



**Revisión de constitucionalidad de la causal segunda del artículo 324 del Código de
Procedimiento Penal**

Andrea Carolina Zapata Canchala

Artículo de investigación presentado para optar al título de Abogado

Asesor

Sebastián Pérez Peláez, Especialista (Esp) en Derecho Penal

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2023

Cita	(Zapata Canchala, 2023)
Referencia	Zapata Canchala, A. C. (2023). <i>Revisión de constitucionalidad de la causal segunda del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal</i> [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

El Acto Legislativo 03 de 2002 modificó el artículo 250 de la Constitución Política para contemplar, entre otras cosas, por primera vez la figura del principio de oportunidad en Colombia, que fue desarrollada luego por la ley 906 de 2004, al establecer las condiciones que le permitieran al acusador, bajo ciertas causales suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal. Este trabajo tiene como objetivo principal examinar la causal segunda, esto es, cuando la persona sea entregada en extradición a otro Estado por la misma conducta, con el fin de reflexionar si corresponde o no con los postulados del debido proceso, en especial con el principio non bis in ídem.

Palabras clave: principio de oportunidad, extradición, non bis in ídem.

Abstract

The Legislative Act 03 of 2002 modified the article 250 of the Political Constitution to consider, among other things, for the first time the figure of the principle of opportunity in Colombia, which was later developed by Law 906 of 2004, by establishing the conditions that allow the accuser, under certain circumstances, to suspend, interrupt or renounce the criminal persecution. The main objective of this work is to examine the second cause, that is, when the person is extradited to another State for the same conduct, to reflect on whether it corresponds to the postulates of due process, especially with the principle non bis in idem.

Keywords: opportunity principle (prosecutorial discretion), extradition, non bis in idem

Introducción

El Acto Legislativo 03 de 2002 modificó el artículo 250¹ de la Constitución Política, para contemplar, entre otras cosas, por primera vez la figura de la oportunidad en Colombia, que fue desarrollada luego por la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal, en adelante CPP), al establecer las condiciones básicas para la aplicación bajo ciertas causales que permitieran al ente persecutor suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal.

El presente artículo se desprende de una actividad investigativa del curso de profundización Proceso Penal Negociado, siendo el principal objetivo reflexionar desde una visión garantista del sistema penal, sobre la causal segunda del artículo 324, por la cual se establece que es posible aplicar la oportunidad cuando el procesado fuere entregado en extradición por la misma conducta, a partir de la preocupación de que al asignar al fiscal la facultad de solicitar o no la oportunidad dentro del proceso penal bajo esta causal, se estaría causando un perjuicio a las garantías constitucionales del procesado, en especial a la prohibición de la doble persecución penal.

A partir de la lectura de diferentes fuentes doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales se realiza un acercamiento teórico para luego proceder a exponer las razones por las que se argumenta que existe un perjuicio al principio non bis in ídem. Para ello en primer lugar se aborda el principio de oportunidad en el derecho procesal penal colombiano, desde la definición hasta la legislación que lo regula, de manera que se establezcan las bases conceptuales para entender el funcionamiento de la figura de la oportunidad y su relevancia dentro del proceso.

En segunda medida, se procede con los aspectos necesarios para la aplicación del principio de oportunidad, introduciendo las causales que fijó el legislador frente al procedimiento de la oportunidad, dejando en claro que hay unas condiciones mínimas en las que la Fiscalía puede solicitar la aplicación de la institución en el proceso con el fin de suspender, renunciar o interrumpir la persecución penal.

¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. **No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.** Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Modificado por Acto Legislativo 2/2003. (Negritas fuera del original)

En el tercer apartado se profundiza la definición de la causal segunda del artículo 324², que es el objeto de estudio, con el fin de que el lector conozca las condiciones por las cuales el fiscal puede solicitar la oportunidad en estos casos; y, por último, luego de exponer la definición del principio de la prohibición de la doble persecución, se analiza si la causal supone o no una inconstitucionalidad al vulnerar el principio del non bis in ídem.

² Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Artículo 324. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: **2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.** (Negrilla fuera del original)

1. El principio de oportunidad en el derecho procesal penal colombiano

El principio de oportunidad surge como una alternativa para que, bajo ciertos términos y condiciones tanto fácticas como jurídicas, se exima al ente acusador de su obligación constitucional y legal de perseguir a los autores y partícipes de los hechos punibles de los que tenga noticia, de manera que se le permita suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Así lo plantea J.B. Maier (1999, p. 836),

Oportunidad significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible, o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.

Esto implica que, el ente acusador responsable de promover y adelantar la persecución penal de aquellos que atentan contra los bienes jurídicos protegidos, puede bajo ciertos criterios, elegir abstenerse de procesar a los investigados, de acuerdo con una serie de causales explícitas por la ley; por tanto, se entiende que el principio de oportunidad es una forma de terminación anticipada en la cual, con previa autorización del juez de control de garantías, se dispone de la continuidad o no del proceso penal. En el mismo sentido, explica Calle (2005) desde una perspectiva legislativa colombiana:

Se consagra expresamente el llamado principio de oportunidad, fórmula según la cual no siempre y por cualquier hipótesis seria de delito habrá persecución penal. Es decir, se exceptúa el principio de legalidad o de obligatoriedad de la actuación de la Fiscalía, pues esta podrá “dentro del marco de la política criminal de Estado y bajo el control del juez de garantías”, “suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal” (p. 9)

