

# Acerca de la potestad de modulación de la acción punitiva o del mal llamado Principio de Oportunidad<sup>1</sup>

*About the modulation power of the punitive action or the not well called "Principle of Opportunity"*

*Au sujet du pouvoir de modulation de l'action punitive ou du mal appelé "principe de l'opportunité"*

*Sergio Iván Estrada Vélez<sup>2</sup>*

## Resumen

El presente artículo se propone suministrar algunas razones para diferenciar entre una potestad de modulación punitiva y los principios jurídicos a fin de evitar un tratamiento errado entre conceptos estructural y metodológicamente disímiles. Para el desarrollo del propósito se aborda una idea básica de principios jurídicos, se señala su naturaleza y funciones y luego se hace un paralelo con el mal llamado, según propuesta del autor, principio de oportunidad. Resultado del artículo es la necesidad de señalar, bajo una dogmática principialística, que el principio de oportunidad no es un principio jurídico sino una potestad política frente a la cual se deben fortalecer las herramientas jurídicas (metodología jurídica) para evitar su aplicación en contra del derecho.

Palabras clave: Poder político (404), Derechos humanos (2183), Constitución (149), Principios constitucionales, principio de oportunidad.

## Abstract

The present article sets out to provide some reasons to differentiate between a power from punitive modulation and the legal principles with the object of avoiding a mistreatment between structural

---

1 El presente ensayo es producto de la investigación denominada "Los principios jurídicos en el ejercicio de la función jurisdiccional colombiana en la actualidad", financiada por la Universidad de Medellín. Dicho proyecto se culminó en el primer semestre del 2006.

2 Abogado. Profesor e investigador de la Universidad de Medellín. Correo electrónico [siestrada@udem.edu.co](mailto:siestrada@udem.edu.co)

Este artículo fue recibido el día 14 de diciembre de 2006 y fue aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 5 del 20 de abril de 2007.

and methodologically dissimilar concepts. For the development of this purpose a basic idea of legal principles is approached, its nature and functions are indicated and then a parallel is made with the not well called “principle of opportunity”. The result of the article is the necessity to indicate, under a dogmatic principialistic, that the “opportunity principle” is not a legal principle but a political power forehead to which the legal tools are due to fortify (legal methodology) to avoid its application against the law.

Key Words: Political power, Human rights, Constitutions, Constitutional principles, Principle of opportunity

## Résumé

Le présent article a comme objectif fournir des raisons pour différencier entre un pouvoir de modulation punitive et les principes juridiques pour éviter un traitement inadéquante entre des concepts structurellement et méthodologiquement dissemblables. Pour le développement du but on aborde une idée centrale de principes juridiques, on indique sa nature et fonctions et on fait ensuite une analyse critique du mal appelé, d’après l’auteur, principe de l’opportunité. Résultat de l’article c’est la besoin d’indiquer, sous un dogmatique des principes, que “le principe de l’opportunité” n’est pas un principe juridique mais un pouvoir politique devant lequel il faut fortifier les outils juridiques (méthodologie juridique) pour éviter leur application illégale.

Mots Clés: Pouvoir politique, Droits humains, Constitution, Principes constitutionnel, Principe de l’opportunité

## Introducción

El mantenimiento de la dialéctica poder-derecho se constituye en el presupuesto necesario para la pervivencia del Estado de derecho. Es deber de quienes aspiran a conocer los escarpados caminos de la dogmática jurídica, aguzar los sentidos para determinar toda eventual o real infracción al equilibrio que garantiza la legitimidad y las garantías individuales. El desconocimiento de las transformaciones de la teoría jurídica con el advenimiento del Estado social de derecho, que tiene por principal paradigma normativo los principios, ha generado una errada aplicación de los mismos que se traduce, paradójicamente, en la infracción del derecho en nombre del mismo derecho. Uno de esos eventos se encuentra en el denominado principio de oportunidad establecido a nivel constitucional en el artículo 250 que facultad al ente instructor para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, atribuciones que, a la luz de la principialística, es posible de-

terminar que se fundamentan más en terrenos de la filosofía política que en una filosofía y dogmática jurídicas. Esto exige que el principio de oportunidad sea considerado no como una facultad legal sino como una potestad de modulación de la acción punitiva para cuya aplicación se debe recurrir a la ponderación con los derechos fundamentales a la justicia, a la verdad y a la reparación de la (s) víctima (s). El escrito tiene por propósito principal advertir la imposibilidad de atribuir la categoría de principio a una facultad política, y de insistirse en ello, la pérdida del equilibrio entre el poder y el derecho en favor de aquél, necesario para la presencia de un Estado constitucional.

La incorporación con la Constitución Política de 1991 de un modelo de Estado constitucional de derecho (o de derecho constitucionalizado para ser más precisos), representa un nuevo paradigma normativo<sup>3</sup> en el cual hacen presencia los principios jurídicos como normas que no solo ayudan a interpretar, crear e integrar el ordenamiento jurídico, sino que fungen de parámetros de validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico<sup>4</sup>. La existencia de un derecho por principios revive la insalvable e interminable discusión acerca de la fundamentación de su naturaleza y funciones. Esa ausencia de claridad frente a la naturaleza y funciones de los principios en un Estado constitucional es la causa de la pervivencia de una

---

3 Se acude a la idea de paradigma jurídico explicado por Habermas así: “las ideas típicas y ejemplares de una comunidad jurídica en lo tocante a la cuestión de cómo pueden realizarse el sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho en el contexto efectivamente percibido de la sociedad dada en cada caso. Un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que puedan cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas”. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. (Manuel Jiménez Redondo, trad). Madrid: Trotta, 1998. p. 263

4 El paradigma constitucional se puede sintetizar con las palabras del profesor Luis Prieto Sanchís: “...el constitucionalismo está impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas. PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: *Neoconstitucionalismo (s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003. p.131,132

noción acuñada en un contexto político y jurídico diferente al constitucional, que señala el carácter subsidiario de los mismos con respecto de la ley. La falta de actualización o simple contextualización de los conceptos frente a las nuevas circunstancias políticas y jurídicas conduce a la afirmación de una teoría de los principios que en síntesis predica: a. el carácter subsidiario de los mismos frente a la ley. b. Su carácter de norma jurídica a condición de estar formalmente consagrada en el ordenamiento jurídico. c. Su fundamentación unidimensional, esto es, una explicación sólo a partir de corrientes filosóficas excluyentes que impiden una comprensión integral de los mismos. d. El empleo de los principios como sinónimos de valores.

Una teoría de los principios jurídicos acorde con el Estado constitucional refleja, como antítesis de una idea de principios cimentada en el Estado liberal, una noción representada por las siguientes características: a. La prevalencia de los principios sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico permitiendo la elaboración de juicios de constitucionalidad a partir de los mismos. b. Su carácter de norma jurídica independientemente del procedimiento de positivización (ora por consagración de una norma creada formalmente por un órgano competente, ora por ser emanación o expresión de lo que una comunidad estima que es correcto, bueno o justo) c. Un estudio de los principios a partir de criterios funcionalistas o prácticos que permiten su emancipación de concepciones filosóficas unidireccionales o comprensivas de toda la dinámica principal. d. La necesidad de señalar con claridad las diferencias entre principios y valores para evitar que los problemas epistemológicos propios de una fundamentación de y desde los valores (pérdida de seguridad jurídica, infracción del principio de separación de poderes, el decisionismo judicial, entre otros), se extiendan a los principios jurídicos.

La ausencia de claridad en una teoría de los principios jurídicos<sup>5</sup> acorde a un Estado constitucional promueve una actitud de prestidigitación que pretende con el uso

---

5 La ausencia de una idea unívoca del concepto de principios se evidencia a nivel jurisprudencial en pronunciamientos de la Corte Constitucional estimados hitos por abordar materias para cuya comprensión se requiere una lectura obligada de los mismos: la idea de principios y su diferencia con los valores y la relación de los principios con las fuentes del derecho. Esas decisiones son la sentencia T-406 de 1992 y la sentencia C-083 de 1995, en donde esa alta corporación hace referencia a los principios adoptando dos posiciones que reflejan no solo la complejidad sino la disparidad de criterios al momento de hablar

de las palabras “principio jurídico” volver jurídicos objetos que no lo son. Tal es el caso del principio de oportunidad que por la sola denominación constitucional de “principio” se pretende convertir en algo jurídico aquello que representa más una *potestas* (de suma importancia indudablemente) que una *auctoritas*. Los peligros derivados de allí no se reducen a un asunto de técnica jurídica o de simple forma. Se trata, sin necesidad de hacer profundas exploraciones teóricas, de denunciar la pérdida de la dialéctica que debe existir entre el poder y el derecho como condición para la existencia de un Estado democrático de derecho. Otorgar el rótulo de principio jurídico a aquello que se enmarca más en una facultad política es desequilibrar la balanza inconsciente, pero negligentemente, hacia el ejercicio del poder; es entregar al lobo el ropaje que engañará a quienes acudirán a él en nombre del derecho para el fortalecimiento del Estado y que tendrán por respuesta aparentes decisiones jurídicas.

