

“LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO EXCEPCIÓN AL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO”



ALEXANDER GODOY GODOY

GERMAN JAVIER LAVERDE ARCE

AUTORES

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE POSGRADOS

ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA
PENAL MILITAR

BOGOTÁ D.C – 2014

“LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO EXCEPCIÓN AL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO”¹

ALEXANDER GODOY GODOY**

GERMAN JAVIER LAVERDE ARCE**

¹El artículo de investigación titulado “LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO”. Su elaboración se inició el 01//10/2013 y finalizó el 01/07/2014. Hace parte de la asignatura Metodología de la Investigación, impartida en la especialización en Procedimiento Penal Constitucional Y Justicia Penal Militar, impartida en la Universidad Militar Nueva Granada

** Abogado titulado de la Universidad incca de Colombia 1998, especialista en derecho penal y criminología universidad libre 2008, especialización en derechos humanos universidad incca de Colombia 2012

*** Abogado titulado de la Universidad agraria de Colombia 2012

Resumen

El Estado colombiano a partir del año 2004 decide cambiar su sistema de enjuiciamiento penal de un modelo mixto a un modelo acusatorio, implementando así la ley 906 de 2004 que en su comienzo se planteó como un modelo acusatorio que traería beneficios a nuestro congestionado y aletargado modelo de justicia, esto con base en experiencias y ejemplos de la aplicación de este modelo en diferentes países con óptimos resultados.

Si bien nuestro modelo de justicia ha sido muy tradicional la escogencia de un Sistema Penal Acusatorio, traería grandes retos a los operadores de justicia entre ellos a Jueces y a Fiscales la implementación de nuevas figuras y cambios en el sistema judicial entre ellos, las facultades especiales del ente investigador y los cambios incorporados mediante el decreto 03 de diciembre de 2002, por el cual se consolidaban constitucionalmente facultades a la Fiscalía General de la Nación, para disponer de la acción penal y prescindir de ésta mediante el uso del Principio de Oportunidad, siendo este una excepción al principio de legalidad al investir al ente persecutor con la capacidad de suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal mediante la aplicación discrecional del Principio de Oportunidad.

Se analizará entonces, si la aplicación del Principio de Oportunidad dentro de un marco de política criminal hace más eficaz y eficiente al modelo de justicia colombiano o si por el contrario puede ser usada como herramienta para generar injusticia e impunidad.

Palabras Claves

Principio de Oportunidad, Política Criminal, Justicia, Legalidad, Discrecionalidad.

Abstract

The Colombian State has decided to change their criminal prosecution from a mixed model to an adversarial model, implementing the law 906 of 2004, which at its inception was raised as an adversarial model that would bring benefits to our congested and lethargic justice model, this is based on experiences and examples of the application of this model in different countries with excellent results.

While our model of justice has been the traditional choice of an accusatory penal system, it would bring great challenges to judicial officers including judges and prosecutors.

the implementation of new figures and changes in the judicial system including the special powers of investigative body and the changes incorporated by Decree 3 December 2002, which gives constitutional powers to the Attorney General's Office to dispose of the criminal action and bypass it by using the Principle of Opportunity, and this is an exception to the rule of law to concede the persecutor entity the ability to suspend, terminate or waive prosecution by the discretionary application of the Principle of Opportunity.

It will then analyse whether the application of the Principle of Opportunity within a framework of criminal policy becomes more effective and efficient to the Colombian justice model or otherwise can be used as a tool to generate injustice and impunity.

Keywords

Principle of Opportunity, Criminal Policy, Justice, Legality and Discretion.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo de investigación está relacionado con el área del Derecho Público; más específicamente el área del Derecho Penal. Se origina de la necesidad de determinar los alcances y naturaleza del Principio de Oportunidad el cual trajo consigo grandes retos e importantes cambios en la legislación jurídico-penal colombiana, entre ellos la excepción al Principio de Legalidad al crear constitucionalmente un modo de renunciar a la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y optarlo como una salida negociada y reglada en cabeza del ente persecutor para quien ha cometido una conducta punible.

Si bien el Principio de Oportunidad no es del todo una figura novedosa ya que su aplicación existe desde finales del siglo XIX, su aplicación en Colombia se ha visto enmarcada por una seria influencia de países europeos que hacen uso del Principio de Oportunidad de manera reglada y no el *anglosajón* o discrecional usado en Estados Unidos.

Para efectos del presente trabajo se analizará en contexto la actual aplicación del principio de oportunidad y se irá más allá de una simple definición de dicho principio procurando abarcar las consecuencias en el tema de política criminal que le puede comportar al Estado, determinando las implicaciones en la consecución de los fines de la justicia penal entre ellos, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de los afectados con respecto a la conducta punible, al igual que se analizarán las reformas constitucionales y legales que dieron lugar al nacimiento del Principio de Oportunidad esto con el fin de analizar posteriormente las reformas legales a las que haya lugar; en especial con el tema de política criminal con el fin de hacer eficiente al Principio de Oportunidad en un contexto social como el colombiano connotado por una tendencia a la criminalidad.

Por lo anteriormente expuesto se pretende realizar una contextualización desde el ámbito cronológico del Principio de Oportunidad. Se efectuará un estudio juicioso del desarrollo histórico del Principio de Oportunidad a nivel internacional y nacional, encaminado a conocer los orígenes y evolución del Principio de Oportunidad y cómo se aplica en la legislación penal colombiana.

En este trabajo de investigación se analizará si con la aplicación del Principio de Oportunidad en el modelo penal del Estado colombiano se hace más garantista el cumplimiento de los derechos fundamentales del Derecho Procesal y Sustancial Penal frente a los intervinientes en especial del procesado, sin dejar atrás los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral de los perjuicios causados. El presente trabajo se justifica porque determinará si la aplicación del Principio de Oportunidad es lo más plausible para la consecución de un modelo penal eficiente.

Para el desarrollo del presente trabajo se ha optado por una metodología descriptiva y con base en ella se podrá contextualizar y verificar la evolución del Principio de Oportunidad en el contexto internacional para llegar al ámbito nacional y así comprender la incorporación de este importante principio al ámbito procesal penal. Sin embargo también se hará uso de la metodología de orden propositivo cuando se expongan las falencias del Principio de Oportunidad y de las características que deban ser objeto de reforma.

Conforme lo antes expuesto y con el fin de lograr la consecución de este artículo se han propuesto los siguientes objetivos específicos:

- 1.- Contextualizar de manera histórica la evolución del Principio de Oportunidad en el plano nacional e internacional.
- 2.- Identificar las ventajas y las falencias de la aplicación del Principio de Oportunidad en la legislación penal procesal colombiana.
- 3.- Analizar la aplicación del Principio de Oportunidad de cara a la política criminal del Estado, mediante la proposición de soluciones a las deficiencias encontradas.

Dando continuación a la metodología se optó por la de análisis documental de tipo jurídico; y se proyectó como una investigación jurídico-propositiva la cual “consiste en la captación por parte del investigador de datos aparentemente desconectados, con el fin de que a través del análisis crítico se construyan procesos coherentes de aprehensión del fenómeno y de abstracción discursiva del mismo para así valorar o apreciar nuevas circunstancias” (Botero, 2003, p. 109). Determinando las falencias en la actual aplicación del Principio de Oportunidad y presentando

propuestas que harán de este principio una herramienta más eficiente en la judicialización de las conductas penales.

Para efectuar un buen uso de la metodología bibliográfica se analizará la normatividad nacional que regula la aplicación del Principio de Oportunidad; las actuales disposiciones constitucionales, legales; las interpretaciones jurisprudenciales emitidas por las altas Cortes, al igual que se estudiará la doctrina nacional y foránea.

Para el adecuado desarrollo de la hipótesis se analizará la normatividad nacional vigente así como doctrina nacional e internacional al igual que la jurisprudencia emitida por las Altas Cortes, logrando con ello determinar fortalezas y debilidades que ofrece la aplicación del Principio de Oportunidad en el Estado colombiano, entre ellos los retos que afronta el ente persecutor al generar una priorización del Principio de Oportunidad y al entender los alcances del poder discrecional del cual fue dotado.