La introducción de la figura del principio de oportunidad en Colombia se produce con la modificación del artículo 250 de la Constitución por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002,

que, entre otras cosas, establece las condiciones básicas para la aplicación del principio de oportunidad, en el sentido de que la Fiscalía tiene la posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en casos especiales. De esta manera, autorizó al legislador a incorporar en el CPP³ la regulación pertinente para el desarrollo procedimental de esta institución, regulación que se encuentra en el Título V del estatuto en mención (arts. 321-330), donde se exponen las reglas relativas a la competencia para solicitar su aplicación, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación o del acusador privado⁴, según corresponda en cada caso; la competencia para su aplicación, por parte del juez de control de garantías; las causales bajo las cuales se autoriza; y las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas para la acreditación de sus requisitos.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha abordado el principio de oportunidad desde su definición e importancia en el sistema procesal penal colombiano, planteando que:

[..] 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. 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 tercie suficientes motivaciones y circunstancias fácticas que permitan advertir la existencia del mismo (Sentencia C-387 de 2014).

Así pues, es claro que la jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoce el principio de oportunidad como una figura importante y necesaria en el ordenamiento jurídico colombiano, por virtud de la cual se exime al acusador del cumplimiento del principio de legalidad, que lo obliga de forma expresa a adelantar la persecución penal, en tanto se acaten las condiciones establecidas en la ley, pues se entiende que es una competencia reglada y excepcional del acusador.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional asume el principio de oportunidad como un instrumento de racionalización del ejercicio de persecución penal, con unos propósitos claros en

³ Nota del autor: Recordar que estas siglas corresponden a la ley 906 de 2004 por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

⁴ De acuerdo con la ley 1826 de 2017 por la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado, en artículo 29 (modifica art. 251 de la Ley 906 de 2004) el legislador faculta al acusador privado para hacer todo lo que le esté autorizado a la Fiscalía de acuerdo con el artículo constitucional 251, salvo norma en contrario.

términos político-criminales, en el sentido de que la oportunidad fue concebida desde el Acto Legislativo 03 de 2002 bajo la pauta de:

[...] la racionalización e (sic) la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal, cometido que podría ser alcanzado mediante la aplicación de criterios tales como la escasa importancia social del hecho punible, la ausencia vulneración real o potencial a los de (sic) bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado, la reparación integral y la satisfacción plena de la víctima, especialmente en materia de criminalidad económica, y en general la revaluación del interés público en la persecución de la conducta. (Sentencia C-936 de 2010)

Es así como, la Corte Constitucional concibe la aplicación del principio de oportunidad en los casos en que las circunstancias fácticas y jurídicas descritas en la ley lo ameriten, por ejemplo, cuando el valor que tienen los bienes jurídicos no sea trascendental, cuando el castigo no fuera ejemplificador o cuando haya una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas que permitan la resolución del conflicto, es decir, cuando se presenten las causales descritas en el artículo 324 del CPP.

2. Aplicación del principio de oportunidad

2.1. Causales

A continuación, se hará una breve descripción de las causales bajo las cuales el CPP autoriza al acusador para formular la solicitud de aplicación del principio de oportunidad, con el fin de exponer los objetivos que persiguió el legislador a la hora de la construcción de la norma, de manera que haya un contexto respecto al porqué se presenta una inconstitucionalidad en la causal segunda del artículo y cuáles son los factores que exige la jurisprudencia para la aplicación del principio de oportunidad, tales como la suficiente claridad y precisión (Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2007) en la redacción de los enunciados.

De acuerdo con la redacción original del artículo 324 del CPP, el principio de oportunidad puede ser solicitado en dieciocho causales (una de las cuales fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-936 de 2010), esto es, los supuestos de hecho y de derecho que autorizan al acusador para solicitarle al juez de control de garantías la suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal. Así mismo, el artículo cuenta con cuatro párrafos, en los que se limita la aplicación de la figura, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, su pena o la vinculación del procesado con grupos al margen de la ley.

Es así como surge la pregunta acerca de cuál causal es la aplicable para cada caso, frente a lo cual Bedoya (2010) plantea que:

El adecuado conocimiento del caso, a partir de la información recopilada, le permitirá al fiscal analizar la procedencia de alguna de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad. Para ello deberá tener en claro los presupuestos de cada una de ellas, desde las perspectivas jurídica, fáctica y probatoria (p. 30).

Para ilustrar de forma general hacia dónde van dirigidas las condiciones definidas por el legislador en cada una de las causales, es decir, cuál es el principal objetivo que busca promover el legislador con cada uno de los supuestos en los que autoriza la aplicación del principio de oportunidad, se presenta la siguiente tabla, en la cual se reúnen y clasifican, de acuerdo con los objetivos que designó el legislador, las diferentes causales contenidas en el artículo 324:

Tabla 1*Causales Principio de Oportunidad*

Objetivos de la norma	Causales
Justicia restaurativa: Supuestos en los que el procesado repare el daño al bien jurídico de la forma en que la víctima o la Fiscalía lo estimen	1 - 7 - 13 - 14 - 16
Menor lesividad: Considera la medida de la gravedad del daño ocasionado	10 - 13
Menor culpabilidad: Hace referencia a las causales que evalúan la relevancia de la conducta desde el aspecto subjetivo	11 - 12 - 15
Colaboración con la justicia: Se refiere al aporte que haga el imputado al proceso	4 - 5 - 16 - 18
Lesión del procesado por la conducta realizada: Cuando el procesado haya sufrido daño alguno por la conducta culposa realizada y la pena sea desproporcionada	6
Lesión al interés público: Se debe a la lesión a un interés público y la naturaleza del bien jurídico	8 (Cuando la situación comprometa la seguridad del Estado)– 9 (Cuando la conducta ya ha sido reprochada disciplinariamente)
Justicia transnacional: Se pretende que haya colaboración internacional con el fin de “hacer justicia y garantizar la seguridad”.	2 - 3

Es así como, en la tabla se puede observar los diferentes objetivos que concibió el legislador para la aplicación del principio de oportunidad, cumpliendo con la finalidad de la oportunidad en

tanto se consideran motivos tanto de utilidad social como razones político-criminales, que permiten ampliar el panorama de acción de la Fiscalía para prescindir de la persecución penal. Es decir, lo que el legislador regula en este artículo son unos filtros para el acceso a un beneficio legal para aquellos que por el cumplimiento de condiciones fácticas o jurídicas tengan el derecho de acceder a la oportunidad como una alternativa judicial.

No obstante, para la aplicación del principio de oportunidad también es necesario cumplir con lo establecido en los párrafos del artículo 324, los cuales exponen unas restricciones tales como la importancia de tener en cuenta la naturaleza del delito, esto implica que bajo ciertos daños a los bienes jurídicos, como el de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, o Tráfico de Estupefacientes, no es posible solicitar la aplicación del principio, además de cuando se trata de “cabecillas” o procesados con denominación pública que hayan colaborado con grupos al margen de la ley tampoco se pueda aplicar la oportunidad. Caso contrario, cuando se trata de una sanción de menos de seis años, la ley autoriza que el fiscal asignado al caso puede solicitar directamente el principio de oportunidad. En estos párrafos lo que busca el legislador es “castigar” a aquellos que por normativas internacionales y la naturaleza del delito no pueden acceder a beneficios legales y “premiar” a los que por la cuantía de la pena no deberían ser sometidos a un proceso penal.

En ese orden de ideas, es necesario señalar que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-936 de 2010, declaró inexecutable la causal 17, por considerar que, tratándose de personas desmovilizadas de un grupo armado al margen de la ley que hubieran manifestado el propósito de reintegración a la sociedad, la aplicación del principio de oportunidad implica un desconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en tanto estas personas al pertenecer a un grupo que cometió infracciones al Derecho Internacional Humanitario no pueden ser beneficiarios de la oportunidad⁵. Aun así, es pertinente señalar que no ha habido otros pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional respecto a la inexecutable o no de las demás causales, además que, los pronunciamientos en torno a este artículo han sido únicamente en favor de las víctimas y no para corregir regulaciones que afecten a los procesados.

2.2. Aplicación procedimental

⁵ Debe establecerse que la Corte Constitucional fue imprecisa en la argumentación que se elaboró en esta sentencia, teniendo en cuenta que se vulnera el principio de presunción de inocencia de los integrantes de los grupos armados, aun cuando hayan manifestado abiertamente su iniciativa a la desmovilización. Es un asunto que debe reflexionarse, más en este período de búsqueda de la paz.

Para la solicitud de la aplicación del principio de oportunidad, el artículo 323 de la ley 906 de 2004 establece que la solicitud debe ser presentada por la Fiscalía hasta antes de la audiencia de juicio oral, en los términos del artículo 327, para el control judicial, de forma que el juez de control de garantías decida la solicitud del ente acusador. Debe tenerse en cuenta que el objetivo del control judicial por parte del juez de control de garantías es velar por que no se comprometan derechos fundamentales de los procesados y de las víctimas (Sentencia C-936 de 2010).

Durante la audiencia de control de la solicitud, la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba con la cual argumenta la Fiscalía que es procedente la solicitud de la oportunidad, así como la causal predicada para la viabilidad del principio en tanto se ajuste a las circunstancias fácticas y jurídicas necesarias, buscando que no se vulneren los derechos de la víctima. Esta oposición va a ser resuelta en plena audiencia por el mismo juez, de igual manera, de acuerdo con la Sentencia C-209 de 2007, la Corte Constitucional establece que contra el auto de decisión de aplicación de la oportunidad proceden los recursos ordinarios.

Una vez se decida sobre la aplicación del principio de oportunidad, se procede con los efectos descritos en el artículo 329, según el cual “*se extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide*”, esto quiere decir, que al dar vía libre el juez a la solicitud de la Fiscalía, cesará la persecución en favor del procesado, exceptuando el caso en el que el procesado haya realizado un acuerdo con la víctima, en el que, sólo cesará la persecución una vez se cumpla con lo establecido en el acuerdo; o cuando se haya acogido a la causal quinta, en la cual una vez sirva como testigo del proceso, procederán los efectos del principio de oportunidad, en caso que no lo cumpla, se revocará la oportunidad.

