

POLITICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD,

UNA HERRAMIENTA JUDICIAL

ALBA RUTH ESCOBAR CÉSPEDES



TRABAJO DE GRADO

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA RAFAEL NÚÑEZ

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2010

POLITICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD,

UNA HERRAMIENTA JUDICIAL

ALBA RUTH ESCOBAR CÉSPEDES

Trabajo de grado presentado como requisito para optar por el título de

Abogada

Trabajo de grado presentado a:

Dra. MARINA LOPEZ

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA RAFAEL NÚÑEZ

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2010

INDICE

RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN.....	9
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	18
3. OBJETIVOS.....	21
4. IMPACTO INTERNO.....	22
5. MARCO TEÓRICO.....	24
6 MARCO HISTÓRICO.....	48
6.3 MARCO LEGAL.....	71
6.4 MARCO CONCEPTUAL.....	88
7. METODOLOGÍA.....	91
8. IMPACTO Y RESULTADO ESPERADO.....	95
9. CONCLUSIONES.....	97
10. RECOMENDACIONES.....	102
11. BIBLIOGRAFÍA.....	103
12. ANEXOS.....	105

RESUMEN

1. El principio de legalidad consiste en que la Fiscalía General de La Nación está obligada a perseguir a los intervinientes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, y el principio de oportunidad consiste en que se puede suspender, interrumpir, renunciar, a la persecución penal en los casos establecidos por la ley.

2. Con la aplicación del principio de oportunidad se busca resolver las inquietudes de la doctrina clásica del derecho procesal penal universal, donde en un extremo el ejercicio de la acción penal no tiene entidad y en el otro extremo dicho ejercicio tiene entidad tal que puede destruir hasta al mismo Estado.

3. Examinando las causales de aplicación del principio de oportunidad, concluyo que ellas hacen del ejercicio del poder punitivo del Estado que sea racional, son moduladores para ello. Las causales de aplicación del principio de oportunidad son entonces moduladores para materializar el objetivo de la justicia del caso concreto.

4. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable (inc. 4, art. 29, Constitución Política). Cuando la acción penal se extingue por la aplicación del principio de oportunidad, la persona ha mantenido incólume su estado natural de inocencia, pues no medió

sentencia condenatoria ejecutoriada sobre su responsabilidad penal, que es el acto procesal firme que de manera única destruye el estado natural de inocencia.

5. La libertad procede como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad. Es por ello que la dicriminalización se constituye en parte fundamental de la política criminal actual del Estado.

6. Expresamente el Nuevo Código de Procedimiento Penal señala que son funciones del Ministerio Público como representante de la sociedad, participar en las diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad.

7. La aplicación del principio de oportunidad ha existido de 'facto' en la práctica. En efecto, los fiscales, de 'hecho', seleccionan las actuaciones que adelantan, dejando rezagado los asuntos que en su momento consideran de escaso significado; como no pueden adelantar todas las actuaciones que llegan a sus despachos, entonces, colocan atención a las más significativas.

8. La aplicación del principio de oportunidad no es una 'gracia', no es un 'favor', de la Fiscalía General de La Nación para con el ciudadano;

configurados sus presupuestos está obligada a aplicarlo. De lo contrario se abriría las puertas para el abuso del poder, de manera que se aplicaría o no el principio de oportunidad por favoritismos, destruyendo el derecho fundamental de igualdad ante la ley.

9. La aplicación del principio de oportunidad sólo procede en los casos contemplados por el legislador y está sometido a control judicial por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías, según lo establece la Ley 1312 de 2009. La aplicación del principio de oportunidad no se puede realizar para eventualidades que no tengan fuente normativa que las autorice.

10. El período de prueba es útil para desaparecer el interés del Estado en el ejercicio de la acción penal, lo que viabiliza este modo de extinción de la misma; se normaliza el orden social quebrantado sin necesidad de llegar al extremo de una sentencia condenatoria, estabilización que se consigue debido a que el imputado cumple con determinadas obligaciones impuestas por la Fiscalía General de La Nación. El período de prueba no puede ser superior a tres años; no es que sea de tres años, por tanto, puede ser menor.

11. La aplicación del principio de oportunidad permite acelerar la actuación del Estado, específica y globalmente. Lo primero, porque la actuación penal concreta se evacua sin ir a mayores. Lo segundo, porque no tiene que arrastrar con ese cúmulo de actuaciones, permitiendo concentrarse en otras, con mayor disponibilidad.

12. Las causales de aplicación del principio de oportunidad se pueden alegar también por la vía de la preclusión puesto que es motivo de ésta la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

INTRODUCCIÓN

Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad, se ha hecho necesario adoptar políticas con que pueda contar el estado para responder al crimen organizado, es por ello que se ha implementado una herramienta jurídico –política que permitirá hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social, con el fin de garantizar los intereses sociales del Estado.

Al aprobarse la modificación del artículo 250 de la Constitución Política mediante el Acto 03 de 2002, en el cual Gobierno Nacional establece facultades y funciones especiales para la Fiscalía General de la Nación, en cuanto a reformar el principio rector de legalidad o regla general de nuestro sistema procesal, determinada en forma estricta sobre la existencia de dar inicio a una investigación cuando se revistan hechos de características de delito que llegue a su conocimiento, dando un paso en el mejoramiento del sistema procesal penal colombiano, con la implementación del principio de oportunidad, el cual consiste en determinar si de acuerdo con razones de política criminal, sobre determinada conducta se debe ejercer la acción penal.

Éste se configura entonces como una herramienta de uso privilegiado para todo el sistema judicial, con el propósito de que, en virtud de supuestos político-criminales y dogmáticos regulados y conforme a ámbitos de discrecionalidad reglada, el ente investigador, con el control judicial, pueda suspender, interrumpir o renunciar directamente a la persecución penal; todo ello, además, de acuerdo con disposiciones constitucionales y legales relacionadas con el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Con el texto conciliado en el Parlamento colombiano y aprobado en el mes de junio de 2009, relacionado con la reforma al principio de oportunidad, se refuerzan los supuestos de aplicación del principio. De acuerdo con la reforma, el segundo inciso del artículo 323 del código, queda así: “El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías”. Aquí se hace relación también al carácter excepcional del principio, aunque parecería que se matiza de alguna manera ello; en todo caso, se menciona también la taxatividad de las causales y el control judicial: se trata, como se verá, de la excepcionalidad dentro de la legalidad.

Esta modificación en las funciones y facultades de la Fiscalía hace necesario el estudio y la ubicación de la mencionada figura dentro de la estructura del nuevo procedimiento penal, para establecer el real alcance que ella pueda tener al ser aplicada en los casos concretos de las diferentes conductas investigadas.

1. LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN DESARROLLO DE UNA POLÍTICA CRIMINAL EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Como se observara mas adelante, en los antecedentes normativos de la Política Criminal, la Fiscalía General de la Nación tiene asidero en el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, en el Direccionamiento Estratégico 2005-2009 Gestión con Calidad “se plantea en la línea de acción Gestión Judicial efectiva y Oportuna, la participación efectiva en la formulación de la Política del Estado en materia criminal en cumplimiento del mandato Constitucional”.

Con esta finalidad se deben desarrollar herramientas que proporcionen información objetiva que permita los soportes para la formulación de la Política Criminal, tras la compilación de insumos sobre la problemática delictiva existente en cada una de las regiones del país, de forma tal que puedan adelantar estudios y análisis en materia criminal a partir de los cuales el Fiscal General de la Nación, como miembro del Consejo Nacional de Política Criminal, pueda presentar ante éste organismo y el Gobierno Nacional, propuestas concretas para la adopción y toma de decisiones en la materia.

Según el artículo 27 numeral 1 de la Ley 938 del Estatuto Orgánico de la

Fiscalía General de la Nación, le corresponde a la Dirección Nacional de Fiscalías asesorar al Fiscal General de la Nación en la formulación de la Política del Estado en materia de criminalidad. Por ende se ha incorporado en el Plan Operativo Anual de la Dirección Nacional y Direcciones Seccionales de Fiscalías la contribución en la formulación de la Política Criminal.

En materia de Política Criminal existe diversidad de criterios y abordajes, por ello varios autores coinciden en afirmar que es como la moda, cambia de acuerdo a las tendencias sociales, políticas y económicas de cada Estado en un marco tiempo y espacio definido.

Se aplica de acuerdo a las necesidades específicas del contexto social y acorde a los complejos desarrollos de la criminalidad, por ejemplo en Colombia la década de los 80, la tendencia fuerte en política criminal fue el narcotráfico y el terrorismo, en tanto el gobierno actual dirige sus esfuerzos hacia el desmantelamiento de los grupos insurgentes llamado “Política de seguridad democrática”

Desde esta óptica se entiende que la política criminal esta directamente ligada al Estado, analizando las causas de criminalidad, a la forma como deben ser sancionadas los delitos y los intereses que deben ser protegidos, incluyendo los instrumentos a través de los cuales se concreta dicha política.

El principio de oportunidad, entendido como la potestad reglada a cargo de la Fiscalía General de la Nación, para investigar o no determinadas conductas, supone toda una justificación político-criminal anterior, en cuyo centro se deben tener en cuenta los fines atribuidos no sólo al Derecho Penal como herramienta de control social, sino al mismo Estado a través de su peculiar organización; de esta manera cuando la sociedad se ha puesto de acuerdo en el modelo institucional a desarrollar, retoma el análisis de la funcionalidad y finalidad que los diferentes mecanismos de control social formal e informal deben cumplir.

La Corte Constitucional en sentencia C-095 de 2007-02-14, Magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideró respecto de la discrecionalidad del Fiscal para evaluar si procede la aplicación del principio de oportunidad:

“Aunque las previsiones abstractas de la ley se revistan de precisión y claridad, siempre será necesaria la labor de subsumir el caso concreto dentro de las previsiones generales contenidas en ella, es decir, llevar a cabo una operación mediante la cual el funcionario que la aplica considera si el caso particular responde o puede ser sometido a la norma general prevista en la ley. Ahora bien, aun cuando la norma legal sea clara y precisa en grado sumo, la infinita posibilidad de circunstancias que rodean las conductas humanas regulables resulta imposible de prever en fórmulas legales generales, impersonales y abstractas. Dicho de otro modo, la necesaria generalidad y abstracción de la ley, incluso cuando ella es clara y

precisa en la descripción de las circunstancias en que es llamada a operar, exige lógicamente reconocer cierto grado de discrecionalidad al operador jurídico llamado a aplicarla. De esta forma, la exigencia de claridad y precisión en el diseño de las causales legales de aplicación del principio de oportunidad no resulta contradictoria con el reconocimiento de algún grado aunque sea mínimo de discrecionalidad al fiscal para evaluar si en un caso concreto debe aplicarse o no dicho principio”.

Es por esto que cuando se impulsa una reforma al proceso de enjuiciamiento penal, la misma debe estar sustentada en razones de justicia material, es decir, en pro de las garantías de quien en últimas soporta el embate estatal, y en aras de la búsqueda de la verdad real.

La disyuntiva entre principio de legalidad y principio de oportunidad reglado, se sitúa precisamente en el ámbito de la política criminal y no simplemente penal, de cuya elección se desprenden varios efectos concretos, como por ejemplo la redefinición de lo que se entiende por impunidad, pues la introducción de la facultad para someter a juicio algunas conductas, parte de la base de tener muy claro que es importante y que no, en materia de castigo al Estado.

Varias veces suele escucharse que en Colombia no se cuenta con una verdadera política para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, precisamente por los continuos cambios legislativos motivados en simples razones de eficiencia, que introducen instituciones foráneas sin ninguna

clase de arraigo cultural y constitucional, a espaldas muchas veces de los intereses sociales; con esto no se está criticando la inclusión del principio de oportunidad en la reforma al procedimiento penal, pero si se está llamando la atención sobre las verdaderas motivaciones legislativas que estuvieron detrás de tan cara herramienta.