Con base en lo anterior, se inicia la estructura de este artículo analizando en primer lugar el contexto histórico del Principio de Oportunidad exponiendo las raíces del principio y de qué manera llegó a nuestro país.

CAPITULO I

1. MARCO HISTÓRICO

Es importante anotar que la institucionalización del Principio de Oportunidad se remonta a “finales del siglo XIX (Vega) o comienzos del XX, sin embargo algunos doctrinantes hacen la aproximación y lo encasillan en “tres periodos: al de los años previos a la Guerra Mundial (1900-1914) el periodo de entreguerras (1918-1939) y el periodo posterior a la II Guerra Mundial (1945)” (Molina López R. , Principio de Oportunidad y Aceptación de Responsabilidad en el Proceso Penal, 2010).

Lo antes precisado es el antecedente más próximo a los orígenes del Principio de Oportunidad, es válido hacer énfasis en un antecedente más remoto que el mencionado: nos remonta a la época de los primeros escritos de fijación de conductas contrarias al orden social como lo fue el Código

de Hammurabi, norma que institucionalizó la figura de la ley del talión² “que imponía al agresor una pena igual a la sufrida por el ofendido” (Peinado, 1982).

Posteriormente con la creación de la ley de las XII Tablas, que fue una excepción a la “inexorable fórmula talional establecida en el Código de Hammurabi, evidenciando a nuestro modo de ver la aplicación de lo que podría considerarse actualmente una aplicación del Principio de Oportunidad en sentido amplio (Molina López ,2010).

Vale mencionar a modo de ilustración un aparte de la Ley de las XII Tablas que disponía:

“Si membrum rup it, ni cum eo pacit, talio esto”; Quien ha roto un miembro a otro, si no llega a un pacto con él, habrá de someterse a la Ley del Talió (Betancourt, 2007).

Se colige la gran diferencia entre la Ley del Talió y la Ley de las XII Tablas que fijó la alternatividad o salida negociable a la conducta reprochable del agresor y se concluye que los antecedentes del Principio de Oportunidad se establecieron desde el inicio de la sanción objetiva a la infracción al orden social, en especial posterior a la expedición de la Ley de las XII Tablas que determinó una salida contraria al castigo; se hablaba entonces de una indemnización para el ofendido.

La ley de las XII Tablas como norma o Ley de la Igualdad Romana fijó las pautas de convivencia Romana y sancionó las conductas reprochables que atentarán contra el orden social, así pues, esta Ley y sus salidas alternativas fue la primera clara excepción al principio de legalidad y a las leyes que determinaban el castigo del “ojo por ojo, diente por diente”.

En relación al desarrollo del Principio de Oportunidad en Colombia, se han de mencionar algunos hechos importantes: más que recuentos históricos son la base sobre la cual se cimienta el desarrollo nacional de nuestro derecho de las penas y sobre el cual se realizará el estudio del avance y aplicación del Principio de Oportunidad. Si bien, nuestro derecho penal obtiene sus raíces en la tradición “jurídica romana, a la cual llega del Derecho de Hispanoamérica por medio

de las fuentes del Derecho romano y de los glosadores y comentaristas (ius commune) de la edad media y moderna: fundamentalmente el corpus iuris civilis y las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio” (1221-1284) (G Martínez Díez, 2004).

Es imprescindible para el desarrollo de nuestro trabajo hacer especial énfasis en las diferentes legislaciones que prestaron valiosa importancia para el desarrollo de nuestro sistema jurídico-penal y en especial para lograr demostrar que el Principio de Oportunidad está institucionalizado desde hace décadas en nuestra legislación nacional. Contrario a lo que habitualmente se piensa que éste es producto del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la implementación de la Ley 906 de 2004.

En conclusión el desarrollo histórico del Principio de Oportunidad esta dado desde la implementación de la alternatividad a la pena o al castigo por parte de las diferentes culturas. Si bien se dice que la implementación de este importante principio ocurre en Alemania en los periodos de la guerra y postguerra II mundial, es en la legislación Romana antigua donde se institucionaliza la alternatividad penal como el más claro antecedente de la oportunidad al castigo y a la pena

2. ASPECTOS GENERALES Y DEFINICIONES PROPIAS AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

En Colombia se da lugar a la aplicación Principio de Oportunidad mediante la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 (Acto Legislativo 03-2002) el cual en su artículo segundo modifica las funciones de la Fiscalía General de la Nación, entre estas suspender, interrumpir y renunciar a la persecución penal con lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad. Es de anotar que con la aplicación de este principio se está facultando a la Fiscalía General de la Nación con poderes discrecionales para decidir sobre su aplicación, ceñida a una aplicación reglada; es decir sujetar la concesión del principio a unas condiciones determinadas en la ley procesal penal.

Si bien, “son fines esenciales del Estado Social de Derecho mantener y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Olano García, 2006) garantizado mediante el ejercicio

de los poderes y sus funciones, ejes de funcionamiento de dicho modelo de Estado, es deber del legislativo de acuerdo a sus facultades la creación y expedición de la normatividad nacional.

Por consiguiente, nuestra legislación penal se origina como instrumento para sancionar una reacción violenta que deslegitime los principios y normas de convivencia. Sin embargo la utilización de este instrumento debe realizarse de la manera más proporcional y justa posible para lo cual Molina López menciona que “el incremento desmedido de la utilización del Derecho penal trae consigo una saturación de demandas que colapsa el funcionamiento de todos los órganos que participan en su aplicación (Molina López R. U., 2010). Por esta razón se da lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad como salida alterna a la aplicación de la sanción o castigo representado en una pena.

Molina López manifiesta que el Principio de Oportunidad “es una salida alternativa a la aplicación de la consecuencia jurídica establecida para un delito por la ley penal. Su concepción es netamente utilitarista, porque su función principal es la de alivianar la abundante sobrecarga operativa del sistema penal” (Molina López , 2010, P 77.). El uso del Principio de Oportunidad como instrumento para descargar o alivianar el sistema judicial puede ofrecer beneficios al operador judicial y al sobrecargado sistema penal y penitenciario pero también estos beneficios pueden convertirse en medios de impunidad e insatisfacción judicial al investirse a la Fiscalía con funciones jurisdiccionales que están en cabeza de los jueces. Aunque existe un control posterior ante los Jueces de Control de Garantías es la Fiscalía General de la Nación quien decide si da lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad y bajo su responsabilidad el respeto a cada una de las garantías sustanciales y procesales, lo que implica que es su deber velar por la especial participación de las víctimas dentro de la aplicación del Principio de Oportunidad y garantizar derechos de índole fundamental entre ellos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de las conductas.

Frente al control posterior a la aplicación del Principio de Oportunidad en cabeza de los Jueces de Control de Garantías la Honorable Corte Constitucional ha precisado; que la incorporación a la Constitución Política del Principio de Oportunidad penal fue hecha por el constituyente secundario en el entendimiento de que la aplicación de tal principio por parte de la Fiscalía estaría

sujeta al control del juez de garantías. Es más, aprecia que solo animado por la inclusión de esa seguridad el Congreso otorgó su confianza a la mencionada institución propia del sistema penal acusatorio. También observa la Corte que en el debate no se planteó que dicho control fuera exclusivo para el caso de renuncia definitiva a la persecución del delito, por lo cual en defensa del principio democrático, refuerza su punto de vista con una interpretación histórica de la norma según la cual dicho control opera en todos los eventos de aplicación del Principio de Oportunidad y no solamente en aquellos que conllevan la extinción de la acción penal. (sentencia 979 , 2005)

La concepción del Principio de Oportunidad por parte del legislador para otorgar facultades especiales a la Fiscalía General de la Nación nace de una serie de necesidades insatisfechas por parte del ente investigador en el proceso de implementación del Principio de Oportunidad. Se justificó su aplicación basados en las siguientes problemáticas:

“Crisis en los sistemas procesales, problemas de eficacia, imposibilidad fáctica de la justicia penal para satisfacer las exigencias de la aplicación irrestricta del principio de legalidad, el creciente número de casos sin resolver, experiencia en otros modelos de Estados (Norteamericano, Canadá, otros) (Valderrama, 2010), entre otros.

