

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Plena

SENTENCIA C-387 DE 2014

Referencia: expediente D-9997.

Demanda de inconstitucionalidad contra los literales b) y d) del artículo 326 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 4° de la Ley 1312 de 2009.

Asunto: condiciones que debe observar el imputado o acusado durante el periodo de prueba para la aplicación del principio de oportunidad. Participación en programas especiales de tratamiento para superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas y sometimiento a tratamiento médico o psicológico.

Actores: Rhonald Saavedra Martínez y Ciro Alfonso Castellanos Páez.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil catorce (2014).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto ley 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad los ciudadanos Rhonald Saavedra Martínez y Ciro Alfonso Castellanos Páez solicitan a la Corte Constitucional que

declare la inexecutable de los literales b) y d) del artículo 326 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 4º de la Ley 1312 de 2009.

II. TEXTO DE LA NORMA PARCIALMENTE ACUSADA

A continuación, se resalta los apartes demandados:

*“LEY 906 DE 2004¹
(agosto 31)*

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 326. Modificado por el artículo 4º de la Ley 1312 de 2009. Condiciones a cumplir durante el periodo de prueba. El Fiscal fijará el periodo de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberán cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento, entre las siguientes:

a) Residir en un lugar determinado e informar al Fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.

b) Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.

c) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.

d) Someterse a un tratamiento médico o psicológico.

e) No poseer o portar armas de fuego.

f) No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.

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

h) La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.

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

j) La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.

k) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

¹ Diario Oficial No. 45.685 de 1 de septiembre de 2004.

l) La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.

m) La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o, aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el parágrafo 2º del artículo 324.

Parágrafo. Durante el periodo de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad. Vencido el periodo de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal solicitará el archivo definitivo de la actuación de acuerdo a lo reglamentado en el artículo siguiente."

III. LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Afirman los accionantes que el Estado no puede interferir en las decisiones que cada persona elija para su propia vida. Cada sujeto tiene un proyecto en su diario vivir que se desarrolla por medio de elecciones voluntarias y conscientes, que a la vez deben respetar la autonomía de los demás. Consideran que si un Estado no admite elegir o al permitirlo a la vez castiga, existe coacción negando con ello el principio de autonomía individual. De esta manera, estiman que los apartes acusados desconocen el principio de dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1º y 16 superiores).

Para sustentar estas aseveraciones los demandantes dividen su acusación en tres partes. En la primera, informan que solo se puede castigar las conductas que desconozcan los bienes jurídicos que previamente haya protegido el legislador, por lo que no resulta aplicable el derecho penal de autor (sí del acto) al involucrar senderos peligrosos de las viejas escuelas positivistas y del conductismo social, que dejan de lado la calidad de ser humano que se tiene por el simple hecho de existir, para terminar siendo sometido a tratamientos de condicionamiento mental y cosificación del individuo².

Advierten que no se puede obligar al imputado a someterse a ningún tipo de tratamiento por interferir el fuero interno: *"nadie ni el Estado mismo pueden obligar a alguien a escoger el estado de salud en el cual quiere encontrarse, ni mucho*

² Bajo lo que denominan "la orientación filosófica del ser y el querer ser como principio de autonomía individual", citan a Soren Kierkegaard (existencialismo) quien pregonó la libertad que posee todo ser humano mediante el cúmulo de elecciones que finalmente el sujeto cognoscente debe elegir. También mencionan a Jean Paul Sartre que buscó desenmascarar todo tipo de régimen que negara la libertad individual, además de referir que el individuo en el mundo es un ser para sí (propia elección) y un ser para otro (respeto por los demás).

menos someterlo como experimento biológico social, para que moldee y adapte su personalidad a una sociedad que lo encuentra abruptamente desarraigado, en términos criminológicos de la escuela clásica de la defensa social, como un desviado social, repercutiendo en el más desastroso positivismo etiológico."

En la segunda parte, que identifican como "el derecho penal como regla exclusión social", encuentran que *"someter a una persona a tratamientos médicos con el fin de que abandone el uso de sustancias alcohólicas o psicoactivas, es vulnerar su dignidad humana, en cuanto se pretende tratar al sujeto como aberración social por el simple hecho de consumir alguna de estas sustancias. Por otro lado, al obligarlo a tomar dichos tratamientos puede repercutir dentro de la esfera emocional de quien se somete, pues es expuesto a los miles de tratamientos y experimentos que quieran realizar sus médicos. Caso contrario sería en donde el mismo sujeto opte por este tipo de tratamiento sin condicionamiento alguno, más que el de su propia voluntad. [...] Nos acercamos [...] al positivismo correccionalista, [...] convirtiendo al ser humano en lo que el criminólogo y filósofo M. Foucault llamaría cuerpos dóciles."*³

Por último, traen a colación algunas decisiones de la Corte Constitucional (v. grat. C-221 de 1994), para colegir que aun cuando el imputado llegue a un acuerdo con el fiscal por medio del principio de oportunidad, no puede renunciar a sus derechos fundamentales por el solo hecho de existir, no pudiendo sujetársele a tratamiento alguno.

IV. INTERVENCIONES

1. **Congreso de la República.** Solicita la *exequibilidad* de la disposición parcialmente impugnada. Expone que la forma organizativa de Estado social de derecho busca asegurar un orden justo y garantizar condiciones de vida dignas. El legislador pretende con la norma acusada resocializar al imputado para que no vuelva a recaer en la misma conducta delictiva y de esta forma resguardar la vida en sociedad.

2. **Ministerio de Justicia y del Derecho.** Insta para que se declaren *constitucionales* los apartes demandados. Indica que el ser humano es sociable, lo

³ Aluden a la escuela de la defensa social en sus dos vertientes: i) la liberal clásica, que observa al individuo como un sujeto normal que no hizo buen uso de su libre albedrío y actuó de manera incorrecta por lo que la pena debe consolidarse como necesaria para beneficio de la sociedad; y ii) el positivismo, que toma al individuo en sus aspectos causalistas y antropológicos, para considerarlo como un ser desviado producto de circunstancias endógenas, necesario de corregir introduciendo en su vida valores sociales como la experimentación biológica y anatómica.

que permite delimitar la libertad individual al no poder invadir el derecho de los demás. Los principios de libertad y autonomía personal pueden ejercerse sin menoscabar a otros, por lo cual si un sujeto se convierte en potencial perjuicio para una comunidad, amerita la intervención administrativa o judicial. Recalca que el Estado somete a quien con sus acciones injustificadas se coloca en una situación *sub-júdice*.

Reseña que en el derecho penal existen diversas escuelas que buscan defender el orden social frente a la delincuencia. Anota que *"una persona que en forma voluntaria consume sustancias psicoactivas o alcohol, así estas le causen daños, esta en su derecho, pues cada cual elige lo que quiere, y es opcional que esa persona por su propia voluntad elija seguir en el vicio o someterse a un tratamiento médico o terapéutico. Pero si como consecuencia del consumo de las sustancias, causa problemas a los demás miembros de una familia, comunidad o sociedad en general, y estos piden la intervención del Estado, entonces el funcionario mirará si se ha infringido la ley penal, cuáles fueron las causas y, en consecuencia, ordenará un dictamen médico legal en el cual se determinará si esta persona debe ser intervenida."*

Observa que el imputado o acusado solicita o escoge si se somete a las condiciones establecidas para gozar de su libertad durante el periodo de prueba que le impone el fiscal, o si más bien es necesaria su reclusión. El fin del tratamiento es prevenir la reincidencia y promover un estilo de vida acorde con la sociedad. Resalta que en Colombia se aplica un derecho penal de acto y no de autor. En el Estado social de derecho no se concibe que al ciudadano se le juzgue por elegir una forma de vida, sino cuando su comportamiento transgrede los derechos de otras personas ingresando a la esfera delictual.

Explica que en la aplicación del principio de oportunidad el Estado inicialmente no obliga al imputado o acusado a tomar la decisión, por corresponder a éste hacer la solicitud de suspensión del procedimiento señalando las condiciones dispuestas a cumplir. Aceptada la suspensión será el fiscal quien determine el lapso de tiempo que durará el periodo de prueba, que no podrá exceder de tres años, y la condición o condiciones que deberá cumplir el procesado. La aceptación de suspensión y la determinación de la condición o condiciones se sujetan al control de legalidad por el juez de garantías, quien conforme a la sustentación las aceptará o rechazará.

Halla fundamentada las medidas previstas en los literales acusados, por ejemplo cuando se investiga o acusa por el delito de violencia intrafamiliar en circunstancias que evidencian que la causa fue el consumo de bebidas alcohólicas o que el

victimario tiene problemas psicológicos o psiquiátricos, en orden a las circunstancias que rodean cada caso en particular. No se está ante una pena ni una medida de aseguramiento, sino frente a medidas asociadas con la suspensión del proceso en aplicación del principio de oportunidad. La condición o condiciones establecidas solo se impondrán cuando fueren necesarias y no al arbitrio del fiscal, por lo que no se está obligando al imputado o acusado a internarse en un hospital.

3. Defensoría del Pueblo. Pide la *inexequibilidad* de los literales demandados, al estimar que exceden las posibilidades de regulación del comportamiento, en una sociedad democrática que tiene como punto de partida la dignidad humana y como su expresión la libertad.

Al describir el alcance de la potestad de configuración legislativa en materia penal, expone la necesidad de verificar si la intervención del Estado en la regulación de la conducta dentro de la sociedad, respeta los límites impuestos por los principios constitucionales. En la medida que se es auténtico, sostiene, se puede hacer uso de la autonomía de la voluntad. Explica que la autenticidad se desdobra en dos sentidos: uno, en la posibilidad de realizarse plenamente en la sociedad dependiendo de la forma, estilo de vida y noción de bien que se tenga y, otro, en una consideración sobre los límites, personales e institucionales, para regular el desarrollo de la libertad personal. Los límites personales refieren a la consideración del otro para determinar el ámbito de ejercicio de los derechos y los institucionales conciernen a las potestades de las autoridades para fijar regulaciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

Deduce que no pueden establecerse más limitaciones a la libertad del ser humano que las que resulten acordes con el espíritu de la Constitución. Manifiesta que el Estado constitucional de derecho se basa en la idea de un pluralismo razonable, que supone una cierta concepción de la persona en la que se le atribuye una dimensión ética-moral, que le permite la elección propia de sus fines y, por tanto, separado de la noción de promocionar alguna forma de perfectibilidad humana o de modelo de vida virtuoso.

Revisadas las condiciones a cumplir por el imputado o acusado durante el periodo de prueba para acceder al principio de oportunidad, encuentra que son las únicas que se relacionan con comportamientos autorreferentes. Mientras en las demás condiciones su justificación general como forma de restricción a la libertad está en la posibilidad de afectar los derechos de terceros, en las acusadas se trata de conductas cuya incidencia no repercute en ningún derecho ajeno, al corresponder a manifestaciones de carácter moral de las personas como seres libres, con autonomía

para decidir el curso de sus acciones, sin que implique por sí mismos la afectación de derechos de terceros.

Afirma que el consumo de drogas no es un comportamiento en sí mismo prohibido por el ordenamiento jurídico, y aunque sea discutible, es claro que en cualquier caso el reproche de este comportamiento no puede hacerse por vía del derecho penal. El consumo de drogas no es una conducta penal por lo que estima inconstitucional que tenga consecuencias respecto del trámite de un beneficio jurídico procesal en este ámbito. Señala que lo mismo ocurre con el cuidado de la salud, ya que si bien es un deber constitucional, su incumplimiento no acarrea consecuencias penales.

Enfatiza en que si las conductas no tienen en sí mismas consecuencias penales, no es claro por qué deben tener implicaciones en el trámite de un beneficio procesal penal, vulnerando los principios de legalidad y de tipicidad en la configuración del derecho penal-. Aunque la reforma introducida al artículo 49 de la Constitución, contempla la posibilidad de los tratamientos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman sustancias estupefacientes o sicotrópicas, liga esta posibilidad a la voluntad de quien se considera adicto. Además, no supone en ningún caso una prohibición punitiva al consumo de drogas.

Concluye que el sometimiento a tipos de tratamientos para abandonar una adicción o conservar la salud, desconocen el derecho a la autodeterminación, como los principios de tipicidad y de legalidad. No obstante, considera que el literal d) acusado puede declararse exequible en el entendido que, con base en criterios científicos que puedan ser objeto de contradicción por el imputado, el sometimiento a un tratamiento médico o psicológico sea una condición necesaria para garantizar la seguridad y los derechos de terceros en casos específicos. Solicita que se declararen inconstitucionales los literales cuestionados, toda vez que se refieren a un comportamiento que excede el ámbito de regulación penal, que termina teniendo consecuencias en el proceso penal, respecto del acceso a un beneficio.

4. Universidad Santo Tomás. Estima que la Corte debe declarar la *exequibilidad* de los segmentos acusados en el entendido que: "a) *la dependencia de las drogas o las bebidas alcohólicas debe estar relacionada con la realización de los hechos aceptados por el imputado o acusado, ii) la enfermedad objeto del tratamiento médico o psicológico debe estar relacionada con la realización de los hechos aceptados por el imputado o acusado, y c) tanto la rehabilitación como el tratamiento médico o psicológico deberán practicarse si el imputado o acusado no tiene recursos económicos, en una entidad del Estado sin costo para la persona y*

que sea un lugar digno, seguro, responsable y vigilado rigurosamente por el funcionario competente e inclusive por el juez de control de garantías."

Explica que el imputado o acusado obtendrá el beneficio de la extinción de la acción penal al aceptar recibir ayuda profesional, médica, profiláctica y pedagógica, que supone un fin válido al proteger los derechos de las víctimas. Una vez aceptados los hechos, entiende que libremente se somete a las condiciones impuestas por el fiscal, sin que exista una indebida imposición, toda vez que si no acepta entonces continúa el procedimiento, bajo la garantía de que el reconocimiento de los hechos no puede ser empleado en su contra y que el Estado debe probar que los cometió o él nuevamente confesarlos.

5. Universidad del Rosario.⁴ Pretende la *exequibilidad* de lo impugnado. Encuentra que la norma demandada hace parte del principio de oportunidad que parte de una prueba mínima acerca de la existencia de una conducta punible y de la autoría o participación del sujeto⁵. Al aplicarse dicho principio se brinda la posibilidad al presunto responsable de la conducta punible de resarcir el daño y cambiar su actuar sin recurrir a una reclusión.

Destaca que no se impide auto determinarse, toda vez que si la persona decide no someterse a las condiciones previstas en la norma demandada, puede hacerlo no permitiendo que se fije el periodo de prueba sobre el cual podría suspenderse la acción penal. No se está configurando un derecho penal de autor, por cuanto no se está respondiendo con una pena a alguien por ser quien es, sino que para llegar a aplicar el principio de oportunidad tiene que estar inmerso en el acaecimiento de un hecho delictivo, que por dicho actuar se le sancionará a partir del juicio de reproche como presunto responsable.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Solicita que se declare la *exequibilidad* de los literales demandados. Empieza por sostener que los actores parten de una errónea comprensión del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, de la dignidad humana, toda vez que *"entienden que se trata de una libertad ilimitada, según la cual la persona puede hacer u omitir lo que a bien tenga de acuerdo con su soberana voluntad y sus deseos"*, lo cual contradice el artículo 16 que establece como límite los derechos de

⁴ Escrito presentado una vez vencido el término de intervención ciudadana.

⁵ Aproximación al estudio del principio de oportunidad. Juan Carlos Forero Ramírez. Universidad del Rosario. 2013.

los demás y el orden jurídico, la jurisprudencia constitucional⁶, el orden justo y el Estado de derecho.

Precisa que una de las fuentes constitucionales del surgimiento de la obligación prevista en la norma demanda es el artículo 250, que consagra el principio de oportunidad. Si el fiscal decide imponerle al imputado o acusado la obligación de someterse a un tratamiento médico o psicológico, o de asistir a un programa para superar la adicción a las drogas o al alcohol, no puede verse como un castigo arbitrario por el Estado, sino como *“una forma en la cual éste decide libremente reparar a las víctimas”*. Una de las garantías que compone el derecho a la reparación es la no repetición, por lo que los tratamientos que se imponen con fundamento en los principios de justicia restaurativa, buscan modificar el comportamiento del procesado en beneficio de los derechos de las víctimas.

Expone que aunque pudiera sostenerse que los derechos de las víctimas no constituyen razones válidas porque en la etapa que se solicita la suspensión del procedimiento aún no hay un condenado, siendo una hipótesis parcialmente cierta puede descartarse en virtud del artículo 16 superior (libre desarrollo de la personalidad), por cuanto la suspensión del procedimiento a prueba es una “prerrogativa” para el imputado o acusado de “solicitar” al fiscal la suspensión de la actuación y, en este sentido, es requisito ineludible la “voluntad”, no pudiendo decirse que sea una imposición unilateral o no querida. Si el imputado o acusado no está de acuerdo con someterse a estos tratamientos, tiene la posibilidad de decidir libremente que no le solicitará al fiscal la suspensión del procedimiento a prueba. No obstante, señala que el fiscal es quien finalmente fija las condiciones, aún en contra de la voluntad del imputado o acusado, escenario en el cual *“no está obligado a participar en tales tratamientos y se puede considerar, por lo tanto, que ha incumplido con las condiciones fijadas por el fiscal y que indirectamente ha renunciado a la solicitud que inicialmente presentó, así como al principio de oportunidad, con lo cual el proceso continuaría su curso normal.”*

Observa, de acuerdo con el artículo 1º del Acto Legislativo 2 de 2009 modificatorio del artículo 49 superior y en relación con el literal b impugnado, que *“(i) dentro del ámbito de la autonomía personal no está comprendida la facultad de consumir y portar este tipo de sustancias⁷ y, por lo tanto, someterse a un tratamiento para superar esta adicción no quebranta tal derecho⁸; y (ii) la posibilidad que tiene el*

⁶ Cfr. sentencias C-404/98, SU.642/98, C-420/02, C-718/06 y C-241/12.

⁷ Salvo que se cuente con una prescripción médica, de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución.

⁸ Esta jefatura en el concepto 5302 del 13 de febrero de 2012 relativo al expediente D-8842 advirtió que: “el porte y el consumo de drogas no son conductas que se puedan separar del mercado de las drogas, pues para que se pueda portarlas y consumirlas es menester producirlas, transportarlas, distribuir las y adquirirlas” y “ni

imputado o acusado de someterse a tratamientos para superar la dependencia a las drogas es un claro desarrollo de la obligación a cargo del Estado de expedir medidas legislativas que procuren que [...] pueda dejar atrás su adicción a las drogas."

La decisión voluntaria de participar en programas estima que también encuentra fundamento constitucional en el artículo 49, al establecer el deber de toda persona de procurar el cuidado integral de su salud. Aunque podría indicarse que la sentencia C-221 de 1994 advirtió que ese mandato tenía un contenido exclusivamente moral, considera que *"separar el derecho de la moral es una empresa infructuosa porque 'el derecho, aun cuando en ocasiones surja del derecho positivo o conviene, o incluso requiere, positivizarse, no por ello está separado ni mucho menos deba separarse absolutamente de la moral'"*, máxime cuando tienen un objeto común como es la realidad moral, el campo de la acción libre del hombre o las acciones que no se rigen por el instinto, las leyes físicas, biológicas u otras, sino que son decididas o elegidas libremente de conformidad con su razón. Deduce que las expresiones demandas encuentran respaldo constitucional en el deber jurídico y moral que tienen las personas de procurar su salud y, como consecuencia de ello, el Estado tiene que propiciar por distintos medios que se cumpla con tal deber.

Estima que no resulta extraño que en un Estado constitucional se consagre ciertos valores esenciales que hacen posible la vida en comunidad y que la sociedad estima que son relevantes. Manifiesta que el legislador tiene la obligación de proteger tales bienes jurídicos valiosos por distintas vías, como acaece con el desincentivo que el Código Penal plasma en varias normas de cara al consumo de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.⁹ Los apartes cuestionados buscan disuadir al imputado o acusado para que cumpla con el deber constitucional de cuidar su salud y repare integralmente a las víctimas evitando que se repitan tales conductas.

Informa que no es un ejercicio válido y razonable del derecho al libre desarrollo de la personalidad un acto según el cual el imputado o acusado de manera libre decide presentar al fiscal un plan de reparación a las víctimas de un delito para la suspensión del procedimiento, comprometiéndose con ciertas condiciones para repararlas, pero al momento de exigirse su cumplimiento de forma repentina y

el porte ni el consumo de drogas son asuntos propios de la vida íntima de las personas. Basta considerar que las drogas son cultivadas, procesadas, transportadas, distribuidas y vendidas por otros, para advertir que no se trata de un asunto que corresponde de manera exclusiva a quien la porta y a quien la consume."

