

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LA AUSENCIA DE LESIVIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Trabajo presentado para optar por el título de:
Magister en derecho procesal penal



Autores:

Ricardo Alonso Mojica Jaimes
Margy Liliana Suárez Correa

Tutor: Dr. José Alberto Prieto Vera

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL PENAL

2016

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LA AUSENCIA DE LESIVIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO¹

Ricardo Alonso Mojica Jaimes²

Margy Liliana Suárez Correa³

Resumen: Constitucionalmente el principio de oportunidad se instauró en el año 2002 y fue regulado mediante la Ley 906 de 2004 que expidió un nuevo estatuto procesal para Colombia. El principio de oportunidad se presentó como una herramienta que permitía suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal siempre y cuando se cumplieran ciertos parámetros establecidos legalmente. No obstante haberse postulado como una forma de luchar contra el crimen organizado y descongestionar el sistema judicial, la realidad refleja una situación muy diferente a la que se planteó en sus inicios. Uno de los problemas puntuales que plantea la realidad jurídica es qué se debe hacer cuando se tiene conocimiento de una conducta punible carente de lesividad. A lo largo de esta investigación se estima dar una respuesta ajustada a derecho a este dilema jurídico.

¹ Investigación producto de maestría en derecho procesal penal de la Universidad Militar Nueva Granada

² Especialista en Derecho Penal, Universidad Autónoma de Bucaramanga. E-mail: ricardoalonsomo@hotmail.com

³ Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Libre de Colombia – Seccional Cúcuta; Especialista en Derecho Procesal Penal, Universidad Autónoma de Bucaramanga. E-mail: margyli14@hotmail.com.

Palabras claves: Sistema penal acusatorio. Principio de oportunidad. Principio de lesividad. Corte Suprema de Justicia. Corte Constitucional. Colombia

Abstract: Prosecutorial discretion was established in the constitution in 2002 and it was regulated by Law 906 of 2004 through which the new criminal procedure code was issued. The prosecutorial discretion was shown as a tool that allowed suspend, interrupt or renounce penal action as provided certain parameters are met legally established. However has been established as a way to fight against organized crime and congestion in the judicial system, actually reflects a very different situation that was raised in its infancy. One of the specific problems posed by the reality is what to do when you have knowledge about a felony harmless. Throughout this research it will give an appropriate answer to this legal problem.

Keywords: Adversarial system. Prosecutorial discretion. Harmless principle. Supreme Court of Justice. Constitutional Court.

Introducción: Con el fin de desarrollar la presente investigación se hace ineludible analizar previamente la configuración estructural del principio de oportunidad, realizar precisiones conceptuales sobre el mismo, así como su relación con el principio de legalidad (Blanco, 2008, p.143) y los parámetros de aplicación del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Es válido recordar que el principio de oportunidad es una figura procesal propia del sistema acusatorio de corte continental que concibe que en ciertas ocasiones el Estado puede suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio público de la acción penal si se cumplen ciertos requisitos establecidos legalmente.

Ahora, con la implementación del sistema acusatorio en Colombia, a través del Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujo a la Constitución Política esta facultad en cabeza

de la Fiscalía, y se precisó que la ley desarrollaría esta figura jurídica que, en un primer momento, parecía totalmente ajena a nuestra tradición legalista.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se reglamentó el principio de oportunidad y se establecieron taxativamente las ocasiones en las que procede la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal que constitucionalmente radica en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, la adopción de esta figura en la práctica jurídica colombiana ha generado debates. Uno de los propósitos de esta investigación es adoptar una postura propia o adherirse en su momento a la que presentan los diversos autores aquí estudiados en relación con las discusiones académicas que constantemente suscita esta figura de rango constitucional, como por ejemplo aquella que se da entre los doctrinantes y que se pregunta acerca de su calidad de “principio” del derecho procesal penal, y que será posteriormente desarrollada.

Es así como teniendo claridad sobre aspectos básicos del principio de oportunidad, podrá relacionarse con un problema puntual que se presenta continuamente en la práctica judicial y es el relacionado con la ausencia de lesividad (Demetrio & Rodríguez, 2004 p.77) de la conducta (Pérez, 2008) (Creus, 1993) que hace referencia dentro de la teoría del delito, a un elemento encontrado dentro de la tipicidad (Velásquez, 2009) (Gómez, J 2005) en sentido objetivo conocido como la carencia en la lesión al bien jurídico (Fernández, 2004) tutelado. De esta forma podrá darse una respuesta al interrogante de qué sucede cuando una conducta carece de lesividad y qué es lo procedente hacer por parte del ente acusador.

La respuesta parece sencilla y es dada por el artículo 327 del código de procedimiento penal cuando señala que el principio de oportunidad procede si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad. No obstante lo claro que resulta ser la norma procesal, existe una sentencia de

casación en que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia establece lo contrario⁴, incidiendo de manera errónea en la totalidad de la comunidad jurídica que toman como base de interpretación la consulta de estas providencias.

Finalmente serán entregadas las conclusiones de la investigación en la cual se entregarán los resultados que se obtuvieron al momento de consultar la jurisprudencia y la doctrina nacional sobre el tema de principio de oportunidad.

Problema de investigación: El inciso final del artículo 327 del código de procedimiento penal, referente al control judicial en la aplicación del principio de oportunidad, plantea que solo se procederá a aplicar este principio si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad. En otras palabras esta disposición legal es diáfana al afirmar que para proceder en la práctica deben suplirse los requerimientos para encuadrar la conducta en cuanto a la autoría o participación como dispositivos amplificadores del tipo y la verificación de que en la conducta concurren todos aquellos elementos que se dicen pertenecientes a la categoría dogmática de la tipicidad, es decir, la verificación y un mínimo de prueba de la realización de los hechos jurídicamente relevantes como requerimientos mínimos, pero aun así en el artículo 250 constitucional se establece el principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad frente a la procedencia de las conductas que revistan las características de delito, entendido como el cumplimiento de las tres categorías dogmáticas que acepta la doctrina jurídico-penal.