Las diferencias que se pretenden resaltar entre los principios jurídicos y el principio de oportunidad (en adelante potestad de modulación de la acción punitiva o sus iniciales PMAP) están dirigidas a:

1. Señalar los peligros de pretender conservar una igualdad constitucional entre dos conceptos que por su naturaleza merecen un tratamiento diferente: Un principio y una facultad política. Se avizora así un reto para la teoría de la ponderación: fortalecer sus elementos metodológicos para lograr el mantenimiento del equilibrio necesario entre la política y el derecho. La situación es más compleja cuando se advierte la sutil frontera entre lo jurídico y lo político en afirmaciones dirigidas a justificar el principio de oportunidad: se señala que el principio está dirigido al fortalecimiento de la jurisdicción

---

de ellos. En la primera decisión, los principios constitucionales son normas de derecho fundamental que condicionan la expresión axiológica, política y dogmática del poder de Estado. En la segunda, los principios sólo son normas si están enunciados en una disposición, su posición es subsidiaria respecto de la ley y con referencia a los principios extrasistemáticos señala que no son normas sino candidatos a normas que sirven de herramientas éticas para el ejercicio de la actividad del Estado. Se puede replicar que esa disparidad obedece a que se hace referencia a dos conceptos: principios constitucionales y principios generales del derecho, pero, bajo nuestra óptica, son denominaciones diversas de un mismo objeto realizadas en contextos diferentes: lo que es extrasistemático, subsidiario o general en el Estado liberal pasa a ser fundamental, principal y sistemático en el Estado constitucional. Así, es posible señalar que todos los principios son normas materialmente constitucionales que deben ser incorporadas al bloque de constitucionalidad.

mediante la efectivización de su actividad, razón que simultáneamente puede ser analizada bajo una perspectiva utilitarista como la necesidad de descongestionar la jurisdicción. ¿Cómo equilibrar el interés estatal de perseguir el delito y de descongestionar la jurisdicción, y el interés de la víctima (persona) y de toda la comunidad de obtener una reparación? La respuesta está en la ponderación que debe realizar todo juez de control de garantías al momento de ejercer una veeduría al ejercicio de la PMAP.

2. Advertir que no es posible una contradicción a priori entre dos principios. Sólo será el caso específico el que determinará las condiciones que exigen o permiten la disminución de la protección de un principio a favor del otro principio (regla de precedencia condicionada). Si se acepta que la PMAP es una facultad esencialmente política, en el caso específico se deberá extremar el rigor para su aplicación en atención a que no se trata sólo de un conflicto intrajurídico (entre dos normas), sino entre el derecho y la política. En otros términos, la ponderación como mecanismo para la solución de conflictos entre principios jurídicos deberá ser reforzada en los eventos en los que se aplique el principio de oportunidad. En síntesis, tanto mayor sea la potestad política, más fuerte deberá ser el control frente a su ejercicio.

En este mismo orden de ideas se puede señalar que el presente escrito busca, a partir de una teoría de los principios, una perspectiva diferente del principio de oportunidad, no para menoscabar su importancia sino para perfilarlo a las especiales condiciones del Estado constitucional, fortaleciendo, consecuentemente, las herramientas metodológicas que deben ser empleadas para el restablecimiento de la dialéctica entre el poder y el derecho en el ejercicio del criterio de oportunidad: la argumentación jurídica y, en especial, la ponderación.

## 1. Una aproximación a la idea de principio

Por no guardar coherencia con nuestro modelo pedagógico, y con el ánimo de evitar actitudes presuntuosas, escapa a nuestras posibilidades formular en este espacio definiciones de lo que es un principio<sup>6</sup>. La sola polisemia o pluralidad de

---

6 No obstante estimamos que el intento definatorio más omnicomprensivo se encuentra en las palabras del profesor Hernán Valencia Restrepo para quien “los principios generales del derecho son las normas

nombres con los que han sido denominados (reglas generales del derecho, principios generales del derecho, principios de derecho natural, principios jurídicos, normas rectoras, etc) refleja la complejidad del tema tanto para la filosofía como para la dogmática jurídica. El problema es mayor cuando el nivel de comprensión de los principios está atado a la corriente filosófica desde la cual sean explicados, arrojando por resultado nociones divergentes sobre la naturaleza de los mismos. Bástenos con formular algunas ideas dirigidas a resaltar la importancia de los principios en un Estado constitucional de derecho.

Desde una perspectiva iusnaturalista racionalista, los principios se constituyen en concreciones jurídicas de lo que la razón señala que debe ser justo, esto es, una concreción racional de lo que el hombre estima que es justo. Una posición positivista normativista señalará que el principio es norma jurídica por haber sido consagrado en un enunciado derivado de un acto de voluntad de un órgano del Estado o en virtud de sucesivas abstracciones o inducciones de normas jurídicas particulares. Una posición más moderada señalará que el principio es tal por ser reconocido por una comunidad. Pero, independientemente de la perspectiva ideológica que se adopte, un criterio funcional permitirá reconocer que todo principio jurídico se erige en fundamento (positivo o extrapositivo) del ordenamiento jurídico.

Se quiere significar con lo anterior que independientemente de la concepción filosófica que asuma el operador jurídico no es posible negar el carácter fundante y fundamentador de los principios respecto del ordenamiento jurídico<sup>7</sup>. A modo de ejemplo se puede citar el principio de proporcionalidad que es una garantía fundamental del individuo independientemente de su justificación filosófica (iuspositivista o iusnaturalista). No es menos principio ni menos norma jurídica por ser derivación de la razón humana, como tampoco es más importante por

---

jurídicas fundamentales, imperativas, universales, tópicas, axiológicas e implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento". Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. 3ª ed. Bogotá. Ed. Temis, 2005. p. 543.

7 Señala Guastini: "En general, en sede de interpretación, argumentar mediante principios consiste en apelar a una norma (explícita o implícita) de la que se asume su "superioridad" respecto a la disposición a interpretar, para adecuar a aquélla el significado de esta.- Y tratar a una norma como principio significa precisamente asumir su superioridad —al menos su superioridad axiológica- respecto de otra". Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. (Jordi Ferrer i Beltrán, trad). Barcelona: Gedisa, 1999. p. 164.

ser emanación de un órgano del Estado. ¿Cómo determinar la importancia de otros principios como el de lesividad o el de antijuridicidad a partir de su fundamentación filosófica y no desde su función? Si se pretende la formulación de una ciencia del derecho en el Estado constitucional, es necesario reconocer que todos los principios son normas jurídicas que fungen de garantes en el ejercicio del derecho del Estado a la punición y esa función de garantía dentro del Estado constitucional les otorga el carácter de condición para la existencia y subsistencia del mismo. Será necesario así abordar una perspectiva funcionalista que atienda a la tarea que desempeña el principio en el ordenamiento jurídico independientemente de su fundamento filosófico.

Una descripción de los principios jurídicos no se puede realizar con prescindencia de algún rigor dogmático que permita una construcción científica del derecho, la que no debe estar de espaldas a los fines propuestos por el mismo<sup>8</sup>. Es esta la razón por la cual la formulación de una teoría de los principios debe trascender concepciones filosóficas que pueden dar lugar a perspectivas unidimensionales y, por qué no, reduccionistas del concepto de principio<sup>9</sup>. El reconocimiento de la imposibilidad de construir una teoría de los principios atada a concepciones unidireccionales,

---

8 Sobre las dificultades de adscripción a una sola corriente del pensamiento jurídico, señala BOBBIO: “Precisamente, por haber vivido a fondo los motivos de la oposición entre positivismo jurídico y jusnaturalismo, no he creído nunca poder alistarme decididamente bien en uno u otro bando. Si he mostrado simpatías jusnaturalistas en la época del positivismo triunfante, también he mostrado simpatías positivistas (tanto en la defensa de Kelsen como en la búsqueda de argumentos contrarios al derecho natural), en estos últimos años de renovado iusnaturalismo. Más que alistarme en uno de los dos bandos, he preferido, en estas páginas, tratar de aclarar la complejidad de los términos de la oposición, la imposibilidad de reducir el problema de sus relaciones a una sola alternativa y, en definitiva, demostrar las razones por las cuales el alistamiento en uno u otro bando es a menudo el fruto de una elección irracional y no de una reflexión meditada”. *El problema del positivismo jurídico*. (Ernesto Garzón Valdés, trad). Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México: Fontamara, 1991. p. 10