⁹ Código Penal, artículos 43.8 (penas privativas de otros derechos), 110.6 (circunstancias de agravación punitiva para el homicidio culposo cuando se conduce vehículo automotor, modificado Ley 1696 de 2013) y 375 a 385 (delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes).

unilateral decide que *“contrarian su derecho a la autonomía personal (decidir), sin parar mientes en las legítimas expectativas de las víctimas que, razonablemente, esperaban actos de reparación [...] Por el contrario, este acto es una fachada del derecho al libre desarrollo de la personalidad [...]. En suma, el ejercicio de una aparente ‘libertad’ no es un argumento suficiente para afectar los bienes jurídicos más preciados en un Estado constitucional como los derechos fundamentales de sí mismo o de un tercero y, por tanto, no puede llevar a la conclusión de que existe un conflicto entre principios”*¹⁰.

Determina que aun aceptando que existe un conflicto entre principios, tampoco resulta irrazonable ni desproporcionada por cuanto las medidas analizadas: i) persiguen varios propósitos constitucionales importantes como la satisfacción de los derechos de las víctimas del delito por medio del cumplimiento de garantías de no repetición, evitar el desgaste de los esfuerzos investigativos de la fiscalía como de la administración de justicia al aplicar el principio de oportunidad y buscar la menor restricción al derecho a la libertad personal al sustituir una posible privación de la libertad por una medida alternativa; ii) es conducente y eficaz al llevar a los fines propuestos, garantizando los derechos de las víctimas, afectando en grado mínimo el libre desarrollo de la personalidad y evitando la privación de la libertad; y iii) no es desproporcionada en sentido estricto al no obligárseles a participar en tales tratamientos, pudiendo finalmente renunciar a ellos continuando el proceso penal su curso normal.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto por cuanto la norma parcialmente acusada hace parte de una Ley de la República -artículo 241.4 superior-.

2. Problema jurídico

Los accionantes consideran que las condiciones establecidas por el fiscal al imputado o acusado consistentes en i) participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas y ii) someterse a un tratamiento médico o psicológico durante la suspensión del procedimiento a prueba (no superior a tres años) para ser beneficiario

¹⁰ Puede verse a Juan Cianciardo. El conflictivismo en los derechos fundamentales. Navarra, Pamplona, 2000.

del principio de oportunidad, resultan contrarios al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 superior) como a la dignidad humana (art. 1º superior) al implicar obligaciones que solo atañen a la persona en su fuero interno -autonomía de la voluntad- e involucrar viejas escuelas positivistas correccionalistas -derecho penal de autor- hoy abolidas. Estiman que aunque se llegara a un acuerdo con el fiscal no puede sujetársele a tratamiento alguno por tener los derechos fundamentales el carácter de irrenunciables.

La mayoría de los intervinientes, esto es, el Congreso de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho, la Universidad del Rosario y el Procurador General de la Nación coinciden en solicitar la exequibilidad de los apartes impugnados, en tanto que la Universidad Santo Tomás reclama la exequibilidad condicionada y la Defensoría del Pueblo pide la inexecutable.

Conforme a la argumentación expuesta, la Corte debe abordar el siguiente problema jurídico: ¿vulnera el libre desarrollo de la personalidad y el principio de dignidad humana los literales b) y d) del artículo 326 de la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal-, al establecer como condiciones a cumplir durante el periodo de prueba fijado por el fiscal para ser beneficiario del principio de oportunidad, el participar en programas especiales de tratamiento para superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas y someterse a tratamiento médico o psicológico?

Conforme a la problemática expuesta y las inquietudes generadas por los intervinientes y el concepto del Procurador General, esta Corporación desarrollará los siguientes puntos en orden a la jurisprudencia constitucional: i) el diseño de la política criminal del Estado; ii) el sistema penal de tendencia acusatoria; iii) el principio de oportunidad; iv) la suspensión del procedimiento a prueba y la justicia restaurativa; v) el libre desarrollo de la personalidad y sus límites constitucionales; vi) la drogadicción, el alcoholismo y los enfermos físicos y mentales en el derecho procesal penal; para así entrar a resolver vii) el asunto en discusión.

3. El diseño de la política criminal

Ha señalado esta Corporación que al Congreso de la República se le asigna competencia en la definición de la política criminal del Estado¹¹ (arts. 114 y 150

¹¹ En un sentido amplio ha sido definida como "el conjunto de respuestas (jurídicas, sociales, económicas, culturales, administrativas, tecnológicas, etc.) que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables a causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de las derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción." Sentencia C-646 de 2001.

superiores), para determinar las conductas que constituyen delitos, las sanciones que deben imponerse y el procedimiento a cumplirse. Le asiste en materia penal una competencia amplia que encuentra respaldo constitucional en los principios democrático y de soberanía popular (arts. 1º y 3º superior).¹² Bien puede el legislador penal crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones entre las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de atenuación o agravación; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social.¹³

El concepto de diseño de una política pública en materia penal comprende su articulación tanto en normas sustanciales como procesales. No obstante, tal potestad de configuración normativa no deviene en absoluta, toda vez que la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos (art. 93 superior), como instrumentos de carácter vinculantes, constituyen un límite inalterable al ejercicio del poder público, al consagrar valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales.¹⁴ Entre los criterios específicos que debe observar el legislador al elaborar las normas penales, informa esta Corporación:¹⁵

(i) ***El principio de necesidad*** de la intervención penal relacionado con el carácter subsidiario, fragmentario y de *última ratio*. La Corte ha sostenido que “el derecho penal se enmarca en el *principio de mínima intervención*, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. El Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad.”¹⁶ Además, “en

¹² Sentencias C-226 de 2002, C-1080 de 2002, C-853 de 2009 y C-334 de 2013.

¹³ Sentencia C-013 de 1997 y C-540 de 2012.

¹⁴ Sentencias C-420 de 2002, C-148 de 2005, C-475 de 2005, C-1033 de 2006, C-365 de 2012 y C-334 de 2013.

¹⁵ Cfr. sentencias C-420 de 2002, C-936 de 2010, C-241 de 2012, C-365 de 2012, C-742 de 2012 y C-334 de 2013.

¹⁶ Sentencias C-636 de 2009 y C-742 de 2012.

el otro extremo se encontrarían aquellas conductas que, dado que se desenvuelven en ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados, o debido a la escasa significación del bien jurídico que afectan, estarían constitucionalmente excluidas de la posibilidad de ser objeto de sanción penal.”¹⁷

(ii) *El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* en la garantía de los valores esenciales de la sociedad. Ha manifestado este Tribunal que “el derecho penal comporta una *valoración social en torno a los bienes jurídicos* que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que de lugar a la aplicación del *ius puniendi*, y el *quantum* de la pena que deba aplicarse. En principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. La opción de criminalizar una conducta, en aquellos eventos en que no está constitucionalmente impuesta o excluida, implica que el legislador ha considerado que para la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante su efecto limitativo de la libertad personal. Sin embargo, en el Estado de Derecho, a esa solución sólo puede llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre que la pena resulte estrictamente necesaria.”¹⁸

(iii) *El deber de observar la estricta legalidad*. Esta Corporación ha indicado “(i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador -reserva de ley en sentido material- y (ii) que es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca”.¹⁹

(iv) *El principio de culpabilidad*, que tiene las siguientes implicaciones: “*Derecho penal de acto y no de autor*. El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la

¹⁷ Sentencias C-442 de 2011 y C-241 de 2012.

¹⁸ Sentencia C-489 de 2002. En este sentido la sentencia C-420 de 2002 expuso: “*haciendo abstracción de las distintas fases, escuelas y esquemas que han confluído en el derecho penal, lo cierto es que el único elemento común a cualquier sistema de imputación penal radica en el contenido de injusticia que se atribuye al delito, esto es, la antijuridicidad. El delito debía tener un contenido de ilicitud no solo formal frente a la norma sino también un contenido material que consistió en la lesión o, al menos, en la puesta en peligro de un bien jurídico. Así, la injusticia del delito radicaba en la afcción de derechos ajenos. El delito se dotó de un referente material que, a través de la categoría del bien jurídico, racionalizó el ejercicio del poder punitivo. Siendo así, el solo tenor literal de la ley no definía ya el delito, pues se precisaba también de un contenido sustancial que remitiera a la afcción de derechos ajenos.*”

¹⁹ Sentencia C-939 de 2002.

definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa’. El Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos.”²⁰

(v) *El deber de garantizar los derechos constitucionales y la aplicación de los convenios internacionales de derechos humanos* (bloque de constitucionalidad). La Corte ha señalado que “los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales,²¹ así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia.”²²

(vi) *El deber de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad*. Esta Corporación ha indicado que “al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo penal, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional”.²³

²⁰ Sentencias C-239 de 1997, C-179 de 2007 y C-365 de 2012. Así mismo, en estas decisiones se ha sostenido que un derecho penal de acto “supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. Sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado. El principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusio. Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.”

²¹ Sentencias C-125 de 1996, C-239 de 1997, entre otras. En relación con los aspectos procedimentales la Corte ha fijado igual criterio en relación con la iniciación de la investigación penal. Ver sentencias C-459 de 1995 y C-404 de 1998.

²² Sentencias C-939 de 2002 y C-241 de 2012.

²³ Sentencia C-939 de 2002.

En consecuencia, la Corte observa que la configuración de las normas penales hace parte del diseño de la política criminal que comporta una valoración ético-social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas que merecen reproche penal y las penas.²⁴

4. El sistema penal de tendencia acusatoria

4.1. Las disposiciones del *Código de Procedimiento Penal* son un elemento constitutivo de la política criminal del Estado en tanto instrumento para su materialización, ya que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica.²⁵ El Congreso tiene un amplio margen de configuración normativa para determinar los procedimientos y actuaciones que deben surtirse ante los jueces en la garantía de las libertades ciudadanas o la mediación del Estado ante situaciones de conflicto (arts. 2º, 150 y 229 superiores). Puede fijar nuevos procedimientos, determinar la naturaleza de actuaciones judiciales, eliminar etapas procesales, requerir la intervención estatal o particular en el curso de las actuaciones judiciales, imponer cargas procesales o establecer plazos para el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, fijar beneficios penales, prever causales de procedencia de la extinción de la acción penal, etc.²⁶

Libertad de configuración normativa del legislador en el diseño de los procedimientos y etapas judiciales que no es absoluta al encontrarse limitada por: i) los derechos sustanciales y la defensa de las garantías esenciales de las personas - máxime cuando el proceso judicial no tiene una finalidad en sí mismo-²⁷ y ii) diversas disposiciones constitucionales presentes en la parte orgánica concernientes a las competencias con que cuenta la Fiscalía General de la Nación, los jueces de control de garantías, los jueces de conocimiento, las víctimas, el Ministerio Público, entre otros. Además, el legislador debe ajustarse a las normas convencionales que prevén determinados derechos sustanciales y procesales, particularmente, los artículos 7º, 8º, 9º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 9º, 10, 11, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁸

La Corte ha referido que los *fines del proceso penal* dentro del Estado social de derecho están dados por la realización del *ius puniendi* en condiciones de justicia, en la pretensión principal de establecer, más allá de toda duda razonable, si una persona

²⁴ Sentencia C-241 de 2012.

²⁵ Sentencias C-646 de 2001 y C-936 de 2010.

²⁶ Cfr. Sentencias C-210 de 2007, C-828 de 2010 y C-782 de 2012.

²⁷ Sentencia C-800 de 2000 y C-127 de 2011.

²⁸ Sentencia C-828 de 2010.

es o no responsable de la comisión de un delito. Es el proceso penal “un instrumento racional encaminado a determinar la posible responsabilidad penal de un individuo, cuya conducta habría injustamente vulnerado uno o varios derechos fundamentales (integridad personal, libertad individual, etc.) o bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (salubridad pública, orden económico y social, etc.).”²⁹

4.2. **El Acto Legislativo 03 de 2002**, que modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, reformó la estructura básica del proceso penal en Colombia, al pasar de un modelo mixto de preferencia inquisitiva que había sido adoptado por el Constituyente de 1991, a un *sistema de tendencia acusatoria*. De esta manera, se diseñó un esquema propio para responder a la realidad del país, sin trasladar de manera automática e integral sistemas existentes en otros países también de filosofía acusatoria. El artículo 250 superior instituyó, entre otros aspectos, lo siguiente:

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. [...]

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. *Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. [...]*
2. *Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. [...]*
3. *Asegurar los elementos materiales probatorios. [...]*
4. *Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. [...]*
6. *Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas [...].*
7. *Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa. [...].”*

Proceso penal con tendencia acusatoria que ha sido desarrollado por el Legislador mediante la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con las modificaciones introducidas por las leyes 937 de 2004, 1121 de 2006, 1142 de 2007, 1257 de 2008, 1273 de 2009, 1312 de 2009, 1395 de 2010, 1453 de 2011, 1542 de 2012 y 1652 de 2013. Principalmente las sentencias C-873 de 2003; C-591, C-592 y

²⁹ Ibidem.

C-1194 de 2005; C-718 de 2006; C-025 de 2009; C-144 de 2010 y C-651 de 2011, han aludido a los aspectos más relevantes de su estructura.

4.3. **La Ley 906 de 2004**,³⁰ Código de Procedimiento Penal, prevé la intervención en el proceso penal del imputado, las víctimas, el fiscal, el juez de control de garantías, el juez de conocimiento, la Procuraduría General de la Nación, entre otros. Como principios rectores y garantías procesales se contemplan la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la imparcialidad, la legalidad, la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, la defensa, la oralidad, la lealtad, la gratuidad, la intimidad, la contradicción, la inmediación, la concentración, la publicidad, al juez natural, la doble instancia, la cosa juzgada, el restablecimiento del derecho, etc. La actuación procesal atiende el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes y la eficacia del ejercicio de la justicia, haciendo prevalecer el derecho sustancial. Se garantiza el acceso de las víctimas a la administración de justicia. Adicionalmente, se consagran mecanismos de justicia restaurativa como la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

4.4. Entre las *finalidades del nuevo modelo procesal penal* pueden reseñarse: “(i) fortalecer la función investigativa y de acusación de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba, despojándola en sentido estricto de funciones jurisdiccionales; (ii) la configuración de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado en cabeza del juez de conocimiento; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, buscando garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante la etapa del juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad en cabeza del ente investigador; y (vii) crear la figura del juez de control de garantías, a quien se le asigna la función de ejercer un control previo y posterior de legalidad sobre las actividades y diligencias llevadas a cabo por la Fiscalía General en el ejercicio de su actividad investigativa.”³¹

Las principales *características* del sistema penal acusatorio están dadas por:

“i) Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta

³⁰ Artículos 1° a 27, 518 a 527, entre otros.

³¹ Sentencias C-873 de 2003; C-591, C-592 y C-1194 de 2005; C-718 de 2006; C-025 de 2009; C-144 de 2010 y C-651 de 2011.

forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral.

ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos. Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego.

iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas.

iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público.

v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada.

vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso".³²

4.5. El modelo de proceso penal instaurado está **conformado por tres etapas** principales, indagación,³³ investigación,³⁴ y juicio,³⁵ y dos intermedias o de transición, audiencia de formulación de acusación³⁶ y audiencia preparatoria,³⁷

³² Ibídem.

³³ "Su objeto consiste en que la Fiscalía reúna la información que se requiere para dar inicio al proceso penal, y defina si el hecho delictivo se cometió, cómo ocurrió y quienes participaron en su realización, salvo que exista claridad sobre tales circunstancias, caso en el cual no es necesaria adelantarla."

³⁴ "Deben practicarse las diligencias dirigidas a establecer la forma cómo ocurrieron los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los mismos se presentaron, los sujetos que aparecen implicados en su condición de autores o partícipes, los daños y perjuicios ocasionados con la conducta y el monto de la indemnización."

³⁵ "Una vez tramitada la audiencia preparatoria, el juez de conocimiento fija la fecha y la hora de inicio del "juicio oral", que deberá realizarse dentro de los 30 días siguientes a la audiencia preparatoria (art. 365 CPP), con el fin de que el juez escuche la presentación del caso por parte de la Fiscalía y la defensa, practique las pruebas que se ordenaron en la audiencia preparatoria, y atienda las alegatos finales de las partes e intervinientes. A continuación, el juez decide sobre la responsabilidad del acusado y expide la sentencia correspondiente."

³⁶ "En la fase de transición denominada acusación, se busca delimitar los temas que serán debatidos en el juicio oral y la fijación de las elementales de convicción que podrán practicarse como pruebas en el juicio. El objetivo de esta etapa es "depurar el debate que será llevado a instancias del juez de conocimiento en el juicio, de manera que allí sólo se discuta lo relacionado con la responsabilidad penal del imputado".

representado por la realización de un juicio oral, público, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías procesales de la persona, en el que la restricción de los derechos fundamentales es de reserva judicial porque debe ser autorizada de manera previa por el fiscal -en casos excepcionales- o el juez, mediante orden escrita motivada.³⁸ En consecuencia, a diferencia del sistema de tendencia inquisitiva en que la fiscalía cumplía simultáneamente las funciones acusatoria y jurisdiccional, en el nuevo esquema procesal penal su labor se desarrolla con especial énfasis en la función acusatoria, en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del investigado. El Estado, por intermedio de la fiscalía, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que tengan las características de un delito, siempre que existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de la ley penal. No podrá, por ende, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, como regla general.

El control de constitucionalidad de estas normas adjetivas penales debe hacer eficaz el amplio margen de configuración normativa que tiene el legislador y el respeto por el núcleo esencial de los derechos y las garantías de las personas. La misión de la Corte es controlar los excesos que pueda presentar la legislación procedimental expedida. En esa medida, el legislador goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio las cuales se estiman válidas si persiguen un objetivo válido, son adecuadas para la defensa de los intereses superiores, resultan necesarias por no existir una medida menos restrictiva y son proporcionadas a la consecución de los fines.³⁹

5. El principio de oportunidad

5.1. El **Acto Legislativo 03 de 2002**, que modificó el artículo 250 superior, dispuso que la Fiscalía General no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, *“salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del*

Asimismo, en la audiencia acusatoria se determina la calidad de víctima, se concretan los autores del ilícito y se le otorga una calificación provisional a los delitos, lo cual orienta la acusación que formulará la Fiscalía en el juicio oral.”

³⁷ *“En un término no inferior a 15 días ni superior a 30, el juez de conocimiento deberá convocar a una segunda audiencia, denominada “audiencia preparatoria”, que tiene como fin central la fijación de las pruebas que se harán valer en el juicio oral y el señalamiento de la fecha de iniciación del juicio. En esta audiencia que cuenta con la presencia del fiscal, del defensor, del acusado, del Ministerio Público y del representante de las víctimas (art. 355 CPP.), el juez dispone, entre otras cosas, que las partes manifiesten sus observaciones sobre el procedimiento de descubrimiento de los elementos probatorios, que la defensa muestre sus elementos materiales probatorios y evidencia física, y que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.”*

³⁸ Sentencias C-025 de 2009 y C-651 de 2011.

³⁹ Cfr. sentencia C-210 de 2007.

Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.”

El principio de oportunidad es una *institución nuclear* del sistema penal de tendencia acusatoria que consiste en la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, atendiendo diversos factores inmersos en la política criminal del Estado.⁴⁰ Constituye una excepción a la regla general que recae sobre la fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito, siempre que tercieen suficientes motivaciones y circunstancias fácticas que permitan advertir la existencia del mismo.⁴¹

Se ha introducido progresivamente en distintos ordenamientos jurídicos europeos como España, Portugal, Italia y Alemania. En el derecho Anglosajón es la regla que se traduce en las figuras del *plea guilty*: confesión dirigida a evitar el juicio; y del *plea bargaining*: negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión para reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado.⁴²

5.2. Del debate congresual que precedió a la expedición del acto legislativo se desprende que la *finalidad esencial* para la consagración del principio de oportunidad consisten principalmente en racionalizar la actividad investigativa del Estado en la labor de la persecución de los delitos, dada la imposibilidad fáctica de la justicia penal para satisfacer exigencias de aplicación irrestricta del principio de legalidad.⁴³ Propósito general que podría ser alcanzado mediante la aplicación de criterios como: *(i)* La ínfima importancia social de un hecho punible, idea que parte del reconocimiento de que existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto realmente no hay lesión, ni potencial afectación antijurídica; *(ii)* La reparación integral y la satisfacción plena de la víctima, especialmente en aquellos delitos de contenido económico; *(iii)*, la culpabilidad disminuida⁴⁴; *(iv)* o la reevaluación del interés público en la persecución de la conducta.⁴⁵ De esta forma, *(v)* “se evitarían efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad,

⁴⁰ Cfr. artículo 321, Ley 906 de 2004.

⁴¹ Cfr. artículos 250 de la Constitución y 200 de la Ley 906 de 2004.

⁴² Sentencia C-979 de 2005. Exposición de motivos al proyecto que devino en el Acto Legislativo 03 de 2002. Gaceta del Congreso número 134 de abril 26 de 2002, páginas 12, 13 y 14.

⁴³ Sentencias C-095 de 2007 y C-936 de 2010. Gaceta del Congreso número 148 del 7 de mayo de 2002.

⁴⁴ En la doctrina jurídico penal este concepto alude a aquellas situaciones en que el legislador opta por excluir la pena “por falta de necesidad preventiva de punición”.