Sin embargo, esta no ha sido la interpretación que a este precepto le dio la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un caso en el que el problema jurídico era la ausencia de lesividad de la conducta que desplegó el procesado y por la cual fue condenado, y aunque si bien esta sentencia no tiene fuerza vinculante (López, 2008)

⁴ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia en cuestión (Rad. 31362, 13 de mayo de 2009), M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca

(Peláez, 2013, p. 13-41) esta si constituye un criterio auxiliar del derecho que puede fundamentar la argumentación de decisiones y actos a nivel judicial.

Teniendo en cuenta el anterior diagnóstico, el problema jurídico de la presente investigación es el siguiente: ¿Procede la aplicación del principio de oportunidad en los casos en que existe ausencia de lesividad de la conducta?

Metodología utilizada: Esta investigación será tipo jurídica descriptiva e interpretativa, teniendo en cuenta que para desarrollar los objetivos en el acápite introductorio será necesario observar detenidamente la Constitución, la ley, la jurisprudencia, doctrina nacional y la doctrina internacional.

El método utilizado para realizar la investigación será la hermenéutica jurídica, puesto que esta se basa en la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano y de derecho comparado.

La fuente de información que se tiene en cuenta para desarrollar esta investigación es una fuente secundaria, de acuerdo a que todo texto escrito, auditivo o video relacionado con el objeto de estudio, en este caso el principio de oportunidad y la lesividad, se le suele denominar así en el ámbito de la investigación jurídica (Niño, 2012, p. 79).

La principal información obtenida para este artículo proviene principalmente de textos jurídicos, constitutivos en doctrina nacional e internacional, así como artículos científicos publicados en revistas indexadas y en portales web autorizados por dichas publicaciones seriadas, también se tuvo en cuenta el portal de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, como fuente oficial autorizada para divulgar las providencias que estas altas Corporaciones producen constantemente.

A) CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A NIVEL CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN COLOMBIA

I. Desarrollo del principio de oportunidad

Para abordar la configuración estructural del principio de oportunidad a nivel constitucional y legal, es necesario aclarar inicialmente que el *principio de oportunidad* es diferente a la *discrecionalidad para acusar* (the prosecutorial discretion), figura esta última con la cual es asociado en ocasiones (Ibáñez, 2004). Esto por cuanto ambas pertenecen al sistema penal acusatorio en general; sin embargo, la primera de estas pertenece al sistema penal acusatorio de tradición continental y la segunda al sistema penal acusatorio de tradición anglosajona (Aponte, 2010, p. 39-60).

Lo anterior reviste características propias y significativas de cada uno de estos dos sistemas penales acusatorios, pues mientras en el de tradición continental la regla general es que todos los delitos de los que se tenga una noticia criminal sean investigados (como en Colombia); en el de tradición anglosajona la regla general es que el fiscal tenga un amplio margen de discrecionalidad para decidir si ejerce o no la acción penal en un caso que conozca y que revista las características de un delito (como en EE.UU y en Inglaterra). Otra característica a resaltar es que el juez⁵ ejerce un control más estricto frente a las actuaciones del fiscal en la tradición continental; mientras que en la tradición anglosajona del sistema penal acusatorio, no existe necesariamente un control judicial de las decisiones de los fiscales al decidir sobre el ejercicio de la acción penal (Aponte, 2010, p. 46).

II. El principio de legalidad y su relación con el principio de oportunidad

⁵ Confróntese con la distinción entre discrecionalidad y obligatoriedad que realiza Ferrajoli (2006, p. 567-570).

En cuanto al término “principio de oportunidad”, utilizado por el ordenamiento constitucional y legal colombiano para señalar a esta figura como un principio del derecho procesal penal, existen dos principales corrientes en nuestro país: (i) la primera de estas es la que, adoptando una postura próxima a la señalada por la Corte Constitucional⁶, señala que el principio de oportunidad es una “excepción al principio de legalidad” (Bernal & Montealegre, 2013, p. 525); (ii) la segunda postura –y por la cual esta investigación se inclina– es más próxima a la que señala que el principio de oportunidad no es una excepción al de legalidad, sino un principio que lo complementa y hace parte del mismo, por tanto que la tensión no se “produce entre oportunidad y legalidad sino entre esta (legalidad) y otros principios como el de igualdad, dignidad humana, necesidad de la pena, etc. [...]” (Forero, 2013, p. 29), lo anterior sin pretender ahondar en un dilema jurídico normativo sino en un dilema conceptual para poder comprender las características de cada uno de los aquí llamados principios.

No obstante, realizadas las anteriores precisiones y enunciadas las diferentes posturas, existe claridad en que la legalidad y la oportunidad tienen un vínculo inherente que los relaciona independientemente del debate que se da respecto a su calidad de principio⁷.

III. La legalidad como principio constitucional en torno a la acción penal

En primer lugar los principios son mandatos de optimización, es decir, mandatos en los que se establece que deben ser cumplidos de la mejor forma posible dependiendo esto de las posibilidades tanto reales (materiales) como jurídicas; y que por tal razón no

⁶ Véase la sentencia C-673 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández en la que se menciona que el principio de oportunidad “[...] resultaría ser la antítesis del principio de legalidad, por cuanto el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio”. *Subrayado fuera de texto*. En el mismo sentido véase la sentencia C-095 de 2007, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ Sobre la excesiva sujeción a la legalidad frente a la oportunidad en los países latinoamericanos que han implementado un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, véase Daza (2012). Véase también Aponte (2010, p. 39-44) y Perdomo (2005, Agosto, p. 53-86).

deben ser interpretados de manera aislada sino de forma sistemática, en virtud de que constituyen per sé la base y fundamento para los ordenamientos jurídicos y actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas (Alexy, 2007, p.79-82).