Luego de haber expuesto las diferentes causales del artículo 324 del CPP y su aplicación, se procederá a realizar un análisis acerca de la causal 2 del presente artículo, en cuanto se advierte que se vulnera el principio de *non bis in ídem* para las personas que siendo extraditadas no se les reconoce el principio de oportunidad; con lo cual se hace necesario que el lector comprenda la importancia de un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional acerca de la aplicación de la causal segunda con el fin que se declare la inexecutable de la norma y así evitar que se vulnere el principio de *non bis in ídem* en los procesados extraditables.

3. Causal Segunda Artículo 324. Código Procedimiento Penal

Como se mencionó en el apartado anterior, una de las causales establecidas por el legislador para la aplicación del principio de oportunidad es la del numeral 2, que establece que se podrá aplicar el principio de oportunidad “*cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia*”, esto es, que teniendo en cuenta el mismo accionar delictivo cometido en otro Estado, la persona investigada puede ser extraditada, por lo que el ente acusador que adelanta la persecución penal en Colombia puede solicitar la aplicación del principio de oportunidad.

Bajo esta premisa, es preciso establecer cuáles son las condiciones necesarias para la aplicación de la causal segunda en los procesos penales, comenzando con una breve explicación de lo que rodea el trámite de la extradición, desde la definición hasta el procedimiento, para proseguir con lo relacionado a la fundamentación de la solicitud y los efectos que puedan presentarse con la decisión del juez.

3.1.Extradición

La figura de la extradición se desarrolla bajo el principio de la cooperación internacional, con el fin de que los Estados se comprometan a buscar la seguridad y protección de las personas, adelantando las medidas necesarias para la persecución penal de quienes lesionen los bienes jurídicos protegidos por los Estados, desarrollando una política criminal que permita el juzgamiento de las personas que cometan delitos conforme a la ley de un Estado A y que, por algún motivo no comparezcan ante la justicia puesto que se encuentran en un Estado B, buscando que haya manera de juzgarlos cuando se les requiera en el Estado A, puesto que es el lugar donde presuntamente hubieran cometido un delito (Osorio, 2018).

A continuación se transcribe la cita que trae el autor Bedoya (2010), quien define la extradición como el “*procedimiento internacional que tiene por objeto la entrega del autor de una infracción a las autoridades de un Estado extranjero que lo reclama para juzgarlo para que cumpla la condena*” (p. 80), esto implica que el Estado que tiene en custodia al perseguido, realiza los trámites judiciales y administrativos necesarios para trasladarlo al Estado donde se le adelantará el proceso reglamentario de la persecución penal, con el fin de adelantar el debido proceso de la persona implicada, compareciendo ante los Tribunales competentes del Estado. Por otro lado,

Mejía (2006) expresa que la extradición solo se configura una vez se cumpla con un proceso formal y solemne que se perfecciona únicamente a través de la entrega efectiva de la persona procesada al Estado requirente, donde se hubiese cometido el delito.

Asimismo, la Corte Constitucional, en sentencia C-460 de 2008, ha señalado que:

La extradición es un mecanismo de colaboración entre los Estados para combatir el crimen y garantizar que no haya impunidad. Su aplicación se rige, en primer término, por lo que dispongan a este respecto los tratados públicos, como lo señala el artículo 35 de la Constitución Política, y sólo en su defecto viene a ser aplicada la ley interna.

Es decir, la Corte Constitucional entiende la extradición como una estrategia político criminal, desarrollada a partir de la articulación entre los Estados para la investigación y eventual sanción de las conductas punibles, de tal suerte que, si existe un tratado, se siguen las condiciones impuestas por éste, o, cuando hay ausencia de este, se sigue de acuerdo con las condiciones establecidas en la ley.

La regulación legislativa se encuentra en el CPP, específicamente en el Libro V Capítulo II, que (“La extradición”) acoge los aspectos jurídicos relacionados con el tema referido en su título, exponiendo los requisitos, condiciones y trámites que deben ser perfeccionados para realizar este proceso. En el artículo 490 de Ley 906 de 2004 se establecen las razones por las cuales procede la extradición, de la siguiente manera:

Artículo 490. La extradición. La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto con la ley.

Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por los delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana.

La extradición no procederá por delitos políticos.

No procederá la extradición de colombianos por nacimiento cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad al 17 de diciembre de 1997.

Cabe resaltar que la ley establece que la figura de la extradición está sometida a los tratados públicos que Colombia celebre con otros Estados, de forma que se establecen los términos en los

que se van a dar las garantías requeridas por el derecho internacional para la salvaguarda del principio del debido proceso de las personas investigadas por una conducta punible en los diferentes Estados, brindando la seguridad de ausencia de vacíos legales que puedan perjudicar al perseguido (Sentencia C-243 de 2009).

Con todo esto, es preciso señalar que la decisión de optar por el procedimiento de la extradición en Colombia no es discrecional sino que es de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades, al tratarse de un compromiso adquirido fundamentado en la cooperación internacional y en los tratados internacionales; por lo que puede entenderse que prevalecerá el proceso del Estado requirente por encima de un proceso paralelo adelantado en Colombia regulado por la legislación colombiana, lo cual es cuestionable frente a las garantías procesales que se le brindarán al procesado en tal caso, puesto que se estaría ante la vulneración del principio del *non bis in ídem*.