9 Aún expresiones positivistas reconocen la importancia de vincular elementos éticos al derecho. Señala HART replicando a Dworkin: “Dworkin desconoce el hecho de que acepto explícitamente que la regla de reconocimiento puede incorporar, como criterios de validez jurídica, la conformidad con principios morales o valores sustantivos; es por ello que mi teoría ha sido calificada de “positivismo suave” (p. 106) ... considero que los argumentos establecidos a partir de principios de esta índole constituyen un rasgo importante de la adjudicación y del razonamiento jurídico y que tal rasgo debiera señalarse mediante la terminología apropiada. Debemos dar crédito a Dworkin por haber mostrado e ilustrado su importancia y el papel que desempeñan en el razonamiento jurídico; ciertamente fue un grave error de mi parte el no haber resaltado su fuerza no concluyente. Sin embargo, decididamente no era mi intención, al utilizar

exige la proposición de una concepción construida a partir de matrices<sup>10</sup> o puntos básicos sobre los cuales se debe cimentar toda teoría. Sin ser este el espacio para desarrollarlos, sí es necesario señalar algunas de sus características, aclarando que el estudio de los principios debe atender no solo a su consagración positiva (texto constitucional, legal o jurisprudencial), sino a su contenido (elementos axiológicos) y funciones (elementos políticos), asumiendo así el reto de justificar los fenómenos jurídicos desde una triple dimensión: axiológica, política y jurídica<sup>11</sup>.

---

la palabra "regla", sostener que los sistemas jurídicos comprenden únicamente reglas "todo o nada" o reglas casi concluyentes (p. 123)" Postscriptum en: La decisión judicial. Estudio preliminar de César Rodríguez. Bogotá: ed. Siglo del Hombre. Universidad de los Andes, 1997.

10 Aarnio acude al concepto de matriz señalado por Thomas Kuhn en su *The Structure of Scientific Revolutions*. 1ª ed. 1962, para representar la existencia de unas bases sobre las que se construye toda ciencia, compuestas por los siguientes elementos: a. Una generalización simbólica; b. El compromiso con respecto a ciertos modelos que conforman la materia.; c. Un acuerdo acerca de valores y normas comunes; y, d. Un compromiso con respeto a modelos científicos comunes, es decir, acerca de las soluciones paradigmáticas del problema. Para un conocimiento científico jurídico, la matriz debe estar conformada en palabras de Aarnio por cuatro factores: "(i) ...una suposición acerca del objetivo de la interpretación en la dogmática jurídica, es decir, acerca de lo que está siendo interpretado. Además, esto significa que existe un compromiso con respecto a ciertas suposiciones de la filosofía del derecho acerca de qué es una norma jurídica, acerca de lo que uno debería pensar con respecto al origen y la validez de la ley, etcétera. (ii) Segundo, la matriz contiene una serie de acuerdos acerca de las fuentes del derecho. Quienes cultivan la dogmática jurídica tienen (casi) la misma concepción acerca de a cuáles fuentes uno tiene que referirse y acerca de a cuáles fuentes uno debería o podría referirse. Son estos acuerdos acerca de las fuentes del derecho lo que más claramente muestra el tipo de concepto de derecho y de administración de justicia que existe en una cultura. Una lista restrictiva de fuentes del derecho es señal de tendencias legalistas, mientras que una actitud muy liberal con respecto a las fuentes del derecho revela diversos matices de antilegalismo. (iii) La matriz básica de la dogmática jurídica implica también ciertas reglas y principios metodológicos. Ellos muestran aproximadamente cómo las fuentes jurídicas deberían y pueden ser usadas en la interpretación... (iv) Finalmente, se puede incluir también en la matriz de la dogmática jurídica la concepción de que valores y evaluaciones pueden estar presentes en la interpretación de la dogmática jurídica". AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*. (Ernesto Garzón Valdés, trad). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991. p. 53 y 54.

11 De suma importancia para el estudio del derecho bajo una perspectiva tridimensional son las mismas palabras de AARNIO: "Sólo se puede realizar la democracia real si los discursos político, moral y jurídico satisfacen un criterio mínimo de racionalidad. Este es el reto de la teoría del razonamiento práctico. Ese es el "proyecto moderno de la ilustración". *Derecho, racionalidad y comunicación social*. 2ª ed. (Pablo Larrañaga, trad). Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México: Fontamara, 2000. p. 79. De igual importancia estimamos las palabras de CARLOS SANTIAGO NINO: "La tesis central de esta monografía es que el derecho es un fenómeno esencialmente político, es decir, que tiene relaciones intrínsecas con

la práctica política. Algunas de estas relaciones son directas, y otras se dan a través de la moral (p. 11) . . . lo que importa es que no existe un concepto de derecho que sea verdadero, en tanto que los demás son falsos. Por lo tanto, la pregunta sobre si existe una relación conceptual entre derecho y moral, que ha obsesionado a positivistas e iusnaturalistas, carece de respuesta. Hay conceptos de derecho que remiten necesariamente a estándares extrajurídicos, que bajo ciertas condiciones pueden ser considerados morales. Hay otros, en cambio, que sólo designan propiedades de hecho y que no remiten a principios morales que constituyen propiedades valorativas del fenómeno identificado como derecho. Por cierto que el empleo de estos últimos conceptos de derecho puramente descriptivos no implica que el derecho no pueda ser valorado moralmente, o que en la creación o aplicación del derecho no se hagan tales valoraciones morales. Solamente supone que cuando identificamos a un sistema normativo como derecho no por ello lo estamos valorando en términos morales (p. 41) . . . *Lo que quiero proponer aquí es la necesidad de concebir la acción de los constituyentes, legisladores, jueces y administradores como partícipes en una obra colectiva. Esa obra colectiva es el desarrollo del derecho vigente como parte de un proceso todavía más amplio, como lo es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad. . .* Cada una de las contribuciones realizadas al derecho positivo concebido como una acción colectiva está condicionada por la evolución que haya tenido ese derecho y las demás prácticas sociales hasta ese momento, y por los aportes en el futuro, de nuevos ponentes (p. 137) . . . *Concebir las decisiones y acciones jurídicas como contribuciones a prácticas o acciones colectivas implica reconocer la naturaleza esencialmente política del derecho.* El derecho mantiene una conexión directa con la política, ya que cualquier acción o decisión jurídicamente relevante que se tome debe hacerse ponderando estratégicamente las acciones o decisiones de otros, que se dieron en el pasado, se realizan en la actualidad o se darán en el futuro. El derecho es una empresa esencialmente cooperativa —aun en un régimen autoritario— puesto que no puede lograrse efecto jurídico sin la colaboración de otros. Por lo tanto, toda acción jurídica es una acción política en el sentido de que debe tomar en cuenta las acciones, reacciones, actitudes, expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas (sobre todo en cuanto ellas incidan en el manejo del aparato coactivo) (p. 147) . . . Esta conexión del derecho con la política consiste en el hecho de que las acciones y decisiones jurídicas no son acciones y decisiones individuales y aisladas sino contribuciones a una acción o práctica colectiva. *Este carácter de las acciones y decisiones políticas incide en el razonamiento práctico ya que los principios autónomos de moralidad social, que constituyen las premisas últimas de ese razonamiento, no se aplican directamente a las acciones y decisiones individuales sino a la práctica colectiva* (p. 158)” (subrayas extratexto) Derecho, Moral y Política. Barcelona: Ariel, 1994. Similar sentido se advierte en las palabras de Agustín Squella “Vocación científica y conciencia política y moral, entonces: he aquí una doble exigencia que los juristas deben satisfacer simultáneamente sin sacrificar una en beneficio de la otra. Porque cuando la vocación científica se subordina a la actividad y metas propias de la política, se empobrece nuestra comprensión de la realidad. Pero, por otra parte, cuando los juristas invocan el nombre prestigioso de la ciencia para eludir posiciones en los terrenos de la política y la moral, entonces quizá ocurra para ellos algo peor: verse disminuidos como hombres y como ciudadanos” Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos. 2ª ed. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México: Fontamara, 1998. p. 25.

## **a. Los principios son normas jurídicas**

Los principios son el fundamento del ordenamiento jurídico, ya sea que se asuman como abstracción de normas particulares positivizadas<sup>12</sup>, como concreción deontológica de los valores<sup>13</sup>, o que sean estimados como derivaciones o construcciones lingüísticas de una comunidad<sup>14</sup>. Así, lo que sirve de fundamento no puede poseer una naturaleza divergente a lo que resulta fundamentado.