Esta discusión en torno a la calidad del principio (Sánchez, 2006) de oportunidad adquiere una relevancia fundamental para el sistema judicial colombiano cuando se comprende cuál ha sido el alcance que le ha dado a la legalidad como principio la Corte Constitucional en la Sentencia C-200 (2002):

Esto quiere decir que para poder legítimamente aplicar sanciones por parte del Estado, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse estas garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a “proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”.

Es así como la tradición (y la mentalidad) de justicia procesal inquisitiva que se había incrustado en Colombia a lo largo del siglo XX, se vio alterada por la introducción de una figura propia del sistema acusatorio que, como lo señala nuestra Carta Política, solo puede ser aplicado dentro del marco de una política criminal (Blanco, 2008) delimitada por el Estado y sometido a un control de legalidad en aras de evitar la violación de garantías fundamentales (Aristizabal, 2005) (Roxín, 2002).

IV. Concepto de principio de oportunidad

Como punto de discusión de los teóricos del derecho procesal penal, el concepto del principio de oportunidad tampoco ha estado ajeno a este debate, sin embargo, al no estar destinada esta investigación a emitir un concepto propio y “único” del “principio de oportunidad”, se adhiere a aquel del cual participa Juan Carlos Forero y que, armonizado con la Constitución Política colombiana y la legislación procesal penal, define de la siguiente manera:

[...] diremos que el *principio de oportunidad* (o mejor el criterio de oportunidad) es la facultad reglada que radica en cabeza de la Fiscalía con un control (formal, material, posterior y automático) por parte del juez de control de garantías, a partir de la cual puede suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, por motivos de política-criminal, conforme a las causales que consagra el código de procedimiento penal, siempre y cuando exista una prueba mínima acerca de la existencia de una conducta punible y de la autoría y participación de un sujeto en la misma. (Forero, 2013, p. 24)

Tomando en cuenta las anteriores aclaraciones y habiéndose delimitado el criterio de esta investigación frente a aspectos debatibles del principio de oportunidad, a continuación se explicará cuál ha sido el alcance que constitucional y legalmente se le ha dado al mismo a través de la jurisprudencia.

V. Política criminal del Estado y aplicación del principio de oportunidad

1. El principio de oportunidad en la Constitución Política

Del principio de oportunidad enunciado en el artículo 250 de la Constitución Política se destacan dos aspectos que resulta importante resaltar y desarrollar en esta ocasión: (i) en primer lugar la obligación de 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; (ii) la imposibilidad “casi” absoluta de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad, debiendo para esto concordar con la política criminal del Estado.

Sobre el primer aspecto es oportuno señalar que la inmensa obligación impuesta a la Fiscalía General de la Nación de ejercer la acción penal frente a “todo o casi todo” lo que se parezca a un delito resulta de una exagerada confianza en el derecho penal (y en sus consecuencias inminentes, como la prisión) como método de resolución de conflictos

sociales, así como de un imaginario colectivo en el que se acostumbra a relacionar el proceso penal y la cárcel con otro imaginario llamado justicia. Esto también se ve reflejado en un abuso del derecho penal y de la configuración exagerada (Robles, 2010) de delitos para querer controlar y resolver conductas que no afectan objetivamente el entorno de una colectividad, como sí lo hace, por ejemplo, un violento asesinato. Así se tiene que el rigor de la acción penal no debería exacerbarse frente a conductas que carezcan de lesividad en su obrar frente a los bienes protegidos por el derecho penal pero no por vía principio de oportunidad pues la lesividad o no de las conductas no depende de la política criminal del Estado sino de la conducta a analizar por la dogmática penal.

A pesar de no resultar este el escenario indicado para entrar a discutir acerca de los procesos de selección penal (González, 2013), sí resulta importante señalar que la carga entregada al órgano acusador en Colombia es desmesurada y –más que utópica– infructuosa frente a un amplio abanico de delitos sobre los cuales la aplicación del derecho penal resulta un ejercicio desgastante (Silva, 2001).

El segundo aspecto resaltado con anterioridad, remite necesariamente a un principio de oportunidad reglado y ambientado en el marco de la política criminal trazada por el Estado. Para esto se ha de tener en cuenta el concepto de política criminal en sentido amplio que ha esgrimido la Corte Constitucional (2001):

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 puedan 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

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 pueden ser administrativas, 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.

2. El principio de oportunidad y su aplicación práctica en Colombia

No obstante la definición desarrollada en el capítulo anterior, lo más cercano a unos lineamientos serios de política criminal en Colombia han sido aquellos entregados por la Comisión Asesora de Política Criminal al Ministerio del Interior y de Justicia de aquella en el *“Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano”* (2012)⁸. Cabe resaltar que este informe no vinculaba al gobierno en cuanto a los pronunciamientos allí emitidos, por esta razón es posible que ninguna de las propuestas realizadas y que representan una posición de avanzada en materia criminal aún no hayan sido implementadas por los órganos competentes en el país⁹. Con relación al principio de oportunidad se dijo en el citado informe lo siguiente:

El principio de oportunidad es una herramienta muy importante para la política criminal en materia de delitos económicos que permite a la fiscalía seleccionar los casos de mayor relevancia para el ejercicio de la acción penal y frente a los demás posibilita que exista una indemnización a las víctimas.