3.2.Procedimiento de extradición

Para realizar el proceso de extradición, Bedoya (2010) afirma que es necesario, en primer lugar, que un Estado extranjero solicite al Estado colombiano, encabezado por el Ejecutivo, la entrega de una persona que se encuentra en su territorio y presuntamente haya cometido un delito; o bien, que el Estado colombiano por iniciativa propia y con conocimiento de causa entregue al individuo procesado. Para ello, el Fiscal General de la Nación debe solicitar la captura del procesado para que, posteriormente, una vez se tenga en custodia al individuo, la Corte Suprema de Justicia analice el caso para emitir su concepto; este concepto es un requisito indispensable para dar vía libre al proceso de extradición, el cual debe cumplir con el análisis que se determina en el artículo 502 del CPP para garantizar su validez y viabilidad, así,

La Corte Suprema de Justicia, fundamentará su concepto en la validez formal de la documentación presentada, en la demostración plena de la identidad del solicitado, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

Una vez que la Corte Suprema de Justicia emita el concepto exigido por la ley, el proceso es retomado nuevamente por el Ejecutivo, en donde la decisión final recae en el Presidente y el Ministerio de Justicia, quienes se pronunciarán respecto del traslado del ciudadano al país solicitante para materializar la entrega de la persona procesada. Para proceder con la extradición, el individuo debe ser capturado, de manera que se obtenga su custodia según lo autoriza el artículo 5 literal F del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que establece que nadie puede ser privado de su libertad salvo en casos como,

F) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Esto genera que el Estado en el que se encuentre el perseguido por otro Estado tendrá la competencia de imponer la detención preventiva en contra del individuo una vez se adelante el procedimiento de extradición hacia el otro Estado y que el Fiscal General de la Nación emita la orden de captura, para que, una vez en custodia, la Corte Suprema de Justicia brinde el concepto favorable para la misma. Por último, en tanto el Ejecutivo es el encargado de la regulación de las relaciones internacionales, será el competente de la entrega de la persona, previamente en custodia, al Estado requirente.

Otro aspecto importante que debe tenerse en cuenta una vez desarrollado el trámite de la extradición, es que este es un procedimiento administrativo mas no jurídico, así lo hace ver Ramírez (2018) quien afirma que, el único papel que cumple el aparato judicial en este proceso es “*verificar que se cumplan los requisitos de la extradición sin analizar jurídicamente cada uno de los casos*”, lo que dificulta en gran medida, que haya una veeduría por la protección de las garantías de los procesados extraditables, convirtiéndolos en sujetos vulnerables, expuestos a la posible violación de los principios procesales.

3.3. Aplicación de la Causal Segunda

Ahora bien, frente a la aplicación del principio de oportunidad bajo la causal segunda, es necesario que se realice el trámite señalado anteriormente, incluyendo la entrega del individuo perseguido al Estado extranjero, no obstante, el fiscal delegado podrá implementar la suspensión o

interrupción del proceso hasta que se resuelva el trámite. Debe resaltarse que, si bien esta decisión se da con vocación de renuncia a la persecución penal, ante la discrecionalidad del acusador de solicitar o no la oportunidad se abre la posibilidad de adelantar dos trámites penales por los mismos hechos.

Por tal motivo, la causal segunda le permite al fiscal que solicite el principio de oportunidad en caso de que haya un Estado requirente que, por los mismos hechos, esté adelantando una persecución penal en contra del capturado. Sin embargo, debe hacerse la claridad y es que, de acuerdo con el artículo 502 del CPP, corresponde a la Corte Suprema de Justicia revisar que la conducta por la cual se está requiriendo al perseguido esté debidamente tipificada en Colombia para poder emitir su concepto favorable, de manera que se pueda adelantar el proceso.

Esto es que, para la procedencia de la causal, debe hacerse un estudio de las circunstancias fácticas en las que se configuró el tipo penal para verificar la identidad entre lo ocurrido en el Estado requirente y lo investigado por Colombia, puesto que no puede tratarse solamente de una similitud entre lo reprochable por los Estados, debe ratificarse que haya equivalencia plena entre lo sucedido entre uno y otro Estado, es necesarios que los hechos jurídicamente relevantes sean correspondientes para poder solicitar la oportunidad en el presente caso.

Como afirma Bedoya (2010) acerca de la procedencia de aplicación de la causal segunda:

Cuando el trámite no se ha finalizado, en cada caso en particular, puede analizarse la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad en las modalidades de suspensión o interrupción, como acto preparatorio de la renuncia, mientras se verifica la entrega de la persona y por ende se consoliden los requisitos para aplicar la modalidad de renuncia. (p. 81)

En este punto es donde surge el eje de la cuestión planteada respecto a la inconstitucionalidad de la norma, puesto que la decisión de la aplicación del principio de oportunidad queda en manos de la Fiscalía, al no ser una imposición expresa de la norma, sino una mera facultad, tal como se dice en el artículo 250 constitucional y el 323 del CPP. Por tanto, esto conlleva a que en el caso de que el ente acusador no solicite la aplicación de la oportunidad mediante la implementación de la causal segunda, se presenta una vulneración al principio *non bis*

in ídem, toda vez la investigación continuaría en Colombia en caso de que el ente acusador no solicite la oportunidad formalmente, a la vez que en el extranjero.

Es decir, la decisión de la aplicación de las causales, como se mencionó anteriormente, es de carácter discrecional por lo que, en la medida en la que se deje abierta la opción al ente acusador de implementar o no el principio de oportunidad se estaría generando una consecuencia negativa para el procesado, en quien recaería la carga de responder ante dos persecuciones penales por el mismo hecho.