⁴⁵ Sentencia C-936 de 2010.

estimula la pronta reparación a la víctima y se otorga otra oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible”⁴⁶.

También se ha podido determinar justificaciones adicionales al establecimiento del principio de oportunidad. En la sentencia C-738 de 2008 señaló: “la posibilidad de que la fiscalía se abstenga de iniciar o dé por terminado el proceso penal en ciertos delitos es manifestación de la necesidad de que el Estado responda proporcionalmente a los hechos que afectan la estabilidad jurídica, favorece la posibilidad de adelantar procesos en tiempos razonables, de conformidad con la gravedad de las conductas investigadas, y permite dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa del orden social”⁴⁷.

Como *características generales* del principio de oportunidad, este Tribunal ha identificado: i) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; ii) es una figura de aplicación excepcional y reglada; iii) las causales de aplicación deben establecerse por el legislador de manera clara, precisa e inequívoca y estar conforme a la Constitución; iv) su regulación debe ser compatible con la vigencia de un orden justo, el principio de legalidad y los *derechos de las víctimas*; v) el fiscal goza de un margen razonable de interpretación en la aplicación de la ley pero este no es ilimitado; vi) estará sujeto al control de legalidad por el juez de control de garantías.⁴⁸

En el mundo contemporáneo existe una crisis de legitimación de los sistemas penales y de la pena privativa de la libertad; fundamentado principalmente en el reparto discriminatorio del poder punitivo del Estado y las débiles estructuras judiciales. La implementación de mecanismos que disminuyan la violencia punitiva estatal se hace indispensable, en la previsión de medidas diferentes al enjuiciamiento penal tradicional, al pronunciamiento de una sentencia condenatoria y a la privación obligada de la libertad como herramientas recurrentes ante el delito. Ir abriendo caminos hacia la paulatina concreción de un derecho penal con menor intervención bajo el objetivo de ir acrecentando las condiciones para la incorporación de otros mecanismos de resolución de conflictos humanos (no penales), en que *acaja mayor*

⁴⁶ Sentencia C-979 de 2005. Exposición de motivos al proyecto que devino en el Acto Legislativo 03 de 2002. Gaceta del Congreso número 134 de abril 26 de 2002, páginas 12,13 y 14.

⁴⁷ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, 2004; Faustino Cordón Moreno, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Navarra, 2002; Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2003.

⁴⁸ Sentencias C-591 de 2005, C-673 de 2005, C-979 de 2005, C-095 de 2007 y C-936 de 2010.

*relevancia la intervención de la voluntad de los protagonistas, debe ser el rumbo en la política criminal del Estado.*⁴⁹

5.3. La Ley 1312 de 2009, que reformó la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad (arts. 323 a 327), tuvo como fundamento ampliar las posibilidades procesales y sustanciales de procedencia del principio de oportunidad, extendiendo su aplicación a la etapa del juicio y estableciendo nuevas causales. Así lo afirmó la Corte en la sentencia C-936 de 2010⁵⁰, al extraer de los antecedentes legislativos que las razones que llevaron a la expedición de dicha ley consistieron principalmente en reformular algunas de las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, combinando conceptos de insignificancia, reparación, interés de la víctima, formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos, colaboración con la justicia, en la pretensión de establecer definiciones claras y concordantes con el Estatuto Superior (art. 250) para que opere el principio de oportunidad tanto en la investigación como en el juzgamiento.⁵¹ Así vino el nuevo artículo 323 de la Ley 906 de 2004 a señalar que la Fiscalía General en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos establecidos en el código para la aplicación del principio de oportunidad.

El artículo 324 del Código de Procedimiento Penal instituyó los casos en que se aplica actualmente el principio de oportunidad.⁵² De esta disposición puede

⁴⁹ Suspensión del proceso penal a prueba. Gustavo L. Vitale. 2ª edición actualizada. 2004. Págs. 5-6, 16-17 y 27-28.

⁵⁰ Examinó la constitucionalidad del numeral 17 (inexequible) y el parágrafo 3 (exequible en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos) del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009.

⁵¹ Gaceta del Congreso número 378 de junio 18 de 2008. Ponencia para primer debate. Así mismo, Gaceta del Congreso número 217 de abril 17 de 2009, ponencia para segundo debate.

⁵² Artículo modificado por el artículo 2º de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: 1. Cuando se tratara de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público. Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior. 2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia. 3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada. 4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. 5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se comprometa a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio. 6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del

extraerse, en términos generales, su procedencia respecto a delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis años o con pena principal de multa (num. 1), previendo que respecto de delitos con penas privativas de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis años de prisión, su aplicación corresponderá al Fiscal General o por quien delegue (parág. 2). No se podrá aplicar en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho años (parág. 3). Así mismo, se contempla como uno de los casos para la aplicación del principio de oportunidad cuando *“proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas”* (num. 7). Esta disposición ha sido

principio de humanización de la sanción. 7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas. 8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado. 9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes. 10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio. 11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de merinada significación jurídica y social. 12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social. 13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse. 14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito. 15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad. 16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización. 17. Numeral INEXEQUIBLE. 18. Numeral adicionado por el artículo 40 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: Cuando el autor o participe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado. Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento. El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas. PARÁGRAFO 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas. PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto. PARÁGRAFO 3o. **CONDICIONALMENTE** exequible en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años. PARÁGRAFO 4o. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

examinada en varias oportunidades por la Corte, particularmente en las sentencias C-988 de 2006⁵³, C-095 de 2007⁵⁴ y C-936 de 2010.

Respecto a las circunstancias que ameritan el diseño de causales de aplicación de la oportunidad penal, la Corte al repasar los antecedentes históricos encontró que el constituyente derivado “refirió a conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, o a la necesidad de simplificar, acclerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; así mismo puso de presente que en el régimen procesal penal antes vigente, la oportunidad penal ya venía operando en ‘forma larvada’, mediante figuras procesales como las preclusiones que dictaba el fiscal cuando había conciliación por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándola en los casos de sentencia anticipada o audiencia especial.”⁵⁵ Al haber deferido al legislador el señalamiento de las causales de procedencia de la oportunidad penal, esta Corporación advirtió que el legislador goza de una *amplia potestad legislativa* a la hora de señalar aquellas circunstancias que rodean la comisión o el juzgamiento de cualquier conducta punible, en las cuales resulta desproporcionada, inútil o irrazonable la persecución penal.⁵⁶

5.4. El *principio de legalidad* se constituye en uno de los primeros límites constitucionales a la potestad de configuración legislativa en el diseño de las causales para la aplicación del principio de oportunidad. Para que las mismas se ajusten al artículo 250 de la Constitución, ha señalado esta Corporación, “deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria. En virtud del carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad acogido por el constituyente, al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado puede acudir o no ante el juez de control de garantías para efectos de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.”⁵⁷ Ha

⁵³ Declaró la exequibilidad de la versión inicial del numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, que señalaba: “Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública a recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.” Cfr. numeral 9 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

⁵⁴ Declaró exequible la versión original de los numerales 4, 5, 6, 9, 11, 12 y 15 por los cargos estudiados; de la expresión “En los casos previstos en los numerales 15 (...)” contenida en el párrafo 1º por el cargo examinado; y del párrafo 3º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 por los cargos valorados, salvó la expresión “de acuerdo con lo dispuesto en el estatuto de Roma”, que se declaró inexecutable.

⁵⁵ Sentencia C-936 de 2010. Cfr. sentencia C-673 de 2005 y C-095 de 2007.

⁵⁶ Sentencias C-095 de 2007, C-738 de 2008 y C-936 de 2010.

⁵⁷ Sentencia C-936 de 2010. Cfr. sentencia C-673 de 2005.

reconocido la jurisprudencia constitucional que la aplicación por el fiscal del principio de oportunidad en los casos señalados por el legislador implica un ejercicio de “discrecionalidad reglada” que le impone no solamente una evaluación acerca de la aplicación de las causales legales para que opere dicho mecanismo, sino que deberá determinar si lo que procede es la interrupción, la suspensión o la renuncia (consecuencias de la aplicación del principio), debiendo constatar el respeto también por las garantías del investigado.⁵⁸

5.5. Otros límites a la potestad de configuración legislativa de las causales para la aplicación del principio de oportunidad se derivan del mandato constitucional de *asegurar la vigencia de un orden justo* (preámbulo y art. 2º superior) y de los *compromisos internacionales en materia de acceso a la administración de justicia* para la defensa de los derechos humanos. Particularmente, el asegurar la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las *víctimas* y del correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad.⁵⁹

La obligación de hacer compatible la aplicación del principio de oportunidad con el respeto de los derechos de las *víctimas* de las conductas delictivas se desprende del Acto Legislativo 03 de 2002,⁶⁰ al asignar al fiscal velar por la *protección de las víctimas* y solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren *la protección de la comunidad*, en especial, de las víctimas de los

⁵⁸ Sentencia C-979 de 2005. En la sentencia C-095 de 2007 se sostuvo: “Lo anterior obedece a la naturaleza misma del juicio que necesariamente debe hacer el funcionario, en este caso el fiscal, cuando evalúa la aplicabilidad de la ley a un caso concreto. En este momento se enfrenta a la comparación entre las circunstancias abstractamente previstas en la ley, y la situación que se presenta de facto. Aunque las previsiones abstractas de la ley se revistan de precisión y claridad, siempre será necesaria la labor de subsumir el caso concreto dentro de las previsiones generales contenidas en ella, es decir, llevar a cabo una operación mediante la cual el funcionario que la aplica considera si el caso particular responde o puede ser sometido a la norma general prevista en la ley. 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.”

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Artículo 250 de la Constitución: “[...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Salicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. [...] 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que padrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa. [...]. Parágrafo 2. Adicionado por el Acto Legislativa 06 de 2011, artículo 2. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.”

delitos.⁶¹ Ha dicho la Corte que los mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos tienen que “ser ponderados con los intereses estatales de racionalización de la persecución penal, que subyacen bajo la consagración constitucional del principio de oportunidad penal. Una interpretación sistemática de la Carta implica aceptar que la conciliación entre los principios de celeridad y eficacia en la administración de justicia no puede dejar de lado la protección de los derechos fundamentales, que obran simultáneamente como límites al diseño legal de las causales y también a la aplicación misma del principio de oportunidad.”⁶²

La relevancia de la intervención de *las víctimas* en la aplicación del principio de oportunidad (art. 250 superior),⁶³ ha sido ratificada por la Corte en las sentencias C-454 de 2006, C-095 de 2007, C-209 de 2007, C-210 de 2007, C-342 de 2007, C-738 de 2008, C-936 de 2010, entre otras.⁶⁴ En esta última decisión la Corte manifestó que a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el legislador debe considerar que de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos (art. 93 superior, bloque de constitucionalidad)⁶⁵ emanan obligaciones en materia de protección de los derechos de las víctimas de los delitos, los cuales tienen que ser ponderados con los intereses

⁶¹ El artículo 328 de la Ley 906 de 2004 señala: “La participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hay hecho presentes en la actuación.”

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Artículo 250 de la Constitución: “[...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. [...] 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, la mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa. [...]. Parágrafo 2. Adicionada por el Acto Legislativo 06 de 2011, articula 2. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En cada caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.”

⁶⁴ En otros ámbitos pueden consultarse las sentencias C-180 de 2014, C-579 de 2013, C-438 de 2013, C-280 de 2013, C-099 de 2013, C-052 de 2012, C-771 de 2011, C-871 de 2003, entre otras.

⁶⁵ La sentencia C-210 de 2007 sostuvo: “El derecho constitucional a la reparación integral de las víctimas no sólo tiene fundamento expresa en los artículos 1º, 2º y 250 de la Constitución, sino también en varias normas del derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Dijo la Corte que la petición de reparación del daño causada surge: i) del concepto mismo de dignidad humana que busca restablecer a las víctimas las condiciones anteriores al hecho ilícito (artículo 1º superior), ii) del deber de las autoridades públicas de proteger la vida, honra y bienes de los residentes y de garantizar la plena efectividad de sus derechos (artículo 2º de la Carta), iii) del principio de participación e intervención en las decisiones que los afectan (artículo 2º de la Constitución), iv) de la consagración expresa del deber estatal de protección, asistencia, reparación integral y restablecimiento de los derechos de las víctimas (artículo 250, numerales 6º y 7º, *idem*) y, v) del derecho de acceso a los tribunales para hacer valer los derechos, mediante los recursos ágiles y efectivos (artículos 229 de la Constitución, 18 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.”

estatales de racionalización de la persecución penal, que subyacen bajo la consagración constitucional del principio de oportunidad penal. La Corte ha establecido una doctrina que abandona una concepción reductora de los derechos de las víctimas fundada en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas con el delito tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él para reivindicar también, de manera prevalente, sus derechos a la verdad y a la justicia. El alcance de los derechos de las víctimas, ha sido sistematizado por la jurisprudencia constitucional (C-936/10).⁶⁶

La jurisprudencia constitucional ha incorporado en el orden interno los estándares internacionales establecidos en los sistemas de protección de derechos humanos, respecto de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, extendiendo sus contenidos a las víctimas de los delitos en general. En la sentencia C-209 de 2007 se

⁶⁶ *“El derecho a la verdad. El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (principios 1° a 4) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber. El primero, comparte el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima. El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte. Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como una de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadera derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en “que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas” El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito. El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas. La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer las efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.” Sentencia C-454 de 2006.*

dijo que los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral se encuentran garantizados en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección “no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención en los que la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos deberá hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, así como con las definiciones que el propio Constituyente adoptó al respecto, *v.gr.*, caracterizar a las víctimas como intervinientes especiales a lo largo del proceso penal, no supeditadas al fiscal, sino en los términos que autónomamente fije el legislador (art. 250, numeral 7 C.P.).”

5.6. La aplicación del principio de oportunidad exige la intervención del *juez de control de garantías* para ejercer el control de legalidad (art. 250 superior), como expresión del carácter reglado, que será obligatorio y automático, y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General para sustentar la decisión.⁶⁷ Bajo una interpretación sistemática del Acto Legislativo 03 de 2002 ha colegido la Corte que el constituyente derivado previó la existencia del control judicial por parte del juez de garantías en i) todos aquellos casos en que aparezca la necesidad de asegurar la protección de los derechos fundamentales y ii) en cualquiera de las tres formas de operatividad del principio de oportunidad, esto es, para interrumpir, suspender o terminar la persecución.⁶⁸

La sentencia C-979 de 2005 declaró la inexactitud de una expresión contenida en la versión original del artículo 327 de la Ley 906 de 2004,⁶⁹ toda vez que restringía el control de legalidad por parte del juez de garantías solamente a la renuncia cuando la Constitución prevé su operatividad en *todos* los eventos como lo son también la interrupción y la suspensión.⁷⁰ No debe desconocerse que el control

⁶⁷ El artículo 327 de la Ley 906 de 2004 expresa: “Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad. Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano. La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.”

⁶⁸ Sentencia C-095 de 2007.

⁶⁹ “El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, *siempre que con esta se extinga la acción penal*”.

⁷⁰ Dijo la Corte: “Tal expresión, en cuanto reduce el principio de oportunidad a una sola (la renuncia), de los tres supuestos procesales (renuncia, interrupción y suspensión) a través de los cuales actúa, desconoce las reglas jurisprudenciales trazadas por esta Corte en el sentido que la oportunidad reglada opera a través de

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.⁷¹ La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal, respecto del autor o participe en cuyo favor se decida.⁷² En la sentencia C-979 de 2005 se avaló la constitucionalidad del artículo 330 de la Ley 906 de 2004⁷³ que contempla como deber del Fiscal General expedir un reglamento que determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla sus finalidades y se ajuste a la ley y a la Constitución, debiendo desarrollar el plan de política criminal del Estado.⁷⁴

6. La suspensión del procedimiento a prueba y la justicia restaurativa

6.1. **En el mundo contemporáneo** la suspensión a prueba del trámite de ciertos procesos penales constituye un método de reducción del uso de la prisión y cuestionamiento al encarcelamiento como factor de reproducción del crimen. La

la renuncia, la suspensión y la interrupción de la acción penal. Adicionalmente, las consecuencias que se derivan de la expresión demandada, en cuanto restringen el ámbito del control judicial sobre el principio de oportunidad, son extrañas a las antecedentes legislativas de la reforma constitucional que demarcan una clara preocupación del constituyente secundario de rodear la aplicación del principio de oportunidad de controles judiciales que lo preservaran de eventuales desequilibrios en que se pudiera incurrir en su aplicación. Finalmente, despojar de control jurisdiccional las decisiones de la Fiscalía, que como la suspensión del procedimiento a prueba, comporta afectación de derechos fundamentales, vulnera la primacía y garantía de protección que a estos valores confiere el orden constitucional (arts. 2° y 5°), así como el derecho a acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad (arts. 13 y 228), por que se crearía la posibilidad que unas decisiones que afectan derechos fundamentales estuviesen amparadas por el control judicial, en tanta que otras que involucran la misma situación estuviesen sustraídas de tal control."

⁷¹ Sentencia C-979 de 2005.

⁷² El artículo 329 de la Ley 906 de 2004 señala: "Efectos de la aplicación del principio de oportunidad. La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o participe en cuyo favor se decida, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, eventa en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o participes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas."

⁷³ Se limitó el pronunciamiento a los cargos examinados.

⁷⁴ Expuso el Tribunal Constitucional: "los deberes de reglamentación, general e interna, que las normas acusadas imponen al Fiscal General de la Nación en materia de aplicación del principio de oportunidad y funcionamiento de la justicia restaurativa, encuentran pleno respaldo en la Carta como medios de promover valores en ella establecidas como el principio de competencia preferente, el principio de unidad de gestión y jerarquía (Art. 251.3 CP), el principio de igualdad en su expresión de igualdad de trato ante la ley (Art. 13 CP), y el deber de promoción y protección de los derechos de las víctimas que el orden jurídico radica en el Fiscal y sus agentes. Los poderes de reglamentación que se asignan al Fiscal General de la Nación, se insertan en la autonomía administrativa y presupuestal que la Carta (art. 249 C.P.) reconoce a la Fiscalía. Sin embargo tal autonomía no es absoluta, en tanta que encuentra límites claros en la Constitución y la ley. En ejercicio de esa facultad el Fiscal General no puede nunca desconocer el ámbito que le demarcan la Constitución y la ley, ni puede invadir la cláusula general de reserva legal. De tal manera que los poderes de reglamentación de este funcionario deben tener siempre un referente normativo en la ley y estar sometidos a los controles judiciales propios de los actos administrativos."

descriminalización y la despenalización pueden lograrse a través de mecanismos de sustitución y de penas alternativas (sanciones penales de carácter compensatorio y reparador), que tomen en consideración a las partes partiendo del propio imputado y el interés de la víctima del delito en la consecución común de una vida comunitaria menos conflictiva. La solución de conflictos por mecanismos de intervención de la propia voluntad de los protagonistas se convierte en instrumentos eficaces de resolución de conflictos, al evitar la continuación del trámite de enjuiciamiento penal.⁷⁵

La descripción conceptual⁷⁶ de la suspensión del procedimiento a prueba permite señalar que es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal en favor del sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con determinadas obligaciones legales para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídicas penales posteriores. En el evento de incumplirse la prueba se tiene la facultad para revocar la medida y retomar la persecución penal contra el investigado.⁷⁷ Del modo como está regulado en el derecho penal argentino, la suspensión del proceso penal a prueba es un supuesto de paralización temporal del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, que puede disponerse a solicitud de la persona investigada, por el cual se impone a ésta el deber de cumplir con ciertas condiciones durante un periodo de tiempo, de modo tal que si cumple satisfactoriamente con ellas se extingue la acción penal, mientras que el trámite procesal continúa su curso en el evento de incurrir en injustificados y maliciosos incumplimientos de esas condiciones.⁷⁸

En la legislación comparada adopta distintas modalidades. Se han establecido sistemas que admiten la suspensión a prueba de la persecución penal en cualquier momento del proceso o bien en algunas etapas. Algunos funcionan desde el inicio del proceso y otros solo lo permiten en una etapa avanzada.⁷⁹ De esta forma, dichos sistemas tienen en común que el proceso en algunas de sus fases puede suspenderse a prueba, radican la diferencia es en la etapa del proceso en la que resulta admisible. No debe olvidarse que también funciona como modo de evitar el

⁷⁵ Suspensión del proceso penal a prueba. Gustavo L. Vitale. 2ª edición actualizada. 2004. Págs. 17-18, 25-26.

⁷⁶ Alberto Bovino (revista Pena y Estado No. 2 Ministerio Público, Buenos Aires, 1997), en su texto "La persecución penal pública en el derecho anglosajón", cita a Esteban Marino en su obra "suspensión del procedimiento a prueba en AA.VV.", el nuevo código procesal penal de la Nación, análisis crítico pág. 36, Buenos Aires, 1993.

⁷⁷ Principio de oportunidad. Alejandro Garzón Marín y César Augusto Londoño Ayala. Ediciones Nueva Jurídica. Colección Estudios No. 8. 2006. Bogotá. Págs. 263-264.