⁸Disponible en: http://archive.ideaspaz.org/images/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf

⁹Véase el impacto que estas recomendaciones causaron en la opinión pública León (2012, 1 de agosto): <http://lasillavacia.com/historia/las-10-recomendaciones-bomba-de-la-comision-asesora-de-politica-criminal-35061>

Desafortunadamente, tal como señala la Corporación Excelencia en la Justicia, el principio de oportunidad en Colombia no se está utilizando suficientemente y ello genera múltiples problemas de política criminal. (p. 96)

Este aspecto fue estudiado en el informe llamado *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia* de la Corporación Excelencia en la justicia (2010) y allí se dijo:

Sin embargo, en contraste con estas expectativas, el principio de oportunidad no ha tenido un papel significativo dentro de las salidas que reporta la Fiscalía, en las que sólo representa el 0,8% de los casos. Diversas razones han tratado de darse para esta escasa aplicación del principio, siendo las más recurrentes: a) la falta de capacitación de los funcionarios para su aplicación, b) la preferencia de los fiscales por evacuar los procesos a través de sentencias condenatorias, a las cuales no es difícil llegar luego de que existen elementos suficientes para realizar la imputación o en aquellos casos en donde hubo una captura en flagrancia, c) la falta de una policía criminal clara y explícita en la cual se pueda enmarcar la aplicación del principio, e) La inadecuada regulación de la figura por parte de la Fiscalía y f) la complejidad en la redacción de algunas de las causales. Para la CEJ, todas estas razones son concurrentes y evidencian que la baja aplicación del principio no ha sido consecuencia de una negación por parte de los jueces en el control de legalidad posterior, sino de una insuficiente utilización de la figura por parte de la Fiscalía.

Así las cosas, y habiendo recibido el sistema más de dos millones de procesos, tan solo 7.795, de los éstos (de los cuales, el 75,6% correspondieron a la fase 1), fueron evacuados mediante la aplicación del principio de oportunidad. Por su parte, la fase en la que esta figura ha tenido una menor aplicación es la fase 4, que para diciembre de 2009 sólo registraba 128 salidas por este concepto. (p. 42). *Subrayado fuera de texto.*

A pesar de todo esto Forero (2013) señala que: “[...] es errado afirmar que en Colombia no existe política criminal, pues los lineamientos de la misma vienen trazados por la Constitución. Lo que puede existir es una regular, desarticulada o deficiente política criminal” (p. 143). Otra postura es la de Gustavo Gallón Giraldo, director de la Comisión Colombiana de Juristas, quien planteó su argumento en una demanda de constitucionalidad en contra de varios apartados y causales del artículo 324 del código de procedimiento Penal. En aquella ocasión la Corte citó la posición de Gallón Giraldo así:

Que a pesar de la existencia del Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, integrado por miembros de las tres ramas del poder público y de los organismos de control, en la práctica la formulación de la política criminal está en manos del Ejecutivo, pues las funciones de aquel Consejo son de carácter meramente consultivo. (Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Por su parte, en torno a la cuestión acerca de quiénes son lo que realmente hacen la política criminal en el Estado, Alejandro Aponte (2010) señala:

Respecto a la pregunta, se debe decir que el juez/la jueza penal colombiano, particularmente y en él se hace más notorio, el juez/la jueza de control de garantías, entendido desde luego como función y no como personas o funcionarios aislados, también es un hacedor de política criminal. La misma alocución de la norma lo indica al referirse a la política criminal del Estado en conjunto. Pero, además, lo es de manera particular por el hecho de ser un juez constitucional, de ser un juez que no solo controla las garantías procesales, sino que le otorga a ellas o a su ejercicio de control, un carácter material –tanto material penal en el sentido del derecho penal sustancial, como material constitucional. (p. 71)

De acuerdo a lo anterior, el segundo aspecto resaltado anteriormente y que se refiere a la política criminal como marco de aplicación del principio de oportunidad, este se presenta como un debate que continúa abierto por considerarse un asunto de relevancia constitucional, en el cual se encuentran llamados las ramas del poder público a intervenir armónicamente para encauzar la política criminal del Estado en concordancia con unos lineamientos claramente definidos. Al respecto no se avizora unos acuerdos mínimos más allá del endurecimiento de las penas y el desesperado “populismo punitivo” como una desacertada forma de reaccionar ante los índices de violencia e inseguridad (Comisión asesora de política criminal, 2012).

VI. Jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al principio de oportunidad

No es interés primordial de esta investigación realizar aquí un recuento exhaustivo de aquellas sentencias en que la Corte Constitucional se ha pronunciado en torno al principio de oportunidad y sus causales; en su lugar, a continuación, se hará una breve exposición de las principales sentencias (Bedoya, Guzmán & Vanegas, 2010) que han estudiado de fondo esta figura jurídica y de la constitucionalidad de algunas de sus causales.

De las sentencias anteriormente relacionadas resulta válido resaltar tres aspectos fundamentales que fueron allí reiterados por la Corte Constitucional:

1. Características del principio de oportunidad

En primer lugar, que el principio de oportunidad tiene unas *características* inherentes, las cuales son:

- (i) Es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal.
- (ii) Las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca.
- (iii) Debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado.
- (iv) Su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.
- (v) Su regulación debe ser compatible con el respeto por los derechos de las víctimas¹⁰.

2. Parámetros o límites del principio de oportunidad

En segundo lugar, que en cuanto a la libertad de configuración legislativa del principio de oportunidad, esta debe respetar ciertos *parámetros* o *límites*, siendo estos:

- (i) En cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de razonabilidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal.

¹⁰ Posición reiterada en las sentencias C-673 de 2005, C-979 de 2005 y C-095 de 2007. Es válido advertir que en la sentencia C-936 de 2010 la Corte reiteró las cuatro primeras características del principio de oportunidad y, además de esto, allí decidió agregar una quinta característica, correspondiente al respeto por los derechos de las víctimas en la regulación de esta figura.