4. Inconstitucionalidad del numeral 2 del artículo 324 de la ley 906 de 2004

Luego de haber expuesto el proceso para la aplicación de la causal segunda del artículo 324, donde se definen las causales necesarias para la implementación del principio de oportunidad, se procederá a reflexionar acerca de la urgente necesidad de un pronunciamiento de la Corte Constitucional en cuanto a la inconstitucionalidad de la causal segunda del artículo 324 por la vulneración del principio del *non bis in ídem*.

4.1. Definición del principio *non bis in ídem*

El principio de *non bis in ídem* consiste en la premisa según la cual se prohíbe la doble persecución y/o sanción de una persona cuando, con fundamento en los mismos hechos, se adelanten dos o más investigaciones penales. En los términos de Ramírez (2006), se trata de una prohibición dirigida al Estado conforme la cual “*no se puede castigar más de una vez las infracciones en las que se aprecie la identidad de sujeto, por un mismo hecho e infracciones que protejan un mismo bien jurídico*” (p. 108); esto es, que una misma persona no puede ser procesada ni sancionada dos veces por los mismos hechos.

Con relación al objetivo que persigue el principio de prohibición de doble persecución, establece Sandoval (2022) que con esta garantía se busca “*evitar un doble proceso y una doble sanción que resulta desproporcionada a un mismo sujeto por un mismo hecho, lo que representa consecuencias en el plano sustancial y procedimental*” (p. 106), por cuanto, reconoce el autor, se estaría castigando al sujeto investigado más allá de lo que en la ley se impone, es decir, no habría una sanción proporcionada a la conducta reprochable.

A su vez, para Maier (1996), la inadmisibilidad de la persecución múltiple presenta dos significados, el primero, de carácter restringido, está relacionado con la realización de un hecho punible y su posible castigo o condena; por otro lado, el segundo lo concibe como una garantía de seguridad y protección del perseguido en la que se “*pretende proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida*” (p. 601), es decir, se trata de un principio del derecho con el fin de proteger a los individuos de la acción del poder penal del Estado.

Por otra parte, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece el derecho de todo ciudadano a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, es decir, que, bajo las mismas

circunstancias fácticas, ninguna persona deberá ser perseguida dos o más veces; reconociendo de esta forma, que el principio del *non bis in ídem* se trata de un mínimo dentro del proceso penal y, por tanto, debe tener supremacía sobre las disposiciones legales o judiciales que decidan en detrimento de la situación jurídica del investigado.

En relación con el derecho internacional, cabe resaltar que el principio de *non bis in ídem* ha tenido desarrollo en varios de los tratados de derechos humanos⁶, como una exigencia al respeto de las garantías en los procesos penales; por ejemplo, el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Colombia bajo la ley 16 de 1972, habla acerca de las garantías judiciales, y establece que el inculcado absuelto por una sentencia en firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos, es decir que no se le puede adelantar un juicio en contra con base en las mismas circunstancias fácticas.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia por la ley 74 de 1978, establece en su artículo 14, numeral 7, que las personas no podrán ser juzgadas ni sancionadas por hechos por los cuales ya hayan sido condenados o absueltos; esto implica que cuando se haya presentado una sentencia en firme frente a una persona con base en unos hechos específicos no puede ser doblemente procesado.

En cuanto a la legislación nacional, el Código Penal (Ley 599 de 2000), lo relaciona así,

Art 8. Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.

En este artículo se presenta el principio de *non bis in ídem* o principio de prohibición de la doble incriminación, afirmando que a nadie se le podrá imputar por la misma conducta punible, independientemente de la calificación que se haga durante el proceso. Debe establecerse que, si bien este es el artículo del Código Penal, el principio de *non bis in ídem* no se restringe a la doble incriminación como se verá más adelante, puesto que la Corte Suprema se ha decantado por más acepciones.

⁶ Por otro lado, con respecto a las prerrogativas internacionales, es bien sabido que el artículo 93 constitucional reconoce los tratados internacionales que protegen los derechos humanos como bloque de constitucionalidad, es decir que prevalecen en el orden interno y, por tal motivo priman por encima de lo dispuesto en las leyes y que atente en su contra.

En materia jurisprudencial, frente al principio de *non bis in ídem*, cabe resaltar la distinción que expuso la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SP-7872019 (51319), en la cual se exponen las diferentes concepciones que tiene este principio, señalando que la prerrogativa del *non bis in ídem* se ha entendido en dos sentidos: un primer sentido hace referencia a la cosa juzgada, garantizando la no repetición del juzgamiento; el otro sentido entiende el *non bis in ídem* como una forma de evitar consecuencias diversas y en sentido negativo para el implicado durante diferentes etapas del proceso.

Asimismo, en pronunciamiento AP-43582014 (43568), la Corte Suprema de Justicia sentó tres presupuestos para garantizar el principio durante el desarrollo procesal: la identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa. La significación de estos elementos ha sido comentada por la Sala, así:

La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos.