⁷⁸ Suspensión del proceso penal a prueba. Gustavo L. Vitale. Pág. 29.

⁷⁹ Suspensión a prueba del pronunciamiento de una condena o de la fijación de pena en la sentencia declarativa de culpabilidad.

cumplimiento de la pena producto de una sentencia condenatoria.⁸⁰ En Argentina se suspende el trámite del proceso penal en cualquiera de sus etapas, por lo que admite paralizar el trámite judicial desde el comienzo del proceso, vinculándose con cualquier sistema de *diversión*, cuya operatividad no debe esperar necesariamente hasta proferirse la sentencia, sino que procede en cualquier etapa anterior. En los Estados Unidos se basa en el principio de oportunidad procesal amplio, por lo que los sistemas de *diversión* se aplican en general a numerosos casos que de otra manera no hubieren ingresado al sistema judicial. Otra modalidad de suspensión a prueba corresponde con los sistemas de *probation* del derecho anglosajón, una de las cuales consiste en paralizar el proceso recién en el momento de su conclusión, previo al pronunciamiento de la sentencia o inmediatamente después de declarada la culpabilidad y antes de determinar la pena a aplicar.⁸¹

Para la suspensión del pronunciamiento de la condena Inglaterra exige la previa declaración de culpabilidad *-conviction-*, mientras que en Estados Unidos, la *probation* se aplica sin precedente declaración de culpabilidad. Cada día se impone el principio de oportunidad como un sistema más de *diversión*. Países como Escocia y Holanda utilizan la oportunidad unida a la imposición de ciertas medidas sustitutivas de la pena y favorecedora de la reinserción social del reo. Legislaciones como la alemana, italiana, belga, noruega, portuguesa, irlandesa, danesa, luxemburguesa, polaca, de ciertos cantones suizo y en menor medida la francesa, contemplan en catálogo cerrado para concretos delitos o delitos menores, *in genere*, la aplicación del principio de oportunidad por el Ministerio Público, absteniéndose sin más de la acusación o suspendiendo ésta bajo ciertas condiciones, cuyo cumplimiento se impone al acusado.⁸² Los sistemas de suspensión a prueba han venido teniendo aplicación no solo para delitos leves, sino también para aquellos que revisten de verdadera gravedad. Su aplicación no queda reservada en general para imputados que carezcan de antecedentes penales, sino que procede aún para quienes registren condenas anteriores. En Inglaterra en principio es aplicable a todo género de delitos, igual que en Estados Unidos.⁸³

6.2. **En Colombia** uno de los casos de aplicación del principio de oportunidad es cuando proceda la “suspensión del procedimiento a prueba” en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones

⁸⁰ *Ibidem*. Algunas diferencias de nuestra suspensión del proceso penal a prueba con otros sistemas afines. Págs. 41 a 48.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*. A nivel de las legislaciones en que la suspensión del proceso está relacionada con la suspensión de la ejecución de la condena o se aplica respecto de delitos de menor gravedad en el ámbito latinoamericano, puede consultarse el texto “Aproximación al estudio del principio de oportunidad”, de Juan Carlos Forero Ramírez. Segunda Edición. Págs. 22 a 225.

impuestas (num. 7, art. 324, Ley 906 de 2004). Por tanto, un supuesto de la operatividad del principio de oportunidad es la suspensión de la investigación o de la persecución penal, configurada por la ley procesal penal en los artículos 325⁸⁴ y 326.⁸⁵

La Corte ha señalado que esta modalidad de ejercicio del principio de oportunidad consiste en “la prerrogativa para el imputado [hoy también para el acusado] de solicitar al fiscal la suspensión de la actuación por un periodo de prueba que no podrá ser superior a tres (3) años, acompañada del ofrecimiento de un plan de reparación integral del daño. Es un espacio para la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa, particularmente la mediación, en los eventos en que ésta resulte procedente. La suspensión se otorga supeditada al cumplimiento de unas condiciones previstas en la ley, que impone el fiscal, quien también está facultado para aprobar o modificar el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en la ley.”⁸⁶

⁸⁴ Modificado por el artículo 3º de la Ley 1312 de 2009. Esta disposición señala que el imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo que pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que manifiesten i) un plan de reparación del daño y ii) las condiciones que estaría dispuesto a cumplir. El plan podrá consistir i) en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, ii) la reparación integral de los daños causados a las víctimas o iii) la reparación simbólica, en forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa. Presentada la solicitud, individual o colectiva, el fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecida en el Código de Procedimiento Penal. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad. El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

⁸⁵ Modificado por el artículo 4º de la Ley 1312 de 2009. Esta disposición señala que las condiciones a cumplir durante el periodo de prueba. El fiscal fijará el periodo de prueba que no podrá ser superior a tres (3) años y determinará una o varias de las condiciones que deberán cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento, entre las siguientes: a) Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo. b) Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas. c) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad. d) Someterse a un tratamiento médico o psicológico. e) No poseer o portar armas de fuego. f) No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves. g) La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley. h) La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas. i) La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento. j) La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa. k) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social. l) La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales. m) La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o, aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el parágrafo 2º del artículo 324. Durante el periodo de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad. Vencido el periodo de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal solicitará el archivo definitivo de la actuación.

⁸⁶ Sentencia C-979 de 2005.

6.3. La sentencia C-979 de 2005 al declarar la inexecutable parcial⁸⁷ de la versión inicial del artículo 327⁸⁸ de la Ley 906 de 2004, por haber despojado de control judicial obligatorio y automático al principio de oportunidad⁸⁹ en relación con el supuesto único de la renuncia,⁹⁰ refirió en términos generales⁹¹ a las condiciones que puede imponer el fiscal al imputado durante el tiempo de suspensión del procedimiento a prueba (art. 326),⁹² que con la reforma introducida por el artículo 4º de la Ley 1312 de 2009, comprende también al acusado y hasta antes de la audiencia de juzgamiento, además que en esencia constituyen las mismas situaciones salvo la introducción del literal m).⁹³ En dicha decisión, después de una lectura de cada una de las condiciones para la suspensión del procedimiento a prueba, la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, encuentra que tales medidas involucran restricciones a los derechos fundamentales que tocan con la libertad personal, la libertad de locomoción y la intimidad -nums. 1⁹⁴, 6⁹⁵, 11⁹⁶, inciso final⁹⁷-, en tanto que otras entrañan una intromisión al ámbito de la autonomía individual -nums. 2⁹⁸, 3⁹⁹, 8¹⁰⁰, 9¹⁰¹, 10¹⁰²-,

⁸⁷ Expresión "siempre que con esta se extinga la acción penal."

⁸⁸ "Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectiva, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal. Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano y contra esta determinación no procede recurso alguna. La aplicación del principio de oportunidad y los acuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad." Disposición hoy modificada por el artículo 5º de la Ley 1312 de 2009.

⁸⁹ Dijo la Corte: "Una formulación coherente con la estructura de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el que configura la Ley 906 de 2004, exige que las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales del imputado, se resuelvan en el ámbito jurisdiccional. La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías."

⁹⁰ Concluyó este Tribunal: "Despojar de control jurisdiccional las decisiones de la Fiscalía, que como la suspensión del procedimiento a prueba, comporta afectación de derechos fundamentales, vulnera la primacía y garantía de protección que a estos valores confiere el orden constitucional (Arts. 2º y 5º), así como el derecho a acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad (Arts. 13 y 228), por que se crearía la posibilidad que unas decisiones que afectan derechos fundamentales estuviesen amparadas por el control judicial, en tanto que otras que involucran la misma situación estuviesen sustraídas de tal control."

⁹¹ Sin que haya examinado su constitucionalidad.

⁹² Versión inicial.

⁹³ La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o, aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el párrafo 2º del artículo 324.

⁹⁴ Residir en un lugar determinado controlada por el propio fiscal.

⁹⁵ Prohibición de conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.

⁹⁶ Obligación de observar buena conducta individual, familiar o social.

⁹⁷ Someterse a la vigilancia que el fiscal determine.

⁹⁸ Participación en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.

⁹⁹ Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.

¹⁰⁰ Realización de actividades a favor de la recuperación de la víctima.

¹⁰¹ Colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas.

¹⁰² Manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.

por lo que no pueden quedar sustraídas del control jurisdiccional. En segundo lugar, señaló que muchas de las condiciones previstas en el marco de la suspensión del proceso tienen el mismo alcance de ciertas medidas de aseguramiento no privativas de la libertad pero sí de otros derechos (art. 307 b, Ley 906/04), que solo pueden imponerse por el juez de control de garantías. Así del artículo 326 el inciso final¹⁰³ queda cobijado por el art. 307.b.1 y 307.b.2;¹⁰⁴ el num. 11¹⁰⁵ coincide con el art. 307.b.4.¹⁰⁶

Observó la Corte que por vía de suspensión del procedimiento se autoriza al fiscal adoptar medidas que envuelven interferencias más drásticas sobre la autonomía del individuo (art. 16 superior) que las propias medidas de aseguramiento. Así las restricciones relativas al derecho a elegir el lugar de residencia y de libertad de locomoción, que como medida de aseguramiento consisten en la prohibición de salir del país o del ámbito territorial que fije el juez (art. 307.b.5), como condición asociada a la suspensión del proceso se extiende a la obligación de residir en un lugar determinado e informar al fiscal cualquier cambio del mismo (art. 326.1). Explicó que medidas como participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas, someterse a un tratamiento médico o psicológico e incluso la manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se imputa (art. 326.2.4.10), no están contempladas como medidas de aseguramiento (art. 307), ni siquiera como penas privativas de otros derechos (art. 43, Ley 599/00). Otras de las condiciones tienen el mismo contenido de ciertas penas privativas de otros derechos que corresponden a la competencia exclusiva del juez de conocimiento. Cita como ejemplo la prohibición de poseer o portar armas de fuego o la de conducir vehículos automotores (art. 326.5.6), que corresponden en su contenido a penas privativas de derechos conforme al artículo 43.5¹⁰⁷.6¹⁰⁸ del Código Penal.¹⁰⁹

6.4. Los artículos 518 a 521 de la Ley 906 de 2004 contienen las disposiciones generales sobre *justicia restaurativa*. Por programa de justicia restaurativa entiende todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en

¹⁰³ Someterse a la vigilancia que el fiscal determine.

¹⁰⁴ Establecen la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada.

¹⁰⁵ Obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

¹⁰⁶ Obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho. Dijo además la Corte: "con la diferencia que cuando quien la impone es el juez de control de garantías y como medida de aseguramiento, se establecen unas sanas cautelas relativas a la relación entre la medida y el hecho."

¹⁰⁷ La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.

¹⁰⁸ La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.

¹⁰⁹ Sentencia C-979 de 2005.

busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Entiende por resultado restaurativo el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad (art. 518).

Los procesos de justicia restaurativa se rigen por los principios generales del Código de Procedimiento Penal y particularmente por las siguientes reglas (art. 519):

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

El fiscal o el juez, para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa deberá i) informar plenamente a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión y ii) cerciorarse que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en proceso restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los haya inducido a hacerlo por medios desleales (art. 520). Finalmente, se instituyen como mecanismos de justicia restaurativa i) la conciliación preprocesal¹¹⁰, ii) la conciliación en el incidente de reparación integral y iii) la mediación¹¹¹ (art. 521, Ley 906 de 2004).

La Corte ha referido a la justicia restaurativa como *mecanismo alternativo para la resolución de conflictos*. En la sentencia C-979 de 2005¹¹² examinó las facultades conferidas al Fiscal General para expedir un reglamento que garantice el

¹¹⁰ Artículo 522 de la Ley 906 de 2004.

¹¹¹ Artículos 523 a 527 de la Ley 906 de 2004.

¹¹² Declaró la exequibilidad, por los cargos analizados, de los artículos 330 y 527 de la Ley 906 de 2004, que señalan: **Artículo 330.** Reglamentación. El Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley. El reglamento expedido por la Fiscalía General de la Nación deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado. **Artículo 527.** Directrices. El Fiscal General de la Nación elaborará un manual que fije las directrices del funcionamiento de la mediación, particularmente en la capacitación y evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de la mediación y, en general, los programas de justicia restaurativa.

procedimiento interno para asegurar la aplicación del principio de oportunidad y para elaborar un manual que fije las directrices de funcionamiento de la mediación en materia de justicia restaurativa.¹¹³ Luego de mencionar las múltiples disfunciones que plantea el sistema penal tradicionalmente justificado en fines principalmente retributivos y punitivos, explica la decisión que en la actualidad se presenta un significativo auge de nuevos enfoques que se fundamentan en la introducción de una perspectiva restauradora como paradigma alternativo. Así la justicia restaurativa busca rescatar la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario en relación con el daño inferido. Afirmó esta Corporación que el sistema penal debe orientarse “a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica.”¹¹⁴

Este modelo de justicia propicia que el ofensor se enfrente con sus propios actos y sus consecuencias, adquiera conciencia sobre el daño generado, reconozca y asuma sus responsabilidades y repare el agravio, lo cual es un enfoque apoyado en las necesidades emocionales, relacionales y reparatorias de los involucrados en el conflicto. Demanda el mayor grado de subsanación posible del daño, bajo un enfoque cooperativo que pretende generar un espacio para que los implicados se reúnan, compartan sus sentimientos y elaboren un plan de reparación que satisfaga intereses y necesidades recíprocas. Todo lo cual encuentra fundamento en el Acto Legislativo 03 de 2002, al expresar en el numeral 7 que la ley fijará los mecanismos de justicia restaurativa.¹¹⁵

La comunidad internacional no ha sido ajena a la relevancia de la aplicación de la justicia restaurativa en los sistemas nacionales. Como lo anotó la sentencia a la cual se alude, C-979 de 2005, el 27 de julio de 2000 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas expidió la Resolución 2000/14 que establece los “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”.¹¹⁶ Adicionalmente, del informe del Grupo de Expertos creado por el

¹¹³ Artículos 189.11, 249, 250 y 251 de la Constitución.

¹¹⁴ Cfr. sentencia C-979 de 2005.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Pueden resaltarse, entre otros aspectos, los siguientes: “**I. Definiciones.** 1. Por “programa de justicia restaurativa” se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos. 2. Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias. 3. Por

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal,¹¹⁷ se destaca: (i) la importancia que reviste en el concierto internacional el tema de la justicia restaurativa como mecanismo complementario de la justicia penal; (ii) la reevaluación que este instituto plantea en las relaciones entre la víctima, el ofensor y el Estado; (iii) la necesidad de que los mecanismos de justicia restaurativa, no obstante la flexibilidad que introducen, se manejen dentro del imperio de la ley y su supervisión siempre esté a cargo del Estado; y (iv) la importancia de que su instauración atienda las particularidades de cada sistema jurídico, y los rasgos culturales de la sociedad en que se aplica.

A nivel de la configuración de los mecanismos de justicia restaurativa, la Corte en la mencionada decisión puso de presente el contenido del artículo 521 de la Ley 906 de 2004, que aludió a los mecanismos de justicia restaurativa, aunque no por ello dejó de reconocer que su ámbito y posibilidades de aplicación no se agotan en ellos.

6.5. Bajo el capítulo II, del libro VI, denominado “*conciliación preprocesal*”, el artículo 522¹¹⁸ de la Ley 906 de 2004 alude a la conciliación en los delitos

“resultado restaurativo” se entiende un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente. 4. Por “partes” se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo. 5. Por “facilitador” se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo. II. Utilización de programas de justicia restaurativa. 6. Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional. 7. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Los acuerdos se alcanzarán en forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas. 8. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. 9. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso. 10. La seguridad de las partes debe ser tomada en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso. 11. Cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad.”. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. E/CN.15/2002/5/Add.1. Informe del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal.

¹¹⁷ Este texto contiene un resumen del Informe de la reunión del grupo de expertos sobre justicia restaurativa a la Comisión de prevención del delito en su 11° período de sesiones, Viena 16 al 25 de abril de 2002. Cfr. E/CN.15/2002/5/Add.1

¹¹⁸ “La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querrelables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal. En el primer evento, el fiscal citará a querrelante y

querellables.¹¹⁹ Esta Corporación en la sentencia C-591 de 2005 declaró exequibles, por los cargos examinados, los incisos 1 y 2 de dicha disposición destacando el papel que debe cumplir la Fiscalía General en relación con las víctimas en el nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria y aplicando al nuevo modelo las líneas jurisprudenciales en materia de conciliación. En dicha decisión se indicó que el Acto Legislativo 03 de 2002 no introdujo cambio alguno en materia de mecanismos de solución alternativa de conflictos, aunque sí modificó algunas de las funciones que está llamada a cumplir la Fiscalía en relación con las víctimas de los delitos, competencias que no se oponen a que la fiscalía en materia de delitos querellables continúe realizando una labor de conciliador teniendo aplicación la jurisprudencia que sobre la materia ha sentado la Corte, porque el órgano de investigación sigue siendo parte de la rama judicial y su actividad continúa regida por los principios de independencia e imparcialidad, inherentes a la actividad del conciliador.¹²⁰

querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación. Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro de conciliación reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así la constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación. La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente. En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal. La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecida en la Ley 640 de 2001."

¹¹⁹ Cfr. artículo 74 de la Ley 906 de 2004. Modificado por el artículo 4° de la Ley 1142 de 2007. Modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011. Delitos que requieren querrela.

¹²⁰ Como características de la conciliación se expuso: "(i) Es un instrumento de autacomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes; (ii) es una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia; (iii) no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, a particular, no interviene para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora; (iv) es un mecanismo útil para la solución de los conflictos, porque ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial; (v) constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el criterio pacifista que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad; (vi) es un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones; (vii) tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, a en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico; (viii) es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador en varios aspectos, tales como: las autoridades o sujetos competentes para intervenir en la actividad de conciliación y los facultades de las cuales disponen; las clases o tipos de conciliación admisibles y los asuntos susceptibles de ser conciliados; las condiciones bajo las cuales se pueden presentar peticiones de conciliación; los trámites que deben sufrir dichas peticiones; la renuencia a intentarlas y las consecuencias que se derivan de ella; la audiencia de conciliación, la formalización del acuerdo total o parcial entre las partes a la ausencia de éste y la documentación de lo actuado¹²⁰; (ix) no debe ser interpretada solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan¹²⁰; (x) se trata de un mecanismo de estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos

6.6. En cuanto al **incidente de reparación integral** como mecanismo de justicia restaurativa, el capítulo IV del título II, refiere al “ejercicio del incidente de reparación integral”, contenido en los artículos 101 a 108 de la Ley 906 de 2004, que aluden principalmente a la procedencia y ejercicio del incidente,¹²¹ trámite, audiencia de pruebas y alegaciones y decisión de reparación integral. En la sentencia C-979 de 2005 se manifestó que “la configuración que introduce el legislador sobre este mecanismo restaurador, permite al juez un amplio margen de maniobrabilidad orientado a propiciar a esta altura del proceso una conciliación entre víctima y sentenciado a cerca de la pretensión de reparación integral. Así, si en una primera audiencia fracasa en el propósito conciliatorio, puede convocar a una segunda audiencia para insistir en la búsqueda del acuerdo conciliatorio que ponga fin al incidente; de concretarse, se incorporará a la decisión condenatoria. En caso contrario corresponderá al juez decidir sobre la pretensión, teniendo en cuenta las pruebas presentadas por los interesados y los argumentos expuestos a favor de sus pretensiones. La decisión se adoptará en la misma audiencia y se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.”

6.7. Por último, **la mediación** se encuentra prevista en el capítulo III del libro IV, en los artículos 523 a 527 de la Ley 906 de 2004, que conciernen al concepto¹²², la procedencia¹²³, la solicitud¹²⁴, los efectos¹²⁵ y las directrices.¹²⁶ En la sentencia C-

asuntos que son de verdadera trascendencia social; (xi) se enmarca dentro del movimiento de reformas para garantizar el acceso a la justicia¹²⁰; (xii) puede ser judicial o extrajudicial; y (xiii) el legislador ha aptado por regular en norma especial la conciliación en materia penal, dada la naturaleza de la acción penal, el tipo de conflictos que dan lugar a la investigación penal, las consecuencias frente al derecho a la libertad personal que conlleva este tipo de responsabilidad y el interés público en ella involucrada, entre otros factores.” Cfr. sentencias C-1257 de 2001, C-591 de 2005 y C-979 de 2005.

¹²¹ Modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente: “En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.” Declarado executable, por los cargos estudiados, en la sentencia C-250 de 2011.

¹²² “Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.”

¹²³ “La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínima de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para atargar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.”

¹²⁴ “La mediación podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado

979 de 2005 la Corte señaló que “es un mecanismo que genera un espacio institucional para que la víctima y el ofensor (imputado o acusado) intercambien opiniones y confronten sus puntos de vista, para que a través de un mediador, que conforme a la ley debe ser neutral, logren solucionar el conflicto suscitado con ocasión de la conducta punible.” En el ámbito normativo internacional las cuatro formas de reparación son la restitución, la indemnización, la rehabilitación y la satisfacción y garantía de no repetición, las cuales son complementarias a fin de lograr la reparación adecuada.¹²⁷

En suma, estos mecanismos restauradores en el contexto normativo internacional no pretenden ser limitativos sino complementarios de las modalidades previstas en el inciso 2 del artículo 523 de la Ley 906 de 2004.