- (ii) No obstante, respecto de la naturaleza de los delitos frente a los cuáles puede operar el principio de oportunidad penal, por razones que tocan con la dignidad humana, el legislador encuentra un límite explícito en los compromisos internacionales de perseguir las más graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

- (iii) Finalmente, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone diseñar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse¹¹.

3. Procedencia del principio de oportunidad

Finalmente, se resalta un aspecto descrito en el inciso tercero del artículo 327 del código de procedimiento penal y que fue interpretado por la Corte Constitucional, siendo este el atinente a la procedencia del principio de oportunidad solamente si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación del procesado en la conducta y su tipicidad. Al respecto la Corte dijo:

De acuerdo con la, jurisprudencia de esta Corte, la aplicación de las causales del principio de oportunidad exige un principio de verdad respecto de la autoría y la tipicidad de la conducta, comoquiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, a fin de que el fiscal sopesa la pertinencia de dar aplicación al principio de oportunidad y el juez pueda ejercer efectivo control sobre esa determinación¹².

¹¹ Véase las sentencias C-095 de 2007 y C-738 de 2008.

¹²Véase las sentencias C-936 de 2010 y C-209 de 2007.

Este último tema se hace pertinente por cuanto encuentra directa relación con el problema de esta investigación, por cuanto –según la legislación procesal penal y la interpretación que de esta realiza la Corte Constitucional- para la aplicación del principio de oportunidad debe haber un mínimo de prueba de la comisión del delito y de la responsabilidad del procesado en él, sin embargo –y como más adelante será desarrollado en el acápite correspondiente- en una decisión que la Corte Suprema de Justicia expidió sostuvo lo contrario, yendo así en contravía de la ley y del precedente del Tribunal Constitucional.

VII. Estructura y aplicación del principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004.

Los fundamentos se constituyen en objeto de estudio indispensable para conocer bajo qué circunstancias se está en la órbita que encierra la institución del principio de oportunidad, cuáles son –a su vez- los principios que tienen incidencia directa en esta figura jurídica, qué criterios deben tenerse en cuenta al momento de su aplicación y cuál es su trámite reglamentario.

1. Principios que rigen el principio de oportunidad

Tres son los principios a los cuales se alude con seguridad cuando se habla de aplicación principio de oportunidad, siendo estos: *(i)* principio de investigación oficial; *(ii)* principio de legalidad; y *(iii)* principio de proporcionalidad.

En cuanto al *principio de investigación oficial* tenemos que:

[...] se aprecia en la necesidad de una averiguación exhaustivamente objetiva por parte de la Fiscalía, con dos consecuencias: por una parte, asegura el interés público mediante la protección de bienes jurídicos; por otra, reafirma la confianza de los asociados en los fines del derecho penal (mediante la

investigación criminal y el desarrollo de la prevención general positiva que con esta se logra). (Bernal & Montealegre, 2013, p. 494)

Por su parte, el *principio de legalidad* –desarrollado anteriormente- tiene implicaciones procesales, como la obligación de adelantar investigaciones de los hechos que revistan las características de un delito (deber de persecución penal) y de formular acusación cuando exista fundamento para esto (Bernal & Montealegre, 2013, p. 494).

Por último, se tiene el *principio de proporcionalidad* como límite de aplicación al principio de oportunidad. Al respecto Bernal & Montealegre (2013) insisten en una premisa esencial: “el derecho penal y el procesal penal no comienzan en los códigos sino en la Constitución” (p. 528). Lo anterior, tenido en cuenta para argumentar que los derechos (Rebollo, 2013) fundamentales consagrados en la Carta Política no son únicamente los límites de la dogmática penal, sino también los límites del proceso penal, estadio este último en el que se ubica la aplicación de la figura jurídica que es aquí objeto de estudio.

Esto quiere decir que en la aplicación del principio de oportunidad dentro de un proceso penal, puede existir colisión entre este y otro principio (por ejemplo, el principio de legalidad), de allí que alguno de estos deba ser limitado o restringido (Bernal, 2007) por parte del funcionario jurisdiccional. En estos casos, la solución es *ponderar* los principios que están en colisión a través del concepto de razonabilidad que se concreta en otro más específico, llamado concepto de proporcionalidad, definido así por la Corte Constitucional¹³:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: (i) la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, (ii)

¹³ Al respecto véase numerosas sentencias de la Corte Constitucional, entre esas: SU-089 de 1995, C-022 de 1996, C-070 de 1996 y C-093 de 2001. Confróntese también con el acápite dedicado a este tema por Bernal (2007, p. 132 y ss.) y denominado *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales como límites de la legislación penal*.

la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y (iii) la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

Al respecto Forero (2013, p. 30) señala:

Tendrá el Fiscal, y por supuesto el juez de control de garantías, que analizar si la colisión que llegue a existir entre el principio de legalidad y el de “oportunidad”, se traduce en la reducción proporcional o no, primero, a favor del principio que sirva de sustento al segundo. Perfectamente es posible que esto suceda cuando la oportunidad va de la mano de un principio superior como el de justicia material [...].

2. Tipología de las causales del principio de oportunidad

Para la elaboración de este acápite se tomará como base la estructura que hiciera Perdomo (2005, p. 119-158) en la cual agrupa las causales del principio de oportunidad dependiendo de los temas que en estas sean tratados. No obstante, vale resaltar que para llevar esto a cabo se hará una interpretación libre de su texto por cuanto allí se explican las causales del principio de oportunidad que originalmente fueron consagradas en la Ley 906 de 2004 antes de que estas fueran reformadas por parte de la Ley 1312 de 2009, esto con el fin de analizar la razón de algunas causales que llevaren inmersa la afectación o lesión en cierto grado a bienes específicamente determinados.