Entre otras contamos las siguientes:

- 1.- Numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, que hace innecesaria la intervención del Estado.
- 2.- Constituye una excepción a la legalidad lo cual permite canalizar la selectividad espontanea del sistema penal.
- 3.- Tendencia de aplicación en países europeos y en el sistema americano.
- 4.- Necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, para descongestionarla, hacerla más eficaz respecto de la pequeña y mediana criminalidad. (Valderrama, 2010)

Si bien, la aplicación del Principio de Oportunidad suponía una serie de beneficios al sistema penal oral colombiano por las buenas experiencias de otros países ello sirvió para que el legislador

impulsara este proyecto el cual finalizó con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, sin embargo el seguimiento y los procesos que traería consigo la implementación de este tipo de garantía significarían un gran reto a los operadores judiciales entre los cuales se encuentran los Fiscales y los Jueces de Control de Garantías, debido a los principios que se involucran al renunciar o limitar los derechos fundamentales entre los cuales se cuenta con la renuncia a la presunción de inocencia y a adelantar un debido proceso constitucional.

Se ha de anotar que la incorporación de una excepción al principio de legalidad no puede estar sujeta a que una sola parte -en este caso en cabeza de la Fiscalía General de la Nación- decida sobre su concesión y respectiva a probación, toda vez que se estaría incurriendo en un arbitrariedad al dejar a la Fiscalía con un poder de orden discrecional tan amplio. Por ende y en miras de continuar con nuestro estudio de la aplicación del Principio de Oportunidad y como bien se indicó con anterioridad la aplicación del Principio de Oportunidad es reglado, quiere decir esto que la Fiscalía General de la Nación está supeditada a unas causales preestablecidas por el ordenamiento procesal penal ley 906 de 2004, artículo 321 y s.s. (Arboleda Vallejo, 2011), se observa entonces en el artículo 324 de la ley procesal penal en las causales para la aplicación del Principio de Oportunidad las cuales son la regla sine qua non procedería la aplicación del Principio de Oportunidad.

A favor del Principio de Oportunidad “la doctrina especializada ha acuñado diversos argumentos..., entre los cuales sobresalen los siguientes: (i) permite reaccionar de forma proporcional a la falta de interés público en la persecución de ciertos delitos con escasa lesión social (ii) estimula la pronta reparación de las víctimas; (iii) evita los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad; (iv) favorece el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; (v) permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, de aquellos que son considerados de mínima lesión social”. (Ortega Rivero, 2010)

La aplicación del Principio de Oportunidad se sujeta a la política criminal³ y se exceptúan los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional (Broomhall, 1999) “incluso contra el

³ Por política criminal debe entenderse el conjunto de estrategias adoptadas por el Estado para hacer frente al problema de la criminalidad en aras de su efectiva disminución desde un punto de vista

Derecho Internacional Humanitario y los delitos de narcotráfico y terrorismo, forzosamente en tales hipótesis el Fiscal General de la Nación tendrá que ejercitar la acción penal (Camargo P. P., 2005.)

En el sistema penal acusatorio se han establecido los parámetros para el control de legalidad posterior a la procedencia de la aplicación del Principio de Oportunidad, en especial para dar lugar a la terminación de la persecución penal. En (Zuleta Cano, Edición 2008) se notan las siguientes:

“1. Se reserva para aquellos eventos en que la aplicación del Principio de Oportunidad, conlleva a la extinción de la acción penal.

2. se prevé un control automático y obligatorio dentro de los (5) días siguientes por parte del juez de control de garantías.

3.- su trámite se surte en audiencia especial en la que intervienen el Fiscal, Imputado ministerio público y víctima.

En cuanto a los requisitos para la aplicación del Principio de Oportunidad encontramos:

“1. Existencia de un mínimo probatorio que permita inferir la autoría o participación del imputado en el comportamiento delictual, en aras a no afectar la presunción de inocencia.

“la aplicación del Principio de Oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación de la conducta y su tipicidad.” (Defensoría del Pueblo, 2005)

2. Concurrencia de una de las causales legalmente establecidas (art. 324)” (Zuleta Cano, Edición 2008).

preventivo, en principio, y represivo, como ultima ratio, es decir, valiéndose de la aplicación de castigos o correctivos penales infligidos a los autores de las conductas criminales.

Se determinan entonces elementos de carácter esencial para dar lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad, toda vez que este tiene implícitas limitaciones a derechos fundamentales como lo es la presunción de inocencia y el derecho fundamental del indiciado al debido proceso, igualmente la conducta objeto del principio debe acomodarse a una de las causales del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal ya que como se ha mencionado el Principio de Oportunidad es reglado a una serie de causales previamente determinadas en la ley.

El Acto Legislativo 03 del 2002 faculta a la Fiscalía General de la Nación “en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal” (Arboleda Vallejo, 2011), Se habla entonces de la suspensión del procedimiento a prueba, donde el imputado puede solicitarla oralmente manifestando el plan integral de reparación de daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

Cuando se refiere a la interrupción se dice que “no existe la misma claridad en los propósitos y la manera práctica de proceder. Podría ser una interrupción bajo las mismas circunstancias de la suspensión (Arias Duque J. C., 2005)”, sin embargo se entiende como un “fenómeno transitorio, diferente a la suspensión precisamente por la brevedad y porque afecta solamente el trámite de la actuación” (Fiscalía general de la Nación, 2004).

En el caso de la renuncia a la acción penal se dirá entonces que es la no continuación de la persecución penal y la posterior extinción de la acción a favor de los intervinientes en la conducta.

En cuanto los efectos del Principio de Oportunidad se dirá que la decisión de no continuar la acción penal extinguirá la acción a favor del autor y participe de la conducta y los demás intervinientes en la comisión del punible siempre y cuando se garanticen los derechos de las víctimas y tendrá efectos de cosa juzgada con ejecutoria material.

Se ha hecho referencia a la aplicación del Principio de Oportunidad a ciudadanos mayores de edad con pleno uso de su capacidad legal, pero vale la pena analizar si es viable que este principio se aplique a menores de edad o (inimputables). Nuestro modelo de Estado Social de Derecho, basado en principios, normas y valores que integran la dignidad humana, nos plantea la posibilidad conforme al derecho a la “igualdad, especialmente por el llamado principio de la

llamada igualdad material (artículos 13 inciso final de la Carta Política y 7 del Código Penal) debe afirmarse entonces que el Principio de Oportunidad tiene cabida cuando el imputado sea un inimputable” (Gómez Pavajeau, 2007), esto es que el imputado sea un menor de edad o un inimputable.

Las razones por las cuales no se debe limitar la aplicación del Principio de Oportunidad frente a las condiciones como la minoría de edad, así como tampoco a una determinada etapa del proceso es debido al mandato constitucional del artículo 250 de la Carta Política, el cual no hace ningún tipo de delimitación o prohibición, como bien se menciona por el Doctor Bernal Cuellar y el Doctor Montealegre, quienes afirman que el “ejercicio del Principio de Oportunidad, no está limitado procesalmente al inicio del juicio oral” (Bernal Cuellar, 2004).

El ejercicio del Principio de Oportunidad no está limitado, en el ámbito penal para adolescentes, tampoco lo está para la Justicia Penal Militar, la aplicación del Principio de Oportunidad constituye una figura novedosa a esperas de su implementación mediante la ley 1407 de 2010, que instituye el Principio de Oportunidad para el Sistema Penal Militar con tendencia acusatoria, estos son ejemplos claros del ejercicio amplio del Principio de Oportunidad en diferentes jurisdicciones en las cuales puede ofrecer importantes avances en el tema de celeridad procesal.