Es por esto, que a la luz del principio de *non bis in ídem*, la Corte Suprema indica que es fundamental precisar la identidad del objeto y la causa, analizando los elementos en cada caso concreto, puesto que, para convocar la aplicación del principio de prohibición de doble persecución, no basta con la identidad de la persona en los mismos hechos. Precisa, además, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 25629 de 26 de marzo de 2007, que como eventos propios del principio de *non bis in ídem*, se deben tener en cuenta las siguientes acepciones del principio,

- a) Prohibición de doble o múltiple inculcación: Nadie puede ser investigado por el mismo hecho más de una vez, por el mismo o por diferentes funcionarios.
- b) Prohibición de la doble o múltiple valoración: De los mismos hechos se generan múltiples consecuencias en contra del procesado.

- c) Principio de cosa juzgada: Ejecutoriada la sentencia no puede juzgarse nuevamente a la persona.
- d) Principio de prohibición de doble o múltiple punición: Si se impone una sanción, no puede adicionarse una pena adicional por la misma conducta.
- e) Non bis in ídem material: No se puede investigar, perseguir o juzgar por un hecho estrictamente único.

Es decir, reconoce el órgano jurisprudencial que el principio del *non bis in ídem* no se remite a una sola definición, sino que es entendido en materia procesal de hasta cinco diferentes variantes que permitirían a los participantes del proceso identificar y evitar las posibles vulneraciones que puedan presentarse, logrando que al procesado se le garantice la proporción entre la conducta reprochable y la sanción, tal como se mencionaba en la definición de Sandoval (2022). Sin embargo, el legislador ha regulado estas acepciones en el papel, por cuanto, como se vio el Código Penal solo contempla el principio de prohibición de doble incriminación, dejando una laguna sustancial para la aplicación procesal del principio, por tanto, se hace prácticamente imprescindible para los actores procesales la invocación del principio, desgastando la justicia en procesos inconstitucionales.

Es así como se puede concluir que, en términos constitucionales y jurisprudenciales, no es viable la procedencia de una doble persecución, sino que, por el contrario, es una prohibición tajante, construida como una de las garantías fundamentales dentro de la persecución penal, porque, como se puede observar, la jurisprudencia ha cobijado diferentes dimensiones del concepto de aplicación para la prohibición de la doble incriminación, de manera que se obligue a los participantes del proceso a la búsqueda por la protección del principio del *non bis in ídem*, siendo enfáticos en la necesidad de la garantía de este.

4.2. Vulneración del principio de doble persecución

Ahora bien, es importante considerar la vulneración del principio del *non bis in ídem* que se presenta por la aplicación del numeral 2 del artículo 324 del CPP, en la medida en que queda en manos de la Fiscalía la posibilidad de decidir sobre la persecución penal de las personas a las que se les está adelantando un proceso bajo los mismos hechos en otro Estado y que son opcionales

para un proceso de extradición, convirtiéndose la aplicación del principio de oportunidad en una decisión totalmente discrecional.

Se observa que se vulnera el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, pues como se mencionó anteriormente, la norma en cuestión al establecer que la persona que está siendo perseguida en Colombia, puede ser objeto de persecución en otro Estado por los mismos hechos, y que por lo mismo puede adelantarse en su contra un proceso de extradición, y sometida al principio de oportunidad bajo la discrecionalidad de la Fiscalía, abre la posibilidad de una trasgresión al principio de prohibición de la doble persecución, puesto que en caso de darse la extradición, el ente persecutor puede no aplicar el principio de oportunidad y el proceso continuar en contra del ya extraditado aquí en Colombia.

Así mismo, bajo el entendimiento de las sentencias antes mencionadas, en los casos en los cuales hay identidad de objeto y de causa en dos procesos diferentes en varios Estados, está prohibido la persecución de penal de una persona con fundamento en la protección de las garantías del perseguido que se adelanten dichos procedimientos, puesto que, por el contrario, sería una vulneración tajante al principio de *non bis in ídem*.

De igual manera, como se ilustró en la parte superior, la Corte Suprema considera que de acuerdo con las varias acepciones del principio, es necesario precisar que la esencia del mismo es proteger al procesado de las múltiples consecuencias negativas que puedan darse a partir de la comisión de circunstancias fácticas idénticas, por tanto, cobija el hecho de prohibir la posibilidad de dejar al arbitrio de un funcionario la decisión de continuar o no con el paralelismo de procesos tanto en el país extranjero como en Colombia.

Es paradójico que recaiga en manos de los actores procesales, en especial de los defensores, la necesidad de invocar las garantías mínimas procesales que se predicen en la jurisprudencia, y que no se dé por hecho la protección de los mismos; en el caso concreto el Fiscal puede no solicitar la figura del principio de oportunidad y limitarse a continuar con el proceso dejando la persecución abierta en el país aun cuando se hace la entrega efectiva del sujeto al Estado requirente, vulnerando de forma directa el principio de *non bis in ídem*, sin que haya pronunciamiento o manifestación de parte de la Corte Suprema para impedir la extradición, omitiendo su función principal en el concepto de la extradición, que es velar por la protección de los principios, excusándose bajo la premisa que es responsabilidad del Ejecutivo adecuar las condiciones necesarias para la entrega de

los sujetos extraditables y que puede usarse la figura del principio de oportunidad para resolver esas inconsistencias.