La causal 1 establece de manera genérica la aplicación del principio de oportunidad para todos los delitos o concurso de delitos, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones allí establecidas (máximo de la pena no superior a 6 años, reparación integral de la víctima) y cumpliendo con lo acordado en los párrafos del mismo artículo

324 que restringe la aplicación del principio de oportunidad (cuando se trate de graves infracciones al D.I.H, genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, conductas dolosas sobre víctimas menores de 18 años y cuando se trate de graves violaciones a DD.HH).

Sobre las causales 2 y 3 el tema común a ellas es los acuerdos bilaterales de extradición realizados por Colombia frente a otros estados; en estos casos (delito idéntico cometido en ambos países y cuando la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero) podrá aplicarse la causal. Al respecto Forero (2013, p. 166) comenta lo siguiente:

Un parámetro que puede ser tenido en cuenta por el Fiscal para determinar la carencia de importancia de la persecución penal en Colombia, es el siguiente: si al comparar el tiempo que dura la aplicación de la pena en el extranjero, implica que, a través de una proyección objetiva, una vez cumplida la misma, en Colombia ha operado la prescripción de la pena (para las otras conductas punibles) resulta clara la aplicación de las facultades “discrecionales” de la Fiscalía. (p. 166)

Las causales 4, 5 y 18 se relacionan con la aplicación del principio de oportunidad para aquellas personas que colaboren para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada o como testigo principal frente a los demás procesados.

El tema de la causal 6 está íntimamente relacionada con el concepto de *pena natural*, al respecto Forero (2013, p. 179) comenta:

[...] esta causal tiene su antecedente mediato en lo señalado por el artículo 34 del código penal, el cual expresa que en los delitos culposos o con pena no privativa de la libertad cuando las consecuencias de la conducta ha alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente

hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ya no resulte necesaria.

La causal 7 del artículo 324 del código de procedimiento penal se desarrolla en el artículo 325 y 326 del mismo estatuto legal, correspondientes a la *suspensión* del procedimiento penal a prueba. Al respecto vale resaltar dos situaciones a tener en cuenta: (i) la prueba por la cual se suspende el procedimiento penal puede ser que el imputado o acusado medie con las víctimas, repare integralmente los daños causados o las repare simbólicamente; (ii) durante la suspensión del procedimiento el fiscal fijará una o varias condiciones que debe cumplir el procesado hasta antes de la audiencia de juzgamiento. Sobre la segunda y la cuarta de estas condiciones, establecidas en el artículo 326 del código de procedimiento penal, referentes a la participación en tratamientos para superar problemas psicológicos, de drogadicción y alcoholismo, la Corte Constitucional se pronunció por cuanto estas fueron acusadas de violentar los artículo 1 (dignidad humana) y 16 (libre desarrollo de la personalidad) de la Carta Política. Para este caso la Corte Constitucional (C-387, 2014) aplicó el principio de proporcionalidad y así determinar finalmente la exequibilidad de las normas:

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

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

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

Sobre la causal 8, referente al riesgo o amenaza grave a la seguridad exterior del país que puede correrse por el hecho de adelantar el proceso penal, Bedoya, Guzmán & Vanegas (2010, p. 135) señala:

Esta causal suele asociarse con las conductas previstas como delitos contra la existencia y seguridad del Estado; podría pensarse, a manera de ejemplo, en los problemas que en materia de seguridad nacional podría generar la discusión en audiencia de una conducta punible consistente en la indebida utilización de los secretos militares orientados a la protección de la soberanía frente a eventuales ataques de otros países.

Las causal 9 ha sido objeto de críticas por Perdomo (2005, p. 150), quien junto a otros ciudadanos decidieron demandar esta causal de aplicación por cuanto desconocía el principio de moralidad, fundamento para el desarrollo de la función administrativa del

Estado. Cita la Corte Constitucional (C-988, 2006) los argumentos de los demandantes de la siguiente manera:

El especial deber que está en cabeza de los funcionarios, la protección de la confianza en su actividad, y por ende, de la moralidad no permite hablar de lesión "leve" cuando se está ante atentados a bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia, pues cualquier comportamiento que defraude las expectativas de los asociados implica una lesión misma a los fundamentos de legitimación del estado, entonces siempre será grave.

Al respecto la Corte Constitucional señaló que el legislador no desbordó el rango de acción legislativa y no vulneró el principio de moralidad de la función administrativa; y en cuanto a la lesión "leve" cuando se trate de bienes de la administración pública, la Corte determinó:

[...]contrario a lo afirmado por los actores no es cierto que en esta materia no quepa ningún tipo de graduación de la conducta de los servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas que incurran en actuaciones que atenten contra bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia y por consiguiente no pueda optarse por el Legislador por un determinado mecanismo de protección -penal o disciplinario- ni pueda graduarse la sanción a imponer -que en criterio de los actores necesariamente debería ser siempre la máxima dada la gravedad que siempre tiene el incumplimiento de los deberes funcionales por parte de dichos servidores y particulares tratándose de la afectación de la administración pública y la administración de justicia-.