## **b. Los principios son el fundamento del ordenamiento jurídico**

Los principios no son cualquier tipo de normas. Son normas que determinan el fundamento o contenido material de las restantes normas del ordenamiento jurídico. Se constituyen, en virtud de esa función, en herramientas que permiten la construcción de un ordenamiento jurídico y la materialización o definición de los fines que direccionan el surgimiento, interpretación y aplicación del mismo ¿Qué significa que un principio es una norma fundante y fundamentadora del ordenamiento jurídico? Por fundante se entiende la causa, base o fuente en la cual reposa el derecho y fundamentador como el contenido que le da sentido (no forma) al derecho.

---

12 Señala KELSEN: “Se afirma en ocasiones que por encima de la Constitución de todo Estado, hay ciertas reglas de Derecho natural que deben ser asimismo respetadas por las autoridades estatales encargadas de la aplicación del Derecho. Si se trata de principios plasmados en la Constitución o en cualquier otro grado del ordenamiento jurídico extraídos del contenido del Derecho positivo por vía de abstracción, el formularlos como reglas jurídicas independientes resulta bastante inofensivo. Estos principios son, en tal caso, aplicados con, y sólo con, las normas jurídicas en las que se encuentran plasmados” Quién debe ser el defensor de la Constitución. (Guillermo Gasió, trad). Madrid: ed. Tecnos, 1995, p. 34.

13 La profesora BLANCA MARTÍNEZ DE VALLEJO, en trabajo compilado por el profesor Javier de Lucas, señala: “...para la mayoría de la doctrina los valores jurídicos son normas y los principios y las normas en sentido estricto son concreciones de los valores que los desarrollan, produciéndose un proceso que alcanza su cenit de concreción en las reglas o normas en sentido estricto”. DE LUCAS, Javier. Introducción a la Teoría del derecho. 3ª ed. Valencia Tirant Lo Blanch, 1997. p. 314.

14 Señala Habermas: “En las condiciones de una comprensión postmetafísica del mundo sólo puede considerarse legítimo el derecho que surge de la formación discursiva de la opinión y la voluntad de ciudadanos dotados de unos mismos derechos... el derecho legítimo sólo se reproduce en forma de una circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho, que ha de nutrirse de las comunicaciones que se producen en un espacio público-político no hipotecado por relaciones de poder y anclado en los ámbitos privados básicos del mundo de la vida a través de las instituciones de la sociedad civil” Op. Cit., p. 491.

Por su función fundante y fundamentadora del ordenamiento jurídico, el principio se erige en concreción de las metas hacia las cuales se dirige el derecho, esto es, de los fines o valores propuestos por una comunidad y aceptados por la misma a través del derecho. Esa concreción permite señalar que los principios son, a diferencia de los valores, normas jurídicas que determinan un deber ser jurídico imperativo-atributivo, en tanto que los valores establecen pautas morales cuya infracción deriva en un reproche ético pero sin sanción jurídica.

### **c. Los principios son límite al ejercicio del poder**

Los principios son normas que determinan o condicionan la actividad del Estado y, en especial, legitiman el ejercicio de la función judicial. No se entiende cómo aún en nuestra cultura jurídica son asumidos como herramientas subsidiarias, criterios metajurídicos y extrasistémicos cuando la legitimación de las expresiones de poder en un sistema pretendidamente democrático se debe a su conducción por los canales de la racionalidad impuestos por el derecho a través de los principios jurídicos<sup>15</sup>.

---

15 Sobre la relación entre el derecho, la moral y el poder, señala Gregorio Peces-Barba: “La moralidad pública es asumida por el poder político, que a su fuerza añade el consenso y la integración de esos valores, por lo que es un hecho institucionalizado, formado por un grupo de hombres que reciben el monopolio en el uso de la fuerza apoyado en valores (legitimidad del poder). Con el impulso de ese poder, la moralidad pública (valores morales) se realiza eficazmente a través del Derecho y limita y organiza al poder en Estado social y Democrático (justicia del Derecho). Así aunque a veces los términos justicia y legitimidad, se utilizan indistintamente para expresar la relación del poder o del derecho con la moralidad, parece preferible usar el término legitimidad para referirse al poder y el de justicia para referirse al Derecho... se puede identificar esa relación derecho-poder, con los siguientes rasgos: 1) No existe jerarquía ni superioridad de uno sobre otro, sino un equilibrio y una vinculación correlativa. 2) El Derecho como expresión de una norma y el poder como una voluntad referida a valores, y formada desde la comunicación y el diálogo entre muchas voluntades razonables, no se contraponen, sino que se comunican e integran. 3) El poder crea en última instancia al Derecho positivo, es el hecho fundante básico, pero éste configura al poder como poder jurídico, que lo limita y lo organiza. 4) La moralidad, los valores derivados de la dignidad de la condición humana, la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, asumidos como valores políticos, se trasladan por éste en su condición de hecho fundante básico, al Derecho como valores, derechos y principios de organización, y otros principios. El edificio teórico que se construye así, no es cerradamente positivista, aunque identifique al derecho con la positividad, y como expresión de una voluntad, porque ésta se refiere a valores, y porque está abierto a la moralidad pública, que hace posible la moralidad privada, es decir, la posibilidad de personalidad moral en cada individuo. Tampoco es iusnaturalista, porque no considera como derecho a esa moralidad, si no se incorpora por los cauces de la producción jurídica ordinaria a un Ordenamiento”. Ética, poder y Derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. pp. 81- 82.

#### **d. Los principios son parámetros de constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento jurídico**

En este punto se hace referencia al complejo problema de las relaciones entre la moral y el derecho. Si los principios son concreción de valores, se erigen en el principal argumento para demostrar las relaciones entre la moral y el derecho al servir de puente entre lo que una comunidad estima justo y la traducción de ese sentimiento de justicia a partir de normas jurídicas<sup>16</sup>. Característica de los principios es así la de ser fundamento del ordenamiento jurídico permitiendo determinar lo que se ha denominado validez material de las normas jurídicas entendida como la evaluación de la congruencia o correspondencia de las demás normas del ordenamiento jurídico con los contenidos axiológicos denominados principios. Los principios son el mejor fundamento o *ratio* de una decisión judicial<sup>17</sup>.

#### **e. Los principios se erigen en paradigma normativo dentro del Estado constitucional**

Sin temor a incurrir en argumentos de tipo *ad absurdum*, es posible señalar *a simili* que lo que representó la ley en el Estado liberal de derecho lo es ahora la norma principal en el Estado constitucional de derecho. Tanto la teoría como la práctica jurídica están más directa que indirectamente relacionadas con los principios jurídicos. La noción de norma, de ordenamiento y de fuentes del derecho, así

---

16 Un punto importante es la aceptación por parte de ambas corrientes de la importancia de los vínculos entre el derecho y la moral, exigiendo algunos que los principios estén positivizados (Hans Kelsen) y señalando otros la posibilidad de hallarlos en la permeable, sensible y voluble razón humana.

17 Sobre el papel de la Constitución como sistema de identificación de normas bajo criterios formales y materiales, señala Gregorio Peces-Barba Martínez: "En nuestra Constitución, en su sistema de identificación de normas, coexistente criterios formales y materiales. Hemos visto que la norma básica formal establece los órganos y los procedimientos para producir el Derecho, y a eso hay que añadir la *norma básica material que identifica los contenidos a los que debe ajustarse el resto de las normas del Ordenamiento o respecto de los cuales al menos no deben discrepar*. Las normas válidas, las que pertenezcan a nuestro Ordenamiento, tienen que someterse a esos criterios formales y materiales de las normas básicas" (subrayas extratexto). Derecho y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 253

como lo que se ha dado en llamar “nueva” filosofía del derecho, está cimentada en una teoría de los principios jurídicos<sup>18</sup>.

## **f. Los principios son el fundamento de los derechos fundamentales**

Bástenos señalar que no es casual la forma en que el insigne tratadista Robert Alexy inicia su teoría de los derechos fundamentales, haciendo alusión a una teoría de los principios jurídicos, al ser estimados como el fundamento de los derechos fundamentales. Señala que “no es posible una dogmática adecuada de los derechos fundamentales sin una teoría de los principios”<sup>19</sup>.

Las mencionadas características (6) son predicables de los principios constitucionales, esto es, de los principios explícitamente positivos o contenidos en el texto de la constitución, sin que ello signifique la negación de dos ideas. La primera, la existencia de principios implícitos que pueden ser obtenidos a partir de la metodología jurídica (la interpretación, la argumentación –en especial en una democracia constitucional deliberativa)<sup>20</sup>. La segunda, la posible equiparación de los principios constitucionales con los principios generales al ser normas materialmente constitucionales.

---

18 Sobre las implicaciones de una teoría de principios en el Estado constitucional, se remite al lector a nuestro texto “Las transformaciones y retos de la Teoría General del Derecho en Colombia”. En: II CONGRESO INTERNACIONAL DE TEORÍA GENERAL DE DERECHO. (2º: 2005: Medellín). Universidad de Medellín.