7. El libre desarrollo de la personalidad y sus límites constitucionales

7.1. Un Estado que se predique humanista opta por el mayor grado de respeto por las libertades fundamentales. La Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos salvaguardan el “libre desarrollo de la personalidad”. El artículo 16 superior señala: *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”* Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos

para esos efectos, proceda a designar el mediador. En los casos de menores, inimputables y víctimas incapaces, sus representantes legales deberán participar en la mediación.”

¹²⁵ *“La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral. El mediador expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación. Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.”*

¹²⁶ *“El Fiscal General de la Nación elaborará un manual que fije las directrices del funcionamiento de la mediación, particularmente en la capacitación y evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de la mediación y, en general, los programas de justicia restaurativa.”* Declarado exequible en la sentencia C-979 de 2005, por los cargos analizados.

¹²⁷ *“La restitución se realiza a través de acciones orientadas a devolver, en la medida de la posible, a la víctima a la situación que se encontraba antes de ser afectada por el ilícito, tiene un alcance que trasciende lo meramente pecuniario en cuanto atañe al restablecimiento de todos sus derechos que le permitan continuar con una vida normal en su entorno social, familiar, de ciudadanía, laboral y económica. La indemnización se identifica con las medidas orientadas a lograr el resarcimiento de los daños generados por el ilícito y que sean cuantificables económicamente (daños física y mental; la pérdida de oportunidades de desarrollo; los daños materiales y la pérdida de ingresos incluido el lucro cesante; el daño a la reputación o a la dignidad, las disminuciones patrimoniales). La rehabilitación corresponde al conjunto de acciones que se orientan a proporcionar a la víctima la atención y asistencia que requiera desde el punto de vista médico, psicológico, social y jurídico. La satisfacción y las garantías de no repetición atañen a aquellas acciones dirigidas, de una parte a deshacer el agravio inferido a la víctima, y de otra, a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectarían sus derechos, las cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa.”*

Humanos, 1948, garantiza a toda persona el “desarrollo libre y pleno de la personalidad”.¹²⁸

Desde sus albores esta Corte ha edificado una jurisprudencia consolidada en torno a su defensa. Como derecho personalísimo encuentra sustento principal en los principios de dignidad humana y pluralista (art. 1º superior), asiento del Estado social de derecho. De la libertad como valor superior, principio constitucional y derecho fundamental, se sigue el reconocimiento de la persona como un ser con capacidad de autodeterminación y legitimado para exigir su protección. Su interpretación debe tomar como punto de partida la expresión “libre”, en la medida que “corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros ni vulnere el orden constitucional.”¹²⁹

7.2. El núcleo esencial lo comprende “aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo.”¹³⁰ El vivir en comunidad y poder experimentar ser iguales y libres respecto a los demás, incluye la posibilidad de actuar y sentir de manera diferente, fijar sus opciones de vida acorde con las propias elecciones y anhelos, en la demanda de respeto de esas decisiones por los demás miembros de la sociedad.¹³¹ De tal manera que involucra la libertad *in nuce*, porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella, constituyendo el fundamento último de los derechos que tiendan a la protección de las opciones vitales que adopte cada persona de manera autónoma.¹³²

Reconocer la autonomía personal es “constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y

¹²⁸ Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Artículo 26.2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. Artículo 29.1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

¹²⁹ Sentencias C-309 de 1997, C-481 de 1998 y C-373 de 2002.

¹³⁰ Sentencias C-481 de 1998 y C-373 de 2002.

¹³¹ Sentencia T-124 de 1998, C-930 de 2008 y C-639 de 2010.

¹³² Sentencias C-221 de 1994, C-109 de 1995, C-718 de 2006 y C-383 de 2012.

lo malo, sobre el sentido de su existencia.” De ahí que decidir por cada sujeto es “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.”¹³³ Ello ha permitido sostener a este Tribunal que “el ámbito que encierra el libre desarrollo de la personalidad, comprende la libertad general de acción, esto es, ‘la libertad general de hacer o no hacer lo que se considere conveniente’. La amplitud de su objeto se explica por el propósito del Constituyente de reconocer un derecho completo a la autonomía personal, de suerte que la protección de este bien no se limite a los derechos especiales de libertad que se recogen en el texto constitucional, sino que las restantes manifestaciones bajo la forma de derechos subjetivos de autonomía ingresen en el campo del libre desarrollo de la personalidad. El mencionado derecho representa la cláusula de cierre de la libertad individual”.¹³⁴

7.3. Ahora bien, siendo uno de los derechos más importantes del individuo y, por tanto, merecedor de una protección intensa al resguardar las opciones de vida que los individuos acogen en uso de sus facultades de juicio y autodeterminación, no impide que pueda ser ponderado en relación con otros bienes o derechos constitucionales¹³⁵. El enunciado “*sin más limitaciones que la que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*”, que complementa el artículo 16 superior, permite afirmar que pueden establecerse limitaciones al libre desarrollo de la personalidad, las cuales serán válidas siempre que armonicen plenamente con la Constitución¹³⁶. Disposición que debe apreciarse en correspondencia con el artículo 95.1 de la Constitución, que consagra como deberes de la persona y del ciudadano el “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Aquellos comportamientos que solo conciernen a la persona y, por ende, son expresiones propias del *núcleo básico* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, no pueden ser restringidos por el legislador. El nexo intenso que tiene con el pluralismo permite aseverar la relevancia de mantener viva esta libertad para que puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, respecto a las cuales

¹³³ Sentencias C-221 de 1994, T-067 de 1997 y C-098 de 2003.

¹³⁴ Sentencias T-222 de 1992, T-067 de 1998 y C-718 de 2006.

¹³⁵ Sentencias SU.642 de 1998, C-449 de 2003, C-435 de 2013.

¹³⁶ El juicio de validez constitucional de una regla de derecho que constituya un límite al libre desarrollo de la personalidad consiste en establecer si la medida limitativa persigue un propósito válido constitucionalmente, si el sacrificio a la autonomía resulta adecuado a la consecución del objetivo superior, si es necesaria por no existir alternativa razonable menos restrictiva de la libertad e igualmente eficaz y, por último, si es estrictamente proporcional en relación con el fin pretendido. La intensidad del juicio de proporcionalidad se hará más estricta en cuanto mayor sea la cercanía del ámbito en que se produce la restricción con el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sentencias C-309 de 1997, T-067 de 1998, SU.642 de 1998 y C-373 de 2002.

el Estado debe ser neutral.¹³⁷ El llamado “perfeccionismo” o “moralismo jurídico”, que considera como deber del ordenamiento jurídico emplear instrumentos coactivos para imponer determinados modelos de virtud o de excelencia humana, está proscrito constitucionalmente.¹³⁸ No resultan suficientes para restringir este derecho las *simples invocaciones* del interés general, de los deberes sociales, de los derechos ajenos de rango legal y de argumentos morales.¹³⁹

7.4. En la sentencia C-040 de 2006 se declararon inexecutable los artículos 1º y 4º del Decreto Ley 1136 de 1970, al permitir la reclusión en asilo, hospital, clínica u otro establecimiento a quienes en lugar público o abierto al público ejerciera la mendicidad, además de prever el sometimiento a tratamiento médico al que perturbe la tranquilidad pública como consecuencia de estado de intoxicación crónica producida por el alcohol, enfermedad mental o consumo de estupefacientes o alucinógenos, hasta obtener su curación o rehabilitación. Al señalar esta Corporación que la mendicidad no es un delito ni una contravención y, por consiguiente, no puede existir sanción alguna por su ejercicio, enfatizó que las políticas perfeccionistas no son de recibo, además que la conducta descrita es indeterminada al no establecer cuáles actos son los que perturban la tranquilidad pública, fuera de que el Estado tiene un constante deber con las personas de proporcionarles bienestar.

En la sentencia C-350 de 2009 la Corte declaró la inexecutable de la disposición del Código Disciplinario Único que establecía como prohibición a todo servidor público de ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres.¹⁴⁰ Luego de denotar el grado de indeterminación de los conceptos acusados en un contexto sancionatorio al ofrecer un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad encargada de establecer si un servidor incurrió en tal prohibición, indicó que la conducta carece de una relación con las exigencias propias de su desempeño, por lo que terminaría comprometiendo ámbitos individuales en los que las personas desarrollan libremente su personalidad, sin que pueda entenderse con ello el desconocimiento del valor que tiene la moralidad pública en un Estado social de derecho.

7.5. En opinión de Rawls, uno de los principios de justicia consiste en que “*cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades*

¹³⁷ Sentencias C-309 de 1997, SU.642 de 1998, T-1023 de 2010, T-407 de 2012, T-565 de 2013 y T-789 de 2013.

¹³⁸ Sentencias C-309 de 1997, C-355 de 2006 y C-115 de 2008.

¹³⁹ Sentencias T-532 de 1992, C-309 de 1997 y C-373 de 2002.

¹⁴⁰ Salvaron voto los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.”¹⁴¹ Es en función de la libertad de los demás y solo de ella que se puede restringir mi libertad.¹⁴² El reconocimiento como un ser libre debe ejercerse en el *contexto social* en que se desenvuelve. Las personas como miembros de la comunidad tienen una “*condición social*”, que constituye un factor a considerar por la ley en la pretensión de “armonizar el despliegue simultáneo de las libertades individuales y la necesaria conjugación de las conductas cuando ello sea necesario para alcanzar fines sociales mercedores de tutela constitucional.”¹⁴³ Por esta razón, la represión legítima de una opción personal debe tener lugar exclusivamente frente a circunstancias que generen *violaciones reales* a los derechos de los demás y comprometa valores objetivos del ordenamiento jurídico, localizados en la *zona de penumbra* y siempre que superen criterios de razonabilidad y proporcionalidad.¹⁴⁴ Puede, entonces, colegirse que las restricciones legítimas al libre desarrollo de la personalidad se reducen a aquellas que efectivamente pretendan proteger los derechos ajenos y el orden constitucional.¹⁴⁵ No es por tanto un derecho de carácter absoluto.¹⁴⁶

8. La drogadicción, el alcoholismo y los enfermos físicos y mentales en el derecho procesal penal

8.1. Ha afirmado este Tribunal que el libre desarrollo de la personalidad no puede ser invocado para desconocer los derechos de otros, ni los colectivos, ni mucho menos para limitar la capacidad punitiva del Estado respecto a comportamientos que

¹⁴¹ Teoría de la Justicia. 1971. John Rawls (1921-2002). Filósofo Estadounidense.

¹⁴² Así lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994, al afirmar que si a la persona se le reconoce autonomía no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena.

¹⁴³ Sentencias T-067 de 1998, C-373 de 2002, C-355 de 2003 y C-718 de 2006.

¹⁴⁴ Sentencias C-309 de 1997, T-124 de 1998, SU.642 de 1998, T-1023 de 2010, T-407 de 2012, T-565 de 2013 y T-789 de 2013.

¹⁴⁵ Sentencia C-435 de 2013.

¹⁴⁶ Ejemplos. En la sentencia C-309 de 1997 la Corte declaró la exequibilidad del artículo 178 del Decreto 1344 de 1970, que sanciona con multa al conductor de vehículo automotor que incurra en la infracción de no utilizar el cinturón de seguridad.¹⁴⁶ Una vez afirmado que en Colombia las políticas perfeccionistas se encuentra abolidas, estimó en cambio que “las medidas de protección coactiva” a los intereses de la propia persona no son en sí mismas incompatibles con la Constitución, el pluralismo, la autonomía y la dignidad de las personas, puesto que “no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado.” Dichas políticas se justifican porque “en determinados casos es legítimo que terceras personas o el propio Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de individuos, como los menores, o los transitoriamente incapaces, incluso contra su voluntad aparente, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio, o se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos.” En otra decisión, C-718 de 2006, declaró exequible el artículo 149 de la Ley 906 de 2004, el cual establece que durante el desarrollo de las audiencias en el marco del sistema penal acusatorio, los jueces, sin excepción, usen la toga lo cual se estimaba que vulneraba la autonomía personal, la dignidad humana, la diversidad cultural, entre otros. Para este Tribunal si bien limita de alguna manera la posibilidad de optar por una determinada indumentaria, no constituye una restricción ilegítima al tener un contenido simbólico que facilita el desarrollo de la audiencia pública y marca una diferencia con el régimen procesal anterior, además de que se ha decidido acceder libremente por los funcionarios judiciales.

pongan en peligro o lesionen derechos reconocidos a las personas o bienes jurídicos como la salud pública, la seguridad pública, el orden económico y social, entre otros.¹⁴⁷ El derecho es una forma de regulación de la conducta interferida, es decir, las acciones de un sujeto en la medida que injieren en el ámbito de otra se entrecruzan con ella. En tanto esto no ocurra, ha manifestado esta Corporación, es la norma moral la que evalúa la conducta de la persona, por lo que se afirma que mientras la norma jurídica es bilateral la moral es unilateral, dado que las obligaciones que impone no crean a favor de alguien la facultad de exigir una conducta debida. En el terreno del derecho el legislador puede señalar la forma en que el individuo debe comportarse con otros, pero no la manera en que ha de conducirse consigo mismo, siempre que no interfiera el campo de acción de otros.¹⁴⁸

Por esta razón, toda interferencia del Estado en la conducta humana que no se oriente a proteger los derechos de los demás y el orden superior, estableciendo límites al derecho fundamental a la libertad, resulta contraria a la Constitución al restringir ilegítimamente su ejercicio. Los solos argumentos morales que no incidan en los derechos ajenos, ni tengan reconocimiento jurídico, resultan insuficientes para limitar la cláusula general de libertad, aunque para muchas personas tales comportamientos puedan resultar moralmente reprochables.¹⁴⁹ La autonomía personal no puede limitarse sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena,¹⁵⁰ de lo contrario se terminaría comprometiendo ámbitos individuales en los que las personas desarrollan libremente su personalidad.¹⁵¹

La característica esencial del derecho es la coacción, ya que la obediencia a los enunciados de la moral queda sujeta a la voluntad individuo.¹⁵² No obstante, la jurisprudencia constitucional ha destacado que la ley como síntesis de la deliberación democrática, no está exenta de valoraciones de contenido ético-social. De ahí que este Tribunal ha admitido que la moralidad pública puede ser fuente de restricciones a la libertad, cuando racionalmente es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible un modelo de democracia constitucional.¹⁵³ La incorporación legal de criterios morales

¹⁴⁷ Sentencia C-689 de 2002.

¹⁴⁸ Sentencia C-221 de 1994.

¹⁴⁹ Sentencia C-373 de 2002. Cfr. sentencia C-350 de 2009.

¹⁵⁰ Sentencia C-221 de 1994.

¹⁵¹ Sentencia C-350 de 2009.

¹⁵² Cfr. Aclaración de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería a la sentencia T-647 de 2008.

¹⁵³ Sentencia C-241 de 2012. En la sentencia C-404 de 1998 se indicó: *"La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armanizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona,*

para definir situaciones jurídicas ha sido examinada pudiendo determinarse que si bien se ha desechado la adopción jurídica de sistemas morales particulares, ha convalidado la noción de moral social como criterio al cual puede acudir el juez constitucional para determinar la conformidad con la Carta Política.¹⁵⁴

8.2. En materia de política criminal el elemento común a cualquier sistema de imputación penal radica en el contenido de injusticia que se atribuye al delito -antijuridicidad-. La Corte ha observado que la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico compromete los derechos ajenos y el orden jurídico. De ahí que “el ejercicio responsable de la libertad implique no afectar derechos ajenos y, al tiempo, no desconocer la capacidad reguladora del derecho como instrumento de vida civilizada, en todo aquello que trascienda el ámbito interno de la persona.”¹⁵⁵ Luego la tipificación de conductas penales constituye un límite al libre desarrollo de la personalidad, impuesto por el ordenamiento jurídico, que será legítimo si los comportamientos regulados son susceptibles de afectar los derechos de los demás y el orden constitucional, de lo contrario “a la sombra de la penalización de conductas se encontrarían delirios autoritarios.”¹⁵⁶ El proceso penal persigue hechos con incidencia jurídica, esto es, aquellos que una vez calificados jurídicamente producen consecuencias imperativas y vinculantes. En esta medida, “sólo resultan apreciables judicialmente los hechos que tienen incidencia para el derecho. La conducta humana sólo es relevante en el proceso penal si puede calificarse como típica, antijurídica y culpable.”¹⁵⁷ De este modo, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad “no habilita a la persona para la comisión indiscriminada de delitos.”¹⁵⁸

8.3. En torno al *tratamiento político criminal del porte, conservación para uso o consumo de sustancia estupefaciente en dosis para uso personal*, este Tribunal se pronunció inicialmente en la sentencia C-221 de 1994, declarando exequible el

portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad. El concepto de orden público en la sociedad democrática basada en los derechos, se refiere a las condiciones y orientaciones valorativas mínimas que deben ser respetadas por sus miembros para que ésta sea una comunidad organizada en términos de libertad y para la libertad. Se comprende, entonces, que la relativización de la libertad obedece a una lógica social que mira a su conservación y a su florecimiento, lo que no sería posible si los planes de vida de todos los sujetos y sus puntos de vista de orden moral, pudieran llevarse a cabo y manifestarse socialmente sin cortapisa o armanización alguna. Na obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte na tiene alternativa diferente a declarar su inexecutableidad.”

¹⁵⁴ Sentencia C-814 de 2001. La sentencia C-241 de 2012 declaró la constitucionalidad de la penalización del incesto en virtud de la protección del bien jurídico de la familia y los valores e instituciones vinculados a ella.

¹⁵⁵ Sentencia C-420 de 2002.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Sentencia C-210 de 2007.

¹⁵⁸ Sentencia C-420 de 2002.

literal j) del artículo 2¹⁵⁹ e inexecutable los artículos 51¹⁶⁰ y 87¹⁶¹ de la Ley 30 de 1986, Estatuto Nacional de Estupefacentes. Sobre la definición de dosis para uso personal lo declaró ajustado a la Constitución, toda vez que *“constituye un ejercicio de la facultad legislativa inscrito dentro de la órbita precisa de su competencia. Porque determinar una dosis para consumo personal, implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca con la libertad del consumidor), con otra ilícita: el narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables”*.¹⁶²

En cuanto a los artículos 51 y 87 que, de una parte, erigió en contravención el porte, conservación para el consumo o consumo de cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis personal, imponiendo una pena de arresto entre 30 días y un año, dependiendo de si se era o no reincidente y, de otro lado, dispuso el internamiento forzado para quien fuere dictaminado como drogadicto, la Corte lo halló contrario a la autonomía individual, la dignidad humana, la igualdad, la primacía de los derechos inalienables del ser humano y la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales:

¹⁵⁹ *“Para efectos de la presente ley se adoptarán las siguientes definiciones: j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad.”*

¹⁶⁰ Capítulo VI, de las contravenciones: *“El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley, incurrirá en las siguientes sanciones: a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual. b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero. c) El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto. La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva Seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella. El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzadamente.”*

¹⁶¹ Capítulo VIII, tratamiento y rehabilitación: *“Las personas que, sin haber cometido ninguna de las infracciones descritas en este estatuto, estén afectadas por el consumo de drogas que producen dependencia, serán enviadas a los establecimientos señalados en los artículos 4 y 5 del decreto 1136 de 1970, de acuerdo con el procedimiento señalado por este Decreto.”*

¹⁶² Señaló la Corte: *“Conforme a la Convención de Viena de 1988, suscrita por Colombia y que, conjuntamente con la ley 67 del 93, fue revisada por esta Corporación, (sent. C-176/94), dicho Instrumento Internacional establece la misma distinción mantenida en el presente fallo, entre consumo y narcotráfico, y que, con respecto al primero, deja en libertad de penalizarlo o no, a los Estados signatarios.”*

*"Que una persona que no ha cometido ninguna infracción penal sea obligada a recibir tratamiento médico contra una 'enfermedad' de la que no quiere curarse, es abiertamente atentatorio de la libertad y de la autonomía consagradas en el artículo 16, como 'libre desarrollo de la personalidad'. Resulta pertinente, en este punto, remitir a las consideraciones hechas atrás acerca del internamiento en establecimiento psiquiátrico o similar, considerado, bien bajo la perspectiva del tratamiento médico, bien bajo la perspectiva de la pena. Si se adopta la primera, la norma resulta inconstitucional por violentar la voluntad del destinatario mediante la subrogación de su capacidad de decidir, por la decisión del juez o del médico. Cada quien es libre de elegir qué enfermedades se trata y si es o no el caso de recuperar la 'salud', tal como se concibe de acuerdo con el criterio oficial. Si se adopta la segunda, la evidencia de inconstitucionalidad es aún mayor, pues no sólo es **inconcebible** sino monstruoso y contrario a los más elementales principios de un derecho civilizado, **que a una persona se le sancione sin haber infringido norma alguna**, o se le compela a recibir un tratamiento médico que no desea. Ahora bien: la protección de los disminuidos "físicos, sensoriales y psíquicos" hay que entenderla como una obligación del Estado frente a las personas que, hallándose en una de esas situaciones, la soliciten, creándose así una situación ventajosa para ellas, que tienen, entonces, la facultad de exigir dicha ayuda y no la obligación de soportar las decisiones que en contra de su autonomía resuelva tomar el Estado, el cual, se repite, dentro de nuestro ordenamiento, no puede asumirse como dueño de la voluntad y la vida de los destinatarios."*¹⁶³

Adicionalmente, se sostuvo que a una persona no puede castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. Se cita al profesor Thomas Szasz, crítico agudo de lo que pudiera llamarse el totalitarismo psiquiátrico: *"en una sociedad de hombres libres, cada uno debe ser responsable de sus actos y sancionado como tal. Si el drogadicto comete un crimen, debe ser castigado por ese crimen, no por ser drogadicto. Si el cleptómano roba, si el pirómano incendia, si el regicida asesina, todos deben caer bajo el peso de la ley y ser castigados."*¹⁶⁴ Al preguntarse: ¿qué puede hacer el Estado si encuentra indeseable el consumo de narcóticos y estupefacientes y juzga deseable evitarlo, sin vulnerar la libertad de las personas?, respondió la Corte que la vía adecuada consiste en brindar a la comunidad las **posibilidades de educarse**: "se trata de que cada persona elija su forma de vida responsablemente y para lograr ese objetivo es preciso remover el obstáculo mayor y definitivo: la ignorancia. El conocimiento es un presupuesto esencial de la elección libre y si la elección, cualquiera que ella sea, tiene esa connotación, no hay alternativa distinta a respetarla, siempre que satisfaga las condiciones a saber: que no resulte atentatoria de la órbita de la libertad de los demás y que si se juzga dañina sólo afecte a quien libremente la toma."¹⁶⁵

¹⁶³ Sentencia C-221 de 1994.