Ello no solo desconoce el principio de necesidad a que se ha hecho referencia sino el principio de antijuricidad material que ha sido acuñado por la doctrina jurídico penal y recogido en la legislación como uno de los elementos

necesarios del delito. Principio al que esta Corporación ha reconocido como ya se señaló clara relevancia constitucional

Respecto a las causales 10, 11 y 13 que se refiere a la aplicación del principio de oportunidad cuando, en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material tenga un alto grado de deterioro frente a su titular. Estas tres causales están incluidas en un grupo más amplio que Bernal & Montealegre (2013, p. 539 y ss.) relacionan con el *principio de insignificancia* y la *disminución de la intensidad del daño*. Sin embargo, algo que debe tenerse completamente claro para la aplicación de estas causales es la diferencia entre preclusión y el principio de oportunidad, explicadas así por Bernal & Montealegre (2013):

La Constitución señala que la preclusión puede solicitarse cuando no haya mérito para acusar. Es decir: cuando está establecido que no ha ocurrido el hecho o que de éste se deriva responsabilidad penal alguna. El principio de oportunidad por su parte, no está sujeto a esta consideración. Puede haber evidencia plena de la responsabilidad, y aun así la ponderación de bienes constitucionales en conflicto puede demandar la terminación de la investigación. (p. 521)

Así es válido señalar que la preclusión se desarrolla en cumplimiento irrestricto al principio de legalidad, por cuanto constituiría una ilegalidad arremeter contra una conducta que no se puede predicar punible (Naucke, 2006) dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano y se estima no cumple con cualquiera de los elementos que constituyen delito en Colombia; pero con la aplicación del principio de oportunidad sucede lo contrario, esto frente a que dándole cumplimiento a tal principio se está dando prevalencia a los intereses estatales representados en la política criminal para que así la legalidad seda a un lado frente a aquellas conductas que efectivamente constituyen las características de delito y deberían ser arremetidas por el ente accionante del aparato judicial a nivel penal(Corte Constitucional Colombiana, 2005).

Sobre la causal 10 la Corte Constitucional (C-095, 2007) interpretó la norma procesal y se pronunció respecto al término *alto grado de deterioro*:

[...] de un lado responde a criterios objetivos de experiencia (lo que socialmente se entiende por objeto casi inservible), y también a criterios de valor subjetivo (la mayor o menor importancia relativa que el titular concreto del objeto material del delito le asigne al mismo dadas sus circunstancias penales). Finalmente, la Corte hace ver que la valoración de esos dos asuntos no es posible de ser establecida a priori y de manera general, impersonal y abstracta por el legislador, luego es la naturaleza de las cosas la que obliga a conferir en cierto grado competencias valorativas al fiscal.

Pero en estos casos queda inmersa o entendida una reducción a la afectación que se le pudiera realizar al objeto material, que en este caso viene siendo el mismo bien jurídicamente tutelado por la ley penal, esto en cuanto a la importancia, utilidad o valor de la misma.

En cuanto a la causal 11 se presentó demanda de constitucionalidad por cuanto la expresión *mermada significación jurídica y social* resultaba vaga e indeterminada. El tema fue resuelto por la Corte en la Sentencia C-095 de 2007, señalando allí que “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.

Sobre la causal 13, Forero (2013, p. 195) señala:

En este caso nos encontramos frente a delitos cuya antijuridicidad material es susceptible de graduación, es decir, el daño es graduable (puede ser mayor o menor). Esta afectación mínima de bienes colectivos supone que la conducta llevada a cabo es antijurídica formal y materialmente, pues de lo contrario, como

hemos señalado varias veces, lo que procede es la preclusión al faltar la antijuridicidad.

Diferente al escenario que se plantea en la ausencia de lesión al bien jurídico (Von, Andrew, Seelman, ed., 2012) tutelado ubicado en el análisis de la tipicidad de la conducta en donde no se tiene algún daño a este o el daño es tan reducido que se conoce como los delitos de bagatela y por los cuales no sería necesario el uso del principio de oportunidad.

Las causales 12 y 15 responden estrictamente a temas del estudio de la dogmática penal, lo cual no indica que no se deban estudiar y solicitar en la práctica. Sin embargo, estas causales que representan dificultad en su aplicación por un factor principal: la continua lucha de las escuelas del derecho penal por imponer su teoría frente a la que se considera debe ser superada. Al respecto puede verse el comentario que se dio al interior de la Comisión Constitucional Redactora del proyecto del Código de Procedimiento Penal citado por Guzmán & Vanegas (2010):

[...] el profesor Mestre concluyó que su estudio debía hacerse con un diccionario alemán en la mano, mientras que el tratadista Velásquez Velásquez centró su atención en los problemas sistémicos de la causal pues procura volver a la teoría del delito que explicaba el dolo y la culpa en el contexto de la culpabilidad, escenario que, según resalta, ya ha sido superado. (p. 191)

Esto indica que estas causales responden a problemas dogmáticos que continúan siendo discutidos por la doctrina jurídico-penal.

La causal 16 está relacionada con el testaferrato y con la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley. Esta causal proviene de un problema que se empezó a dar luego de la Ley de justicia y paz, donde la reparación a las víctimas no se dio como se esperaba, pues los bienes de los jefes paramilitares se encontraban a nombre de sus “testaferros”, y estos últimos, al no tener la estatus de

“miembro de grupo armado al margen de la ley”, no podían acceder a los beneficios de esta ley, principalmente la rebaja en las penas, y por esta razón, por haber prestado su nombre para adquirir bienes derivados de actividades ilícitas de un grupo armado al margen de la ley, terminaban pagando penas más altas que la de los mismos jefes o cabecillas (Forero, 2013, p. 207).

Por último, se encuentra la causal 14 que permite suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal cuando su persecución implique problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

Los tratadistas que han venido interpretando esta causal tiene los siguientes puntos en común para explicarla (Perdomo, 2005, p. 154-156; Bedoya, Guzmán & Vanegas, 2010, p. 185-188; Forero, 2013, p. 196-198): (i) se trata de conductas punibles llevadas a cabo por múltiples personas; (ii) que debe aplicarse solo en casos excepcionales; (iii) y que dichos casos excepcionales están relacionados con actos de desobediencia a la ley.