Tradicionalmente en nuestro país, la política criminal entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, no ha hecho parte de la política social en cuyo seno se encuentra la consecución de ciertos fines, como el bienestar común, la calidad de vida y el respeto de los derechos fundamentales; la mayoría de estrategias ideadas por los diferentes gobiernos, van encaminadas a menguar los efectos del fenómeno de la violencia, pero sin que se ataquen las causas de la misma, es decir, se pretende erradicar la delincuencia, con normatividad de excepción y con el incremento del aparato represivo, pero en últimas la insatisfacción de necesidades prioritarias de la mayoría de la población, sigue aumentando sin aparente solución.

1. 1. PREGUNTA PROBLEMA

¿ES EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD UNA HERRAMIENTA DE POLÍTICA CRIMINAL, O SIMPLEMENTE UN INSTRUMENTO DE EFICIENCIA JUDICIAL?"

2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POLÍTICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La justificación de este trabajo yace entonces, en la revisión de temas sustanciales respecto de la aplicación práctica del principio, el estudio de problemas concretos derivados de la normatividad y de la práctica y la propuesta de soluciones posibles a los problemas y de respuestas a diversos y fundamentales interrogantes en el marco de la Política Criminal del Estado Colombiano.

Frente a dicha justificación, debe agregarse, además y ello tiene que ver con el objetivo mismo del trabajo, que se tiene una concepción positiva sobre la aplicación del principio; considerado como una herramienta de uso privilegiado, por ser regulada y de uso muy importante para los operadores judiciales del sistema penal, no sólo en la perspectiva de descongestión del sistema penal, sino para hacer auténtica justicia material.

Ello, no sólo desde el punto de vista estrictamente dogmático procesal, sino y como se verá en la investigación, desde el punto de vista de la gestión político-criminal del funcionario como operador del sistema. Es decir, cuando un juez adelanta el control sobre la aplicación del principio, en la medida en que, como lo dispone el código de procedimiento penal expresamente, el

principio se aplica con base en la Política Criminal del Estado, el juez también participa de concepciones y decisiones político-criminales. Desde luego lo hace también y de manera fundamental, la Fiscalía General de la Nación, institución estatal directamente responsable de la aplicación del principio.

Antes de abordar el análisis de la nueva Política Criminal y del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, que constituyen el objeto del presente trabajo, se hace necesario efectuar un resumido estudio histórico-jurídico de la figura del Principio de Oportunidad en el marco de los sistemas procesales tradicionales, por cuanto de sus lineamientos fundamentales surge el origen social y hermenéutico de la misma.

En efecto, la evolución del procedimiento penal desde el antiguo sistema inquisitivo puro hasta el moderno proceso de perfil acusatorio, ha girado alrededor de dos concepciones divergentes: 1) la obligatoriedad absoluta de la acusación en la investigación de todas las infracciones presuntamente delictuosas, 2) el establecimiento de una política criminal del Estado que faculte a sus agentes fiscales para formular o no acusación en función de una conveniencia social legalmente establecida.

Lo anterior permitirá entender el origen del Acto Legislativo N° 003 de 2002 que reformó el artículo 250 de la Constitución Nacional, y la última reforma

con la Ley 1312 de junio de 2009, en cuanto a las causales de aplicación del Principio de oportunidad específicamente.

Realizado lo anterior en esta investigación, se abordará de manera aproximada: 1). El alcance cuantitativo y cualitativo de la implantación del Principio de Oportunidad en el procedimiento penal colombiano; 2). la evolución de sus causales en la redacción del nuevo Código; y 3). una clasificación de los tipos penales en función de la aplicabilidad de la mencionada institución.

3. OBJETIVO GENERAL

Plantear alternativas concretas ante la posible aplicación del principio de oportunidad, como una herramienta socio-jurídica, que permita cumplir las reformas establecidas por el gobierno nacional en materia de política criminal.

3.1. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar las relaciones que existen entre la política criminal y los principios constitucionales, así como las consecuencias de dicha relación para el derecho penal sustancial y procesal.
- Examinar las tensiones que se dan entre la política criminal y la política social, y dentro de estas, las que surgen entre la política social y la criminalización de conductas.
- Reconocer el rol del juez en función de control de garantías como un juez constitucional, que debe ser consciente de las tensiones en las que se ve envuelta la política criminal del Estado, con el fin de que incida con sus decisiones en la materialización de los principios penales y constitucionales.

4. IMPACTO INTERNO

Este proyecto de investigación, con relación a la aplicación del Principio de Oportunidad visto como una herramienta judicial, dentro del marco de la Política Criminal del Gobierno Colombiano, donde la consagración taxativa de la ley de los casos en que la Fiscalía puede escoger entre adelantar una investigación o extinguir la acción penal, es un mecanismo legal a través del cual se pueda reducir la arbitrariedad de la selectividad de los casos penales que son sometidos al conocimiento del sistema judicial; de este modo por ser un documento jurídico-social; en esta investigación se espera que provoque un cuestionamiento al interior de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, de tal forma que se inicien debates académicos referenciando la connotación de la implementación de la Ley 1312 de 2009 mediante la cual se da una reforma en la aplicación del Principio de oportunidad y la Resolución No. 6657 de 30 de diciembre de 2004 mediante la cual se asignan las funciones y facultades de la fiscalía y un paso avanzado hacia la seguridad jurídica con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los delincuentes y las víctimas.

Que este análisis sea el preámbulo para que todos los estudiantes, egresados y docentes de nuestra institución educativa superior evolucionemos frente a la verdadera situación de las personas que de algún

modo han tenido conductas reprochables o delincuenciales que no causan mayor daño a la sociedad ni lesionan el bien jurídico tutelado, y se conozcan casos en los cuales puede darse aplicación al principio de Oportunidad, sería entonces una forma de admitir que el Estado puede evitar la selección arbitraria que se efectúa en el sistema judicial penal, al contemplar expresamente los casos en que la Fiscalía General de la Nación puede suspender, interrumpir, renunciar a la persecución penal, posiblemente, atentado contra la credibilidad en el sistema judicial.

Es importante que nosotros como profesionales del derecho, estudiantes permanentes de las nuevas tendencias en todas las áreas del derecho, nos mantengamos actualizados, a fin de realizar nuestra labor con eficacia y diligencia, en búsqueda siempre de poner al alcance de nuestros usuarios todas las herramientas que en materia de Política Criminal se hayan implementado.

5. MARCO TEÓRICO

5.1. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD SE FUNDA EN LA POLÍTICA CRIMINAL

Dentro de los límites del artículo 250 de la Carta Política, la Fiscalía General de la Nación, en los casos que establece la ley, puede aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, porque a pesar de existir la facultad de adelantar una investigación penal para hallar la verdad de los hechos, se estructura una necesidad basada en “la carencia de importancia de la sanción” que se impusiera en Colombia, al lado de la que se le impuso a una persona entregada en extradición por causa de otra conducta punible; la “mermada significación jurídica y social” de una conducta punible, causal que se refiere a los denominados “delitos bagatela”; la reparación integral y la cadencia del Estado en el ejercicio de la acción penal; proteger la “seguridad exterior del Estado” y “la existencia de problemas sociales más significativos”, criterios que aunque están regulados por la ley de manera taxativa, tienen una naturaleza que le es propia a los lineamientos de la política criminal del Estado, entre otros, el derecho penal mínimo y el carácter fragmentario del derecho penal.

La aplicación del principio de oportunidad no tiene por finalidad la búsqueda de la verdad, tampoco la condena de una persona, lo que persigue es el archivo del caso para cumplir con los objetivos propios de la política criminal del Estado, no obstante que existen elementos de prueba que permiten inferir la estructura del delito y la autoría o participación de la persona; lo que fundamenta su aplicación es minimizar la aplicación del derecho penal, la búsqueda de una solución más humana y razonable, proteger a la víctima de una segunda victimización, procurar que la víctima obtenga, cuando ese es su interés, una indemnización integral o una reparación simbólica, una criminología de la tolerancia, en fin, la aplicación de los conceptos básicos que aseguran la justicia y la convivencia pacífica.

Frente a los llamados delitos de bagatela, la Corte constitucional en sentencia C-095 magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra consideró en la aplicación del principio de oportunidad:

“En cuanto al cargo formulado en contra del numeral 12, respecto del cual se afirma que la expresión “mermada significación jurídica y social” no es clara ni precisa, la Corte observa lo siguiente: justamente la mermada significación social de una conducta punible es la causal que en el Derecho comparado resulta ser más común como motivo de aplicación del principio de oportunidad penal. Se trata de los llamados por la doctrina “delitos bagatela”. Según los datos que suministra la misma demanda, dentro del grupo de

países seleccionados como muestra para hacer un estudio relativo al tipo de causales que usualmente son admitidas para este propósito, el criterio de insignificancia del hecho es admitido en todos ellos. Ahora bien, la merma de significación social de una conducta proviene de una serie de circunstancias como, por ejemplo, las condiciones personales en las que el agente actuó (bajo cansancio extremo, tensión extrema, insomnio, ingesta de medicamentos, etc.), el poco valor del objeto del delito en los tipos penales que protegen el patrimonio económico (hurto de una fruta...), el contexto social en el cual la conducta se ejecuta, o cualquiera otras que sólo se conocen en las circunstancias concretas e infinitas en posibilidades que compete conocer al fiscal en cada caso, y que son establecidas probatoriamente en cada ocasión. A juicio de la Corte, tal gama de posibilidades es imposible de reducir en concretas y muy precisas fórmulas legales, pues la naturaleza de las cosas hace que no sea factible prever de manera general, impersonal y abstracta, pero al mismo tiempo completamente precisa y determinada, este amplísimo espectro de hipotéticas situaciones. Así pues, es la naturaleza misma de las cosas la que obliga a reconocer al fiscal facultades evaluativas de la “merma de significación jurídica y social” de una conducta punible. Esta noción sólo puede ser precisada en cada caso, pero que responde a criterios de valor con cierto grado de objetividad social en el contexto histórico y geográfico respectivo”.

“La causal de aplicación del principio de oportunidad penal “cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos” descansa en el principio de proporcionalidad, que llama a no sancionar penalmente sino aquellas conductas que realmente constituyan una amenaza para la convivencia pacífica, y no un reclamo social justificado. Ahora bien, en la aplicación del numeral bajo examen el fiscal debe motivar específicamente la decisión, tener en cuenta los supuestos fácticos y exponer por qué la persecución penal produciría mayores problemas sociales que la falta de ejercicio de la acción penal. En todo caso, esta decisión del fiscal siempre estará sujeta a la revisión del juez de control de garantías y a la intervención del Ministerio Público”.

En este sentido, Colombia es paradigma en Latinoamérica, de lo que recientemente señalara un representante de ILANUD - Naciones Unidas para la mayor parte de los países de la región: a) que el “aumento de la criminalidad” (la aparente) es utilizada para justificar el aumento de pie de fuerza policial, como “política de prevención” y b) que la prevención por medio del bienestar social, como lo ha informado la CEPAL, por razones fiscales y sobre todo para atender la deuda interna, ha sufrido importantes recortes.

Por lo anterior parece más preciso señalar, que en Colombia la Política Criminal Oficial corresponde al “modelo liberal”: un modelo autoritario, que ha servido para recortar los principios clásicos del derecho penal liberal para lo

cual se recurre a la trampa de “normalizar” o transformar en permanente lo que ha venido naciendo como legislación anormal, provisional o de excepción.

De esta manera queda claro el carácter coyuntural de la política estatal contra la violencia, cuyas soluciones prometen garantizar las libertades fundamentales a través de una mayor restricción a las mismas, sin reparar en la contradicción que representa la materialización de los derechos mínimos con su menoscabo o incluso supresión. No es posible entonces, seguir afirmando que en Colombia no existe política criminal, cosa diferente es que no sea coherente con la política social y acorde con el modelo de organización – Estado social y democrático de derecho: la expedición de códigos penales y de procedimiento penal, las continuas reformas constitucionales, los programas de desmovilización de grupos insurgentes y paramilitares, la “optimización” del aparato carcelario y la celebración de tratados internacionales como el Estatuto de Roma, son prueba fehaciente de que si existe y cuanto más “rígido” sea el estilo del gobernante, más fácil será la verificación del ideario en materia de criminalidad.