¹⁶⁴ Ibidem. Entrevista concedida a Guy Sorman, en "Los verdaderos pensadores de nuestro tiempo", Seix Barral, 1992.

¹⁶⁵ Ibidem.

8.4. Con posterioridad a esta decisión se presentaron varios intentos de reforma constitucional a través de los mecanismos del referendo constitucional o de acto legislativo. Las iniciales propuestas se encaminaron en la modificación del artículo 16 (libre desarrollo de la personalidad), mientras que a partir del 2007 se enfocaron sobre el artículo 49 (salud) de la Constitución.¹⁶⁶ Así vino el **Acto Legislativo 02 de 2009**,¹⁶⁷ que reformó el artículo 49 de la Constitución:

"[...] El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos."

¹⁶⁶ En la sentencia C-574 de 2011 se sostuvo que bajo una interpretación histórica del precepto se puede decir que desde que se despenalizó el porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas mediante la Sentencia C-221 de 1994, se presentaron varios intentos de reforma constitucional, ya sea por intermedio del trámite del referendo constitucional del artículo 378 de la C.P. o por el trámite de la reforma ordinaria mediante Acto Legislativo que se establece en el artículo 375 de la C.P. En una primera instancia las propuestas de reforma pretendían sancionar la conducta con penas distintas a la privación de la libertad, para garantizar los derechos individuales y colectivos y se enfoca a defender los derechos de los niños. Posteriormente y desde el 2007, se pretende reformar ya no el artículo 16 de la C.P., sino el artículo 49 de la C.P. sobre el derecho a la salud. El cambio de perspectiva se relaciona con las sentencias dictadas por la Corte Constitucional de que la farmacodependencia es una enfermedad y que por ende no se puede tratar al adicto como un delincuente, sino como un enfermo. En este año se propone reformar el artículo 49 de la C.P. para que se establezcan sanciones no privativas de la libertad para el porte al consumo en lugares públicos, prohibición que se conjuga con campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de recuperación de los adictos.

¹⁶⁷ Cfr. sentencia C-574 de 2011. La sentencia C-882 de 2011 se pronunció sobre los dos incisos finales del artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2009, bajo el cargo de haberse omitido la consulta previa a las comunidades indígenas, además de considerarse que la prohibición del porte y consumo de sustancias sicotrópicas desconoció el uso y consumo de estas sustancias como parte de las tradiciones de las comunidades indígenas. La Corte declaró la exequibilidad por los cargos examinados al concluir que la prohibición sobre el porte y consumo de sustancias sicotrópicas o estupefacientes "no es oponible a las comunidades indígenas ni es susceptible de limitar o restringir sus prácticas tradicionales ligadas a la hoja de coca". Esta prohibición, desde el punto de vista teleológico y sistemático, "na es aplicable a las comunidades indígenas, pues el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en estas comunidades na está asociado a la drogadicción ni conlleva problemas de salud para sus miembros. El uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en las comunidades indígenas hace parte de sus costumbres ancestrales, es decir, es una práctica protegida por los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas y, por tanto, amparada por el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural". En consecuencia, la Corte dijo: "afirmar que los indígenas "son adictos o contribuyen al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes como causa de la drogadicción" sería desconocer el valor cultural de la práctica y constituiría un atentado directo contra sus derechos a la identidad étnica y cultural y a la autonomía. Por estas razones, debe concluirse que el Acta Legislativa no es aplicable a las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas ligadas a la hoja de coca."

En la sentencia C-574 de 2011,¹⁶⁸ la Corte realizó una interpretación histórica, sistemática, teleológica y literal de este acto legislativo en orden a determinar con la mayor precisión posible su alcance. En la exposición de motivos y en el curso de los debates insistentemente se hizo referencia a que la iniciativa no pretende penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor, sino acompañarlo con alternativas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas que le ayudaren a él y a su familia a superar sus dificultades. Esto en contraste con la Ley 30 de 1986, donde el porte y el consumo de cualquier estupefaciente eran penalizados. Además, el Gobierno propuso que el legislador fuera el encargado de reglamentar cómo se hacen efectivas las medidas especiales para quienes sean detenidos o capturados consumiendo sustancias estupefacientes o portando dosis compatibles con el uso personal, distinguiéndolos de aquellos que portan las sustancias prohibidas con fines de provecho económico ilícito.¹⁶⁹ La interpretación sistemática del inciso sexto del acto legislativo con el resto del artículo 49 de la Constitución, permitió a este Tribunal señalar:

i. Que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas para el sometimiento a medidas administrativas de arden pedagógico, profiláctico, terapéutico con el consentimiento informado del adicto, se correspondería con el deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad, contenido en el inciso quinto del artículo.

ii. Que no solamente se establecen las medidas pedagógicas, administrativas y terapéuticas para el adicto que consienta de forma informada someterse a dichas medidas y tratamientos, sino que el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, con el desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y a favor de la recuperación de los adictos.

iii. Por último, que el sometimiento a las medidas y tratamientos para las adictos y dependientes que porten y consuman sustancias estupefacientes y sicotrópicas, y que consientan de manera informada someterse a las medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, deberá proveerse por parte del Estado o por los particulares o por parte del sistema de salud de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.”

Sostuvo este Tribunal que una interpretación del inciso sexto del artículo 49 con el resto de la Constitución debe comprometer un concepto amplio de dignidad que implique autodeterminación; el derecho a la vida y el deber del Estado de protegerla;

¹⁶⁸ La Corte se declaró inhibida para resolver sobre la demanda presentada en contra de las expresiones “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, contenido en el Acto Legislativo 02 de 2009. El cargo endilgado fue de sustitución de la Constitución por el quebrantamiento de los principios de autonomía personal y dignidad humana. Salvo el voto el magistrado Mauricio González Cuervo salvo el voto y aclararon voto los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶⁹ Gaceta del Congreso No. 161 de 2009.

la prevalencia de los derechos de los niños; la protección y la formación integral de los adolescentes; la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se prestará atención especializada; el derecho a la salud y al saneamiento ambiental; y los deberes del artículo 95 que establece que toda persona tiene la obligación de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Una interpretación teleológica llevó a sostener que solo se puedan establecer medidas preventivas y rehabilitadoras de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico, siempre que se haya dado el consentimiento informado del adicto.

Desde el punto de vista semántico esta Corporación se refirió al apartado “El porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica.”¹⁷⁰ En relación con la última oración del inciso sexto del artículo 49 superior, que expresa: “el sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto”, la sentencia C-574 de 2011 determinó el alcance de la expresión “consentimiento informado.”¹⁷¹ Por último,

¹⁷⁰ “La norma no iría en contra del precedente de la sentencia C-221 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema sobre antijuridicidad material en la llamada ‘dosis de aprovisionamiento’, ya que no se trataría de penalizar en este caso, sino de prohibir. Por último se debe resaltar que en esta primera parte del inciso sexto se establece como excepción de la prohibición, la prescripción médica. Como se ha advertido, si se tiene en cuenta únicamente la interpretación del apartado demandado, se podría deducir que la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas que se establece en la primera parte del inciso sexto es absoluta. Sin embargo, no tienen en cuenta la segunda oración que compone el inciso sexto que se refiere a que ‘con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico a terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias’ y la tercera oración que indica que ‘el sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto’. Teniendo en cuenta los definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, por ‘pedagógica’ se entiende ‘aquellas medidas tendientes a educar o enseñar con claridad’; por ‘profiláctico’ se entiende desde el punto de vista médico ‘aquella parte de la medicina que tiene por objeto la conservación de la salud y la preservación de la enfermedad’, y por ‘terapéutica’ se refiere a ‘tratamientos empleados en diversas enfermedades somáticas y psíquicas que tienen como finalidad rehabilitar al paciente haciéndole realizar las acciones y movimientas de la vida diaria.’” Sentencia C-574 de 2011.

¹⁷¹ “El grado de especialización del concepto de “consentimiento informado” que tutela los principios de la dignidad humana, de autonomía, de libre desarrollo de la personalidad, de la libertad individual – mandata pro libertate-, de pluralismo, de salud, y de la integridad de la persona humana, ha dado lugar a que la Corte Constitucional establezca a través de la solución de casos concretos subreglas a este derecho. Por ejemplo, se ha dicho que el consentimiento informado del menor de edad o de las personas incapaces generalmente se obtiene mediante el consentimiento informado de los padres y excepcionalmente mediante falla judicial; también se ha establecido que cuando se trata de intervenciones o tratamientos de carácter invasivos, riesgosos o de incertidumbre se debe dar un “consentimiento informado cualificado”, en donde la información libre e informada sobre el tratamiento o la intervención debe ser detallada, formalmente suministrada, sapesada y mantenida durante cierto tiempo. Este derecho del paciente al consentimiento libre e informado también ha sido tutelado por el derecho internacional de los derechos humanos, que en la Observación General Número 14 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, acerca del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, incluye el derecho de las personas a controlar su salud y su cuerpo y a no ser sometidas a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. Finalmente sobre este punto debe tenerse en cuenta lo que se estableció en la reciente Sentencia T-452 de 2010, en donde se hizo una síntesis sobre el consentimiento informado, “No cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado” En cuanto a la primera – consentimiento libre-, significa que, ‘la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Con

también se refirió al concepto de “adicto”.¹⁷² En consecuencia, la sentencia C-574 de 2011 concluyó desde el punto de vista sistemático, teleológico y literal que la prohibición que se establece en el inciso sexto del artículo 49 de la Constitución, la cual en un primer momento parece de carácter absoluto, se limitaría o restringiría, ya que las medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico solo se podrían dar con el consentimiento informado del adicto.

8.5. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su función de intérprete autorizado de la ley penal -derecho viviente-, ha desarrollado una sólida línea jurisprudencial en materia de tratamiento político criminal del porte de dosis personal de sustancia estupefaciente.¹⁷³ La sentencia C-491 de 2012,¹⁷⁴

relación a lo segundo –consentimiento informado- la decisión ‘debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más impartentes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento.’

¹⁷² “El diccionario de la Real Academia Española establece que es aquella persona que “está dominada por el uso de alguna droga o por la afición desmedida a ciertos juegos”. En el caso de la adicción a las drogas se habla de farmacodependencia o drogadicción. En esta materia la jurisprudencia constitucional ha establecido desde el año 2002 y en una línea jurisprudencial continuada que la ‘drogadicción es una enfermedad que consiste en tu dependencia de sustancias que afectan el sistema nerviosa central y las funciones cerebrales, produciendo alteraciones en el comportamiento, la percepción, el juicio y las emociones’. Resulta también ilustrativo la que se estableció en la Sentencia T-814 de 2008, en donde se dijo que, ‘la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado’. En esta misma jurisprudencia se citó la sentencia T-684 de 2002 en donde se estableció que en materia de adicción a sustancias psicoactivas el individuo tiene derecho a ser beneficiario de los programas de salud que ofrece el Estado. Se dijo que, ‘es clara que dentro de nuestro Estado social de derecho existe este mandato de optimización a favor de las personas con estado de debilidad psíquica en virtud de su drogadicción crónica’. Finalmente, como se recordó en la sentencia T-1116 de 2008, en el Plan Nacional de Salud Pública adoptado por el Decreto 3039 de 2007, se dijo que la adicción a sustancias psicoactivas es un problema de salud pública, que en las etapas de prevención y tratamiento, involucran en su prestación al nivel nacional, los entes territoriales y las EPS. Desde una interpretación literal del apartado demandado, hay lugar a inferir que la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, salva prescripción médica, que en un principio parece como absoluto, podría estar limitado ya que se establece que éstas medidas de índole administrativo se establecerán solamente con fines preventivos y rehabilitadores de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias y que el sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto, circunstancia que atenuaría la prohibición sin limitaciones del porte y consumo de estas sustancias.”

¹⁷³ Esta Corporación en la sentencia C-491 de 2012 sintetizó la posición de ese Tribunal vertida en las sentencias 23609 de 2007, 28195 de 2008, 31531 de 2009 y 35978 de 2011 en las siguientes reglas: “(i) El concepto de dosis personal y su regulación prevista en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 continúan vigentes; (ii) en casos de porte de sustancias prohibidas en cantidad de baja significación es preciso analizar si la conducta reviste relevancia penal por concurrir la exigencia de antijuridicidad material (art. 11 C.P. lesividad), es decir si reviste idoneidad para afectar el bien jurídica de la salud pública, o si se trata de un acto que solo concierne al fuero individual del portador; (iii) cuando se trata del porte, tráfico o fabricación de estupefacientes en cantidades comprendidas dentro del rango de dosis personal, destinadas no al consumo sino a su comercialización e incluso a su distribución gratuita, la conducta será antijurídica, pues afecta los bienes que el tipo penal protege; (iv) cuando la sustancia, atendida cantidades insignificantes o no desproporcionadas, concepto que incluye la dosis personal, está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problema de narcoddependencia, na concurre el presupuesto de la antijuridicidad en tanta no se afectan los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger; (v) A pesar de la prohibición introducida por el Acto Legislativa 02 de 2009 (art. 49 C.P.), y de la modificación al artículo 376 del Código Penal efectuada por el artículo 11 de la Ley 1153 de 2011, es posible

particularmente en lo concerniente a la situación de la persona que ha alcanzado el grado de “narcoddependiente”, ratificó que el adicto es un enfermo que debe ser objeto de medidas de protección y rehabilitación, ajenas al ámbito punitivo, que además, deben contar con su consentimiento informado -Acto Legislativo 02 de 2009-, que no obstante partir de una prohibición general al consumo y porte de sustancias psicoactivas, estableció para su tratamiento una serie de estrategias que se ubican en el ámbito del deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad.¹⁷⁵

8.6. En la sentencia C-040 de 2006 la Corte se refirió a las **características relevantes y concurrentes que presenta el alcoholismo** al señalar que: “(i) se trata de una afección que es el resultado del deseo repetido de quien consume alcohol, es decir, el alcoholismo no surge instantáneamente, sino que su desarrollo supone una conducta continuada en el tiempo; (ii) puede generar cambios profundos en el comportamiento de la persona –a diferencia de otras adicciones como el tabaco– que pueden afectar las relaciones interpersonales del alcohólico y amenazar derechos de terceras personas; y (iii) superarlo requiere del concurso decidido y constante de la voluntad de la persona que consume alcohol –aunque dicha voluntad podría ser insuficiente-.”¹⁷⁶

tener por impune el consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, previa valoración del criterio de lesividad a antijuridicidad material.” Cfr. Auto de 26 de febrero de 2014, radicado 43184. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

¹⁷⁴ Declaro exequible, por los cargos analizados, el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido de que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado. Salvó el voto el magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, salvó parcialmente el voto el magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y aclaró el voto el magistrado Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁷⁵ La Corte consideró que las conductas alternativas descritas en el artículo 376 del Código Penal comprenden el “tráfico, fabricación o porte” de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en las cantidades previstas en los incisos primero, segundo y tercero, con exclusión del porte o conservación de la cantidad considerada como dosis para uso personal, toda vez que: “(i) se debe distinguir entre las conductas constitutivas de narcotráfico y el porte de sustancia para el consumo personal; (ii) este último comportamiento no reviste idoneidad para afectar los bienes jurídicos de la salubridad pública, la seguridad pública y el orden económico y social, protegidos en las normas que penalizan el narcotráfico, en cuanto que se trata de una conducta que no trasciende el ámbito personal del individuo; (iii) la penalización del porte o conservación de sustancia estupefaciente en cantidad considerada como dosis personal comportaría vulneración del principio de proporcionalidad y prohibición de exceso en materia penal, como quiera que se estaría criminalizando un comportamiento carente de idoneidad para lesionar bienes jurídicos amparados por la Constitución; (iv) la prohibición que introdujo el Acto Legislativo 02 de 2009 en cuanto al porte y consumo de sustancia estupefaciente a sicotrópica, no conduce a la criminalización de la dosis personal, como quiera que no comporta una finalidad represiva frente a quien tenga la condición de adicto, sino de protección a través de medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, la cuales deben contar con el consentimiento informado del adicto.” La Corte en la sentencia C-420 de 2002 indicó que el narcotráfico interfiere una amplia gama de derechos. Advirtió que la penalización del tráfico de estupefacientes no contraría los fundamentos constitucionales de la imputación penal en cuanto comprende una gama de conductas que trascienden el fuero interno de la persona y se proyectan en una amplia gama de derechos ajenos. El consentimiento, en materia del carácter disponible de un derecho, procede en relación con bienes jurídicos individuales y no colectivos.

¹⁷⁶ Sentencias T-1325 de 2001 y T-133 de 2004.

La sentencia C-026 de 1995 declaró la constitucionalidad del artículo 59 del Decreto 100 de 1980, que establecía la imposición como *pena accesoria* y por término hasta de tres años, cuando uno de los factores del delito haya sido el *consumo de bebidas alcohólicas, la prohibición de consumir tales bebidas*. Este Tribunal manifestó que “al sujeto no se le sanciona por el hecho de encontrarse embriagado, sino porque ha incurrido en una figura delictiva previamente establecida en una norma jurídica. En consecuencia, la embriaguez se convierte en un factor determinante para cuantificar la pena, ya sea para agravarla o para atenuarla y no es causal autónoma para imponerla.”¹⁷⁷ Encontró la medida accesoria admisible dentro de cualquier sistema penal, toda vez que es legítimo privar de un bien de alta jerarquía axiológica como la libertad, a quien ha delinquido, con mayor razón lo es prohibirle la ingestión de ciertas bebidas cuyo efecto nocivo, en su caso, está establecido de manera cierta. Esta prohibición viene a reforzar eficazmente el propósito preventivo y disuasivo de la pena principal. **No encontró desconocido el derecho a la libre autodeterminación** por cuanto no se penaliza el consumo de bebidas embriagantes, sino la comisión efectiva de una acción delictual que acarrea una pena principal y una accesoria, y mediante la conjunción de ambas busca el legislador disuadir al transgresor de que cometa, en el futuro, actos ilícitos como ése por el que se le sanciona. No se está en presencia de una norma inspirada en la doctrina peligrosista.¹⁷⁸

En la sentencia C-420 de 2002¹⁷⁹ este Tribunal afirmó que no es cierto que la legislación penal colombiana sea indiferente a las implicaciones penales del consumo de alcohol. La legislación penal derogada como la actualmente vigente le ha reconocido efectos a la incidencia que el consumo de alcohol tiene en la comisión de conductas punibles. Se ha facultado al juez para imponer la prohibición de consumo de bebidas alcohólicas como pena accesoria cuando éste ha sido uno de los motivos determinantes de la comisión de la conducta punible. En tal supuesto, el sujeto no es sancionado por el consumo de bebidas embriagantes, sino por haber incurrido en una conducta punible como consecuencia del estado de ebriedad.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Sentencia C-026 de 1995.

¹⁷⁸ Sentencia C-026 de 1995.

¹⁷⁹ Declaró exequibles los artículos 32, 33, 34, 35, 36, 37 en lo demandado, 38, 42 y 43 de la Ley 30 de 1986 y el artículo 6 del Decreto 1856 de 1989.