19 “Lo que aquí puede esperarse puede ser caracterizado como la parte general de la dogmática de los derechos fundamentales. Su base la constituyen la teoría de los principios... Habrá que mostrar que no es posible una dogmática adecuada de los derechos fundamentales sin una teoría de los principios... habrá que mostrar que la positivización de los derechos fundamentales, que rigen para todos los poderes del Estado, constituye una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales.” ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. (Ernesto Garzón Valdés, trad). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 25

20 La aclaración es necesaria en atención a que nuestra cultura jurídica evidencia una fuerte influencia de una concepción decimonónica de principios estimando que los mismos son los de derecho natural (Art. 4 ley 153 de 1887) concepción propia del modelo de Estado liberal de separación de poderes con prevalencia del órgano legislativo y ajena a la de Estado constitucional, que exige una división con coordinación o colaboración armónica entre las funciones del poder público.

En síntesis, se puede señalar que los principios desempeñan, así, tres funciones que trascienden toda concepción tradicional:

- a. Filosóficamente, son la concreción de los valores de una comunidad y en virtud de esa definición adquieren toda la fuerza propia de la norma jurídica. En este mismo contexto se indica que los principios son la máxima concreción del valor justicia y el fundamento de los derechos fundamentales.
- b. Políticamente se erigen en expresión de la soberanía jurídica del poder constituyente y en medios de legitimación racional del poder del Estado dentro de un modelo de Estado constitucional de derecho.
- c. Teóricamente, se constituyen en herramientas que sirven para crear, integrar, interpretar el ordenamiento, así como para limitar el ejercicio o aplicación de la norma.

En todo evento, una teoría de principios debe reflejar una dialéctica entre elementos axiológicos, políticos y dogmáticos pues el desequilibrio en favor de alguno de ellos puede conducir al imperio o monarquía del valor, a la legitimación del poder ejercido arbitrariamente o a la normativización o juridización del derecho al margen del entorno social. Pero siempre el principio será obligatorio para todo operador jurídico y éste no puede excusar su aplicación por ser un mandato jurídico de naturaleza constitucional independientemente de su ubicación dentro del ordenamiento jurídico.

## **2. El Principio de Oportunidad**

El principio de oportunidad fue elevado a rango constitucional mediante el Acto Legislativo 3 de diciembre 19 de 2002, cuyo artículo segundo reformó el artículo 250 de la Constitución Política, lo que le otorga, al menos formalmente, la categoría de principio constitucional. Este acto reformativo de la Constitución Política fue reglamentado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2637 de 2004 y establecido en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004. Igualmente la normativa referida al principio de oportunidad ha sido objeto de varios juicios de constitucionalidad<sup>21</sup> sin que en alguno de ellos se hiciera referencia a la naturaleza

---

21 -CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia 1039 de octubre 22 de 2004. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, por la que se declaró exequible dicho acto legislativo.

del principio de oportunidad a la luz de la teoría de los principios y menos al deber del juez de control de garantías de elaborar juicios de ponderación en todo evento de control al ejercicio de la PMAP<sup>22</sup> por reflejar, más que una aplicación

- 
- CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia C-1092 de noviembre 19 de 2003. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis por la cual se declaró inexecutable la expresión “al solo efecto de determinar su validez” establecida en el numeral 2 del artículo 250 de la C.P. y declaró la cosa juzgada respecto de la constitucionalidad del párrafo del artículo 250 de la C.P. declarada por Sentencia C-966 de 2003.
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia C-873 de septiembre 30 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, por la cual se analizó la constitucionalidad de algunos artículos del Decreto Ley 261 de 2000 “por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y los artículos 75,112,115 y 116 de la Ley 600 de 2000. En esta sentencia se indicó frente al principio de oportunidad: “El poder de *disposición del proceso* también fue modificado en cuanto a su alcance por el constituyente derivado de 2002, ya que se consagró a nivel constitucional el *principio de oportunidad*, por oposición al principio de legalidad. El principio de oportunidad ha sido reconocido en múltiples ordenamientos penales del mundo, y se basa en el postulado de que la acusación penal requiere no sólo que exista suficiente *mérito* para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que no existan razones de *oportunidad* para archivar el proceso, esto es, razones válidas por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una determinada conducta, en los “casos que establezca la ley” y “dentro del marco de la política criminal del Estado.” La Corte Constitucional aceptó el principio de oportunidad en tratándose de juicios ante el Congreso. Ver sentencia: CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia SU-062 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en la cual se expresó: “(...) es posible que el Congreso se abstenga de formular acusación por razones de conveniencia, en aquellos casos en que la ponderación de bienes jurídicos constitucionales le permita concluir que resulta más benéfico para la estabilidad institucional una exoneración de responsabilidad, que un juicio de consecuencias imprevisibles. (...)”.. Se trata de una previsión constitucional de las hipótesis en las cuales procede archivar la investigación, las cuales serán reguladas en detalle por la ley. El Legislador también deberá regular el alcance del control judicial de legalidad previsto por el Acto Legislativo para las actuaciones en las que se aplique este principio, lo cual es especialmente relevante para proteger los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación Ver sentencia C-228 de 2002, M.M.P.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett”.
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia C-591 de junio 9 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, por la cual se resolvió la constitucionalidad de los artículos 16, 20, 30, 39, 58, 78, 80, 154, 242, 291, 302, 522 ( parciales ) y 127, 232, 267, 284, 455 y 470 de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia C-673 de junio 30 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández., por la cual se analizó la constitucionalidad del artículo 324 de la ley 906 de 2004.
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia C-979 de septiembre 26 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, por la que se declaró la inexecutable de la expresión “siempre que con esta se extinga la acción penal” establecida en el artículo 327 de la ley 906 de 2004.
- 22 La Corte Constitucional señaló en sentencia C-979 de 2005, respecto del control que ejerce el juez de garantías: “El control que ejerce el juez de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad,

del principio de legalidad (como lo ha pretendido señalar la Corte Constitucional), una oposición al mismo evidenciada en una contradicción directa con los derechos fundamentales de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación.

---

independientemente de sus consecuencias provisionales, precarias o definitivas (interrupción, suspensión o renuncia), debe estar orientado no solamente a emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado... 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. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima". En sentencia C-673 de 2005, por la cual se analizó la constitucionalidad del artículo 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 señaló "La advertida imprecisión de la norma acusada, imposibilita por su parte el ejercicio de un adecuado y real control por parte del juez de garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del principio de oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley. Es decir, ése diseño normativo vago e indeterminado de la causal acusada, le impide al juez de control de legalidad establecer si el fiscal, al aplicar el principio de oportunidad en el caso particular, dispuso arbitrariamente de la acción penal, o si resultaba desproporcionado su ejercicio previa la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, en razón de los deberes de respeto y protección que enmarcan la actividad del Estado". De los citados pronunciamientos no se deriva, en nuestra opinión, el mandato de ponderar en todo evento de control al ejercicio del principio de oportunidad. No obstante, es posible derivar esa obligación de un pronunciamiento formulado por la Corte Constitucional en sentencia C-591 de junio 9 de 2005 al hacer referencia a las características del sistema penal acusatorio colombiano, pronunciamiento que se considera debió ser más incisivo o contundente en materia del ejercicio del principio de oportunidad y frente a los derechos de la víctima. Señaló la Corte "En efecto, se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales".

La consagración del mencionado principio, tiene por propósito<sup>23</sup> dotar al ente investigador de la facultad de valorar las condiciones para no ejercer la potestad punitiva del Estado, con el objeto de centrar su atención en la represión de delitos de especial importancia o trascendencia social, promocionando así la eficacia y eficiencia de la jurisdicción.

La teoría del derecho desarrollada a partir de la II Guerra Mundial ha estado dirigida a un razonamiento práctico discursivo<sup>24</sup>, que permite determinar la pertinencia de la teoría, no tanto por su racionalidad, sino por su idoneidad para solucionar problemas específicos. El estudio del derecho supera (nunca abandona) la sola descripción, y reconoce un derecho creado por una comunidad que lo impone a través de una moral pública o en términos de Hart, “aceptada” o “convencional”<sup>25</sup>, construida a partir de una acción discursiva<sup>26</sup>, diluyéndose así las fronteras entre el ser y el deber ser para conformar una sola unidad: una idea de derecho que representa el equilibrio entre el poder, la moral y la norma. En este marco, los principios jurídicos se constituyen en conceptos fundamentales para una comprensión integral de la teoría y práctica del derecho en un Estado constitucional, al confluir en ellos, de manera armónica, elementos de filosofía política, axiología y dogmática jurídica. Ejemplo de ello debe ser el principio de oportunidad que, en su pretendida condición de principio, debe representar un

---

23 El carácter finalístico marcadamente político y no axiológico o jurídico se encuentra en estas palabras de la Corte cuando hace referencia a la filosofía del principio de oportunidad en la sentencia C-979 de 2005: “La filosofía de este principio de oportunidad radica en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer mas eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; y, en contraprestación, se evitarían efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad, estimula la pronta reparación a la víctima; y, se le otorga otra oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible”.