Con la expedición de la ley 906 de 2004, se pretende dar un giro en materia de enjuiciamiento penal, dando un salto cualitativo representado en el paso del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, acorde con el modelo constitucional que reclama la materialización de los derechos en cabeza de los sujetos procesales y porque no decirlo, con la política internacional que

reclama dicho cambio; podríamos entonces afirmar que en teoría, la reforma procedimental penal que hoy nos ocupa responde a razones internas y externas, estas últimas, producto de la “globalización”.

El principio de oportunidad, entonces, se concreta en constituir una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal, supone la posibilidad de abstenerse de perseguir determinadas conductas punibles, o de suspender el procedimiento en curso, con o sin condiciones para ello, en atención a factores diversos, inmersos en una concreta política criminal rectora en un momento y lugar dados.

Toda esta referencia crítica a la política criminal colombiana, está relacionada con nuestro objeto de análisis, en concreto el Principio de Oportunidad, como quiera que en la misma ley 906 de 2004, se ha consagrado el sometimiento de dicha institución a la política contra el crimen: **“Artículo 321. Principio de oportunidad y política criminal. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.”** Es comprensible que un mecanismo nuevo entre nosotros, como el principio de oportunidad, genere preocupación por la forma en como es aplicado, ya que su inadecuada utilización puede traducirse en equivocados mensajes a la opinión pública. Sin embargo, esa preocupación no debe llevar a la desnaturalización de este mecanismo; así que junto a una buena regulación legal en la que puede ser aplicado, se otorga a la Fiscalía un amplio margen

de libertad en su utilización. Es hora de abandonar la recurrente idea de que no estamos maduros para algunas cosas como el control político a los funcionarios del Estado y comenzar a aplicarlo en casos como el principio de oportunidad; pero para eso es necesario darle a la Fiscalía suficiente discrecionalidad en su utilización.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-988 de 2006, con ponencia del Dr. Álvaro Tafur Galvis, al referirse a la política criminal del Estado precisó:

“Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución. Quiere decir esto, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; e igualmente, puede contemplar la creación de mecanismos que, orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestimulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad. En los términos utilizados recientemente por la Corte en la sentencia C-592/98 (M.P. Fabio Morón

Díaz), “el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”.

Con el nombre de Principio de oportunidad se conoce entonces a la facultad que tiene la Fiscalía, en casos expresamente determinados en el código y la Ley 1312 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 de Control de Garantías, según lo establece la Ley 1312 de julio 9 de 2009 por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad, la cual decreta que para su aplicación “la Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar ala persecución penal en los casos que establece este código para

la aplicación del principio de oportunidad¹”.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspender, interrumpir o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la Ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías².

La figura es más propia de países en los que hay una clara separación entre una Fiscalía que tiene la facultad de impulsar los procesos penales y los jueces que tienen a su cargo el juzgamiento de las personas acusadas. A partir de esta división de funciones, le corresponde a la Fiscalía decidir cuáles son los casos en los que conviene renunciar a iniciar o continuar una acción penal, de acuerdo con causales previamente señaladas en la ley. Sobre esta misma separación de atribuciones, los jueces no tienen ninguna injerencia en la decisión de cuándo iniciar o continuar una acción penal y cuándo no, pues su labor se limita de manera estricta al juzgamiento de las personas contra las que la Fiscalía haya iniciado una acción penal. En un sistema edificado a partir de esa clara distinción entre las funciones de acusar y juzgar, sólo la Fiscalía puede aplicar el principio de oportunidad,

¹ Ley 1312 de 9 de julio de 2009, Artículo 1

² Ibidem subrayado dentro del texto

porque sólo ella tiene el monopolio de la acusación y decide cuándo iniciarla y cuándo interrumpirla; aún cuando no es verdaderamente un monopolio puesto que esta decisión debe ser revisada y aceptada por el juez de control de garantías o el Juez de conocimiento según lo establece la Ley 1312 de 2009.

Por eso, el principio de oportunidad es ante todo un instrumento de política criminal, cuya aplicación debe responder a unos lineamientos generales del Estado en materia de aplicación de justicia. Es una figura que se traduce en la decisión de no procesar penalmente a algunas personas por razones de conveniencia general, y eso hace que su aplicación sea ante todo de naturaleza política (dentro del marco de la política criminal del Estado) y no estrictamente jurídica.

5.1.1. TENSIONES ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Es común iniciar el estudio del principio de oportunidad, haciendo referencia a las tensiones entre legalidad y excepcionalidad. Ello, con fundamento, en el caso colombiano, en lo establecido en el artículo 322 de la Ley 906 de 2004 que regula el principio y que establece lo siguiente: “La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código”. (Nótese que el principio

tiene fundamento constitucional, así sea para concebir su excepcionalidad. Ello tiene consecuencias fundamentales desde el punto de vista del control sobre el principio y, de manera general, sobre las formas que asume la persecución penal del delito y el ejercicio de *ius puniendi*). Luego, el artículo 323 hace relación al principio y, además con ello, establece las bases para una conceptualización del mismo: “La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir, o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad”.

Éste se configura entonces como una herramienta de uso privilegiado para todo el sistema judicial, con el propósito de que, en virtud de supuestos político-criminales y dogmáticos regulados y conforme a ámbitos de discrecionalidad reglada, el ente investigador, con el control judicial, pueda suspender, interrumpir o renunciar directamente a la persecución penal; todo ello, además, de acuerdo con disposiciones constitucionales y legales relacionadas con el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Con el texto conciliado en el Parlamento colombiano y aprobado en el mes de junio de 2009, relacionado con la reforma al principio de oportunidad, se refuerzan los supuestos de aplicación del principio. De acuerdo con la reforma, el segundo inciso del artículo 323 del código, queda así: “El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la

persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías”. Aquí se hace relación también al carácter excepcional del principio, aunque parecería que se matiza de alguna manera ello; en todo caso, se menciona también la taxatividad de las causales y el control judicial: se trata, como se verá, de la excepcionalidad dentro de la legalidad. El concepto que en este trabajo de investigación ha introducido del principio, supone una flexibilización de su carácter excepcional o, mejor, una comprensión matizada y relativizada de la excepcionalidad. De acuerdo con los objetivos se concibe como una herramienta regulada, de uso muy importante para los operadores del sistema judicial penal, no sólo para descongestionar el sistema, sino para hacer auténtica justicia material.

5.1.2. REFORMA A LA POLÍTICA CRIMINAL.

Como lo expone el Dr. Yesid Reyes Alvarado, en Colombia existe un Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria CSPCP cuyas opiniones deben ser escuchadas cada vez que se propone la expedición o la modificación de normas penales. Es así que cuando se legisla sin tener en cuenta las políticas generales que ese organismo traza sobre la prevención y el tratamiento de la delincuencia, o cuando se expiden normas sin conocer

previamente la opinión de dicho Consejo Asesor, se corre el riesgo de expedir leyes contradictorias, inoperantes o inconstitucionales. Es indispensable que el Estado tenga una posición definida en algunos aspectos esenciales, como la finalidad que se persigue con la imposición de penas a los delincuentes. No tiene ningún sentido que el sistema penitenciario nacional gire alrededor de conceptos como el de la resocialización de los condenados, si por otra parte se busca la implantación de una pena que, como la cadena perpetua, parte del supuesto de que el delincuente nunca podrá reincorporarse a la vida social, estas situaciones se presentan cuando las víctimas directas o indirectas lanzan propuestas al Estado de la cadena perpetua o la pena de muerte de algún delincuente que los ha tocado, sin tener en cuenta que como ser humano tiene derechos y puede llegar a superar esos instintos delincuenciales. .

También este organismo asesor toma postura frente a cuáles son los delitos más graves, de acuerdo con la importancia de los intereses que resulten afectados. Esa clasificación es necesaria, porque la calidad y la duración de las penas, la posibilidad de conceder libertades o detenciones domiciliarias o incluso la facultad de conceder rebajas de pena por trabajo y estudio, dependen de si el delito cometido fue más o menos grave, es decir tener acceso a los beneficios cuando se ha condenado. Una adecuada graduación de los crímenes evita que a través de reformas penales aisladas termine siendo más grave una violencia intrafamiliar que la mayoría de las lesiones

personales, o que el abuso sexual de menores tenga una pena superior a la prevista para los genocidios, el terrorismo o la desaparición forzada como se propone luego de que se presenta algún caso de connotación nacional con mayor relevancia que los comunes y corrientes.

5.1.3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La aplicación efectiva del principio de oportunidad tiene lugar en la audiencia ante el juez de control de garantías cuando éste, al tenor de lo previsto en el artículo 327 del CPP, aprueba la determinación de la Fiscalía de renunciar a la persecución penal. Dicha audiencia deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que el fiscal le avise de su determinación de dar aplicación al principio de oportunidad y promueva su revisión.

En cualquier caso, el control de legalidad a la aplicación del principio de oportunidad opera cuando conduce a la extinción de la acción penal. En consecuencia, el juez no controla la suspensión del procedimiento a prueba ni la interrupción de la acción penal.

A) COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad es una facultad exclusiva del fiscal, ejercida conforme a la Constitución y al código de procedimiento penal; sin embargo, el imputado podría solicitar su aplicación sin que ello imponga al fiscal

responder su petición, excepto en la alternativa de la suspensión del procedimiento a prueba.

Están facultados para aplicar el principio de oportunidad el Fiscal General de la Nación y los fiscales delegados de conocimiento, estos últimos en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no sobrepase los seis (6) años en su máximo.

Al Fiscal General de la Nación o a su delegado especial, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 324 del código, le corresponde dar aplicación al principio de oportunidad en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años. Y sólo al Fiscal General en las causales previstas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del artículo 323. En estos casos el fiscal que conozca de la actuación deberá enviar al Despacho del Fiscal General o a la dependencia oficina del principio de oportunidad, el informe correspondiente, debidamente sustentado, con indicación de la causal que considere aplicable. Para lo cual deberá diligenciar el formato FGN-50000- F-33 de solicitud de aplicación al principio de oportunidad.

En cualquier evento, los fiscales podrán aplicar el principio de oportunidad sólo en aquellos delitos determinados por el Fiscal General de la Nación previo concepto del Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria (Ley 888 de 2004, artículo 2º numeral 11)

El principio de oportunidad puede aplicarse hasta antes de la presentación del escrito de acusación.

B). FACULTADES DEL FISCAL PREVIAS A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Los verbos renunciar, suspender e interrumpir, indican acciones o mecanismos establecidos por el legislador para que el fiscal pueda aplicar el principio de oportunidad. En consecuencia, no son formas de aplicación de dicho principio.

La **renuncia** significa no iniciar la persecución penal o no continuarla, definitivamente, en cuyo caso inexorablemente conduce a la extinción de la acción penal. La renuncia puede operar entonces antes de la formulación de imputación.

La **suspensión del procedimiento a prueba** procede respecto de aquellas causales que por su naturaleza la permiten, y exige el cumplimiento de las condiciones ofrecidas, entre ellas la reparación del daño. Como consecuencia acarrea la suspensión y de los términos, los cuales se reanudan si las condiciones

se incumplen. En caso contrario, el fiscal renunciará a la persecución penal y solicitará la extinción de la acción penal al juez de control de garantías.

Como la suspensión opera hasta por el término máximo de tres (3) años, el fiscal debe tener especial cuidado al estimar el tiempo que dure la suspensión para no exponer la actuación a la prescripción, interrumpida por la formulación de la imputación.

Si después de la suspensión se da algún evento del artículo 77 del código de procedimiento penal, se extinguirá la acción penal por la causal

correspondiente.

Por el contrario, si se ha renunciado a la acción penal y se ha realizado el control de legalidad correspondiente, la extinción de la acción penal por este concepto exonera de considerar otra circunstancia.

La **interrupción** es un fenómeno transitorio diferente a la suspensión precisamente por su brevedad y porque afecta solamente el trámite de la actuación. De las circunstancias que la motivan se dejará registro. Esta forma puede abrir paso a la suspensión y también a la renuncia.

C). MINIMO DE PRUEBA REQUERIDA PARA LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Si el principio de oportunidad se aplica con posterioridad a la formulación de la imputación, ese “mínimo de prueba” obviamente está satisfecho. Con antelación a ese evento, tendría que haber elementos materiales probatorios que aconsejen la formulación de imputación, sólo que ésta no tiene ocurrencia precisamente por la eventualidad de dar aplicación a ese instituto.