2.1. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Principio de Oportunidad en el derecho Anglosajón tiene significativos desarrollos: el fiscal (prosecutor), dependiente del ejecutivo tiene un amplio poder discrecional sin control judicial previo o a posteriori, para decidir si ejerce la acción penal frente a un caso concreto que haya llegado a su conocimiento por cualquier medio” (Camargo P. P., 2005).

En el derecho comparado se hace alusión a dos grandes corrientes, una de ellas determina el manejo de un Principio de Oportunidad “denominado libre o amplio, aplicado a países anglosajones como Estados Unidos, donde el Fiscal ejerce la acusación luego de negociar con el acusado...sin sujetarse a ninguna regla preexistente... el juez se limita a decidir sobre los términos de la negociación y el sistema de negociación reglado, propio de los países europeos

como Alemania, Italia, Francia, Holanda, Portugal y España” (Arias Duque J. C., 2005) y sumado a ellos Colombia, quien ha adoptado un modelo reglado que determina unas causales entre ellas requisitos objetivos referidos a la norma procedimental y sustantivos referidos al arraigo y las condiciones socio familiares y laborales del posible beneficiario del Principio de Oportunidad.

En el sistema americano la aplicación del Principio de Oportunidad se concibe como excepción al Principio de Legalidad y su aplicación se concede en cabeza del Procurador General quien está facultado para dar lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad considerando que no se afecten los derechos de las víctimas al igual que el sujeto no sea un peligro para la comunidad, atendiendo que “los casos mayores siempre son objeto de acción penal” (Camargo P. P., 2005).

La oportunidad nace como principio y regla dentro del sistema o derecho anglosajón el cual es adoptado y aplicado históricamente por aquellos países y regiones que se rigen por este derecho, en ellos “el Fiscal es la figura que tiene la autoridad de seguir o desistir de la acción. En este sistema el Fiscal ejerce la acusación luego de negociar con el acusado o su representante legal *sin sujetarse a ninguna regla preexistente.*” (Garzón Marín, 2005).

Con el fin de realizar un análisis comparativo frente a la aplicación del Principio de Oportunidad en otros países, a continuación se enuncian algunas legislaciones y el manejo que dan al Principio de Oportunidad.

ALEMANIA: Dentro del ordenamiento jurídico penal de Alemania se enmarcan unos postulados de gran relevancia que dejan ver el condicionamiento de la aplicabilidad del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía.

Alemania Cuenta con una larga experiencia en la aplicabilidad del Principio de Oportunidad. 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 (La fiscalía con aprobación del Tribunal y del inculcado) quedo facultado a 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. (...) el

procedimiento puede reanudarse en cualquier momento si se presentan hechos nuevos que produzcan simultáneamente otra calificación jurídica del hecho... (Fierro Méndez, 2012.)

ARGENTINA: El procedimiento de aplicabilidad jurídica del Principio de Oportunidad en el Derecho Procesal argentino se enmarca bajo los siguientes postulados: 1) El tribunal es quien decide si extingue o no la acción penal; 2) para declararse extinguida la acción penal se requiere de: a) consentimiento del imputado; b) reparación del daño provocado a la víctima; b) no haber cometido un delito anterior.

ITALIA: El Ministerio Público es el órgano que ejerce la acción penal. A comienzos de 1980 a través de la despenalización de determinadas conductas por medio de un tipo de proceso denominado “*patteggiamento*” encuadrable en el modelo denominado “*Istruzione senza dibattimento*” se les da la oportunidad al ministerio público y al imputado de solicitar ante un juez la terminación del proceso, previo a la verificación de una serie de requisitos⁴.

NORTEAMERICA: El Principio de Oportunidad fue trasladado a los Estados Unidos de América, cuyas primeras manifestaciones del Principio de Oportunidad se observaron en tres alternativas básicas de negociación entre el Ministerio Público Fiscal y el imputado: “a) *acuerdo permitiendo al acusado de declararse culpable de un cargo menor que el que podría probarse; b) declararse culpable del cargo formulado por la acusación, con la promesa de alguna forma de atenuación (...); c) declararse culpable con la promesa de desistir o no formular otros cargos posibles.*” (Fierro Méndez, 2012.p. 908)

Contrario sensu, se considera el principio del Principio de Oportunidad “*un atentado al principio de legalidad porque las penas pierden su fin de prevención general y especial al poder obtenerse con la negociación grandes rebajas que administran como en un mercado los*

⁴ “El archivo dispensa de la pena” es un procedimiento que permite el archivo del ,proceso a instancias del Ministerio Fiscal o después de haber formulado acusación y siempre que se trate de un hecho punible sancionado con pena privativa de la libertad no superior a seis meses o solo con pena de multa no superior a 120 días, que el daño hubiere sido reparado y no se opongan razones de prevención”- visto en Fierro Méndez, Heliodoro, Manual de Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio y juicio oral, editorial Ieyer, Bogotá – Colombia. 2012. PP. 930.

administradores de justicia (procurators) con excesivo poder y discrecionalidad... (Fierro Méndez, 2012.p. 933)

En Colombia se comienza a hablar en *estricto sensu* de Principio de Oportunidad con la implementación de la Ley 906 de 2004 al ordenamiento jurídico procesal colombiano, “a partir de la reforma del código procedimiento penal de 2004, por medio de la ley 1312 del 2009, se estableció una definición legal del Principio de Oportunidad en la cual se posibilita su aplicación hasta antes de iniciarse la audiencia del juicio oral (...), 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.” (Molina López R. , 2010)

El Principio de Oportunidad en cualquier contexto y ordenamiento jurídico procesal surge en concordancia con la política criminal previamente definida por el Estado donde la Fiscalía (u órgano encargado de la persecución penal) y el imputado tienen la posibilidad de negociar respetando unos lineamientos específicos los cuales entran a regular la aplicabilidad del Principio de Oportunidad dentro del proceso penal.

De manera general se ha de anotar que son tres los pilares en común que se deben tener en cuenta para la aplicabilidad de este principio:

- 1) Es facultativa de la Fiscalía general de la nación, al observar si cumple o no con una serie de postulados.
- 2) Se debe reparar a la víctima con ocasión al daño generado con la conducta
- 3) El tribunal o Juez es el órgano encargado de aprobar dicho acuerdo entre el ministerio público (fiscalía) y defensa del indiciado.

2.2 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS VÍCTIMAS FRENTE A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Se ha de analizar el papel fundamental de las víctimas dentro del proceso penal, en especial de su tratamiento frente a la aplicación del Principio de Oportunidad. Para comenzar se analizará el concepto de víctima y perjudicado para lo cual que se debe tener como víctima la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría de “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en la que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial como consecuencia directa de la comisión de un delito, Obviamente, la víctima sufre también el daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado” (Bernal Cuellar, 2004).

La Honorable Corte Constitucional Colombiana mediante (sentencia C-250, 2011 p. 5) reiteró la importancia que tienen las víctimas actualmente dentro del sistema penal, precisando que las víctimas tienen todos los derechos y garantías procesales frente a la situación que los ha colocado como intervinientes en un caso determinado, por ello tienen la facultad de intervención independiente y autónoma de las funciones del fiscal, la potestad de configuración legislativa para la determinación de la forma como ellas harán ejercicio de ese derecho a “participar” en el proceso penal, así como su atribución de actuar en cualquier etapa del proceso penal y no en una etapa investigativa específica, lo que conlleva a no estar limitada para solicitar los derechos que tiene como perjudicado del delito.

Por lo anterior se reivindica la importancia en la participación activa de la víctima en cada uno de los escenarios del proceso penal, siendo reconocidas una serie de garantías en el derecho procesal penal en especial las determinadas en el artículo 11 de la legislación procedimental penal que fija “la víctima a su vez, tiene derecho a conocer la verdad, a acceder administración de justicia participando en todas las instancias de la actuación penal, a la reparación integral, así como a obtener medidas judiciales de protección, sin perjuicio de poder acudir ante la jurisdicción civil ordinaria para efectos de obtener la reparación del daño ocasionado con el delito la intervención de la víctima en el proceso penal, constituye otra de las particularidades de nuestro sistema procesal penal” (Urrutia Mejía, 2008). Al igual que se debe tener en cuenta que las víctimas gozan del derecho a la no revictimización a la cesación de la conducta que afecta sus derechos, sin olvidar que la no repetición es otro derecho reconocido a la víctima.