24 Razonamiento práctico que encuentra, en términos de ALEXY, su máxima representación en un modelo de reglas/principios/procedimiento. Se remite al lector a la obra *El concepto y la validez del derecho*. (Jorge M. Seña, trad). Barcelona: Ed. Gedisa, 1994. p. 174.

25 ALEXY, Robert. *El concepto y la validez...*, Op. Cit., p. 210.

26 Señala HABERMAS: “La teoría discursiva del derecho entiende, por una parte, el Estado democrático de derecho como la institucionalización que discurre a través de derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la opinión y la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de la autonomía política y) una producción legítima de normas”. Op. Cit., p. 523.

equilibrio entre el poder, la moral y el derecho. Se imponen, así, algunas observaciones frente a cada una de esas dimensiones.

### **a. Dimensión axiológica**

La representación moral o axiológica se puede justificar en el interés por lograr un derecho que aproxime la teoría con la práctica y que alcance mayores niveles de efectividad del sistema jurídico penal. No se trata de apuntalar la actividad del Estado hacia la justicia representada en la aplicación de la norma jurídica sino hacia la promoción de otro valor de igual importancia: la efectividad y descongestión del sistema jurisdiccional. Así, se puede señalar *grosso modo* la superación del test axiológico del principio de oportunidad.

### **b. Dimensión política**

El principio de oportunidad se enmarca dentro de lo que se denomina política criminal del Estado y está dirigido al fortalecimiento del *ius puniendi* y, en particular, del sistema penal acusatorio. Un Estado fortalecido se constituye en condición necesaria para la implementación de un nuevo sistema penal. No debe extrañar la permeabilidad del derecho a factores externos o políticos: lo que en otrora era considerado como una infracción al principio de legalidad, estimado como vertebral en la estructuración de un poder del Estado, ahora se señala, por razones de conveniencia, que es necesario excepcionar. Se cree que el principio de oportunidad logrará “un juez que aspire a que su decisión no consista solamente en la conformidad con lo dicho por el superior, sin más; ni en la actividad meramente conservadora y reproductora del derecho. Se trata de un juez cuya sentencia, además de conservar del derecho lo que hay que conservar, lo justo, sea lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para permitir re-inventarla o re-justificarla en cada caso que se le presente al menos en la reafirmación y en la confirmación nueva y libre de su principio”. Se trata de un nuevo derecho, de una nueva práctica del derecho, la única que le permitirá al principio de oportunidad crecer, desarrollarse<sup>27</sup>. Pero debe advertirse que

---

27 CALDERÓN MONTENEGRO, Henry y GARZÓN, Darío. El principio de oportunidad, la política criminal y el nuevo derecho procesal. En: El debate Oral. Segundo semestre, 2005. p. 12.

libertad sin responsabilidad no es más que desorden institucional. No es posible desconocer que el principio de oportunidad parece estar cimentado en postulados utilitaristas que buscan un sistema penal eficiente que alcance el mayor grado de satisfacción social posible. Observamos con prevención la afirmación según la cual el ejercicio del principio de oportunidad es reflejo de “los nuevos valores que inspiran la nueva administración de justicia: la resolución pronta y justa del conflicto que genera el delito; la persecución seria, pronta y efectiva de los delitos que más dañan a la sociedad; el respeto por la víctima y por las garantías penales y procesales, la intervención de un juez más libre y responsable de su sentencia frente a la comunidad”<sup>28</sup>. Pero la contracara de alcanzar un juez autónomo, flexible, en medio de la ausencia de controles, es la posibilidad de convertirlo en artífice de la arbitrariedad. Lo que no alcanzó la fuerza normativa de la Constitución en más de 10 años, se pretende lo alcance una potestad política. De ser así, bienvenida la potestad de configuración de la acción punitiva siempre y cuando ello no represente la claudicación del derecho. El derecho no puede desconocer razones de conveniencia, pero atender a las mismas sin acudir al derecho, es el principio del fin de la misma institucionalidad.

### **c. Dimensión jurídica**

El problema del principio de oportunidad recae en la dimensión jurídica. Este principio no cumple con ninguna de las funciones asignadas a los principios jurídicos: no crea, no integra ni interpreta el derecho, por el contrario, excepciona la aplicación del derecho mismo; no es el fundamento de derechos fundamentales, no se puede erigir en parámetro de constitucionalidad de una norma jurídica. Es, simplemente, una facultad política que se quiere disfrazar de derecho.

Se advierte así el mayor peso del elemento político sobre el elemento jurídico, desequilibrio de la balanza poder-derecho que no puede pasar desapercibido en un Estado constitucional. El principio de oportunidad visto como posibilidad de excepcionar lo que el derecho impone (con fines etéreos que pueden ir desde la promoción de la efectividad de la justicia hasta la promoción de coyunturales intereses políticos), no puede estar ubicado al mismo nivel de los demás principios

---

28 *Ibidem* p. 13.

que se constituyen en normas jurídicas de obligatorio cumplimiento dentro del contexto del Estado constitucional de derecho.

La excepción de la aplicación del derecho, y de la misma Constitución Política, no puede ser entendida como ejercicio del derecho, sino como una potestad política que debe estar intervenida a efectos de conservar la necesaria dialéctica entre el poder y el derecho exigida por el Estado constitucional<sup>29</sup>. Es indiscutible que el principio de oportunidad representa un buen ejemplo de un derecho acorde con una razón práctica que acude a la realidad para señalar, a partir de ella, la pertinencia de una aproximación teórica al fenómeno jurídico, pero los excesos de una dimensión práctica pueden generar desequilibrios entre el derecho que es y el derecho que debe ser.

Se puede replicar que el principio de oportunidad está reglado y ello impide la inclinación de la balanza en contra de lo que debe ser el derecho, pero hay que diferenciar entre la regulación para el ejercicio del principio y la voluntariedad o discrecionalidad en la elección de las razones para la aplicación del principio: en otros términos, una cosa es la reglamentación de la forma o condiciones bajo las cuales va a operar un principio y otra es el problema de la discrecionalidad o libertad de elección de las razones para aplicar el principio<sup>30</sup>. En el principio

---

29 Ese carácter prevalentemente político se comprueba con los artículos 2 y 3 de la resolución 6657 de diciembre 30 de 2004 por la cual se reglamentó la aplicación del principio de oportunidad cuando indica que la aplicación del principio de oportunidad es una facultad y no un deber, y cuando señala que el sindicado podrá solicitar la aplicación del principio, sin que con ello se imponga la obligación de tramitar la decisión. Señalan los mencionados artículos “*Artículo 2º. El Fiscal General de la Nación, su delegado especial y los fiscales delegados podrán aplicar el principio de oportunidad en los casos determinados en la ley, cuando exista un mínimo de elementos materiales probatorios que permita inferir que el beneficiado es autor o participe de una conducta delictiva, lo cual se aducirá ante el juez competente para el control judicial correspondiente... Artículo 3º. La aplicación del principio de oportunidad, por ser manifestación del ejercicio de la acción penal, es una facultad exclusiva del fiscal, ejercida conforme con la Constitución Política y la ley, una vez satisfechos los presupuestos generales y específicos para cada causal. Por consiguiente, el imputado podrá solicitar su aplicación sin que ello imponga al fiscal la obligación de tramitar la petición*” (subrayas extratexto).

30 El ejercicio de la facultad de modulación de la acción punitiva se enmarca dentro de una potestad claramente política. Esta afirmación se ratifica con la lectura a la exposición de motivos de la ley 906 de 2004, en la que se señala “. . . la regla en materia de investigación y acusación la determina el *principio de legalidad* y la excepción será el *principio procesal de la oportunidad*. El *principio de legalidad o de obligatoriedad* consiste en que la Fiscalía, ante conductas que se perfilan como delictivas (sospechas

de oportunidad el funcionario siempre tendrá la libertad de aplicarlo y, si así lo decide, deberá ajustarse a la reglamentación legal; pero frente a los principios propiamente jurídicos, ningún operador puede excusar la aplicación de un principio salvo eventos de contradicción con otro principio en casos concretos. El operador que acuda a la potestad de modulación de la acción punitiva determina discrecionalmente<sup>31</sup> y con razones principalmente políticas las condiciones de aplicación del mismo, mientras que, frente a los principios propiamente dichos, su ejercicio no es algo facultativo sino un imperativo constitucional donde el margen de libertad para determinar su aplicación o su inaplicación se encuentra sustancialmente reducido.