El fiscal, a efectos del control de legalidad previsto en el artículo 327 del código y sólo cuando la aplicación del principio de oportunidad genere la extinción de la acción penal, deberá aducir ante el juez los elementos materiales probatorios que permitan inferir hasta entonces que el imputado es autor o partícipe de un hecho delictivo.

5.2. PROYECTOS DE REFORMA EN POLÍTICA CRIMINAL

1. Principio de oportunidad en materia de criminalidad organizada. Especialmente en materia de narcotráfico y terrorismo el cual ya fue aprobado en el Congreso
2. Reforma al procedimiento de negociación de bienes y ámbito de aplicación de la extinción de dominio, y
3. Modificación de los delitos de tráfico rodado, con el objeto de sancionar estos delitos como cometidos con dolo eventual y no por imprudencia.

5.3. ANÁLISIS COMPARADO EN LA DOCTRINA FRENTE A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

A continuación se presenta una reseña de las más importantes obras que en el ámbito nacional se han escrito sobre Principio de Oportunidad, con el fin de ilustrar las discusiones que en nuestro medio se han generado entorno de la naturaleza de esta figura y su relación con el principio de legalidad. Es importante aquí llamar la atención sobre la diferencia de orientación de cada uno de éstos autores, al parecer la tesis de PERDOMO es justamente la contraria a la tesis de MESTRE, puesto que aquel reclama la fundamentación dogmática del principio de oportunidad, mientras que justamente éste propugna por reconocer los matices políticos de la figura, deslindándolos de la dogmática jurídico-penal.

En este sentido es mucho más fuerte la referencia a la discrecionalidad en cuanto manifestación de consideraciones políticas, al tiempo que se menciona precisamente un “malentendido” sobre el concepto de discrecionalidad, reclamando un mayor apego al principio de legalidad con base en categorías propias del derecho penal general y constitucional. En tanto que la posición de GÓMEZ quien aparentemente oponiéndose a la idea de discrecionalidad y a la visión pragmática del proceso penal, parece que intenta resaltar la relevancia que algunas consideraciones dogmáticas deben cobrar a la hora de diferenciar el principio de oportunidad de otras instituciones procesales, pero que en la legislación colombiana parecen confundirse, tal es el caso de los delitos bagatela³.

El modelo diseñado en la ley 906 de 2004 está mucho más cercano a la forma como se ha concebido el principio de oportunidad en los sistemas continentales, que de la manera como ha sido concebido en el contexto anglosajón. No obstante esta es una discusión que resulta un “estéril conflicto teórico”, si de lo que se trata, es de proporcionar cierta precisión dogmática en el entendimiento del principio de oportunidad en el contexto normativo colombiano.

³ PERDOMO, Jorge. Los Principios de Legalidad y Oportunidad – Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su reglamentación en el derecho procesal penal colombiano.

Un punto de partida fundamental en este estudio, es el reconocimiento del carácter excepcional del principio de oportunidad, lo cual obliga a estudiar al mismo tiempo el principio de legalidad, desde la perspectiva constitucional y procesal penal, con el fin de aclarar lo que el autor califica como un “malentendido frente a la discrecionalidad en el ejercicio del derecho”.

En consecuencia, el texto se encuentra dividido en dos partes así: 1. “... en la *primera parte*... se abordará la coexistencia de de estos dos principios (de oportunidad y de legalidad) tanto desde la perspectiva constitucional como procesal penal y se ahondará en el análisis de los criterios de fundamentación exclusivamente de dogmática penal, donde, dicho sea de paso, se gestó el principio de legalidad” 2. “En la *segunda parte*... dedica la atención a la consagración procesal del principio de oportunidad; sin embargo este visto siempre “a la sombra” del mandato de legalidad. Por tanto, el análisis de las causales consagradas en el artículo 324 CPP, el cual se realizó partiendo de trece temas generales extraídos de dicho artículo, reivindica la aplicación restringida del principio de oportunidad y, en consecuencia, donde sea necesario, la *ponderación* de los beneficios objetivos generales de su aplicación respecto a los perjuicios que se cause a los derechos fundamentales implicados en el caso concreto, pues el principio de proporcionalidad y otras de sus manifestaciones también hacen parte integrante del ordenamiento procesal penal actual...” .

El principio de legalidad puede encontrar fundamento desde las distintas teorías de la pena, haciendo en este caso una breve explicación de las teorías relativas (prevención general positiva y negativa y prevención especial) y de las teorías absolutas (KANT y HEGGEL), para señalar que únicamente desde la prevención especial pueden encontrar cabida excepciones a la legalidad sustentadas en consideraciones político criminales que atiendan a la finalidad de la pena, mientras que tanto con la prevención general en sus dos modalidades (negativa y positiva) como con la retribución, la ley penal resulta un absoluto cuya aplicación no admite modulaciones⁴.

Posteriormente, esboza una serie de críticas que en otras latitudes se han formulado al principio de oportunidad, pero anotando que no todas ellas son igualmente aplicables al sistema colombiano.

De la misma manera cita a Ferrajoli, para quien la oportunidad tiene el gran peligro de constituirse en una forma de romper con el principio de igualdad ante la ley en perjuicio de los más débiles, por lo que no debería ser posible que la aplicación de la ley dependa de valoraciones ético-políticas discrecionales.

De acuerdo con el autor GÓMEZ las objeciones al principio de oportunidad

⁴ GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo. La Oportunidad como Principio Complementario del Proceso Penal.

no son fácilmente trasladables al contexto colombiano por las siguientes razones: 1. En nuestro ordenamiento la Fiscalía General de la Nación hace parte de la rama judicial, no de la ejecutiva; 2. El artículo 13 del Código Penal dispone que las normas rectoras en él consagradas deben servir como criterio de interpretación “del sistema penal”; 3. De acuerdo con el artículo 113 inciso 3º de la Constitución, las funciones de las ramas del poder público son orgánicas y funcionalmente independientes, pero deben colaborar Armónicamente en la consecución de los fines del Estado y 4. En nuestro ordenamiento el juez continúa siendo el director del proceso, debiendo asegurar la efectiva igualdad de todas las personas en el proceso penal.

El mismo autor menciona entonces, dos modelos conceptuales del principio de oportunidad, uno “abierto” y otro “cerrado”, el primero de ellos corresponde a los ordenamientos jurídicos en donde el ejercicio de la acción penal es entendida como un poder discrecional, mientras que el segundo corresponde a los ordenamientos jurídicos en los que se establecen causales expresas que permiten al ente acusador abstenerse de ejercer la pretensión punitiva del Estado; en este punto es importante resaltar, que de acuerdo con Gómez, en los países de América Latina, particularmente en Colombia, en donde se ha acogido el sistema o concepto cerrado (reglado) del principio de oportunidad, se tiende a creer erróneamente, como producto de un temor infundado en la figura, que su aplicación debe ser excepcional, lo que evidentemente entra en contradicción con su principal función, como es la de

proporcionar herramientas que hagan al sistema penal más eficiente y menos congestionado. “Requiere ello, al menos en el ámbito colombiano, una profunda reflexión y apertura, pues un sistema cerrado del principio de oportunidad no debe equivaler a mecanismo excepcional, sino, como se ha venido planteando, al entendimiento del principio de oportunidad en el marco de una noción de complementariedad respecto del principio fundante de legalidad”.

“La Constitución Política Colombiana, después de la reforma de que fue objeto en el año 2002, contempla una Fiscalía General de la Nación cuya función se aleja de los poderes jurisdiccional para dar paso a un órgano ejecutor de la política criminal, que lleva a cabo la persecución penal bajo criterios de interés público definidos legalmente y precisados jerárquicamente por el Fiscal General de la Nación. De cualquier manera, tampoco debe incurrirse en la incomprensión legislativa y/o doctrinal de afirmar que la función de la Fiscalía es hacer, o peor, administrar justicia”.

Para sustentar lo anterior se hace una distinción de dos tipos de funciones en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, unas funciones procesales, que se califican de “micro” y una función esencial, que consiste en la ejecución de la política criminal del Estado. La Fiscalía General de la Nación “... tiene una serie de funciones procesales que han tomado un protagonismo exagerado y han desviado la atención frente a su principal función: la ejecución de la política criminal. En el marco de esas funciones procesales, a la fiscalía le

corresponde asumir la posición de parte acusadora en los procesos penales y, con el fin de facilitar y hacer más efectiva su función procesal, en algunos sistemas se le han otorgado funciones de carácter judicial.

Sin embargo, dos precisiones iniciales son necesarias: en primer lugar, que las funciones procesales o funciones en sentido “micro” de la Fiscalía no son las más importantes que tiene y, en segundo lugar, que el nuevo sistema de persecución le ha retirado las principales funciones judiciales a esta entidad, sin desnaturalizarla ni afectarla para el desarrollo de su función esencial”. De esta concepción del principio de oportunidad, como manifestación de poderes discrecionales, se deriva entonces que no es posible sostener que la oportunidad sea excepción a la legalidad, todo lo contrario, ya que la discrecionalidad lleva implícita una forma especial de legalidad.

Lo verdaderamente opuesto a la legalidad, es la arbitrariedad, lo cual, debido a los controles que la discrecionalidad implica, está lejos de poderse equiparar a la aplicación del principio de oportunidad. “Si se tratara de una excepción a la legalidad, sería una actuación antidemocrática e ilegítima y por tanto arbitraria, inaceptable en nuestro modelo de Estado... De acuerdo con lo anterior, pueden establecerse tres niveles de ejercicio del poder por las autoridades estatales... estricta legalidad... discrecionalidad... arbitrariedad... Sólo los dos primeros están protegidos o aceptados en el Estado social de Derecho.” En este sentido, se perfilan entonces los tipos de

control a los que está sometida la aplicación del principio de oportunidad, en cuanto facultad discrecional de la FGN⁵.

6. MARCO HISTÓRICO DE LA POLÍTICA CRIMINAL

“No es posible determinar quién uso por primera vez el concepto de Política Criminal: algunos autores creen que fue Feuerbach o Henke, aunque Beccaria fue el punto inicial de esta corriente en 1764 con su obra “De los Delitos y de las Penas”. La Política Criminal se extendió desde Italia con Beccaria a Inglaterra con Bentham, a Francia con Berenger y Bonneville y a Alemania con Feuerbach y Henke.

En el año 1889 Frank Vont Liszt, Van Hamel y Adolfo Prins fundaron la Unión Internacional de Derecho Penal, pero fundamentalmente Von Liszt fue el mentor de la Escuela de Política Criminal o Escuela Pragmática, Sociológica y Biosociológica y con esta escuela se inició la Política Criminal sistemática o científica” .

⁵ MESTRE, José, La Discrecionalidad para Acusar – Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

6.1. EL CAMINO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA

El procedimiento penal en Colombia ha sido reformado constantemente durante la última década. Desde la Constitución de 1991 y la creación de la Fiscalía General de la Nación, diversas leyes han intentado implantar un sistema acusatorio oral, sin mayor éxito. Inicialmente, la Fiscalía se diseñó como un ente bajo el cual se reunían las facultades más importantes del proceso: decidir sobre la libertad, recopilar pruebas, valorarlas y calificarlas, así como acusar o dar por terminado el proceso. Existía además un proceso paralelo de excepción conocido como "justicia sin rostro", que era claramente incompatible con la Constitución. El péndulo normativo se ha movido desde las legislaciones laxas, con rebajas penales de todo tipo (*v. gr.* la ley 81 de 1993) hasta regulaciones más fuertes, que incluyen medidas como la extradición de colombianos, la extinción de dominio y el incremento de penas. Hace sólo unos años, se elaboró un nuevo Código la Ley 600 de Procedimiento Penal, con la idea de adaptar el procedimiento penal a la Constitución. Posteriormente empezó a hacer trámite en el Congreso una nueva reforma, esta vez constitucional, que permitiera restringir las funciones de la Fiscalía e introducir el sistema acusatorio en Colombia con la Ley 906.

6.2. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DENTRO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO LEY 906 DE 2004

Antes de abordar el estudio de la figura del Principio de Oportunidad es necesario hacer un somero recuento de los lineamientos fundamentales que rigen los sistemas procesales en el derecho penal, con el fin de encontrar en ellos el origen social y hermenéutico de la nueva figura que se introdujo en el ordenamiento procesal penal colombiano.