Los ahondados estudios acerca de la victimología la convierten en una ciencia encargada de determinar los móviles que motivan a los victimarios a victimizar, al igual que se encarga de determinar las graves afectaciones que las conductas victimizantes generan sobre la víctima. Frente a un concepto amplio de víctima González Navarro nos enseña que se “entiende por víctimas a las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia de acciones u omisiones que violen la ley penal. Igualmente son víctimas los familiares o personas a cargo que tengan relación con la víctima directa y las persona que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o prevenir la victimización. La condición de víctimas se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la relación familiar entre éste y la víctima.” (Gonzáles Navarro, 2005).

La importancia del papel desempeñado por parte de la víctima nos es ajeno a la aplicación del Principio de Oportunidad, la observancia a los derechos de las víctimas son los que en mayor parte determinan si procede o no la terminación de la persecución penal en cabeza del ente persecutor. La Honorable Corte Constitucional Colombiana a partir de la sentencia C-936 de 2010 analiza la viabilidad de aplicar el Principio de Oportunidad a desmovilizados de grupos al margen de la ley quienes no han sido favorecido por la ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y ha determinado que no es posible beneficiar a desmovilizados con el Principio de Oportunidad ya que los delitos por los que se les procesa se constituyen en calidad de graves por su violación a los Derechos Humanos, por ello el Estado debe investigar y perseguir este tipo de conductas que no son sujetas de amnistías ni indultos y menos principios que tiendan a favorecer al victimario.

Frente al derecho a la verdad, es preciso indicar que este se ve materializado con la labor de la Fiscalía General de la Nación y de sus investigadores, quienes están facultados constitucionalmente para realizar la labor investigativa tendiente a determinar la responsabilidad del indiciado.

En cuanto el derecho a la justicia este se ve garantizado mediante la responsabilidad en cabeza de cada uno de los organismos perteneciente a la rama judicial, especialmente en cabeza de los Jueces de la República (jueces de control de garantías) y (jueces de conocimiento). Frente a ello la

Honorable Corte Constitucional precisa: “el Principio de Oportunidad también promueve la justicia en la medida en que contribuye a la protección efectiva de bienes jurídicos de mayor entidad” (Sentencia C-209, 2007).

Frente a los derechos de las víctimas la Honorable Corte Constitucional ha mencionado que estos se traducen en:

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real.

2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito” (sentencia C-228, 2002).

El desarrollo constitucional desde la aplicación del Principio de Oportunidad ha presentado una tendencia a la protección de los derechos de las víctimas y a la limitación de la discrecionalidad para la decisión frente a la aplicación del Principio de Oportunidad en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, como ejemplo de esto se trae la sentencia C-673 de 2005, en la cual se consigna la inexecutable del numeral 16 del artículo 324 del nuevo C.P.P., toda vez que la “norma acusada está estructurada de forma tal que no regula la actividad de la fiscalía para la aplicación del Principio de Oportunidad y por lo tanto no consagra una actividad reglada sino que permite el ejercicio de una facultad discrecional por fuera de los imperativos constitucionales resultándole en este caso imposible al juez de control de garantías establecer si la decisión de la Fiscalía es constitucionalmente admisible” (Sentencia C-673, 2005).

Este es tan sólo uno de los casos en los cuales la Corte Constitucional ha determinado la existencia de un vacío jurídico que podría poner en peligro el derecho al acceso a la justicia que tiene la víctima.

Se enaltece entonces el derecho de la víctima frente a la aplicación del Principio de Oportunidad, ya que la Honorable Corte Constitucional “concluyó que se deberán valorar expresamente los derechos de la víctimas al dar aplicación a este principio por parte del Fiscal” (Sentencia C-209, 2007).

CAPITULO II

1. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DISCRECIONALIDAD O ARBITRARIEDAD

Analizaremos acepciones del Principio de Oportunidad, de manera inicial como una concepción utilitarista e instrumentalista del Estado para alivianar la aletargada justicia y criminalizar las conductas de alto impacto social con mayor celeridad garantizando oportunamente, los derechos de las víctimas y obteniendo una justicia más pronta. Al igual se analizará la postura de algunos críticos a la aplicación de este principio, quienes manifiestan que es una contradicción entre el Derecho Sustantivo y el Procedimental ya que este segundo está por encima del derecho sustancial por ser una norma procedimental que está cambiando aspectos de la norma sustancial al permitir la no persecución del Estado a las conductas punibles, al facultar al órgano persecutor a terminar, renunciar y suspender la persecución penal.

En efecto la aplicación del Principio de Oportunidad se materializa con la creación de la Fiscalía General de la Nación está facultada para dar lugar a la aplicación basada en los criterios de Política Criminal del Estado colombiano, atendiendo a distintas necesidades entre ellas; la eficiencia del derecho penal que se logrará con la priorización del Principio de Oportunidad y usando esta valiosa herramienta en pro de la eficacia en la administración de justicia.

Toda vez que “la criminalidad en Colombia no es necesariamente un asunto que convoque la eficacia y la eficiencia investigativa del sistema penal; tampoco es un problema de judicialización de conductas, ni de incremento de penas y sanciones” (Nieto López, 2000), es una falta de fijar claros parámetros de política criminal y priorizar el uso de figuras como el Principio de Oportunidad y de solución alternativa de solución de conflictos. .

Es de anotar que la aplicación del Principio de Oportunidad obedece a una serie de postulados tanto nacionales como internacionales. Cuando se hace referencia a las facultades discrecionales de los entes persecutores se analizan fundamentos de Derecho Internacional como el titulado Directrices sobre la Función de los Fiscales, aprobado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas, que menciona lo siguiente:

“De conformidad con la legislación nacional los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión” (Vanegas González D., 2004).

La razón de ser del Principio de Oportunidad y su concepción internacional es proporcionar un filtro en cabeza del ente investigador judicial de cada país para la consecución del fin natural de la justicia; una justicia social eficiente y efectiva, lo cual significa un verdadero reto para los sistemas judiciales del mundo en especial el latinoamericano.

El Estado cuenta con el máximo instrumento de represión punitiva: el sistema judicial y la pena, esta debe estar humanizada, contextualizada y proporcional a los diferentes comportamientos sociales, por esta razón adoptar legislaciones internacionales sin previos análisis psicosociales trae graves consecuencias para un Estado y para su sistema judicial penal.

En nuestro país el legislador ha tenido la intención de aumentar las penas y sanciones por las conductas punibles; pero estas medidas no han demostrado mayor eficiencia y menos eficacia en el tema de prevención, ya que la experiencia con otras legislaciones en especial aquellas donde se maneja la condena a perpetuidad, demuestran que inclusive la pena de muerte no logra desestimular a algunos individuos de la sociedad a cometer delitos; por el contrario sus tasas de comisión de delitos son altas, toda vez que sus sistemas penitenciarios están tan robustecidos que

hacen parte importante de la economía de estas naciones y su interés es que ningún tipo de conducta penal quede sin castigo.

El proyecto que daría lugar al Principio de Oportunidad se planteó como un “ideal en cuanto garantiza la igualdad y la seguridad jurídica, pero, a veces, el celo y el exceso legalista de los jueces, paradójicamente pueden generar injusticias en la aplicación del derecho y hasta amenaza con asfixiar la democracia” (Ramírez Bastidas, 2010) en contra de los principios que deben regir la actuación penal; en especial la dignidad humana la oportunidad, la razonabilidad, la proporcionalidad y la favorabilidad. Todos los sujetos que se ven inmersos en una conducta punible, poseen unos rasgos muy particulares con los cuales el operador judicial que conoce de la investigación, debe hacer un análisis juicioso para lograr determinar si hay necesidad de procesar su conducta o por el contrario, sustituir las consecuencias de la pena por la alternatividad penal.