El reconocimiento del principio de oportunidad como una potestad de configuración o modulación de la acción punitiva impone la necesidad de perfilar una metodología jurídica al servicio del juez de control de garantías que permita el mantenimiento del equilibrio entre las relaciones poder-derecho, siendo ella, aún con todos sus problemas, la ponderación<sup>32</sup>. En todo evento de aplicación de la potestad de modulación de la acción punitiva se debe efectuar una ponderación entre el delito que no se va a reprimir y los derechos de la (s) víctima (s) a la justicia, a la verdad y a la reparación.

No es posible señalar que el principio de oportunidad (potestad de modulación de la acción punitiva) se constituye en una excepción al ejercicio de la acción

---

verosímiles), tiene la obligación de realizar las indagaciones e investigaciones pertinentes y, culminadas éstas, debe acusar a los presuntos responsables ante los jueces de la República, si a ello hubiere lugar. La antítesis es el *principio de oportunidad o de discrecionalidad*, según el cual se facultaría a la Fiscalía, en casos expresamente determinados en el Código de Procedimiento Penal que se proyecta, para optar entre investigar o dejar de hacerlo, acusar o precluir, de acuerdo con conveniencias político-criminales, así la prueba conduzca a la existencia de la conducta punible y a la responsabilidad del imputado, pero con el requisito adicional de que esa decisión sólo se consuma con el aval del juez que ejerce la función de control de garantías" (subrayas extratexto) Gaceta del Congreso num. 339 del 23 de julio de 2003.

- 31 ¿Qué pueden argumentar los detractores de la discrecionalidad en la función jurisdiccional frente al principio de oportunidad que reivindica una potestad, si bien reglada, de naturaleza esencialmente política?
- 32 Por su importancia y pertinencia frente al deber del juez de efectuar siempre una ponderación como metodología para controlar el ejercicio de la potestad de modulación de la acción punitiva, se citan las siguientes palabras de H.L.A. HART: "La decisión judicial, *especialmente en materias de elevada importancia constitucional*, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es

penal por cuanto como tal se puede aducir formalmente que fue implementada en ejercicio de la potestad de configuración normativa del legislador como constituyente derivado para evitar la aplicación de la regla general (ejercicio de la acción penal). Señalar el principio de oportunidad como excepción puede representar la superposición de razones políticas sobre las razones exigidas por el derecho a través de sus principios jurídicos. En términos más concretos, la pérdida de la dialéctica poder-derecho en detrimento de éste último. La PMAP considerada como excepción releva al operador de los controles argumentativos que debe implementar para el equilibrio entre el poder y el derecho. El principio de oportunidad no es sólo una excepción, sino la representación en potencia de casos de oposición entre dos principios y, como lo ha indicado la doctrina y la misma Corte Constitucional, en todo caso de conflicto de principios se debe acudir a la ponderación. El derecho penal corrobora así su condición de mejor medio para la verificación de la vigencia del discurso constitucional haciendo que lo que constituye teoría o dogmática constitucional se convierta en una práctica que aproxime cada vez más los distantes mundos del ser y del deber ser.

Tan pernicioso es para el Estado de derecho señalar pasivamente que dicho principio comparte el lugar de los demás principios jurídicos como negar el mandato o acto de voluntad del legislador dirigido a incorporar en la constitución el mencionado principio. La situación exige, entonces, un estudio detallado del mencionado principio, donde será lo axiológico el elemento interviniente para equilibrar los pesos entre los contenidos políticos y los jurídicos. Esto es, el principio de oportunidad como facultad política de discrecional acatamiento no puede

---

dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara. En este punto *los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales* características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de "legislativa" a tal actividad judicial. *Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la "ponderación" y el "balance" característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto*" (subrayas extratexto) El Concepto de derecho. (Genaro Carrió, trad). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. pp. 252 y253.

ser considerado como un principio jurídico obligatorio. Se trata de reconocer la presencia de marcados elementos políticos en la potestad de modulación de la acción punitiva que exige, para su comprensión y correcta aplicación (entendiendo por correcta aplicación el ejercicio acorde a la Constitución), la aceptación de su carácter político y no esencialmente jurídico.

El reconocimiento de esa diferencia entre los principios jurídicos y la PMAP, se constituye en presupuesto no para la negación de una herramienta política que puede efectivizar los mismos fines del derecho sino para su ejercicio sin afectar la integridad o imperio del derecho en un Estado constitucional.

No atender a las diferencias entre los principios jurídicos y la PMAP, conduce a la ubicación en un mismo nivel de una potestad política y de garantías individuales en detrimento de éstas. Lleva a afirmar, igualmente, la oposición del principio de oportunidad con los principios de legalidad, igualdad, acceso a la administración de justicia, y los derechos fundamentales de la víctima a la reparación, a la verdad y a la justicia<sup>33</sup>, derechos que en palabras de la Corte se encuentran “íntimamente

---

33 Sobre los derechos de las víctimas señaló la Corte Constitucional en sentencia C-228 de 2002. Bogotá. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet y Dr. Manuel José Cepeda: “*De lo anterior surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia, comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que estos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos. “(…) De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia -no restringida exclusivamente a una reparación económica- fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afectan y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos, cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos”.* A propósito del carácter de derechos fundamentales de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la paz, señaló la Corte Constitucional en sentencia C-047 de 2006 la posibilidad de apelar las sentencias absolutorias por parte de la víctima como expresión de los derechos mencionados.

vinculados con el principio de legalidad, la observancia del debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho a la tutela judicial efectiva”<sup>34</sup>.

En síntesis, la potestad de modulación de la acción punitiva no puede ser un principio jurídico por la sola denominación que se haga de él como principio. Es una facultad política necesariamente regulada por el derecho y limitada en su ejercicio por los principios jurídicos.

Debemos ahora inquirir por la posibilidad de una antinomia constitucional al coexistir la potestad de configuración de la acción punitiva con los derechos fundamentales de la víctima a la justicia, a la verdad y a la reparación.

Los problemas derivados de las antinomias normativas se encuentran relacionados con la pretensión de construcción de un ordenamiento jurídico coherente, hermético y unitario. Estas características son aplicables a una idea de derecho que prescindiera de cualquier relación con la ética pública en atención a que la misma se constituye en elemento contaminador del derecho y obstaculiza una construcción lógica del mismo. Pero, frente a la norma constitucional, que es por esencia una (y la principal) expresión política y jurídica del poder constituyente, resultan claras las dificultades para afirmar la existencia de un ordenamiento pleno y coherente.

La naturaleza política de la norma constitucional y su simultáneo carácter de norma de normas es reflejo de la dialéctica que debe existir entre el derecho y el poder. Las vicisitudes o efectos impredecibles de los fenómenos políticos aunada al mismo carácter fragmentario y dinámico de la constitución (mutaciones constitucionales) no permiten afirmar la posibilidad de un ordenamiento constitucional o de una constitución política coherente, plena o unitaria. No es fácil reconocerlo pero así es: la constitución es norma de normas pero no la más perfecta de las normas<sup>35</sup>. Ello no debe preocupar en la medida que el reconocimiento de sus

---

34 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2002. M.M.P.P. Bogotá: Drs. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynnet.

35 El carácter dinámico y fragmentario de la Constitución es explicado por HANS PETER SCHNEIDER de la siguiente manera: “Destaca aquí la estructura dinámica de la Constitución: su historicidad y su carácter cambiante. No obstante debe tenerse en cuenta que una flexibilidad total de la Constitución, por ejemplo en el sentido de un continuo desarrollo de su validez, incidiría negativamente en su fuerza normativa

imperfecciones debe estimular el fortalecimiento de los medios que garanticen su primacía e integridad. La constitución escrita es un proyecto de constitución que sufre de constantes mutaciones, por lo que no es posible señalar que todo lo que esté allí escrito es, por esa sola razón, constitucional, así como tampoco es posible señalar que lo que no esté allí expresamente escrito, deja de ser, por esa sola razón, materialmente constitucional<sup>36</sup>.