6.3. DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS INQUISITIVO Y ACUSATORIO

6.3.1. SISTEMA INQUISITIVO: Cuando el delito trasciende el campo de la ofensa privada para convertirse en un atentado contra la sociedad misma, surge en ésta la necesidad de crear un sistema eficaz que le permita neutralizar el daño ocasionado con el delito, la identificación de los responsables para su juzgamiento y sanción y, para la reparación de los perjuicios causados. Este sistema denominado *inquisitivo* o *inquisitorio*, implica los siguientes elementos:

a) Iniciación de la investigación del oficio, sin el requerimiento de acusación particular.

b) la existencia de funcionarios e instituciones permanentes para adelantar las investigaciones. Carácter irrecusable de los juzgadores debido a que su legalidad y autoridad dependen de la sociedad misma que los designa.

c) Procedimiento escrito y sometido a la reserva e incluso al secreto para el procesado, con el fin de proteger la eficacia de la investigación y su protección de indebidas interferencias.

d) Papel decididamente activo de los funcionarios en el proceso, que comprende tanto la *iniciación* como el *impulso oficioso* del mismo, para lo cual están dotadas de amplias facultades para la adopción de todas las medidas que consideren conducentes para el éxito de su cometido, incluida la facultad para disponer de la libertad de las personas investigadas y para adoptar medidas cautelares y comisorias sobre sus bienes.

No debe olvidarse que el nombre del sistema inquisitivo o inquisitorio tiene alguna relación con los procedimientos utilizados por la inquisición española a la cual diversas bulas pontificias autorizaron el uso del tormento como instrumento legal que permitiera obtener del procesado la confesión de su culpa que constituiría el factor determinante de su condena. Tampoco debe olvidarse que en algunos países, incluido el nuestro durante el periodo de la justicia sin rostro, se acentuó el sistema inquisitivo hasta los extremos de ocultar la identidad de los testigos de cargo e incluso la identidad de los investigadores y de los jueces, colocando al procesado en la completa

ignorancia sobre personajes sin rostro que estaban decidiendo sobre su inocencia y sobre la privación de su libertad, tanto la transitoria como la definitiva subsiguiente a la conducta.

Este encadenamiento consecutivo de actuaciones de los funcionarios e instituciones participantes en la investigación, la instrucción y el juicio, en el cual las primeras etapas de la actuación iban convirtiéndose en la base de las etapas subsiguientes, de tal manera que los funcionarios intervinientes posteriores se apoyaban en las actuaciones de los primeros legitimándose unos a otros desde el inicio hasta el fin de la actuación procesal, de tal forma que la intervención de los funcionarios de Policía se convertía en la base de la instrucción fiscal y esta última en la redacción de la sentencia; en estas condiciones la pluralidad de sucesivas etapas del proceso era solo formal, pues todo procesado debía ser condenado para satisfacer la defensa de los intereses sociales encomendados a sus instituciones.

En la parte extrema de este sistema procesal se dió la situación de que el mismo funcionario tiene las funciones de calificación del mérito del sumario adelantado en la etapa de juicio y dictar sentencia sobre la acusación por él mismo formulada. Este sistema llevado al extremo en países autoritarios, ha terminado por consagrar excesos en detrimento de los procesados a tal punto que llevó a Beccaria a sostener que “el juez se convierte en enemigo del reo” y que “no busca la verdad del hecho, sino que busca en el preso el delito”.

El sistema inquisitivo fue atenuándose con el avance de la concepción más humanística que permitió el tránsito del absolutismo político, hacia regímenes democráticos; en la mayoría de los países se buscó controlar estos excesos mediante la adopción de mecanismos de control y medidas que garantice que se adelante el proceso con una mayor imparcialidad. Fue así como se introdujo reformas en lo referente a la regulación de la prueba en su fuente legal, es decir, que la Ley establece los medios de prueba y fija su valor a través del mecanismo de la tarifa legal; el establecimiento de causales de nulidad para el proceso cuando se vulneren de manera notoria las garantías procesales; y finalmente, la existencia de un proceso en dos instancias, de tal manera que los errores en que pueda incurrir el fallador de primera instancia puedan ser corregidos por el superior es decir una segunda instancia, a fin de proteger los derechos de imputado o indiciado, respetando el debido proceso .

6.3.2. SISTEMA MIXTO: Se adoptó, entonces, un sistema procesal mixto, sin los rigores del sistema inquisitivo puro, como el que rige en nuestro país antes de la Ley 906 de 2004. En éste, el Fiscal tiene funciones de investigación, instrucción del proceso, las cuales culminan en resolución de preclusión o de acusación. En caso de acusar, el proceso continúa con la etapa del juicio que se ventila ante el juez y en donde el fiscal es un sujeto procesal, como actualmente se está desarrollando en la Ley 600.

CAUSALES

Las causales son taxativas y deben establecerse de manera plena. El sistema no auspicia su aplicación bajo la duda razonable o la presunción de inocencia, pues estos principios encuentran otros medios válidos de reconocimiento.

La concesión del principio de oportunidad deberá indicar de manera clara, precisa y breve la causal o causales que lo generen así como el beneficiado con el mismo, o la extensión de que él se haga a otras personas.

Veamos el tratamiento de algunas causales:

Causal primera: exige para su aplicación “que se haya reparado integralmente a la víctima”, cuando ésta sea conocida, situación que debe aparecer acreditada para el momento de evaluar la procedencia de aplicar el principio de oportunidad.

Esto haría suponer que la víctima está de acuerdo con la forma de reparación recibida. De manera que los tres requisitos establecidos en la causal deben satisfacerse: La pena privativa de la libertad no puede exceder en su máximo seis

(6) años; la reparación integral a la víctima, de conocerse ésta, debe haberse efectuado; y determinar objetivamente la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.

Como principio general, frente a otras causales el fiscal debe propender porque el monto y forma de reparación obedezcan a criterios razonables que impidan que la demanda del victimario o la exigencia de la víctima sean

desproporcionadas, inequitativas, irracionales o irreales

Por regla general entonces la causal primera aplica en fase de indagación, jamás en el juicio porque el límite máximo para hacer uso del principio de oportunidad es la formulación de acusación, resulta impropio aducir la condición de acusado para estos efectos.

Causales segunda, tercera y cuarta: Frente a la **extradición** procede la renuncia, como igual ocurre cuando se entrega al implicado o imputado a la Corte Penal Internacional. Tratándose de conductas diferentes a la que la motivó, es viable la interrupción.

Causales quinta y sexta: constituyen las perspectivas más amplias, efectivas y recomendables del instituto. Empiécese por ofrecer el paradigma en los casos más controversiales, inquietantes y en donde suele advertirse su imposibilidad.

Se trata del crimen organizado, por ejemplo para el apoderamiento y distribución(5) de combustibles tomados de sus redes de transporte; lavado de activos; comercio de armas; tráfico de materiales radioactivos o sustancias nucleares; proxenetismo en sus formas más degradadas, en los cuales uno de sus miembros ofrece colaboración que identifique a los jefes, principales cabecillas o a otros; o recursos, rutas, medios de acción, futuras operaciones, etc., el principio de oportunidad puede operar para éste porque en el cuadro general de beneficios representa más lo que al respecto éste dé, ofrezca, suministre y produzca en aniquilamiento de organización, que el amparo y provechos represivos que aquél reciba.

Si en la **causal sexta** existe la posibilidad de que el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás partícipes, y su declaración contra ellos se haría bajo inmunidad total o parcial, habrá que romper la unidad procesal respecto de aquél –actuación que se interrumpiría hasta que su testimonio se produzca en el juicio contra aquellos– y, por tanto, no puede hablarse “del mismo juicio”.

Como efecto de la aplicación del principio de oportunidad en esta causal, el fiscal podrá renunciar en todo o en parte a la persecución penal, respecto de todos o algunos de los delitos objeto de la imputación, siempre y cuando el imputado haya cumplido totalmente con lo acordado. Esto es lo que se conoce como inmunidad total o parcial.

Causal séptima: La propia culpa, inicialmente dirigida contra otros, envuelve al imputado hasta agobiarlo por años y someterlo a dolorosas y casi insufribles restauraciones corporales o mentales. Ejemplos pueden ser los accidentes automovilísticos en donde el conductor, padre de familia, sacrifica la vida de su esposa y de sus hijos, o les causa lesiones personales, en tanto él queda hemipléjico. En este caso sería agregar una tragedia a otra.

Causal décima: El uso de vehículos oficiales para asuntos diferentes a la prestación del servicio funcional del servidor, origina investigación disciplinaria y también penal. La acción esporádica, inofensiva y no lesiva del bien público puede hacer que sea suficiente la sanción disciplinaria para disuadir el comportamiento reiterado.

Causal undécima: Puede ser el caso de un empleado de una aseguradora,

encargado del patio de automotores siniestrados, que hurta partes para comercializarlos como “chatarra”.

Décima segunda: La mención de la modalidad culposa encuentra los ejemplos en las escasas conductas que la admiten con sus limitantes, también de valuación a expensas del sentido común, la menguada trascendencia jurídico-social, y las salvedades establecidas para actividades que demandan diligencia y cuidado, por ejemplo, casos de lesiones culposas de secundaria entidad propiciadas por el (6)

licor; excesiva confianza en la destreza personal; daños en recursos naturales; contaminación ambiental; e incendio.

Causal décima tercera: Podría ser, en un ambiente un tanto descreído o poco dado a la religiosidad, la perturbación de ceremonia religiosa; o la sustracción mínima, un tanto subrepticia, oculta o disimulada, de partes de cadáveres; un acto que colinde más con la afrenta que con la injuria; y abuso de confianza por uso indebido.

Y así fue como, dentro del término ordenado en el Acto Legislativo 003 de 2002, fue expedida la Ley 906 del 31 de Agosto de 2004⁶, mediante la cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano del cual se

⁶ El proyecto de ley con su exposición de motivos, las ponencias y los textos aprobados en los cuatro debates reglamentarios surtidos en el Congreso de la República, se encuentran en las siguientes Gacetas del Congreso: N°.339 del 23 de Julio de 2003; N°. 564 del 31 de Octubre de 2003; N°. 15 del 3 de Febrero de 2004; N°. 18 del 3 de Febrero de 2004; N°. 89 del 25 de Marzo de 2004; N°. 104 del 26 de Marzo de 2004; N°. 296 del 22 de Junio de 2004; N°. 167 del 4 de Mayo de 2004; N°. 200 del 14 de Mayo de 2004; N°. 248 del 4 de Junio de 2004; N°. 273 del 11 de Junio de 2004; N°. 285 del 16 de Junio de 2004 y N°. 286 del 16 de Junio de 2004.

puede afirmar sin incurrir en exageraciones que está inspirado en el profundo respeto por los derechos humanos, especialmente el derecho a la libertad, en la presunción de inocencia, en la garantía de un verdadero derecho de defensa dentro del marco del debido proceso, que a partir de su vigencia se tramitará conforme al procedimiento acusatorio, con un juicio oral y público en donde sean decretadas y practicadas las pruebas en contacto inmediato con el juez para que, luego de presenciar por sí mismo el auténtico debate probatorio entre el fiscal que acusa y el defensor que busca desvirtuar la acusación, pueda éste dictar una sentencia que constituya verdadera administración de pronta y cumplida justicia con la cual quede satisfecha la comunidad y restaurado el equilibrio que en ella se había roto con el inicio de la investigación criminal.