No se trata entonces de buscar justificaciones para que el Fiscal deje de investigar conductas que afectan seriamente los bienes jurídicos tutelados “sino de entender que cada conducta delictiva y cada imputado presentan rasgos propios, cuya complejidad psíquica y social exige una valoración, que no puede hacerse mediante una mera interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas” (Ramírez Bastidas, 2010, p. 452) necesidad que se supera con el ejercicio discrecional de dar lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad por parte del ente investigador, quien debe hacer un test de proporcionalidad basado en los intereses de la sociedad y respetando los derechos del individuo a penalizar, sin dejar atrás los derechos fundamentales de las víctimas.

Frente a la discrecionalidad el modelo reglado europeo ofrece una limitación al ejercicio del Principio de Oportunidad; enmarca en unas causales previamente definidas por el legislador, esta limitación ofrece una garantía a los derechos fundamentales de las víctimas; en especial a la justicia, ya que nuestro país está marcado por eventos donde la corrupción permea todas las esferas económicas y políticas. Lamentablemente Colombia hace parte de las naciones con un alto índice de corrupción dentro de funcionamiento estatal, así que la aplicación del Principio de Oportunidad reglado es una contrapuerta para evitar que una serie de conductas consideradas

gravísimas puedan hacer parte del Principio de Oportunidad el reglamentar el uso y ejercicio del Principio de Oportunidad es una necesidad para evitar delitos como el tráfico de influencias.

“Frente a la discrecionalidad la Corte Constitucional hace referencia a las atribuciones en las cuales la ley deja librada la evaluación de ciertos asuntos al criterio de los funcionarios competentes para aplicar una norma” (Sentencia C-1062, 2003). Sin embargo no se puede interpretar la discrecionalidad como arbitrariedad puesto que ha sido uno de los ideales el tema de la “Discrecionalidad Reglada” entendiéndose como la regulación que tiene el fiscal para dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad.

CAPITULO III

1.- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SUS RETOS FRENTE A LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO COLOMBIANO

Son pocos los casos en los cuales la Fiscalía General de la Nación mediante sus delegados decide dar aplicación al Principio de Oportunidad, esto se corrobora con las estadísticas que son presentadas por la Fiscalía, existen delitos de bajo impacto o de bagatela que deberían estar acogidos por este principio, aunque en la actualidad no lo estén debido a que la Fiscalía considere que no se dan una serie de elementos fijados mediante resoluciones y mandatos de carácter interno de la entidad, aumentando con ello el alto número de condenados que se privan de su libertad y el hacinamiento carcelario, en algunos casos por conductas que son insignificantes por ejemplo quien hurtó un alimento para satisfacer su hambre.

la aplicación Principio de Oportunidad busca “contrarrestar, disminuir o mantener dentro de los límites de lo socialmente tolerable la criminalidad” (Ramírez, 2003), sin embargo la realidad jurídica y fáctica es otra, la discrecionalidad de la cual goza la Fiscalía General de la Nación así como su libre albedrío en cuanto decidir si da uso o no del Principio de Oportunidad, convierten al este en una salida que a bien toma o deja la Fiscalía, afectando seriamente derechos del procesado entre ellos a obtener un beneficio en pro del principio de favorabilidad, por ejemplo, una extinción de la pena por contribuir a desvertebrar a determinada organización. La negativa de dar aplicación al principio de oportunidad en la actualidad no es susceptible de recurso alguno

ante ninguna autoridad, hecho que enaltece la desbordada discrecionalidad del ente investigador y limita al Estado colombiano a conocer los beneficios que puede ofrecer este importante principio.

Los fines del Principio de Oportunidad obedecen a la necesidad de disminuir los efectos punitivos de la baja y mediana criminalidad, también actúa en pro de evitar los efectos “criminógenos de las penas cortas de privación de la libertad, estimular la pronta reparación a la víctima y darle otra oportunidad de inserción al que delinquirió” (Vanegas González D, 2004). Estos fines son los ideales en un modelo de Estado con una política criminal debidamente edificada, lamentablemente en Colombia no existe una Política Criminal debidamente desarrollada debido a una negligencia en cabeza del legislador, quien no ha determinado el tipo de conductas que al Estado le interesa perseguir y cuáles no.

En nuestro país por muchos años el fenómeno de la violencia, de las escasas oportunidades laborales y los altos índices de pobreza han generado la proclividad al delito, por lo cual no se observan índices o estadísticas afirmen que la criminalidad del país está en disminución, todo lo contrario se observa que el hacinamiento en las cárceles colombianas es el pan de cada día, la violación de los derechos fundamentales de los reos es evidente, dejando el principio de la dignidad humana desfragmentado y en total desprestigio, se observa que son los mismos establecimientos penitenciarios quienes interponen acciones judiciales para que no sean admitidos más reclusos por las deplorables condiciones de permanencia en los mencionado centros penitenciarios. Retenidos que en su mayoría son tratados por delitos que debieron ser objeto del Principio de Oportunidad.

Se preguntará entonces cuál es la causa de la poca aplicación del Principio de Oportunidad en nuestro sistema judicial, la respuesta a este interrogante es compleja si se analiza desde a la realidad jurídica de nuestra nación. Todo a la falta de recursos por parte del Estado para con la administración de justicia; los recursos con los que cuenta el sistema judicial son limitados; esto afecta seriamente a quienes se procesa por delitos menores y no cuentan con recursos para sufragar su defensa judicial.

Es precisamente, en los delitos de baja y mediana criminalidad donde se observa una de las ventajas del Principio de Oportunidad ya que tratándose de personas que se inician en el mundo

de la delincuencia, es probable que la “suspensión del procedimiento en el marco de la justicia restaurativa contribuya a la resocialización de una forma más efectiva que la aplicación de una pena que lo alejaría más de la sociedad (Ramírez, 2003. p. 139).

Sin embargo, se observan los serios problemas que en la actualidad presenta la aplicación del Principio de Oportunidad, estos debido a la no adecuación y poca legislación sobre los criterios de política criminal, política criminal que debe dar las pautas a la Fiscalía General de la Nación para tener pleno conocimiento del cómo y a qué tipo de delitos debe aplicar el Principio de Oportunidad.

Se estudiarán los casos en los cuales es competencia de la Fiscalía General de la Nación dar lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad, se conceptualizará la definición de política criminal determinada por la Honorable Corte Constitucional como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables a causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción (Sentencia C-646, 2001)”. De igual forma la Honorable Corte Constitucional precisó: “La jurisdicción constitucional ha reconocido que la política criminal puede ser articulada por el legislador a través de la expedición de normas” (Sentencia C-504, 1993), normas que están en mora ya que el legislador no ha prestado interés en su elaboración.

El cuanto el avance en temas de Política Criminal en nuestro Estado colombiano nos vemos enfrentamos a un vacío jurídico por la falta de interés del poder legislativo para regular el Principio de Oportunidad, desinterés que está pagado a un alto costo puesto que si continuamos sin fijar políticas claras a nivel criminal no habrá claridad en qué tipo de conducta le interesa al Estado perseguir y castigar.