¹⁸⁰ Cfr. sentencias C-026 de 1995 y C-420 de 2002. En esta última decisión frente al interrogante: ¿el hecho de que el legislador no haya penalizado la producción y comercialización de tabaco y de bebidas alcohólicas y sí haya penalizado el tráfico de estupefacientes implica la inexecutable de las normas que dispusieron tal penalización?, la Corte respondió negativamente, porque de la Constitución no pueden inferirse los distintos mecanismos de política criminal que el Estado forzosamente ha de concebir para atender los retos en esta materia. Que el legislador no haya penalizado la producción y comercialización de tabaco y de bebidas alcohólicas y, en lugar de ello, haya optado por afirmar la licitud de esas actividades y ordenar campañas de prevención contra el consumo de alcohol y del tabaco, pone de presente que no estimó necesario acudir a ese

8.7. También la Corte ha examinado el alcance de las *circunstancias de agravación punitiva* para los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, *por la ingesta de bebidas alcohólicas, drogas o sustancias alucinógenas*, al considerarse que vulnera el libre desarrollo de la personalidad por emplearse el derecho penal como una medida perfeccionista para imponer un modelo de comportamiento. En la sentencia C-115 de 2008 declaró la exequibilidad de los artículos 110¹⁸¹ y 121¹⁸² de la Ley 599 de 2000. Puntualizó que “con la agravación de la pcna no se tiene el propósito de formular un reproche a la persona por el hecho mismo del consumo, sino un aumento por la mayor censura que amerita no haber observado una conducta más cuidadosa, pudiendo obrar de otro modo y poseyendo actitud psicofísica para comprender el hecho, pero a pesar de ello incurrió voluntariamente en el comportamiento merecedor de reproche punitivo.”¹⁸³

Igualmente esta Corporación indicó que compete al operador judicial establecer “*ex ante*” al acto imputado, si el consumo de esas sustancias fue determinante en la producción del riesgo, ya que no es suficiente que el agente esté bajo su efecto al momento de cometer la conducta punible. Si no tiene relación con el resultado causado no hay lugar a la agravación de la pena. No encontró desconocido el derecho al libre desarrollo de la personalidad porque la propia disposición constitucional admite como limitaciones los derechos de los demás y el orden jurídico. De ninguna manera se trata de exigir comportamientos de excelencia ni reprocharle a la persona el consumo de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes; lo que genera la responsabilidad adicional es la mayor falta al deber

mecanismo de política criminal en relación con tales fenómenos. Esa decisión además es compatible con el carácter subsidiario y fragmentario que desde hace mucho se le reconoce al derecho penal, al ser imperativo que, dados los profundos niveles de violencia institucional que convoca, sólo se acuda a él cuando es absolutamente necesario para la defensa de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia. De esa particular valoración que el legislador hizo de la producción y comercialización del alcohol y del tabaco, su decisión de mantener la licitud de esas actividades y adelantar campañas de prevención del consumo, no se sigue que necesariamente haya debido valorar también en el mismo sentido el tráfico de estupefacientes. Del Texto Superior no se infiere, en manera alguna, la obligación del legislador de valorar de la misma manera fenómenos sociales diversos y, mucho menos, el deber constitucional de sujetarlos a los mismos mecanismos de control social.

¹⁸¹ Circunstancias de agravación punitiva para el homicidio culposo. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una sexta parte a la mitad, en los siguientes casos: 1. Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia. 2. Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión de la conducta.

¹⁸² Circunstancias de agravación punitiva por lesiones culposas. Las circunstancias de agravación previstas en el Artículo 110, lo serán también de las lesiones culposas y las penas previstas para este delito se aumentarán en la proporción indicada en ese artículo.

¹⁸³ Sentencia C-425 de 1997 declaró la exequibilidad del numeral 7º del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, que hace procedente la detención preventiva, entre otros eventos, cuando el agente al incurrir en algún delito de lesiones culposas, se encontraba en estado de “*embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica demostrado por dictamen técnico o por un método paraclínico, o abandone sin justa causa el lugar de la comisión del hecho*”.

de cuidado, por la imprevisión de la más probable producción de un resultado lesivo contra bienes jurídicos del más elevado valor, acrecentando la posibilidad de causarles daño al acometer, con las facultades de percepción y reacción disminuidas y perturbadas, la realización de labores que requieren gran concentración, atención, prudencia y diligencia.¹⁸⁴

8.8. Por último, ha expresado la Corte que **la salud constitucionalmente protegida (art. 49)** no es solamente la *física* sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar *sicológico*, mental y sicosomático de la persona.¹⁸⁵ En relación con las personas que sufren afectaciones a su salud mental, esta Corporación ha manifestado que por las implicaciones respecto a la posibilidad de tomar decisiones, interactuar con otros y serios padecimientos para ellos y sus familias, son sujetos de especial protección constitucional, mereciendo la mayor atención por parte de la sociedad en general, especialmente de sus familiares y de los sectores encargados de suministrar atención en salud.¹⁸⁶

De estas herramientas se destacó la importancia de crear condiciones propicias para la vinculación de las personas con discapacidad en la sociedad, la generación de formas de vida independientes y autónomas y el ejercicio de todos los derechos, particularmente, la necesidad de atender de manera integral sus padecimientos, con un acceso efectivo a los servicios de salud, siendo posible exigir a todos los estamentos comprometidos en la prestación de los servicios de salud, que dentro de sus propios límites operativos, económicos y logísticos, proporcionen el mejor servicio médico científicamente admisible y humanamente soportable.¹⁸⁷ El artículo 65 de la Ley 1438 de 2011 indicó la necesidad de garantizar la atención integral e incluir su atención en los planes de beneficios.¹⁸⁸

Al examinar esta Corporación la vulneración del derecho a la salud mental habrá de

¹⁸⁴ Sentencia C-115 de 2008.

¹⁸⁵ Sentencia T-248 de 1998 y T-949 de 2013.

¹⁸⁶ La Corte sostuvo en la sentencia T-248 de 1998: "*Las entidades públicas o privadas encargadas de prestar los servicios de salud no pueden excluir de su cobertura los padecimientos relacionados con el equilibrio y la sanidad mental y sicológica de sus afiliados o beneficiarios en ninguna de las fases o etapas de evolución de una determinada patología.*" Además de los instrumentos internacionales que garantizan el goce efectivo del derecho a la salud, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales de 1966 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1988 (art. 93 superior, bloque de constitucionalidad), se consagran los que protegen a las personas que padecen enfermedades mentales en el marco de la prevención de la discriminación, pudiendo mencionarse la Declaración de los derechos de los impedidos de 1975; los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental de 1991; y la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006. Así mismo, han sido promulgadas, entre otras, la Ley 1306 de 2009 sobre Protección de personas con discapacidad mental y recientemente la Ley Estatutaria 1618 de 2013 que garantiza el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

¹⁸⁷ Sentencia T-209 de 1999.

¹⁸⁸ Sentencia T-949 de 2013.

tener en cuenta que cualquiera fuera el servicio médico requerido: (i) ha de ser el más adecuado y acorde a la situación social, familiar, económica y de patología del paciente; (ii) siendo necesario, no estará sometido al pago de sumas de dinero, a menos que se tenga capacidad económica para asumirlos; y (iii) no puede ser limitado a un número de días, meses o atenciones al año, ya que es característico el que se presenten crisis o recaídas constantes.¹⁸⁹ Sobre el deber de solidaridad en la protección del derecho a la salud implica el autocuidado del enfermo, subsidiariamente la intervención de su familia y en caso de ser imposible, la del Estado y la sociedad en general. Las personas que padecen una enfermedad mental no pueden ser sometidas a tratamientos o penas -en el caso de los inimputables- que los aislen de la sociedad de manera indefinida, porque la Carta prohíbe la imposición de penas perpetuas,¹⁹⁰ y tales medidas serían evidentemente una vulneración a su dignidad y a sus derechos a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad.¹⁹¹

Las reglas aplicables a la salud también lo son para quienes padecen problemas de adicción a fármacos y sustancias psicoactivas, al corresponder a una dolencia que afecta gravemente su autonomía y capacidad de decisión, colocándolas en circunstancias de debilidad manifiesta. La Corte ha indicado que es un problema de salud que merece la atención de la sociedad en general y especialmente del Estado.¹⁹² Esta grave situación genera el deber de propugnar por la implementación de *políticas de prevención, tratamiento y rehabilitación* para las personas adictas al uso de fármacos, ya que como sujetos de especial protección constitucional, se encuentran mayormente expuestos a la vulneración de sus derechos fundamentales. Así se expidió la Ley 1566 de 2012 para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas, marco normativo que insta a la inclusión en los planes de salud de los mecanismos que permitan tratar de manera integral a *“toda persona que sufra trastornos mentales o cualquier otra patología derivada del consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas lícitas o ilícitas”*.¹⁹³ Las medidas tendientes a recuperar la salud de quien padece de farmacodependencia deben encontrarse incluidas en los planes obligatorios de salud, sin perjuicio de que siendo necesario, el médico tratante pueda indicar un tratamiento no contemplado allí.¹⁹⁴

Además, el Manual Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, DSM-IV,TR, es el sistema que se utiliza actualmente en Estados Unidos y que usan

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Sentencia T-401 de 1992.

¹⁹¹ Sentencia T-1090 de 2004. Cfr. sentencia T-949 de 2013.

¹⁹² Sentencia T-814 de 2008.

¹⁹³ Ley 1566 de 2012, artículo 2º.

¹⁹⁴ Sentencias T-648 de 2002, T-814 de 2008 y T-438 de 2009. Cfr. sentencia T-949 de 2013.

clínicos e investigadores de todo el mundo. Es la última clasificación aceptada internacionalmente de enfermedades psiquiátricas que data del año 1994. Finalmente, las personas gozan, en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, de la facultad de decidir si se someten a una valoración o a un tratamiento psicológico. El cuidado de la salud –mental– es un ámbito reservado a la autonomía de la persona a la cual corresponde proporcionarse los cuidados y la atención que estime conveniente, sin perjuicio de situaciones en las cuales, previo dictamen profesional y ante la violación de la ley penal, una persona es internada y sometida a tratamiento psicológico, debiéndose respetar la dignidad humana y su integridad personal.¹⁹⁵

9. El asunto en discusión

9.1. Según ha podido apreciarse de la parte dogmática de esta decisión, el legislador goza de potestad de configuración en la definición de la política criminal del Estado conforme a la ponderación de los fenómenos de la vida social y el mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social. Dentro de los límites en que debe ejercerse se encuentran el *principio de mínima intervención* del Estado al considerarse el derecho penal como última *ratio*, el que la conducta revista de *antijuridicidad* ya que el elemento común a cualquier sistema de imputación penal radica en el contenido de injusticia que se atribuye al delito y el principio de *culpabilidad* por cuanto nuestro sistema se encausa dentro de un *derecho penal de acto* y no de autor. En el diseño del *procedimiento penal* el legislador puede instituir nuevas actuaciones y etapas procesales en garantía de las libertades ciudadanas y la mediación del Estado ante situaciones de conflicto, y contemplar casos de terminación anticipada del proceso, prever causales de extinción de la acción penal, entre otros, lo cual debe desenvolverse dentro del marco constitucional y del orden internacional de los derechos humanos, como la prevalencia del derecho sustancial, la defensa de las garantías esenciales de las personas, el respeto por las competencias de las autoridades, etc.

9.2. El Acto Legislativo 03 de 2002, modificatorio, entre otros, de los artículos 250 y 251 superiores, reformó la estructura básica del proceso penal en Colombia, al pasar de un modelo mixto de preferencia inquisitiva a un sistema de tendencia acusatoria. Encargó a la fiscalía adelantar el ejercicio de la acción penal como realizar la investigación de los hechos que *revistan las características de un delito* que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando *medién suficientes motivos y circunstancias fácticas que indique la posible existencia del mismo*. De igual modo,

¹⁹⁵ Sentencia T-361 de 2003.

estableció que no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del *principio de oportunidad* que estará sometido al control de legalidad que ejerza el *juez de control de garantías*. También dio un papel preponderante a *las víctimas* en orden a la intervención y protección de sus derechos, además de entregar a la ley el fijar los mecanismos de *justicia restaurativa*.

En esa medida, el proceso penal se inicia desde que la fiscalía tiene información de la *notitia criminis*, que puede llegar a su conocimiento por denuncia, querrela o de oficio, petición especial o cualquier otro medio, la cual debe acompañarse de los presupuestos mínimos que permitan determinar si hay lugar o no a la acción penal, que de no allegarse requiere una actuación preliminar denominada indagación, buscando definir si el hecho delictivo se cometió, cómo ocurrió y quiénes participaron en su realización.¹⁹⁶ La fiscalía está obligada a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que tengan la tipología de un delito, siempre que tercier suficientes motivaciones y situaciones fácticas que permitan advertir la existencia del mismo. Por tanto, el hecho punible ha de revestir de las características de *tipicidad*,¹⁹⁷ *antijuridicidad*¹⁹⁸ y *culpabilidad*.¹⁹⁹

El principio de oportunidad como *excepción a la regla general* que recae sobre la fiscalía de adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que tengan las características de un delito, tiene entre sus *finalidades* racionalizar la actividad investigativa del Estado, hacer más eficiente la administración de justicia penal, responder proporcionalmente a los hechos que afectan la estabilidad jurídica, reparar integral y oportunamente a las víctimas, brindar oportunidades reales de inserción social del procesado, revelar la baja significación social de ciertos delitos, desarticular organizaciones criminales, atender la culpabilidad disminuida, adelantar el proceso penal en un tiempo razonable. Es una figura *reglada* correspondiendo al legislador señalar las causales y condiciones específicas de aplicación, que deben resultar compatibles con la Constitución, particularmente con la vigencia de un orden justo y el principio de legalidad.

9.3. La Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, vino a desarrollar este nuevo modelo procesal penal. Ha sido modificada, entre otras, por la *Ley 1312 de*

¹⁹⁶ Artículo 200, Ley 906 de 2004. Sentencia C-025 de 2009.

¹⁹⁷ La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal (art. 10, Ley 599/00).

¹⁹⁸ Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal (art. 11, Ley 599/00).

¹⁹⁹ Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva (art. 12, Ley 599/00).

2009, que amplió las posibilidades procesales de aplicación del principio de oportunidad al extenderlo a la etapa del juicio, desarrollando el principio de colaboración con la justicia y estableciendo con mayor fuerza formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos, lo cual vino a reflejarse en el aumento de las causales (art. 324), su presentación igualmente por el acusado antes de la audiencia de juzgamiento (art. 325), la extensión de las condiciones durante el periodo de prueba (art. 326), entre otras.

9.4. La protección especial de las *víctimas* en la aplicación del principio de oportunidad (art. 250 superior) ha sido ratificada por este Tribunal en varias sentencias.²⁰⁰ En tal sentido ha entendido que los derechos de las víctimas incorporan el derecho a la verdad, a que se haga justicia en el caso concreto y a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito. Así mismo, su intervención debe hacerse compatible con el sistema penal de tendencia acusatoria establecido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y sujeto a regulación legal.²⁰¹

En la sentencia C-209 de 2007 la Corte declaró la inexecutable de la expresión “*y contra esa determinación no cabe recurso alguno*”, empleada en la versión original del artículo 327 de la Ley 906 de 2004,²⁰² hoy modificada por la Ley 1312 de 2009 (art. 5º) que ya no registra, al considerar la Corte que por la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito “impedir que éstas puedan impugnar la renuncia del Estado a la persecución penal, sí deja desprotegidos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Si bien la satisfacción de los derechos de la víctima no sólo se logra a través de una condena, la efectividad de esos derechos sí depende de que la víctima tenga la oportunidad de impugnar las decisiones fundamentales que afectan sus derechos.²⁰³ Por tanto, impedir la impugnación de la decisión del juez de garantías en este evento resulta incompatible con la Constitución.”

²⁰⁰ En la sentencia C-738 de 2008 la Corte manifestó que la aplicación del principio de oportunidad no obstaculiza la realización del derecho de reparación de las víctimas.

²⁰¹ El artículo 328 de la Ley 906 de 2004 señala: “*La participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.*”

²⁰² *Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad.* El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal. Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano **y contra esta determinación no procede recurso alguno**. La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

²⁰³ Numerales 6 y 7, art. 250 CP, y literales f y g del artículo 11 de la Ley 906 de 2004.

9.5. El artículo 323 de la Ley 906 de 2004²⁰⁴ señaló que la Fiscalía General, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos previstos en el Código de Procedimiento Penal. Por su parte, el artículo 324 instituyó entre los *casos de aplicación del principio de oportunidad* los delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis años o con pena principal de multa (num. 1); previendo en los casos de delitos con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis años de prisión, la aplicación de este principio por el Fiscal General (parág. 1); y su no aplicación en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratando de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho años (parág. 2). Así mismo, se contempló su aplicación cuando proceda la *suspensión del procedimiento a prueba* en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas (num. 7).

Ha dicho esta Corporación que la aplicación por *el fiscal* del principio de oportunidad en los casos establecidos por el legislador implica un ejercicio de “discrecionalidad reglada” que le impone no solamente una evaluación acerca de las causales legales de operatividad, sino que debe determinar si lo que procede es la interrupción, la suspensión o la renuncia, debiendo constatar a la vez el respeto por las garantías del investigado.²⁰⁵ En la sentencia C-095 de 2007 se dijo que ante la 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.²⁰⁶ Adicionalmente, el Fiscal General goza de un poder de reglamentación

²⁰⁴ Modificado por el artículo 1º de la Ley 1312 de 2009. Además señala: “*El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, na obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente fijadas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometida al control de legales ante el juez de garantías.*”

²⁰⁵ Sentencia C-979 de 2005.

²⁰⁶ “*El legislador puede fijar limitaciones que implican que en el momento de aplicación de la ley el funcionario vea restringidas sus facultades valorativas. No obstante, tales facultades de valoración deben ser reconocidas en algún grado a los operadores jurídicos. Lo anterior abedece a la naturaleza misma del juicio que necesariamente debe hacer el funcionario, en este caso el fiscal, cuando evalúa la aplicabilidad de la ley a un caso concreto. En este momento se enfrenta a la comparación entre las circunstancias abstractamente previstas en la ley y la situación que se presenta de facto. Aunque las previsiones abstractas de la ley se revistan de precisión y claridad, siempre será necesaria la labor de subsumir el caso concreto dentro de las previsiones generales contenidas en ella, es decir, llevar a cabo una operación mediante la cual el funcionario que la aplica considera si el caso particular responde o puede ser sometido a la norma general prevista en la ley. La infinita posibilidad de circunstancias que rodean las conductas humanas regulables resulta imposible de prever en fórmulas legales generales, impersonales y abstractas.*” Sentencia C-095 de 2007.

general e interna para asegurar la aplicación del principio de oportunidad y funcionamiento de la justicia restaurativa, lo cual debe estar conforme a la ley y la Constitución, además estar sometido a los controles judiciales propios de los actos administrativos.²⁰⁷

9.6. El artículo 327 de la Ley 906 de 2004²⁰⁸ señala que la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la fiscalía, no comprometen la presunción de inocencia y *solo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.*²⁰⁹ Ello ha permitido advertir por la Corte que la aplicación de las causales de aplicación del principio de oportunidad “*exige un principio de verdad*”, ya que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, con el fin de que el fiscal sopesa la pertinencia de aplicar el principio de oportunidad y el juez pueda ejercer control efectivo sobre tal determinación, lo cual será posible “*a partir de una mínima acreditación de la ocurrencia de un hecho que debe estar previamente definido en la ley.*”²¹⁰

9.7. El juez de control de garantías efectúa el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas dentro de los cinco días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, que será obligatorio y automático, realizándose en audiencia especial en que la *víctima* y el *Ministerio Público* podrán controvertir la prueba aducida por la fiscalía para sustentar la decisión (art. 327, Ley 906 de 2004).²¹¹ La Corte en la sentencia C-210 de 2007 señaló que esta presencia “*supone la participación activa y la preservación de los intereses de la víctima*”, además su intervención como del Ministerio Público en la aplicación del principio de oportunidad “*no queda limitada al análisis fáctico, sino que supone una evaluación formal y material de este instrumento de extinción de la acción penal.*”

²⁰⁷ En la sentencia C-979 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad, por los cargos examinados, del artículo 330 de la Ley 906 de 2004 que alude al reglamento que debe expedir la Fiscalía General de la Nación que habrá de desarrollar el plan de política criminal del Estado.

²⁰⁸ Modificado por el artículo 5º de la Ley 1312 de 2009.

²⁰⁹ El artículo 250 de la Constitución señala: “*La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.*”

²¹⁰ Sentencia C-979 de 2005. Cfr. sentencia C-209 de 2007.

²¹¹ Como se dijo, modificado por el artículo 5º de la Ley 1312 de 2009.