Debe dejarse constancia de que el Título Preliminar del Estatuto establece como principios rectores y garantías procesales los de dignidad humana, libertad, prelación de los tratados internacionales por formar parte del bloque de constitucionalidad, igualdad, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia e in dubio pro reo, defensa, oralidad, respeto y eficiencia en la actuación procesal, derechos de las víctimas, lealtad, gratuidad, intimidad, contradicción, inmediación, concentración, publicidad, derecho a ser juzgado por el juez natural, exigencia de la doble instancia, cosa juzgada, restablecimiento del derecho, cláusula de exclusión de las pruebas ilegales, ámbito de la jurisdicción penal, integración con otras normas procesales con prevalencia de las penales, y calidad moduladora de la actividad procesal. lo

anterior sea suficiente como análisis global preliminar, pues no tiene por objetivo este trabajo adelantar un análisis detallado de la totalidad de las normas que integran el nuevo Estatuto Procesal, sino que su objetivo está claramente delimitado al estudio de algunas figuras propias del tránsito del sistema inquisitivo al acusatorio y, muy concretamente, a la figura del Principio de Oportunidad como facultad de discrecionalidad para la Fiscalía en el transcurso del proceso de investigación. En esta materia es claro que el nuevo Estatuto Procesal se regirá por dos criterios, complementarios entre sí, a saber:⁷

a) La acción penal continuará rigiéndose por el principio de su obligatoriedad y la titularidad monopolística del Estado para ejercerla por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, sea que llegue al conocimiento de la comisión de un presunto delito por denuncia, petición especial, querrela, o por cualquier otro medio. Consecuencias de este principio son el deber de denunciar (con las excepciones constitucionales y legales), la posibilidad de instaurar una querrela limitada en el tiempo, el cumplimiento de los requisitos exigidos para instaurar la acción por petición del Procurador General de la Nación y, en fin, las causales y el trámite para la extinción de la acción penal⁸

⁷ Nuevo Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. Título Preliminar, art. 1 a 27.

⁸ Ibid. Libro Primero, Título II Acción Penal, Capítulo I Disposiciones Generales, art. 66 a 81.

b) En desarrollo de la norma constitucional contenida en el Acto Legislativo número 003 de 2002 y como excepción al principio de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, se introduce en el derecho procesal penal la figura del Principio de Oportunidad⁹, que busca asignar a la Fiscalía facultad discrecional para abstenerse de formular acusación penal en algunos casos. La adopción de este principio se inspira, como en el derecho continental europeo, en la necesidad de adoptar una política criminal que, resolviendo por otros mecanismos la investigación de conductas delictuosas de menor importancia, permita al ente fiscal dedicarse con mayor eficiencia a la investigación de los delitos que mayor peligro representen para la paz y la tranquilidad ciudadanas.

c) La discrecionalidad otorgada a la Fiscalía por la figura del Principio de Oportunidad, no es absoluta como en el derecho anglosajón que funciona en los países británicos y norteamericano, sino que es una discrecionalidad reglada. Por una parte su ejercicio está delimitado a las causales expresamente establecidas por la ley¹⁰, y por la otra la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al Principio de Oportunidad a un caso concreto deberá someterse al control de legalidad respectivo dentro de los cinco días siguientes.

⁹ Ibid. Art. 324.

¹⁰ Ibid. Art. 327.

d) El Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento¹¹, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del Principio de Oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y a la Ley. El mencionado reglamento deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado, lo que es apenas natural si se entiende el carácter exceptivo de la discrecionalidad reglada.

En los siguientes capítulos se abordarán las causales para la aplicación del Principio de Oportunidad y se analizará el alcance real de su aplicación en desarrollo de los principios contenidos en las normas constitucionales y legales mencionadas.

6.5. EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE DICIEMBRE DE 2002

En relación con el artículo 250, el principio de Oportunidad quedó consagrado como sigue:

ARTICULO 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

¹¹ Ibid. Art. 327.

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.

La fiscalía, ante sospechas verosímiles de la perpetración de un delito, tiene siempre la obligación de investigar y acusar a los presuntos responsables, salvo que la ley permita la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal.

De ello se desprende que, al igual que en Alemania, el principio de Oportunidad está consagrado como excepción al principio de legalidad y su aplicación está sometida al control de legalidad de un juez. Sin embargo, el marco de excepciones depende no sólo de lo que defina la ley, sino además de la política criminal del Estado (fijada por el Presidente de la República), y por otro lado, se exceptúan del control de legalidad del juez de garantías los delitos cometidos por las Fuerzas Militares.

6.6. LA LEY 906 DE 2004

Con un esquema constitucional acorde con las reformas que se pretendían introducir, se inició el trámite del nuevo código procesal penal. Para su elaboración, se nombró a una comisión conformada, entre otros, por el Fiscal, el ministro de Justicia, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los presidentes de las Altas Cortes, y penalistas reconocidos. Tras un año de debate en el Congreso, el 9 de junio de este año la Cámara de Representantes aprobó el nuevo Código. El artículo 66 de la Ley 906 faculta a la Fiscalía General de la Nación a aplicar el principio de Oportunidad:

Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el 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 de control de garantías.

El Título V rige el principio de Oportunidad. El artículo 321 reitera que la aplicación del principio de Oportunidad está sujeta a la política criminal del Estado, lo que significa que la decisión de investigar o no ciertos delitos no sólo queda en manos del Fiscal General de la Nación, sino que éste deberá tomarla de común acuerdo con el Presidente de la República, según la definición que haga el Consejo de Política Criminal acerca de las conductas que el gobierno considera prioritarias, graves y leves. El Fiscal deberá desarrollar el plan de política criminal del gobierno a través de un reglamento que determine de manera general el procedimiento interno de la Fiscalía "para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley" (artículo 330).

El artículo 322 consagra el sistema de Oportunidad Reglado. Al tenor de la ley, "[l]a Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código". El artículo 324 establece los casos en los que el principio de Oportunidad puede aplicarse, y los artículos 325 y 326 regulan la suspensión del procedimiento a prueba. El control judicial en la aplicación del principio de Oportunidad, cuando la decisión es extinguir la acción penal, se encuentra en el artículo 327, y a continuación, en el artículo 328, se impone la obligación del Fiscal de tener en cuenta los intereses de las víctimas y escucharlas -si se

presentaron en la actuación-, antes de aplicar el principio de Oportunidad. Finalmente, el artículo 329 prescribe los efectos de la aplicación del principio en cuestión.

Diversas justificaciones se esgrimieron para la incorporación de esta figura en el derecho penal procesal colombiano. De un lado, la Fiscalía pretende emplearla como herramienta para desarticular organizaciones criminales, cuando alguno de sus miembros ayude a desmantelarlas, y con ello evitar una acción penal en su contra. También como mecanismo para diferenciar la respuesta penal entre la criminalidad menor y la grave, según el principio de Proporcionalidad, lo que lo convierte en instrumento para descriminalizar cuando existan otras sanciones más eficaces o se considere innecesario iniciar un proceso o penalizar al imputado. Por otra parte, se busca dar un mejor uso a los recursos escasos, concentrando los esfuerzos de investigación en los delitos más graves, y una mayor eficacia y celeridad del sistema, en tanto lograría descongestionar los despachos judiciales. Adicionalmente, y según el modelo de justicia restaurativa, se persigue como finalidad el obtener la rápida indemnización de la víctima, y contribuir a la consecución de la justicia material sobre la formal.

6.6.1. CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El artículo 324 de la Ley 906 regula las excepciones al principio de Legalidad, es decir, la lista taxativa de eventos en los cuales puede aplicarse el principio de Oportunidad, el cual fue reformado por la Ley 1312 de 2009 artículo 2. Los casos son:

1. Delitos de criminalidad mínima y media (numeral 1): Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda seis (6) años o con pena principal de multa. Se exige reparación integral a la víctima (en caso de que se conozca), y además, que se haya determinado de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la acción penal. En el proyecto de ley se contemplaba esta causal para delitos de máximo 10 años y no se exigía la reparación previa. Con la Ley 890 de 2004, diversas conductas que podían resultar incluidas en esta causal fueron retiradas, ante el aumento de los máximos de las penas.

Esta causal es aplicable, igualmente en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso.

2. Delitos cometidos por personas entregadas en extradición:

Quando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia

3. **Cuando la persona fuere entregada en extradición:** a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero con efectos de cosa juzgada.
4. **Cuando el imputado colabore eficazmente:** Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
5. **Cuando sirva de testigo:** Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. En Este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.
6. **Por conducta culposa o daño moral:** Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral

grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.

7. Suspensión del procedimiento a prueba justicia restaurativa:

Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones expuestas.

8. Riesgo a la seguridad exterior del Estado: Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

9. Bienes jurídicos de la administración pública: En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

10. En delitos contra el patrimonio económico: En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

11. **Conducta de mermada significación:** Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinen califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
12. **Juicio de reproche de culpabilidad innecesaria:** Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
13. **Afectación mínima de bienes colectivos:** Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
14. **Persecución por problemas sociales significativos:** Cuando la persecución penal de un delito por problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.
15. **Menor valor jurídico y social:** Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

16. Prestar el nombre en actividades de grupos al margen de la ley:

Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para la Reparación de las Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadotes, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

17. Desmovilizado que manifieste su propósito de reintegrarse a la

sociedad: Al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento de beneficios e la ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

7. MARCO LEGAL

Al referir algunos de los antecedentes normativos de la Política Criminal es preciso citar la Resolución 415 de 1950 que refiere la celebración del Congreso Internacional sobre la Prevención de la Delincuencia y Tratamiento del Delincuente, para tal fin se crea el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente ILANUD.

A partir de esa fecha se han celebrado varios encuentros internacionales en materia de prevención y tratamiento del delincuente, como por ejemplo los celebrados en Ginebra en 1955, Londres 1960, Estocolmo 1965, Kioto 1975, Caracas 1980, Milán 1985y posteriores. Estos encuentros han sido relevantes en la formulación de tratados y convenios Internacionales de Política Criminal.

En el contexto colombiano se puede referir la Constitución Política de 1991 en su capítulo VI, artículo 249 y 251 (Fiscalía General de la Nación en sus funciones, donde se especifica la participación en el diseño de la Política Criminal del Estado.

Consecuentemente la Corte Constitucional, en Sentencia C-646 de 2001 MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, abandona la tesis según la cual la formulación de Política Criminal es exclusividad del Presidente de la República, defendiendo la Política Criminal como el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas

consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.

Anterior a la sentencia en mención, se dictaron otras jurisprudencias donde se abordó la temática de política criminal, como la Sentencia C-171 de 1993 donde se pronuncia la Corte sobre la necesidad de que en materia de decisiones de Política Criminal los preceptos deban guardar relación directa y específica con la Constitución y la Sentencia 037 de 1996 donde se hizo la revisión Estatutaria de la Administración de Justicia.

Posteriormente ratificado en la Ley 888/ 28 de junio de 2004, por la cual se modificó el Decreto 200 de 2003, en sus artículos 37 y 38, en lo relacionado con el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, donde señala que la Fiscalía General de la Nación hace parte del Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria a través del Fiscal General de la Nación. En esta Ley se determinó que el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, funcionara como organismo asesor del Estado en la formulación de Política Criminal y Penitenciaria; de este organismo hacen parte las siguientes instituciones del Estado: El Principio de Oportunidad en nuestro País está regulado en los siguientes dispositivos legales:

- Artículo 2° del Código Procesal Penal.

- Circular N°006-95-MP-FN, aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N°1072-95-MP-FN del 15 de Noviembre de 1995.
- Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público N°200-2001-CT-FN que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de FEPDO de fecha 20 de Abril 2001, Modificatorio – Resolución del CTMP N°266-2001-CT-MP del 27 de Abril del 2001.
- Ley N°27664 del 08 de Abril del 2002 – Acuerdo con víctima en documento público o documento privado legalizado por Notario no necesario presentarse para consentimiento.

7.1. Supuestos De Aplicación.- El artículo 2° del Código Procesal Penal establece tres supuestos para la aplicación del Principio de Oportunidad:

a.- Agente afectado por el delito (Inciso 1° art.2°):

Es el caso del “infractor-víctima” o agente que resulta víctima del delito que cometió pudiendo ser doloso o culposo para aquellos de mediana y mínima lesividad social; determinando la falta de interés público de punición, no requiere reparar el daño debido a que el autor ha sufrido una afectación grave sobre sus propios bienes jurídicos o su futuro entorno familiar.

b.- Mínima Gravedad del Delito (Inciso 2°):

Que los delitos “insignificantes” o denominados de bagatela cuya

irreprochabilidad es escasa y cuando el bien jurídico se protege es de menor relevancia pudiendo ser doloso o culposo, pero se requiere que la pena mínima no supere los 2 años de pena privativa de la libertad, no afecte gravemente el actuar público ni el agente sea funcionario público que genera en la comisión del hecho delictuoso en ejercicio de sus funciones; se fundamenta en políticas descriminalizadoras y efectivo instrumento procesal penal.

c.- Mínima Culpabilidad del Agente (Inciso 3°):

Está referida a la autoría o participación mínima del agente en la comisión del ilícito penal. La mínima culpabilidad del autor debe valorarse atendiendo los casos que la ley faculta disminución de pena por consideraciones personales del autor o el hecho que se investiga; no es procedente si el autor es funcionario público que delinquiró en ejercicio de su cargo.