Precisa el Doctor Juan Carlos Arias Duque, refiriéndose al Principio de Oportunidad en los delitos más comunes como lo son contra el orden económico y contra la integridad personal, lo siguiente:

“hay que concluir que entre los delitos contra el patrimonio económico y contra la integridad, la Fiscalía adelanta el 59.7 % de todos los procesos, esto es, ni más ni menos, que la fiscalía se desgasta en investigar y acusar ese tipo de conductas en relación con las cuales tendría que existir una seria posibilidad de abstenerse de sancionar permitiendo que los conflictos que originan estos comportamientos se terminen por vías alternas a las de la sanción penal, evitando de paso que el sistema penal distraiga su atención en conflictos que pueden considerarse como de los particulares, en desmedro de los que realmente ponen en peligro el orden social” (Arias Duque, 2005 p. 158). Conflictos que en el mayor de los casos se podrían resolver mediando con las víctimas una reparación justa e integral de los perjuicios, mediante la implementación de los “Centros de Mediación Judicial” (Arias Duque, 2005, p. 139), los cuales en la actualidad son inexistentes sólo se cuenta con aquellos centros de conciliación en derecho y equidad, estos no conocen asuntos de naturaleza penal, lo cual representa un serio problema al momento de hablar de un descongestionamiento eficaz de la justicia penal colombiana, la mediación y los mecanismos de justicia restaurativa deben ser el eje sobre el cual se adelanten los delitos de menor impacto respetando y reconociendo los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Los operadores de justicia de manera exegética y legalista castigan conductas denominadas de “bagatela” con serias sentencias que desconocen la proporcionalidad y necesidad de la pena. El ejercicio que debe hacer nuestro sistema penal con miras a proteger la dignidad humana es determinar una seria política criminal que se constituya en la herramienta más eficaz contra la descongestión judicial al igual que contra la impunidad y la prevención de conductas socialmente reprochables.

Por lo anteriormente mencionado, se dice que “el Principio de Oportunidad no puede tener cabida dentro de un sistema penal que conciba la pena exclusivamente en términos retributivos, porque en ningún caso se permitirían las excepciones a la persecución penal enfocada a fines utilitarios, que son los que en gran medida orientan el mencionado principio” (Molina López R. , Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, 2012).

La idealización del Principio de Oportunidad como se señala por González Navarro, debe estar soportada en tres pilares, en primero la descriminalización entendida como “la aplicación del poder sancionador de la norma penal, cuando otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados...” (González Navarro, 2010). Segundo y no menos importante, el resarcimiento a la víctima. Se dice entonces que la víctima constituye un actor de importante talante en la ley 906 de 2004, puesto que su presencia es determinante, en la consolidación de un modelo de justicia restaurativa.

Frente a la víctima la jurisprudencia avala sus derechos garantizando su activa participación en todas las etapas del proceso penal, se debe procurar por respetar y garantizar el derecho fundamental de las víctimas a una reparación justa y oportuna de los perjuicios causados por el agresor. Como tercera medida encontramos la “eficiencia del sistema penal” (González Navarro, 2010) fin último del Principio de Oportunidad, el término eficiencia nos enseña que los sistemas penales no se califican por el número de sujetos condenados por los Tribunales Penales; se mide por la confianza de los administrados en el sistema judicial, confianza que en nuestra comunidad se ha visto desdibujada por un sinnúmero de procesos que en el sentir de la comunidad colombiana se tildan de demorados y con resultados injustos.

La implementación del Principio de Oportunidad produce serias críticas en especial por la falta de eficiencia en sus fines los cuales ya se han esbozado. Si bien, entre estos se cuenta el “alivianar la carga de los centros carcelarios” (Daza González, 2010) estos resultados no se han mostrado. Puesto que el problema de hacinamiento es un flagelo que atenta contra la dignidad humana de aquellos que se encuentran privados de su libertad en los centros penitenciarios.

Son limitaciones al ejercicio del Principio de Oportunidad el concepto indebidamente interpretado de necesidad de la pena entendido éste como la necesidad de privar de la libertad en centros carcelarios a quien ha cometido un delito. Esta concepción “con poca disposición al perdón que exhibe nuestra sociedad” (Arias Duque, 2013), constituye un serio obstáculo a la aplicación acertada del Principio de Oportunidad. Nuestra sociedad se ciñe por lo difundido en los medios de comunicación y su criterio se limita por lo contado en dichos medios por lo cual

nuestra concepción de hacer justicia es que el procesado sea necesariamente privado de su libertad, lo cual no constituye garantía de justicia ni de una resocialización al condenado.

Se ha venido anotando en el transcurso de este trabajo de investigación la baja aplicación del Principio de Oportunidad por parte de los Fiscales, “dado que en lo que lleva de vigencia su reconocimiento, solo se ha acudido al Principio de Oportunidad en 2870 veces, lo que equivale a un paupérrimo 0.3% de las salidas procesales” (Arias Duque C. F., 2013,), ahora bien, “durante el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2012 y el 31 de enero de 2013 se recibieron 2.793 solicitudes de aplicación de Principio de Oportunidad; se destaca que las solicitudes nuevas corresponden al 74% del total de principios recibidos en todo el periodo” (Informe de gestión, 2013), en respuesta a dicha necesidad los Fiscales delegados resolvieron un total de 2524 solicitudes que en su gran mayoría terminaron con la renuncia al actuar penal seguido de la suspensión, niega e interrupción.

Se ha observado dentro del desarrollo de este artículo de reflexión que la aplicación del Principio de Oportunidad ha encontrado serios limitantes para una eficiente aplicación, esto se debe a una falta de regulación por parte del legislador que en el proyecto de creación y regulación del articulado que dio lugar al nacimiento del mismo, no delimitó con claridad los casos en los cuales el Fiscal podría aplicarlo sin que este se convierta en arbitrariedad, para lo cual el “legislador al momento de regular el Principio de Oportunidad diseña las causales respectivas debe hacerlo de tal manera que no resulten imprecisas o vagas, con el fin de no exceder su discrecionalidad” (Sentencia C-095, 2007).

La problemática que en la actualidad enfrenta el Principio de Oportunidad, en especialmente el sinnúmero de críticas es debido a la falta de delimitación y de la determinación de un manual para cuando haya lugar a “la excepcional aplicación del Principio de Oportunidad para renunciar, inerrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal dentro del marco de la política criminal del Estado este debe encontrarse perfectamente delimitado por el legislador” (Sentencia C-095, 2007).

La propuesta para dar priorización al Principio de Oportunidad comienza con la definición de manera clara del marco de Política Criminal para Colombia, consecuentemente la elaboración de

un manual claro que dé lugar a la aplicación acertada del Principio de Oportunidad por parte del Fiscal fijando los delitos que que deban ser acogidos por el mencionado principio. En tercer lugar fijar los parametros del cómo se daría la aplicación, para ello la Corte Suprema de Justicia ha precisado que no basta “imponer.. solamente una evaluación acerca de la aplicación de alguna de las causales legales para que opere este mecanismo sino que deberá determinar las consecuencias de la aplicación de ese principio. La interrupción la suspensión, o la renuncia de la acción, a la vez habrá que constatar el respeto por las garantías del investigado” (sentencia C-979, 2005).

Se Concluye entonces, que debido al alto número de solicitudes de aplicación del Principio de Oportunidad son muchos los que encuentran en él la salida más amable al proceso penal; razón por la cual surge la necesidad de reinventar la Política Criminal de nuestro Estado dando lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad en aquellos casos en los cuales el delito es considerado de bagatela o de menor impacto para con el bien jurídico tutelado. El test de ponderación debe encausarse al ejercicio por parte de la Fiscalía General de la Nación a determinar si con la persecución de una serie de conductas se incurre en un gasto mayor al que se podría causar ejerciendo el Principio de Oportunidad.

CONCLUSIONES

El Principio de Oportunidad encuentra sus orígenes en épocas que se remontan a la creación de las normas sancionatorias para regular las relaciones humanas, como la Ley de las XII tablas que otorgaba la oportunidad al victimario para que resarciera mediante una indemnización los

perjuicios ocasionados sobre la víctima, con el fin de que compensar los perjuicios causados; en última instancia se acudía a la *lex talionis*.

El Principio de Oportunidad comporta una serie de requisitos mínimos para su aplicación, este principio es reglado ya que la discrecionalidad de la Fiscalía General de la Nación se encuentra limitada por parte del legislador quien ha dado pautas en la legislación procesal penal para aplicar el Principio de Oportunidad, para lo cual se deben tener elementos probatorios que puedan desvirtuar la presunción de inocencia del procesado so pena de violar garantías fundamentales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y a un juicio público y contradictorio.