El asunto va más allá incluso de aspectos procesales, se convierte en un asunto político que de forma transversal afecta las garantías de los sujetos perseguidos, toda vez hay una preocupación mayor por los intereses internacionales, y la necesidad de “quedar bien” con los demás Estados, generando efectos colaterales que afectan los principios, por lo que el Ejecutivo hace caso omiso de los procesos internos que quedan inconclusos. De igual manera, es de extrañar que no haya ninguna manifestación académica ni por parte de la Defensoría, que resalte el asunto de la vulneración del principio *non bis in ídem* en aspectos internacionales, que se vuelve preciso para la adecuación de los procedimientos cuando proceda la extradición.

Debe evidenciarse que, respecto a la Corte Constitucional, no ha habido pronunciamientos por parte de dicha corporación con relación a la causal segunda del artículo 324 del CPP, es decir, si bien la sentencia C-209 de 2007 evalúa la acción de inconstitucionalidad de las causales del principio de oportunidad, la demanda busca la protección de la víctima, no la del procesado. Por tanto, hay ausencia de consideraciones en torno a las consecuencias de esta contradicción que permite la posible vulneración del principio del *non bis in ídem* y es menester que la Corte Constitucional considere la viabilidad de la causal segunda del artículo 324.

Es así como se hace fundamental una claridad sobre el tema, de forma que en estas condiciones, sea únicamente la preclusión la que proceda, bajo la causal primera que establece que el fiscal solicitará la preclusión en los casos que haya “*imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal*” (Art. 332, Ley 906 de 2004), ya que con esto se sobreentiende que no hay condiciones para adelantar la persecución penal, so pena de violar el *non bis in ídem*; y contrario a la oportunidad, en esta situación, la preclusión no es facultativa ni discrecional de la Fiscalía, sin embargo, debe advertirse que, es la Fiscalía quien debe solicitar la preclusión, en tanto, la defensa y el Ministerio Público solo podrán hacerlo hasta la etapa de juzgamiento de acuerdo con el mismo artículo.

Finalmente, debe estimarse las consecuencias y alcances que tiene el principio de oportunidad en estas circunstancias internacionales, con motivo de la violación del principio de la prohibición de la doble persecución, puesto que dejar en manos del ente perseguidor la decisión de optar o no por la aplicación del principio de oportunidad en estos casos traería consecuencias negativas respecto a la protección del *non bis in ídem*, por lo que, no debe estar permitido que se

faculte a la Fiscalía en una decisión completamente discrecional cuando no se tienen las condiciones necesarias para la continuación del proceso.

Referencias

- Bedoya Sierra, L. F., Guzmán Díaz, C.A. & Vanegas Peña, C. P. (2010). *Principio de Oportunidad Bases conceptuales para su aplicación*. Fiscalía General de la Nación.
- Calle Calderón, A. L. (2005). *Acerca de la Reforma Procesal Penal. Una primera aproximación*. Nuevo Foro Penal, 12(67), 84–99. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3814>
- Congreso de Colombia. (2000). Ley 599 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial n. ° 44.097. [Por la cual se expide el Código Penal]. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 906 del 1 de septiembre de 2004. Diario Oficial n. ° 45.648. [Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal]. Colombia.
- Constitución Política de Colombia [CN] Art. 29. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José. Artículo 8°. 22 de noviembre de 1969.
- Corte Constitucional (2007) Sentencia C- 095 del 14 de febrero de 2007. *MP.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Colombia
- Corte Constitucional (2007) Sentencia C- 209 del 21 de marzo de 2007. *MP.: Manuel José Cepeda Espinosa*. Colombia
- Corte Constitucional (2008) Sentencia C-460 del 14 de mayo de 2008. *MP.: Nilson Pinilla Pinilla*. Colombia
- Corte Constitucional (2009) Sentencia C-243 del 1 de abril de 2009. *MP.: Jorge Iván Palacio Palacio*. Colombia
- Corte Constitucional (2010) Sentencia C- 936 del 18 de mayo de 2010. *MP.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Colombia
- Corte Constitucional (2014) Sentencia C- 387 del 25 de junio de 2014. *MP.: Jorge Iván Palacio Palacio*. Colombia
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 25629 de 26 de marzo de 2007. *MP.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón*. Colombia
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP-7872019 (51319). *MP.: Eyder Patiño Cabrera*. Colombia

-
- Maier, J.B. (1999). *Derecho Procesal Penal Tomo I. Fundamentos*. Editores del Puerto s.r.l. Segunda Edición.
- Mejía, J. (2006). *Trámite Administrativo de la Extradición en Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.
- Osorio Montoya, R. O. (2018). *La Extradición y la Cooperación Internacional. Falta de justicia, legitimidad o incapacidad del Estado colombiano: su historia*. IUSTA, (48), pp. 179-198. Universidad Santo Tomás. DOI: <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0048.07>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14°. 16 de diciembre de 1966
- Ramírez Barbosa, P. A. (2008). *El principio de non bis in idem como pilar fundamental del estado de derecho: aspectos esenciales de su configuración*. *Novum Jus*, 2(1), 101–124. Recuperado a partir de <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/892>
- Ramírez Montañez, J. (2018). *Análisis del Procedimiento de la Extradición de Colombianos. Caso Fundación por la Defensa de los Colombianos Pedidos en Extradición (DECOPEX)*. *Comillas Journal of International Relations*, (12), pp. 9-27. DOI: <https://doi.org/10.14422/cir.i12.y2018.002>
- Sandoval Mesa, J. A. (2022). *Manual de Derecho Penal Internacional*. Editorial Tirant Lo Blanch.