7.2. FINALIDAD DE LA POLITICA CRIMINAL CON LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PORTUNIDAD:

a) Descriminalización, frente a la concurrencia de hechos punibles calificados como “bagatela” el ius-puniendi suspende su ejecución a fin de alcanzar mejores resultados que los efectos que podrían causar la imposición de una pena, es decir se considera los criterios de utilidad de sanción y políticas preventivas especiales y generales, dejando proscrita el absolutismo

o retribución como efecto de aplicación de pena.

b) Resarcimiento a la víctima; se permite resarcir el daño a la víctima evitando dilaciones de tiempo resultando esta pronta y oportuna, evitando además que el procesado sea sometido a los efectos de una persecución en instancia jurisdiccional.

c) Eficiencia del sistema; la aplicación del Principio de Oportunidad debe permitir reducir la sobre carga laboral en instancia jurisdiccional dejando que el órgano judicial conozca conductas delictuosas graves donde resulte necesario hacer uso de las medidas coercitivas facultadas por ley, así mismo debe evitarse el sobrepoblamiento de internos en centros penitenciarios como ocurre en la actualidad en los diversos lugares del País.

7.3 LEGISLACION COMPARADA:

ALEMANIA.- El Principio de Oportunidad tiene sus orígenes en este País a través de la “Ley Emminger” del 04 de Enero de 1924 –artículo 153- en virtud del cual el Ministerio Público quedó facultado ha abstenerse del ejercicio de la acción penal para satisfacción de determinados presupuestos como son: a) Reparar el daño ocasionado, b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y

c) Cumplir determinadas obligaciones.

ESTADOS UNIDOS.- Entre el 75% y 90% de casos se resuelven bajo criterios de oportunidad. Mediante el denominado “Plan Bergaming” el inculpado se declara culpable, renunciando a que su caso sea visto en juicio e incluso a la posibilidad de que salga absuelto. El poder discrecional del Ministerio Público es muy amplio, no es regulado.

ITALIA.- A fin de evitar el juzgamiento o concluir lo iniciado existe el proceso abreviado ó “paterggimento” que se basa en el acuerdo realizado o el Ministerio Público y el Imputado sobre la posible pena siempre que existan circunstancias atenuantes que lo permitan y que la pena no sea superior a los 4 años de pena privativa de la libertad.

ARGENTINA.- Se apertura un procedimiento de prueba que detiene la acción penal, cumplido el período de prueba satisfactoriamente se declara extinguida la acción penal, para lo cual debe haber: 1) consentimiento de imputado; 2) reparación del daño, y 3) No haber cometido un delito anterior.

COLOMBIA.- El Principio de Oportunidad no es una discriminación sobre la conveniencia o no de su aplicación, debido a que esta regulada en el artículo

60 de la Ley 81 de 1993 que modifica el artículo 38 del C.P.P., donde se señala los delitos que admite desistimiento. Aquí se denominan “conciliación” y es factible aplicar en: 1)Indagación previa, previo acuerdo se expide resolución inhibitoria, 2)En Instrucción, luego de expedido el auto admisorio, pasado diez días siguientes debe realizarse la audiencia de conciliación, si prospera se expide la resolución de preclusión, 3)En el Juzgamiento; Hasta antes que quede ejecutoriado la sentencia definitiva. El reconocimiento del acuerdo se declara mediante “auto de casación de procedimiento” por tratarse de causal objetiva de extinción de la acción penal. La conciliación es sobre contenido estrictamente económico.

A fin de que en nuestro País el Principio de Oportunidad tenga una aplicación más amplia a la que viene efectuándose en la actualidad, requiere la realización de una reingeniería que permita a los operadores jurídicos y la comunidad en general tener una visión más amplia de lo que a la fecha puede existir y entender los reales alcances y bondades de esta institución procesal como es el Principio de Oportunidad.

7.4. LEY 1312 DE JULIO 9 DE 2009

El congreso de la República por medio de Acto legislativo No. 003 de 2002, crea la Ley 906 de 2004 que fue reformada por la Ley 1312 de julio **9 de 2009** que señala:

Artículo 1°. El artículo 323 de la Ley 906 de 2004, quedará así: El Artículo 323. Aplicación del Principio de Oportunidad. La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación. no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal suspenderla interrumpirla o renunciar a ella. por razones de política criminal según las causales taxativamente definidas en la ley. con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

ARTICULO 2°. El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así: El Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada: si esto último no sucediere el funcionario

competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable igualmente en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando de forma individual se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.

3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero con efectos de cosa juzgada.

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

6. Cuando el imputado o acusado hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento haya sufrido a consecuencia de la conducta culposa daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

11 Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

12 Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

13 Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

15 Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley Que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad. Siempre Que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal. Que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral. el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

Parágrafo 1°. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.

Parágrafo 3°. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

Parágrafo 4°. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley del narcotráfico.

ARTÍCULO 3°. El artículo 325 de la Ley 906 de 2004, quedará así: El Artículo 325. Suspensión del procedimiento a prueba: El imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá solicitarla suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, individual o colectiva, el Fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecida en este Código. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

Parágrafo. El Fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

ARTICULO 4°. El artículo 326 de la Ley 906 de 2004 quedará así: El Artículo 326. Condiciones a cumplir durante el período de prueba. El Fiscal fijará el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberán cumplir el imputado o acusado hasta antes de la Audiencia de juzgamiento, entre las siguientes:

- a) Residir en un lugar determinado e informar al Fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
- b) Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.

- c) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
- d) Someterse a un tratamiento médico o psicológico. e) No posee portar armas de fuego.
- f) No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves
- g) La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
- h) La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.
- i) La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
- j) La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
- k) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.
- l) La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.
- m) La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito. La comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales. Redes de narcotráfico grupos al margen de la ley o aquellas dominaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el parágrafo 2° del artículo 324.

Parágrafo. Durante el periodo de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad. Vencido el periodo de prueba y verificado el

cumplimiento de las condiciones, el fiscal solicitará el archivo definitivo de la actuación de acuerdo a lo reglamentado en el artículo siguiente.

ARTICULO 5°. El artículo 327 de la Ley 906 de 2004 quedará así: El Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

8. MARCO CONCEPTUAL

ACCION PENAL: La acción penal fue definida por la Ley romana como el derecho de perseguir en juicio aquello que no es debido. Este derecho no se limita a obtener la posesión de un bien adquirido o la liberación de aquel retenido injustamente o negado, sino que se prolonga para obtener la restitución de aquellos que han sido robados, así como para la reparación de las violencias cometidas sobre las personas y contra el honor. Este es el origen de la acción penal, que tiende a castigar a la persona acusada o perseguida, sea con pena de prisión, sea pecuniariamente.

La Acción penal es esencialmente pública, correspondiendo al Estado por intermedio de la Fiscalía General de la Nación la iniciación de oficio o por denuncia del proceso penal, su como su impulsión. En tal caso, la acción no es atribuida directamente a la parte ofendida, que eleva solamente su queja y toma la calidad de parte civil para obtener la indemnización de perjuicios correspondiente, de carácter exclusivamente pecuniario.¹²

CRIMINALIDAD: El termino criminalidad que a su vez procede del latín

¹² Diccionario Jurídico Tomo I p. 123.

CRIMINALIS significa tanto la calidad o circunstancia que hace que una acción delictiva como el computo de los crímenes o delitos cometidos en un territorio y tiempo determinado “la correlación existente entre la contextura general de la sociedad y la cuantía y calidad de la delincuencia, es un hecho ya constatado por la ciencia. El fenómeno de la criminalidad o de la delincuencia evidencia indudablemente una desorganización social. Tal desorganización no se produce en la sociedad tradicional, en donde los elementos son firmes y consistentes¹³.

DELINCUENCIA: se denomina en general delincuencia a la conducta antisocial del hombre reprimido por la ley penal. Aunque el termino delincuencia (del latín DELINCUNTIA) tiene una larga vida, su divulgación pertenece al siglo XX por influjo de la voz inglesa DELINQUENCY y de la importancia de los estudios realizados en Estados Unidos sobre este tema. Delincuencia viene a sustituir, en el uso general, y parcialmente en el técnico, a criminalidad, sobre todo desde que la psicología, la pedagogía y la sicología han colocado en primer término las notas inadaptación, prevención y reeducación frente a las de culpabilidad, lucha y castigo.¹⁴

DELITO: Definición la más grave de las contravenciones legales por suponer un ataque a los principio básicos que informan cualquier organización de

¹³ Ibid. Tomo I p. 683

¹⁴ Ibid. Tomo I p . 727-728.

vida en común. Requisitos para calificar una conducta como delito (a. La tipicidad, b. Antijuricidad, c. culpabilidad¹⁵

FACULTATIVO: potestativo; lo que pertenece al poder, facultad o libertad que alguno tiene para hacer alguna cosa. Denominación dada a quien profesa alguna facultad o ciencia, y, en sentido restringido, al médico o cirujano.

Normalmente el ejercicio de los derechos civiles es facultativo en cuanto predomina en ellos el interés particular. Cuando interfiere el interés público como en los derechos el estado familiar o tutelar (deberes – derechos, más que derechos), su ejercicio deja de ser voluntario para pasar a ser forzoso e irrenunciable. Lo mismo sucede cuando el no ejercicio perjudica a un tercero¹⁶.

LEGALIDAD / LEGITIMIDAD: La distinción legalidad/legitimidad se usa para aludir a la diferenciación entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Por legalidad se entiende el conjunto de normas de diferentes rangos que forman el derecho positivo vigente en una determinada comunidad. Se habla así del Principio de Legalidad como sometimiento de los actos del gobierno y del poder Judicial al derecho positivo. Por legitimidad, por el contrario, debe entenderse aquel conjunto de procedimientos, valores o criterios éticos que fundamentan y justifican los actos de emisión de las normas jurídicas, la

¹⁵ Ibid. Tomo I p. 890

¹⁶ Ibid. Tomo I p. 1306

autoridad que las emite y contenido de esas normas jurídicas, la autoridad que las emite y el contenido de esas normas.¹⁷

PERSECUCIÓN: En materia procesal, es el inicio de una acción judicial con el objeto una decisión o ejecutarla. Ejemplo: persecución por falsificación, persecución de un embargo, persecución de una graduación de créditos. En materia penal, proceso tendiente a castigar al responsable de una infracción penal. Se lleva a efecto por el Fiscal correspondiente, y, cuando la hay, por la parte civil.¹⁸

POLÍTICA CRIMINAL: Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole, Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que pueden estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado

¹⁷ Ibid. p. 1673 Tomo II

¹⁸ Ibid. p. 2075 Tomo II

comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente puede ser Administrativa, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica.¹⁹

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: Consiste en determinar por parte del Fiscal si de acuerdo con razones de Política Criminal sobre determinada conducta se debe ejercer la acción penal. En ese sentido la Ley 1312 de 2009, obliga que la decisión tomada sea objeto de examen por parte de un Juez que ejerce la función de Control de Garantías²⁰ antes de la etapa de juicio oral.

¹⁹ Ibid. p.2123 Tomo II

²⁰ Ibid. p. 2205 Tomo II

9. METODOLOGÍA

Se trata de un trabajo de investigación el cual ha coincidido con el proceso de reforma del principio que concluyó con la expedición de la Ley 1312 del 9 de julio de 2009. Por esa razón, se dedica un estudio particular a la reforma, teniendo en cuenta sus aspectos centrales, por el momento único e interesante que vive el país, en el marco general de la denominada justicia transicional.

Este trabajo de estudio y socio jurídico sobre la reforma, brinda elementos críticos para entender la dinámica de aplicación del principio, en escenarios muy complejos, en los cuales las decisiones político-criminales, se ligan a procesos de paz, a la búsqueda de la desmovilización de actores inmersos en el conflicto social y político colombiano.

