir independientes de la valoración personal o subjetiva, de la apreciación o del juicio del funcionario llamado a ejercer la competencia”*³⁶.

Y no podía ser de otra forma, pues es claro que:

*“en el Estado Social de Derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución”*³⁷ y que *“el Estado de Derecho se caracteriza por no poder existir en él ninguna autoridad que esté exenta del control que se deriva de la obligatoria observancia y el imperativo cumplimiento de la Constitución y la ley”*³⁸.

Como se dijo, la existencia de límites objetivos y controles establecidos en la ley es inherente a la discrecionalidad, pues de lo contrario degeneraría en una actuación arbitraria.

Como se observa, hay múltiples contradicciones jurisprudenciales y contraposiciones doctrinales sobre el tema propuesto en este artículo. Sin embargo, existe una línea argumentativa clara y sustentada que permite responder a las dudas y salvar las objeciones jurídicas ofrecidas por los contradictores y los escépticos.

36 Corte Constitucional. Sala Plena. MP Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Febrero 14 de 2007. Sentencia C-095 de 2007.

37 CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Mayo 29 de 1992. Sentencia C-221 de 1992.

38 Corte Constitucional. Sala de Revisión. MP Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Marzo 11 de 2005. Sentencia T-233 de 2005.

La certeza de que la función de la Fiscalía General de la Nación supera la enunciación tradicional de “investigar y acusar” y supone la ejecución de la política criminal del Estado, es el primer paso para comprender que esta entidad necesita flexibilidad y alternativas para obtener o acercarse al cumplimiento de las finalidades respectivas. La disponibilidad de la pretensión, como posibilidad de desistir o negociar la persecución penal, es un instrumento útil para la Fiscalía pues amplía su espectro de alternativas y está expresamente autorizado por la Constitución. Además, la toma de decisiones en este marco, requiere de discrecionalidad política, con la debida reglamentación de límites y controles, como la propia Constitución y la ley lo disponen.

En conclusión, si bien hay apartes jurisprudenciales y manifestaciones doctrinales en contrario, según lo expresado en este escrito, debe consolidarse sin duda y sin temor la opinión —y ojalá la línea jurisprudencial— de que los preacuerdos y el principio de oportunidad son manifestaciones del poder de disposición de la pretensión penal que se atribuyó a la Fiscalía General de la Nación y que su utilización es discrecional por parte de esta entidad, con arreglo a las finalidades de política criminal y sin perjuicio de la reglamentación clara y concreta sobre límites y controles, propios de cualquier poder asignado a las autoridades públicas en los estados constitucionales democráticos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, MANUEL, *Constitución y control del poder*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.
- ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN, *Ilícitos atípicos*. Editorial Trotta. Madrid, 2000.
- ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN, *Las piezas del derecho*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996.
- BARONA VILAR, SILVIA, *La conformidad en el proceso penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994.
- BAZZANI MONTOYA, DARIÓ, La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad, en *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, 2004.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO, *El proceso penal*. Quinta edición, tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Ariel Derecho. Barcelona, 2000.
- ESPITIA GARZÓN, FABIO, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Quinta edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005.
- FORERO RAMÍREZ, JUAN CARLOS, *Aproximación al estudio del principio de oportunidad*. Universidad del Rosario y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2006.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la administración*. Quinta edición. Editorial Civitas. Madrid, 2000.
- GARCÍA VALENCIA, JESÚS IGNACIO, *Conferencias sobre el proceso penal acusatorio*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005.
- GARZÓN MARÍN, ALEJANDRO y LONDOÑO AYALA, CÉSAR AUGUSTO, *Principio de oportunidad*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2006.
- GARZÓN MARÍN, ALEJANDRO; LONDOÑO AYALA, CÉSAR AUGUSTO; MARTÍNEZ M., GLORIA CRISTINA, *Negociaciones y preacuerdos*. Volúmenes I y II. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2007.
- GÓMEZ VELÁSQUEZ, GUSTAVO, Aproximación al tema de los preacuerdos y negociaciones en el Código de Procedimiento Penal, en *Sistema acusatorio, reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma*. Fiscalía General de la Nación. Bogotá, 2005.
- GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE, “El sistema acusatorio”, en *Garantismo, eficiencia y Reforma procesal penal en Colombia*. Corporación Excelencia en la Justicia. Bogotá, 1999.
- GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN. *Fundamentos teórico constitucionales del Nuevo proceso penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2005.
- GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN. *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1998.
- HENAO CARDONA, LUIS FELIPE. “Los principios del proceso penal en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal colombiano”, en *Sistema Penal Acusatorio*. Universidad del Rosario y Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá, 2005.
- MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO, *La discrecionalidad para acusar*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003.
- PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO, *Los principios de legalidad y oportunidad*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005.
- RODRÍGUEZ PEÑA, MARÍA VICTORIA, *El principio de oportunidad y su introducción al Ordenamiento Penal colombiano*. Academia Colombiana de la Abogacía. Bogotá, 2004.
- SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Editorial Tecnos.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, RAÚL EDUARDO. “Negociación y preacuerdos”, en *Sistema Penal Acusatorio*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2005.
- SINTURA VARELA, FRANCISCO. “Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado”, en *Sistema Penal Acusatorio*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2005.
- URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. “El principio de oportunidad”, en *Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo Sistema Procesal Penal colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