Se resalta el deber del legislador por determinar de manera clara la Política Criminal del Estado, con el fin de regular la naturaleza, el contenido y alcance del Principio de Oportunidad, con el fin de evitar ser usado para perpetrar la impunidad, o en su defecto no sea usado de la manera que corresponde: alivianar la gran carga judicial en cabeza de los despachos judiciales penales. La falta de una clara y delimitada Política Criminal estatal, constituye una limitación para el ejercicio del Principio de Oportunidad, si el Estado no tiene claridad sobre su Política Criminal y cuáles son sus prioridades con el sistema penal, el Principio de Oportunidad no podrá emerger y mostrar así sus beneficios como el descongestionamiento del sistema judicial y contrarrestar el hacinamiento en las cárceles del país.

En ningún sistema judicial penal la totalidad de los procesos son investigados y procesados, por ello la necesidad de mecanismos que nos sirvan de filtro y de solución a aquellas conductas que se constituyen en un desgaste al sistema judicial en el entendido que es más costosa la persecución penal y el tratamiento penitenciario que la misma afectación al bien jurídico tutelado; por lo cual se debe entender al Principio de Oportunidad como una forma de justicia material eficiente.

El Principio de Oportunidad no es distante al reconocimiento de los derechos de las víctimas, su concesión se otorga con base en el respeto y observancia de sus derechos fundamentales a la verdad, justicia, reparación y la garantía de no repetición de las conductas que atentaron contra sus bienes jurídicamente tutelados. Se logró determinar que un buen uso de este principio,

garantiza de manera oportuna y eficaz en las conductas de bajo impacto los derechos de los afectados de manera más eficaz.

Se indica en el desarrollo del artículo la necesidad de crear un manual que determine de manera clara y diáfana la aplicación del Principio de Oportunidad ya que algunos de los numerales del artículo 324 dan lugar a interpretaciones ambiguas, lo que puede terminar en dejar a la Fiscalía General de la Nación para que determine de manera discrecional o a su parecer si los hechos y la conducta se acomoda a las causales determinadas por el legislador.

BIBLIOGRAFÍA

- Acto Legislativo 03 (Congreso de la República de Colombia 19 de diciembre de 2002).

- Arboleda Vallejo, Mario. Código Penal y de Procedimiento Penal, Vigésima tercera edición, Editorial Leyer, Bogotá D.C.
- Arias Duque, Carlos Francisco. Reflexiones de derecho penal y procesal penal, Bogotá D.C., 2013.
- Arias Duque, Juan Carlos y Otros. El Proceso Penal Acusatorio Colombiano, Audiencias en el Juicio Oral, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005.
- Arias Duque, Juan Carlos, y Otros. El Proceso Penal Acusatorio Colombiano, Tomo I, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005.
- Bernal Cuellar, Jaime, Montealegre Lynett, Eduardo. El Proceso Penal Tomo I, Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Broomhall, C. B. (s.f.). crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, Genocidio Association Internationale de Droit Pénal, 1999.
- Camargo, Pedro Pablo. Manual de Enjuiciamiento Penal, Editorial Leyer.
- Cherif Bassiouni, Bruce Broomhall, Pedro Pablo. Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, Camargo La corte Penal Internacional, Bogotá, Leyer 2ª edición.
- Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 03 de 2002, Mediante el cual se reforma la Constitución Nacional, Diciembre 19 de 2002.
- Corte Constitucional Sentencia C-504 de 1993 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. tomada del libro del doctor Juan Carlos Forero Ramírez, aproximación al estudio del principio de oportunidad, Segunda Edición, editorial Ibáñez.
- Corte Constitucional Sentencia C-646 de 2001 M.P Manuel José Cepeda Espinosa, tomada del libro del doctor Juan Carlos Forero Ramírez, aproximación al estudio del principio de oportunidad, Segunda Edición, editorial Ibáñez.
- Daza González, Alfonso. Trabajo de investigación titulado Las Causales de Aplicación del Principio de Oportunidad en la Ley 906 de 2004. Centro de Investigaciones Socio jurídicas, Bogotá D.C 2010.
- F. Betancourt. Derecho Romano Clásico, Universidad de Sevilla, 2007.
- Fierro Méndez, Heliodoro. Manual de Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio y juicios oral, editorial Leyer, Bogotá – Colombia. 2012.
- Fiscalía General de la Nación. El Principio de Oportunidad, Valderrama, Jaime, Fiscal Ante Tribunal de Cundinamarca, Agosto de 2010, presentación para funcionarios, Bogotá D.C.

- Fiscalía General de la Nación. Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004. “por medio de la cual se reglamenta la aplicación del Principio de Oportunidad” publicada por el diario oficial 45.781 el 4 de enero de 2005. Artículo 6.
- Forero Ramírez, Juan Carlos. Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad, Segunda Edición, editorial Ibáñez, p.p139 Capitulo VII
- G Martínez Díez, A. X. (2004). Madrid –Barcelona: Editorial Juristas Universales.
- G Martínez Díez. Alfonso X el Sabio, Editorial Juristas Universales, Madrid –Barcelona, Marcial Pons, 2004.p. 460 y s.s. visto en Molina López, Ricardo, Principio de Oportunidad y Aceptación de Responsabilidad en el Proceso Penal, Universidad Pontificia Bolivariana. 2010, Medellín Colombia.
- Garzón Marín, Alejandro. Londoño Ayala César Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá D.C., 2005.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. La Oportunidad como Principio Fundante del Proceso Penal de la Adolescencia, Ediciones Nueva Jurídica, 2007, Bogotá D.C.
- Gonzáles Navarro, Luis Antonio. Efectos Jurídicos de la Imputación en el Proceso Penal Acusatorio, Editorial Leyer.
- Molina López, Ricardo y Otros. Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Biblioteca Jurídica Diké. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Molina López, Ricardo. Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín – Colombia, 2010.
- Montesquieu, Charles. El espíritu de las Leyes, Filosofía alianza editorial, 2005.
- Morales, Andrés. El proceso penal acusatorio colombiano, Nuevo manejo de la prueba Tomo I, Publicación realizada por ediciones jurídicas.
- Nieto López, Eduardo. Fiscalía General de la Nación Proceso Penal y Política Criminal en Colombia, Señal Editorial, Primera Edición Año 2000, Medellín Colombia.
- Olano García, Hernán. Alejandro. Constitución Política de Colombia. Séptima Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2006.
- Ortega Rivero, Germán. Diccionario del Sistema Penal Acusatorio, editorial Temis, Bogotá-Colombia. 2010.
- Peinado, L. (1982). Código de Hammurabi. Madrid: Editora Nacional.
- Ramírez Bastidas, Yesid. Sistema Acusatorio Colombiano, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá-Colombia, segunda edición 2010.

- Santana Vega. Principio de Oportunidad y Sistema Penal, en ADPCP, vol. 47, Fasc. I.
- sentencia 979 (Honorable Corte Constitucional 26 de septiembre de 2005).
- Sentencia C- 988 (Honorable Corte Constitucional 29 de noviembre de 2006).
- Sentencia C-095, (Corte Constitucional Colombiana 2007).
- Sentencia C-1062, (Honorable Corte Constitucional Colombiana 2003).
- Sentencia C-209, (Honorable Corte Constitucional Colombiana 21 de 03 de 2007).
- sentencia C-228 de 2002, (Corte Constitucional Colombiana 03 de 04 de 2002).
- Sentencia C-673, C-673 (Honorable Corte Constitucional Colombiana 2005).
- sentencia C-979, (Honorable Corte Constitucional Colombiana 2005).
- Vanegas González, David. El Sistema Acusatorio, Estructura del Proceso Penal, Biblioteca Jurídica Díké, 2004.
- Vanegas González, David. El Sistema Acusatorio, Estructura del Proceso Penal, Biblioteca Jurídica Díké, 2004.
- Vega, S. (s.f.). Principio de Oportunidad y Sistema Penal. ADPCP.
- Zuleta Cano, José Abad, y Otros. Práctica del Sistema Penal Acusatorio, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. Edición 2008.