9.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Esta investigación es de corte penal investigativo porque lo que persigue por un lado es el estudio analizando los procesos de reforma del principio de oportunidad coincide este trabajo con la expedición de la Ley 1312 del 9 de julio de 2009, de la cual hago la transcripción y análisis correspondiente, sustentada en las estadísticas e informes que presenta la FGN respecto del

seguimiento realizado a la cuarta fase del sistema penal acusatorio.

9.2 MÉTODO

INDUCTIVO: Socio-jurídico, se tendrá como metodología la observación en contacto directo con la realidad y a partir de allí desarrollar todos los interrogantes que de esa experiencia puedan desprenderse.

9.3 FUENTES:

En esta investigación las fuentes que se utilizaron fueron: Libros, Revistas, Códigos, Internet y procesos como es el caso radicado SPA 080016001055200904167-00 cuyos actores son como Fiscal el Dr. Vicente Orejarena, el señor Juez de control de garantías Alberto Oyaga y la indiciada señora Yvett Vega Ruizdiaz dentro del proceso por uso de documento público falso, al cual le fue aplicado satisfactoriamente el principio de oportunidad en la ciudad de Barranquilla el 7 de octubre de 2009.

9.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Se recolectó revisa en la Unidad de Reacción Inmediata URI los procesos en los cuales se dio aplicación al principio de oportunidad para la vigencia del año 2009 en la ciudad de Barranquilla.

10. IMPACTO Y RESULTADOS ESPERADOS

Con este trabajo de investigación se espera que todas aquellas personas que de una u otra forma se encuentran ligadas a la actividad jurídica como víctimas , victimarios, indiciados, operadores judiciales, defensores públicos, magistrados, hagan un uso adecuado y tengan una concepción positiva de la aplicación del principio de oportunidad como una herramienta de uso privilegiado, no solo en la perspectiva de descongestión de los despachos penales judiciales , sino en la construcción de una justicia material.

Es decir, cuando un juez adelanta el control sobre la aplicación del principio, en la medida en que, como lo dispone el código de procedimiento penal expresamente, el principio se aplica con base en la política criminal del Estado, el juez también participa de concepciones y decisiones político-criminales. Desde luego lo hace también y de manera fundamental, la Fiscalía General de la Nación, institución estatal directamente responsable de la aplicación del principio.

A propósito, se aclara que este trabajo está dirigido a operadores judiciales, se entiende que los problemas formulados y las posibles soluciones, atañen de manera fundamental a los fiscales y, además cuando sea el caso, a los agentes del Ministerio Público.

Se propone un uso activo y propositivo del principio, que presupone, desde luego, un cambio de mentalidad y cultural profundo, proceso en el cual están involucrados los operadores, académicos y la comunidad jurídica en general.

11. CONCLUSIONES

El principio de Oportunidad no es en lo absoluto una invención del legislador colombiano, por el contrario, la figura tiene sus orígenes en el sistema penal anglosajón, y su introducción al proceso penal colombiano ha seguido los lineamientos fundamentales trazados por países de tradición continental europea como Alemania, que han implementado un sistema de Oportunidad Reglado. Su inclusión como instrumento para buscar mayor eficacia en la justicia, al concentrar su acción en la persecución de los delitos más graves, es comprensible desde las tesis criminológicas modernas, que se preocupan por dar respuestas proporcionadas según los hechos que se investigan, ponderando el caso individual y las consecuencias de la pena. También en supuestos como la pena natural, donde la sanción carece de sentido, la figura parece ser una respuesta apropiada. La consagración taxativa de los casos en que la Fiscalía puede escoger entre adelantar una investigación o extinguir la acción penal podría ser un mecanismo legal a través del cual se pueda reducir la arbitrariedad de la selectividad de los casos penales que son sometidos al conocimiento del sistema judicial. Desde la perspectiva de la víctima, si la figura garantiza la reparación del daño, no se contrapondría con los intereses de justicia restaurativa que motivan el proceso penal.

El principio de Oportunidad no puede invocarse en contra de los mandatos constitucionales, son varios los principios y derechos que deben ser armonizados:

1. El derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia penal (artículo 229 de la Constitución) se entendían bajo los principios de oficiosidad y obligatoriedad de la persecución penal, lo que suponía para quien daba noticia de un crimen que el delito sería investigado y los responsables perseguidos. Al aplicar el principio de Oportunidad, el denunciante (que no necesariamente tiene que ser la víctima) puede sentir que sus derechos a obtener tutela jurisdiccional y de petición (artículo 23 de la Constitución) son desconocidos. Es previsible que se reduzcan las denuncias de hechos que no serán investigados, lo que en un Estado que carece del monopolio de la fuerza puede derivar en mayor criminalidad y venganza privada. La pérdida del carácter preventivo del derecho penal frente a estos delitos es un factor que en el mediano y largo plazo no puede descuidarse.

2. El derecho de igualdad ante la ley artículo 13 de la Constitución, que implica -al armonizarse con el principio de Legalidad- que no puede escogerse arbitrariamente a qué personas se investigan y a quienes no. Si bien en la práctica se presentaba una selección que rayaba en la discriminación (en especial por la condición social), ahora que la selección está legalizada es necesario garantizar que la Fiscalía y el gobierno actuarán correctamente y con sujeción a este derecho, y que la condición social o la

posición en el poder no serán factores determinantes en la escogencia de los delincuentes que dejarán de perseguirse.

3. La presunción de inocencia (artículo 29 de la Constitución), que implica que el imputado sea tratado como tal mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal, puede verse comprometida. Aún cuando en nuevo Código, en su artículo 327, ordena que la aplicación del principio de oportunidad no afecte la presunción de inocencia, es evidente que la figura misma opera en el entendido de que la persona pudo haber sido autor o haber participado en la conducta.

4. Por otra parte, tal como quedó regulado, el Principio de Oportunidad se convierte en una herramienta a través del cual la Fiscalía mantendrá las "funciones de juez" que esperaban eliminarse con este nuevo Código. Aunque la reforma intentó evitar que las decisiones sobre la libertad del imputado o sobre la terminación del proceso recayeran sobre el Fiscal, al dar aplicación al principio de Oportunidad la Fiscalía conservará estas funciones.

El proceso ante el juez seguirá siendo excepcional: la mayoría de casos se resolverán ante el Fiscal, lo que atenta contra el derecho a un juicio.

En relación con las causales de aplicación del principio de Oportunidad vale la pena hacer algunos comentarios. Como excepciones al principio de Legalidad, los casos de aplicación deberían ser taxativos. Sin embargo, la amplitud de las causales y su dependencia de la política criminal del

gobierno hacen que la lista del artículo 324 sea enunciativa; en comparación con otras legislaciones, los casos permiten un amplio margen de aplicabilidad, por lo que la excepción puede terminar como regla.

De una revisión somera de los hechos punibles que podrían quedar exentos de persecución penal con base en la causal primera del artículo 324, se encuentra buena parte de los delitos contra la familia (v. gr., violencia intrafamiliar, maltrato mediante restricción a la libertad física, ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, inasistencia alimentaria, malversación y dilapidación de bienes de familiares, e incesto). También los delitos contra la integridad moral, como la injuria y la calumnia, estarían incursos en esta causal. El que estos bienes queden desprotegidos en la práctica puede llamar la atención de diversos sectores, aunque la discusión no se compararía con los debates que suscitaría la aplicación del principio de Oportunidad frente a delitos como el homicidio por piedad, la ayuda al suicidio, el aborto, la fecundación y tráfico de embriones humanos, o la violación a la libertad religiosa, cuyos máximos, según la Ley 890, oscilan entre 3 y 6 años.

Este punto conduce a una reflexión final. Un sector de la doctrina opina que el principio de Oportunidad termina con la hipocresía del Estado, que sostenido en el principio de Legalidad aseguraba perseguir todos los delitos, cuando en realidad se concentraba en aquellos que no afectarían intereses económicos o políticos. El principio de Oportunidad sería entonces una forma

de admitir que el Estado es incapaz de perseguir todas las conductas criminales, y podría evitar la selección arbitraria que se efectúa en el sistema judicial, al contemplar expresamente los casos en que el Estado renuncia a la persecución penal. Sin embargo, el principio de Oportunidad guarda en su esencia misma un fundamento que podría igualmente tacharse de hipócrita, o al menos contradictorio. De un lado, el Estado criminaliza una serie de conductas en el Código Penal y posteriormente eleva todas las penas; de otro, descriminaliza esas mismas conductas en el Código de Procedimiento Penal. Todo ello deja la sensación de que se desea engañar al ciudadano, haciéndole creer que lo que las leyes penales condenan será efectivamente juzgado por el Estado.

En cuanto a la aplicación de la Ley 1312 de 2009, se ha dado un paso mas en el proceso por cuanto la ley establece que el principio de oportunidad se debe adelantar, a partir de la fecha de su promulgación que es el 9 de julio de 2009, antes de la etapa de juzgamiento, de ese modo se da también aplicación al principio de celeridad procesal y se evita que haya una segunda instancia en el juicio y se da un término de cinco (5) días al juez de control de garantías a fin de ejercer el control de garantías la solicitud individual o colectiva del Fiscal de dar aplicación al principio de oportunidad.

12. RECOMENDACIONES

La obligación del ciudadano de denunciar los crímenes y la penalización del incumplimiento de la misma (artículos 417 y 441 del Código Penal) se sustentan en el principio de Legalidad. ¿A qué lógica responde, *v. gr.*, el que una persona que omite el deber de informar sobre la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito deba cumplir una condena de hasta 7 años y medio, pero el imputado de tal delito sea beneficiario del Principio de Oportunidad por colaboración con la justicia y se extinga para él la acción penal? Es necesario plantearse si debe seguir penalizada la omisión de denuncia, y qué efectos podría esto tener en términos de impunidad.

En cuanto a las limitaciones, si bien se resguardaron los delitos más graves como el genocidio y el secuestro, el principio de Oportunidad puede operar frente a delitos de corrupción o enriquecimiento ilícito, en este punto, la solución del ordenamiento jurídico peruano podía haber sido más apropiada, al excluir de la aplicación del principio de Oportunidad a los funcionarios públicos, lo que en otras latitudes se diseñó para delitos insignificantes, en Colombia podría llegar a aplicarse para delitos graves.

BIBLIOGRAFÍA

APONTE Alejandro, Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Primera reimpresión, Editorial Ibáñez, Bogotá, abril de 2009.

APONTE, Alejandro. La nueva regulación de la punibilidad: del juez como garante de los derechos fundamentales”, en: Memorias. Jornadas de reflexión sobre el sistema penal colombiano, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, diciembre de 2001.

BARATTA Alessandro, “la política criminal entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”, en: Ciencias Jurídicas, Memorias. Foro de Política criminal, Universidad Javeriana, facultad de ciencias jurídicas, Bogotá, 1998.

CLAUS Roxin, “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”, en: JuS, 6.Año, 1966, cuaderno 10.

CLAUS Roxin, Política criminal y sistema del derecho penal, editado por Hammurabi, en la colección de “claves del derecho penal”, No. 2. Buenos Aires, 2006.

COTE BARCO, Gustavo. “Política criminal y principio de oportunidad”, versión en mimeógrafo, Bogotá, marzo de 2009.

FORERO, Juan Carlos. Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

GÓMEZ, Carlos, La Oportunidad como Principio Complementario del Proceso Penal, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2006.

GÓMEZ, Carlos Arturo Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal, Giro Editores, Bogotá, 2005.

MARCHISIO Adrián, Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

MESTRE, José, La Discrecionalidad para Acusar – Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

PERDOMO, Jorge, Los Principios de Legalidad y Oportunidad – Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su reglamentación en el derecho procesal penal colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

AYUDA JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional:

Sentencia C-038 de 1995, 9 de Febrero de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero,

Sentencia C-984 de 2005, 14 de Mayo de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-979 de 2005, 26 de Septiembre de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-1154 de 2005, 15 de Noviembre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-342 de 2007, 9 de Mayo de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-095 de 2007, 14 de febrero de 2007, M.P. . Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-209 de 2007, 21 de marzo de 2007, M.P. Manuel José Cepeda
Espinosa.