No es coherente con la teoría de los principios y con el Estado constitucional de derecho señalar que la potestad de modulación de la acción punitiva del Estado, por el sólo hecho de estar en el texto de la constitución, exime o releva al operador de un estudio acerca de su naturaleza y relación con los demás principios del ordenamiento jurídico. El cumplimiento, por parte del legislativo, de las formas requeridas para el ejercicio de funciones de constituyente derivado no puede ser criterio suficiente para señalar, sin mayores objeciones, que la reforma es constitucional. Esa reforma, para ser estimada plenamente constitucional, debe someterse a un análisis sistemático con el resto de la Constitución, en especial, con su parte dogmática. Inicialmente se puede señalar que el principio de oportunidad no es

---

tanto como su rigidez total. Porque mientras en este último caso puede surgir complicados problemas de adaptación, y es de temer un aumento de las rupturas constitucionales, una norma excesivamente cambiante podría tener como efecto que se cuestionase la identidad constitucional, la cual está contenida claramente en los principios de "orden fundamental democrático liberal", en virtud de un mandato constitucional positivo e inalterable... Pero precisamente la misma estructura dinámica del Derecho constitucional es expresión, en una situación histórica cambiante, de la necesaria concreción y actualización de determinados contenidos normativos. Por ello para la continuidad de una Constitución son imprescindibles la movilidad y modificabilidad de estas normas: la elasticidad de estas le otorgan perpetuidad... Además de su cualidad dinámica y programática, en el Derecho constitucional se divisa también una estructura fragmentaria: el carácter abierto de la Constitución. Esto se muestra en la existencia de lagunas y en que es incompleta. En este sentido el carácter incompleto de la Constitución, entendido como neutralidad ideológica y no identificación con determinadas convicciones políticas, económicas y sociales, es al mismo tiempo un presupuesto para una comunidad libre y abierta...pág. 49). La Constitución está abierta "hacia arriba" al Derecho natural, los derechos humanos, los principios jurídicos generales, el derecho internacional público, la integración supranacional (p. 50). Democracia y Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

36 ESSER señala frente a los principios constitucionales: "Existen formas de positivización distintas de la incorporación a un texto, y por otra parte ésta sola no es aún garantía suficiente de una formulación inequívoca." Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. (Eduardo Valentí Fiol, trad). Barcelona: Ed. Bosch, 1961. p. 91.

compatible con la parte dogmática de la constitución al permitir, bajo razones principalmente políticas, la excepción al ejercicio de los derechos fundamentales a la verdad, a la justicia y a la reparación. Pero, teniendo en cuenta que el derecho cobra sentido por su carácter cultural y político que le exige estar en relación con las necesidades sociales, se impone una idea del principio de oportunidad que permita conservar la dialéctica entre el poder y derecho.

En otros términos, no preocupa tanto que el principio de oportunidad sea estimado como principio constitucional a pesar de las objeciones que se pueden formular a la luz de la teoría de los principios, sino el desconocimiento de las consecuencias que de ello se derivan (la pérdida de la dialéctica poder-derecho y la consecuente disminución o debilitamiento del Estado constitucional de derecho así como de la legitimidad del poder del Estado) y de la metodología que se debe emplear para el restablecimiento de la coherencia constitucional (la ponderación).

En síntesis, es necesario señalar que no se puede eliminar lo político de toda expresión jurídica, pero sí se debe procurar por su equilibrio. La afirmación de la oportunidad no como principio sino como facultad o potestad política se erige, más que en un aparente intento por desconocer aquellas medidas necesarias para la efectividad del derecho, en una exposición de los peligros de su errada concepción. La PMAP no ofrece inconveniente alguno si el ámbito de desarrollo de esa potestad se enmarca dentro de criterios de razonabilidad constitucional y no solamente en criterios de conveniencia pública. No existirá antinomia constitucional en la medida de que se reconozca que el principio de oportunidad no es tal, sino una facultad política que debe ser ejercida a la luz de precisos límites jurídicos y metodológicos.

El principio de oportunidad se constituye, paradójicamente, en una oportunidad de consolidación de una teoría jurídica que se pretende acorde con el Estado constitucional pero que aún no ha logrado su incorporación real o efectiva en nuestro medio. El ejercicio de tal principio, entendido como una potestas del Estado debe estar acompañado de herramientas que permitan su uso razonable. Exigirá, entonces, el fortalecimiento de una teoría de los principios, que supere la noción decimonónica que indica que los mismos son subsidiarios de la ley o elementos extrasistémicos. Su comprensión como normas explícita o implícitamente constitucionales que se incorporan al bloque de constitucionalidad, exigirá

del juez de garantías un conocimiento profundo de la ponderación, en atención a que en todo evento se encontrará en conflicto el eficientismo con los derechos de la víctima a la verdad, a la justicia y a la reparación.

## Conclusiones

- a. El principio de oportunidad no es ningún principio sino la constitucionalización de una facultad política que debe ser sometida a los más exigentes controles jurídicos en aras a la conservación de la dialéctica poder-derecho
- b. La estimación del principio de oportunidad como jurídico puede conducir a confirmar la idea decimonónica de que los principios son de voluntario acatamiento, contrario a lo que exige el Estado constitucional, caracterizado por un derecho principal, que reconoce en los principios mandatos de obligatorio cumplimiento.
- c. Es necesario resaltar que si el principio de oportunidad se caracteriza por reflejar facultades políticas en el ejercicio del ius puniendi del Estado, se deben señalar mecanismos jurídicos de contención al ejercicio de esa facultad, dirigidos no sólo a la reglamentación de la forma de ejercer esa facultad, sino a los medios con los que cuenta el juez de garantías para controlar el mismo.
- d. El juez de garantías deberá ser erigido como el más fuerte juez de constitucionalidad en materia de control difuso, en atención a que su función deberá estar dirigida no sólo a la verificación del cumplimiento de las exigencias legales establecidas para el ejercicio del principio de oportunidad, sino como veedor del equilibrio que debe existir entre lo político y lo jurídico, como presupuesto para la existencia de un Estado sometido al derecho.
- e. La ponderación, con una amplia disposición a la argumentación, será la metodología que permitirá determinar el correcto uso del principio de oportunidad. No es suficiente con que el juez de garantías estime el cumplimiento de la ley. Debe determinar, desde una perspectiva constitucional, la existencia de condiciones que ameriten la excepción o suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación.

- f. Se puede aceptar la PMAP como una potestad política reglada (no es la intervención del derecho en la política, sino la política en el derecho) y ejercida dentro de unos límites de razonabilidad constitucional, de respeto a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales, y no bajo criterios de conveniencia política.
- g. La discusión ofrecida no va en oposición a la necesaria efectividad del sistema penal, sino en contra de la denominación como principio de algo que corresponde más a una potestad de configuración del ius puniendi del Estado; va en contra de denominar como jurídico a algo que no alcanza el mérito de lo materialmente jurídico.
- h. Dentro de un discurso constitucional que confiere especial interés a las garantías individuales, el ejercicio de la PMAP, como expresión de una facultad política, debe contar con límites que impidan el abandono del Estado constitucional de derecho. Precisamente la consideración de la oportunidad como principio se constituye en el primer paso hacia el desconocimiento del imperio de la Constitución. La posición contraria, esto es, la que señala que es una facultad política, es el primer paso para el fortalecimiento de las garantías constitucionales.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. (Ernesto Garzón Valdés, trad). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. (Jorge M. Seña, trad) Barcelona: Ed. Gedisa, 1994.
- AARNIO, Aulis. Lo Racional como Razonable. (Ernesto Garzón Valdés, trad). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AARNIO, Aulis. Derecho, racionalidad y comunicación social. 2ª ed. (Pablo Larrañaga, trad). Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México: Fontamara, 2000.
- BOBBIO, NORBERTO El problema del positivismo jurídico. (Ernesto Garzón Valdés, trad). Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México: Fontamara, 1991.
- CALDERON, Montenegro Henry y GARZÓN, Darío. El principio de oportunidad, la política criminal y el nuevo derecho procesal. En: El debate Oral. Revista de la Comisión Interinstitucional para la Implementación del sistema acusatorio. Segundo semestre, 2005.
- GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho. (Jordi Ferrer i Beltrán, trad). Gedisa: Barcelona, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez (Manuel Jiménez Redondo, trad). Madrid: Trotta, 1998.
- HART, H.L.A. Postscriptum en La decisión judicial. Estudio preliminar de César Rodríguez. Bogotá: ed. Siglo del Hombre, Universidad de los Andes. 1997.
- KELSEN, Hans. Quién debe ser el defensor de la Constitución. (Guillermo Gasió, trad) Madrid. Ed. Tecnos, 1995.
- MARTINEZ DE VALLEJO, Blanca. Introducción a la Teoría del derecho. 3ª ed. Valencia Tirant lo blanch, 1997.
- NINO, Carlos. Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos. 2ª ed. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México: Fontamara, 1998.
- PECES-BARBA, Gregorio. Ética, poder y Derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- \_\_\_\_\_, Gregorio. Derecho y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- PRIETO, Sanchís. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: Neoconstitucionalismo (s) Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- VALENCIA, Restrepo Hernán. Nomoárquica, principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. 3ª ed. Bogotá: Ed. Temis. 2005.