La Corte al examinar la versión inicial de esta disposición²¹² en la sentencia C-979 de 2005 señaló que el control de legalidad compromete todos los eventos de aplicación del principio de oportunidad, esto es, la interrupción, la suspensión y la renuncia, como en efecto la nueva Ley 1312 de 2009 que modificó tal disposición ya no distingue, además de señalar que el control efectuado por el juez de garantías debe dirigirse no solamente a proferir 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. Finalmente, la decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o participe en cuyo favor se decida.²¹³

9.8. Siendo uno de los casos para la aplicación del principio de oportunidad cuando proceda la *“suspensión del procedimiento a prueba”* en el marco de la justicia restaurativa, los artículos 325 y 326 de la Ley 906 de 2004²¹⁴ vinieron a establecer el trámite y condiciones a cumplir.

En la búsqueda de mecanismos que reduzcan la violencia punitiva estatal en orden a proveer medidas diferentes al enjuiciamiento penal tradicional, al pronunciamiento de una sentencia condenatoria y a la privación obligada de la libertad como herramientas recurrentes ante el delito, para la resolución eficaz de conflictos en que acoja mayor importancia la intervención de la voluntad de los protagonistas inscrita en una política criminal restaurativa, algunas legislaciones admiten que se detenga el ejercicio de la acción penal en favor del investigado por la comisión de un ilícito, quien se somete durante un plazo a una prueba en la cual debe cumplir satisfactoriamente con determinadas obligaciones, a cuyo término satisfactorio se declarará extinguida la acción penal. Hoy se presenta un significativo auge de nuevos enfoques que se asientan en la introducción de una perspectiva *restauradora*, como mecanismo alternativo de solución de conflictos,²¹⁵ rescatando la importancia que tiene para la sociedad el reconstruir las relaciones entre víctima (satisfacción de sus intereses: verdad, justicia y reparación integral) y victimario (enfrentarse a sus propios actos y reintegración), su manejo dentro del imperio de la ley y la

²¹² Decía: *“El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal.”* Parte resaltada declarada inexecutable.

²¹³ Así lo establece el artículo 329 de la Ley 906 de 2004, que además señala: *“salva que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o participes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.”*

²¹⁴ Modificados por los artículos 3º y 4º de la Ley 1312 de 2009.

²¹⁵ Los artículos 518 a 521 de la Ley 906 de 2004 contienen disposiciones generales sobre justicia restaurativa.

Constitución, y la supervisión por parte del Estado, en la obtención del mayor grado de subsanación posible del daño y la consecución de la paz social.

9.9. De ahí que el artículo 325 de la Ley 906 de 2004 expone que el *imputado o acusado*, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá *solicitar* la suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo que pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que *manifiesten* i) *un plan de reparación del daño* y ii) *las condiciones que estaría dispuesto a cumplir*. El plan podrá consistir i) en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, ii) la reparación integral de los daños causados a las víctimas o iii) la reparación simbólica, en forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa. Presentada la solicitud, individual o colectiva, el fiscal *consultará a la víctima* y resolverá de inmediato mediante decisión que *fijará las condiciones* bajo las cuales se suspende el procedimiento, y *aprobará o modificará el plan de reparación* propuesto por el imputado, conforme a los principios de *justicia restaurativa*. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad. El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

9.10. Por su parte, el artículo 326, *ejusdem*, estipuló las condiciones a cumplir durante el periodo de prueba. Estableció que el fiscal fijará el periodo de prueba que no podrá ser superior a tres (3) años y determinará una o varias de las condiciones que deberán cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento, entre las siguientes:

- a) Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
- b) *Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.*
- c) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
- d) *Someterse a un tratamiento médico o psicológico.*
- e) No poseer o portar armas de fuego.
- f) No conducir vehículos automotores, navés o aeronaves.
- g) La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
- h) La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.
- i) La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
- j) La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
- k) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

l) La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.

m) La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o, aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el parágrafo 2o del artículo 324.

Durante el periodo de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad. Vencido el periodo de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal solicitará el archivo definitivo de la actuación.

9.11. De manera que esta modalidad de ejercicio del principio de oportunidad es una *prerrogativa* que se otorga al imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, para *solicitar* al fiscal la suspensión de la actuación por un periodo de prueba que no podrá ser superior a tres (3) años, acompañada del *ofrecimiento* de un plan de reparación integral del daño y las condiciones dispuestas a cumplir. Es un espacio para la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa.²¹⁶ En esta medida, *el plan* podrá consistir en la mediación con las víctimas, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica. *Las condiciones* están previstas en la ley.

Ante esta proposición el fiscal consultará a la víctima. Recuérdese que por programa de justicia restaurativa debe entenderse todo proceso en el que la *víctima y el imputado o acusado participan conjuntamente de forma activa* en la resolución de cuestiones derivadas del delito.²¹⁷ El fiscal está facultado para aprobar o modificar el plan de reparación propuesto por el imputado o acusado, y consultará a la víctima conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en el Código de Procedimiento Penal. El artículo 519 de la Ley 906 de 2004, establece dichos y reglas que parten del i) *consentimiento libre y voluntario* del imputado o acusado y la víctima del someter el conflicto a un mecanismo restaurativo, ii) los acuerdos deben contener *obligaciones razonables y proporcionadas* con el daño ocasionado por el delito, iii) la participación del imputado o acusado *no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad* en los procedimientos jurídicos ulteriores²¹⁸ y iv) el incumplimiento de un acuerdo no debe utilizarse como fundamento para una condena o la agravación de la pena.

²¹⁶ El artículo 521 de la Ley 906 de 2004 instituye como mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

²¹⁷ Artículo 518 de la Ley 906 de 2004.

²¹⁸ El artículo 325 de la Ley 906 de 2004 indica que "*Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.*" El inciso final del artículo 327 de la Ley 906 de 2004 señala: "*La aplicación del principio de oportunidad y los acuerdos de los posibles imputados o acusados y la fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia [...].*"

9.12. El fiscal al fijar el periodo de prueba determinará una o varias de las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento. Tales medidas (13 en total) involucran indefectiblemente restricciones a libertades y derechos fundamentales como la libertad personal (art. 28 superior),²¹⁹ la libertad de locomoción (art. 24 superior),²²⁰ la autonomía individual (art. 16 superior),²²¹ además de hacer exigibles deberes como el de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95.7 superior).²²² De igual forma, varias de estas condiciones tienen alcance similar de algunas medidas de aseguramiento no privativas de la libertad (art. 307.B, Ley 906 de 2004),²²³ penas privativas de otros derechos (art. 43, Ley 599 de 2000)²²⁴ y medidas de seguridad (art. 69, Ley 599 de 2000).²²⁵

²¹⁹ Ej. literal a). Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.

²²⁰ Ej. literal f). No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.

²²¹ Ej. literales b), c), d), j), k). Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad. Someterse a un tratamiento médico o psicológico. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa. La obligación de observar buena conducta individual, familiar o social.

²²² Ej. literal m).

²²³ "Son medidas de aseguramiento: [...] B. No privativas de la libertad: 1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica. 2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada. 3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe. 4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho. 5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez. 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares. 7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa. 8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda* u hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas. 9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria."

²²⁴ "Son penas privativas de otros derechos: 1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. 2. La pérdida del empleo o cargo público. 3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria u comercio. 4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curnduría. 5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas. 6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma. 7. La privación del derecho a residir en determinadas lugares o de acudir a ellos. 8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas. 9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros. 10. Numeral adicionada por el artículo 24 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar. 11. Numeral adicionada por el artículo 24 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar. PARÁGRAFO. Parágrafo adicionado por el artículo 24 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Para efectos de este artículo Números 10 y 11 integran el grupo familiar: 1. Las cónyuges o compañeros permanentes. 2. El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar. 3. Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos. 4. Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre."

²²⁵ "Son medidas de seguridad: 1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada. 2. La internación en casa de estudio a trabajo. 3. La libertad vigilada."

Justamente cuestionan los accionantes que las condiciones establecidas por el fiscal al imputado o acusado consistentes en b) participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas y d) someterse a un tratamiento médico o psicológico, durante la suspensión del procedimiento a prueba para ser beneficiario del principio de oportunidad, resultan contrarios al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana al implicar obligaciones que solo atañen a la persona en su fuero interno e involucrar viejas escuelas positivistas correccionalistas hoy abolidas. Incluso sostienen que aunque se llegare a un acuerdo con el fiscal, no podría sujetársele a tratamiento alguno por tener los derechos fundamentales el carácter de irrenunciables.

9.13. Según se ha explicado, el mismo artículo 16 de la Constitución reconoce que el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, al encontrar limitaciones que imponen "*los derechos de los demás y el orden jurídico.*" Precepto que debe mirarse en conjunción con el artículo 95.1, *ejusdem*, que instituye como deberes de la persona y del ciudadano, "*respetar los derechos de los demás y no abusar de los propios.*" Si bien la Carta Política proscribiera el llamado "perfeccionismo" o "moralismo jurídico" al imponer determinados modelos de virtud o de excelencia humana y destierra la doctrina peligrosista porque a una persona no se la puede castigar por lo que posiblemente hará sino por lo que efectivamente hace, cuando ese reconocimiento a la autonomía del individuo entra en conflicto en materia de política criminal con la autonomía ajena o los bienes jurídicos valiosos para la comunidad, resulta legítima su limitación por el legislador siempre que resulte razonable y proporcional. El presupuesto de responsabilidad delictual es la conducta externa de un sujeto que pudiendo obrar de manera distinta y teniendo capacidad de comprender la ilicitud del hecho, incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo -antijuridicidad-.

El libre desarrollo de la personalidad entendido como la potestad de cada quien para optar por su plan de vida y desarrollar la órbita individual conforme a sus intereses, deseos y convicciones, no puede servir de fundamento para justificar una conducta punible y, por tanto, lesiva de bienes jurídicos tutelados. Es en función de la libertad de los demás que se puede restringir mi libertad, por lo que la represión legítima de una opción personal solo puede tener cabida respecto de situaciones que generen violaciones reales a los derechos de los demás y comprometa valores del ordenamiento constitucional. La autonomía individual no puede invocarse para desconocer los derechos de otros sujetos, ni los intereses colectivos, mucho menos para limitar la capacidad punitiva del Estado respecto a conductas que han puesto en peligro o lesionado derechos reconocidos a las personas o bienes jurídicos como la

salud pública, la seguridad pública, el orden social y económico, entre otros. Luego la tipificación de conductas penales constituye un límite al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho fundamental no habilita para la comisión de delitos.

El establecimiento por el fiscal de condiciones a cumplir durante el periodo de prueba por el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento, como el participar en programas especiales de tratamiento para superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas y someterse a un tratamiento médico o psicológico, no desconoce en principio la autonomía personal ni la consiguiente dignidad humana al constituir obligaciones que se desprenden de la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable lesiva de los derechos ajenos o del orden jurídico.

9.14. Para la suspensión del procedimiento a prueba en aplicación del principio de oportunidad, la manifestación de la voluntad del imputado o acusado constituye un presupuesto ineludible de procedibilidad en el marco de la justicia restaurativa. Se está ante una de las formas en la cual se decide libremente reparar a las víctimas, en la pretensión de modificar el comportamiento del procesado para hacerse merecedor de la extinción de la acción penal, evitando la privación de la libertad ante la configuración de las características de un hecho punible. Debe anotarse que si bien el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento propone las condiciones que estaría dispuesto a cumplir durante la suspensión del procedimiento a prueba, lo cual además se consulta con la víctima, finalmente es el fiscal al resolver quien determina cuál o cuáles son las condiciones bajo las cuales habrá de suspenderse el procedimiento a prueba.

Las condiciones establecidas en los literales b) y d) acusados, al implicar participar en programas especiales de tratamiento para superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas y sujetarse a tratamientos médicos o psicológicos, tocan indudablemente contenidos esenciales del derecho fundamental a la autonomía personal, pero en la medida que su exigencia obedece a la realización de una conducta punible sobre la cual hay un mínimo de prueba que permite inferir la autoría o participación y su tipicidad, no lo desconoce por cuanto se han transgredido los derechos ajenos o el ordenamiento jurídico, que constituyen límites constitucionalmente establecidos al libre desarrollo de la personalidad en el artículo 16.

No debe dejarse de lado que la suspensión del proceso a prueba bajo las condiciones previstas por la ley y determinadas por el fiscal, parte de la solicitud del imputado o acusado y, en esa medida, de la libre voluntad al pretender hacerse merecedor del

principio de oportunidad. En efecto, al proponer cuál o cuales de dichas condiciones estaría dispuesto a cumplir, aunque corresponda finalmente al fiscal su fijación, el imputado o acusado busca hacerse beneficiario del principio de oportunidad, esto es, que no obstante exista fundamento para adelantar la persecución penal, se pueda suspender el proceso a prueba por un tiempo determinado, para que una vez verificado el cumplimiento efectivo de las condiciones establecidas en el marco de la justicia restaurativa, que se rige por principios y reglas como el consentimiento libre y voluntario de las partes, se termine extinguiendo la acción penal, sin que necesariamente hubiera tenido que acudir a la privación de la libertad personal.

La fijación por el fiscal de las condiciones anotadas debe partir de la conexión con el delito, esto es, debió ser una causa del hecho cometido. Es necesario que al momento de perpetrarse la conducta punible, por ejemplo, el agente se encuentre bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o psíquica o de bebida embriagante, que haya sido factor determinante para su ocurrencia. Debe indicarse que las condiciones del procedimiento a prueba impugnadas, al implicar participar en programas especiales de tratamiento para superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas y someterse a tratamiento médico o psicológico parte de la *necesidad* del procedimiento a emplear, esto es, el requerimiento de un tratamiento pedagógico, profiláctico y terapéutico para su rehabilitación e integración social, siendo beneficiarios de los programas de salud que ofrece el Estado. El tratamiento que se disponga debe ser el adecuado a la gravedad de la situación.

Tanto la fijación de estas medidas (conexión con el delito y necesidad del tratamiento) como la cesación de las mismas, hacen necesario el dictamen de médicos oficiales o de medicina legal. Con ello además se salvaguarda la autonomía individual respecto a comportamientos que no interfieran en derechos ajenos ni el orden jurídico constitucional. También debe tenerse en cuenta que al preverse un control judicial obligatorio y automático por el juez de garantías en la aplicación del principio de oportunidad -poder autónomo de decisión-, ante la fijación por la fiscalía de las condiciones contempladas en la disposición acusada,²²⁶ el imputado o acusado, como las víctimas y el Ministerio Público podrán controvertir tal decisión.²²⁷ La naturaleza excepcional de la suspensión del procedimiento a prueba (principio de oportunidad), permite consultar la voluntad de las partes involucradas en los conflictos presentes tras el delito imputado, en la implementación de mecanismos eficaces al servicio de la resolución de conflictos humanos.

²²⁶ Solicitud del imputado o acusado que se consultará con la víctima.

²²⁷ Artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, en la medida que esta modalidad de ejercicio del principio de oportunidad²²⁸ es una *prerrogativa* que se otorga para *solicitar* al fiscal la suspensión de la actuación por un periodo de prueba, acompañada del *ofrecimiento* de un plan de reparación integral del daño y las condiciones dispuestas a cumplir (justicia restaurativa) que puede traer como beneficio la extinción de la acción penal, es el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento, en quien finalmente radica la facultad -libre y voluntaria- de aceptar o no las condiciones establecidas en el artículo 326 de la Ley 906 de 2004. La persona sometida a proceso es quien está en mejores condiciones para determinar si le resulta más conveniente la paralización del proceso a prueba o, por el contrario, si prefiere la continuación del trámite de enjuiciamiento penal, bajo la garantía de que el reconocimiento de los hechos no puede ser empleado como prueba de su culpabilidad. Por consiguiente, es el propio imputado el responsable de escoger una de las vías indicadas. Ha de señalarse que verificadas el cumplimiento de las condiciones -acreditado su resultado satisfactorio-, una vez vencido el periodo de prueba, la decisión que prescinda de la persecución penal debe sujetarse también al control judicial por el juez de garantías, previo al archivo definitivo de la actuación.

9.15. La razonabilidad y proporcionalidad de las condiciones a cumplir durante el periodo de prueba en aplicación del principio de oportunidad se satisfacen bajo las condiciones anotadas. Existe claramente una finalidad válida a la luz de la Constitución dado que las condiciones a cumplir durante el periodo de prueba (lits. b y d, art. 326, Ley 906/04) hacen parte de los casos que puede establecer la ley para la aplicación del principio de oportunidad en el marco de la justicia restaurativa. Esto en desarrollo de la política criminal del Estado, que confiere a la Fiscalía General la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo (art. 250 superior). Entre sus propósitos constitucionales está la satisfacción de los derechos de las víctimas del delito a través del cumplimiento de garantías de no repetición, como de los imputados o acusados a una adecuada reintegración social, además de evitar el desgaste de la función investigativa de la fiscalía y propender por la menor restricción de la libertad personal -ultima ratio- al sustituirse por una medida alternativa.

²²⁸ Solo procede si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (art. 327, Ley 906 de 2004).

Las condiciones b) y d) que debe cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento durante el periodo de prueba, resultan idóneas para alcanzar las finalidades constitucionales aludidas, toda vez que parten del ejercicio de la libre voluntad (imputados o acusados) como presupuesto ineludible de procedibilidad en el marco de la justicia restaurativa, que si bien pueden terminar siendo fijadas por el fiscal encuentran fundamento constitucional ante la presencia de las características de un delito, bajo un mínimo de prueba que permite inferir la autoría o participación en la conducta punible y su tipicidad. Debe tenerse presente que los derechos ajenos y el orden jurídico que se han quebrantado con el hecho punible, constituyen límites válidos constitucionalmente al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 superior).

También resultan necesarias en orden a lograr las finalidades del principio de oportunidad que se inscriben en la reducción de la violencia punitiva estatal, a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos donde acoja mayor relevancia la voluntad de las partes inscrita en una política criminal restaurativa a cuyo término satisfactorio se declarará extinguida la acción penal, permitiendo a la víctima la satisfacción oportuna y eficiente de sus intereses a la verdad, a la justicia y a la reparación, y al imputado o acusado enfrentarse a sus propios actos y reintegrarse adecuadamente a la sociedad, bajo la supervisión del Estado en aras de la obtención del mayor nivel de subsanación del daño y la paz social.

Tampoco resultan desproporcionadas las condiciones establecidas, porque parten de su presentación voluntaria por el imputado o acusado, obedecen a la comisión de un hecho punible y finalmente es quien determina si le resulta más conveniente la paralización del proceso a prueba o, por el contrario, si prefiere la continuación del trámite de enjuiciamiento penal.

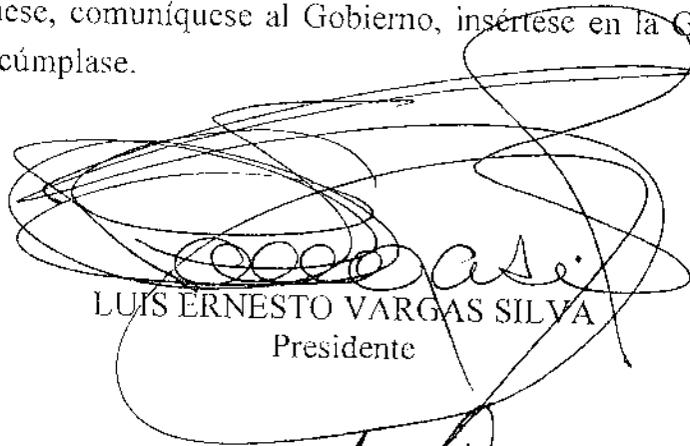
VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLES** los literales b) y d) del artículo 326 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 4 de la Ley 1312 de 2009, por los cargos examinados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Gobierno, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.



LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Presidente



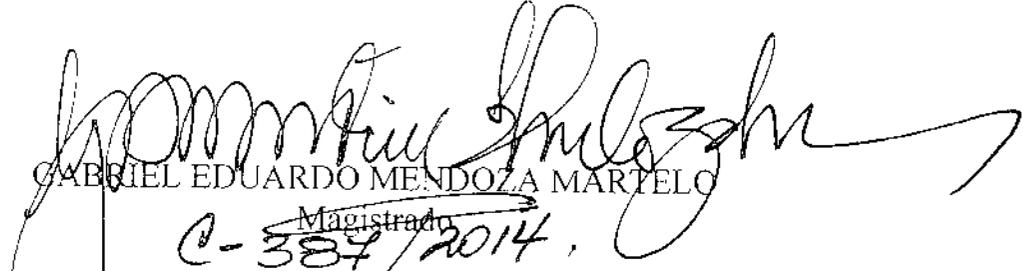
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada



MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado



LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado



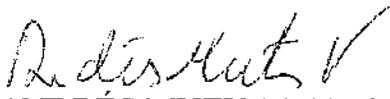
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
C-387/2014



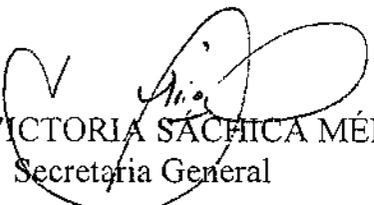
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado



JORGE IGNACIO PRETEL T CHALJUB
Magistrado


ANDRÉS MUTIS VANEGAS
Magistrado (E.)


ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado


MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ
Secretaría General
SEITULLA C. 3871 14.