Por su parte la Corte Constitucional, en la sentencia C-095 de 2007, estudio esta disposición e interpretó la expresión allí contenida (*problemas sociales más significativos*) de la siguiente manera: (i) *Problema* es el conjunto de hechos o circunstancias que dificultan la consecución de un fin; (ii) *social*, relativos o pertenecientes a la sociedad, a un grupo amplio de personas; (iii) *más significativos*, por una parte son aquellos que impiden gravemente la consecución de los fines comunes, y en segundo lugar, que la persecución penal agravaría mayormente la situación conflictiva.

3. Críticas a la aplicación práctica del principio de oportunidad

Superada la anterior etapa de encuadrar los hechos o circunstancias constitutivos de la conducta punible en alguna de las causales anteriormente señaladas, se podrá iniciar el proceso de autorización para aplicar el principio de oportunidad, mediante un

trámite que se da al interior del ente acusador y que debe ser proferido por el Fiscal General de la Nación o su delegado (en los casos en que la solicitud sea aplicar las causales 2, 3, 4 y 8) o por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito correspondiente¹⁴.

Frente a esta situación y a las facultades centralistas que aún conserva la Fiscalía General de la Nación, no queda otra salida que realizar desde el ámbito académico una crítica al trámite que se da al interior del órgano persecutor, esto porque (i) la figura del principio de oportunidad fue creada con el objetivo de ser una herramienta (y aquí se lamenta que el constituyente secundario haya decidido llamarla excepcional) que constantemente debía ser utilizada por todos los fiscales, desde el de menor jerarquía hasta el de mayor, para así lograr materializar uno de los objetivos del sistema acusatorio: negociar con el procesado y evitar que todos los casos tengan que llevarse a juicio; (ii) porque esa dubitación frente descentralizar funciones y, en su lugar, acumularlas en unas cuantas personas no demuestra confianza de los altos directivos de la Fiscalía General de la Nación en sus inferiores jerárquicos que permanecen en todas las regiones del país. Para dar mayor peso a esta postura, es pertinente citar a Ferrajoli (2006):

También sobre este punto es necesario romper con un lugar común: la idea de que los órganos de la acusación deban ser estructurados jerárquicamente, en incluso depender de alguna articulación del poder ejecutivo o legislativo, solo por el hecho de que se encuentran situados fuera del orden judicial. Al contrario, lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de su sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento, y, además, la existencia de una policía eficiente, profesionalizada, a su vez libre de injerencias del ejecutivo o de otros poderes, situada bajo su dependencia. (p. 570)

¹⁴ Para llegar a esta última designación sobre quiénes son los fiscales que deben dar aplicación al principio de oportunidad pasaron ocho años desde el momento en que fue expedida la primera resolución que reglamentaba el trámite de esta institución (Fiscalía General de la Nación: Resolución 6557 de 2004; Resolución 6558 de 2004; Resolución 3884 de 2009; Resolución 692 de 2012. Bogotá: Colombia).

Por último, es necesario recordar que la introducción del sistema acusatorio en el país se pensó como una de las formas de acelerar el proceso penal y descongestionar los despachos en los que se judicializaban los delitos, y una de las herramientas que debía contribuir a lograr este fin es el principio de oportunidad y su aplicación a los hechos punibles que encuadraran en las causales establecidas en la ley; sin embargo, la práctica ha demostrado lo contrario, pues como se mencionó anteriormente solamente el principio de oportunidad solo representa el 0,8 % de los casos que debe resolver la Fiscalía (Corporación Excelencia en la Justicia, 2010, p. 42). Así se tiene como crítica la carencia en la utilidad para la que se adoptó dicha institución y por ende la ineficacia de la misma.

B. LA AUSENCIA DE LESIVIDAD DE LA CONDUCTA: ¿UNA SITUACIÓN QUE DEBE SER RESUELTA A TRAVÉS DE LA PRECLUSIÓN O DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD?

En el recorrido de este texto investigativo se han precisado conceptos y adoptado posturas respecto al origen del principio de oportunidad, su relación con el principio de legalidad, el marco conceptual de ambos, su fundamento constitucional y legal, así como también la estructura y los criterios de aplicación de esta figura jurídica incorporada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 a nuestro ordenamiento interno y regulada por la Ley 906 de 2004 (código de procedimiento penal) que reguló la implementación del sistema acusatorio.

Además de esto, también se señaló de manera generalizada la estructura y el trámite interno que debe llevarse a cabo al interior del órgano persecuidor para dar aplicación efectiva a esta figura legal. Aunado a esto se señalaron las críticas a ese trámite interno que, no obstante haber “descentralizado” algunas funciones en los fiscales delegados ante los tribunales de los correspondientes distritos judiciales, aún continúa

dependiendo de las altas directivas de la Fiscalía General de la Nación y que no ha dado los resultados que se esperaban.

Pues bien, si este es el panorama al interior del ente acusador, procederemos en esta última etapa de la investigación a exponer un caso concreto relacionado con el principio de oportunidad y con el principio de lesividad que fue estudiado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de Casación y que tiene repercusión frente a los postulados sustentados en este escrito frente a la comprensión del mismo.

No obstante, antes de realizar dicho análisis – y dada la íntima vinculación de la *ausencia de lesividad* con la estructura dogmática del delito en Colombia – pasaremos a dar un bosquejo sucinto de la conducta punible en nuestro ordenamiento jurídico penal.

I. El concepto de delito en Colombia

El vocablo “delito” significa *acción o cosa reprobable* (Diccionario de la Real Academia Española, 2001, p. 743). Sin embargo, ya en el plano del derecho penal “delito” es igual a “conducta punible” (artículo 9 código penal); es decir que puede definirse como “es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible” (Mir Puig, 2008, p. 138).

Los hechos, según Searle (1997, p. 44 y ss.), a nivel general se dividen en “hechos brutos” y “hechos institucionales”. Esto llevándolo a una aplicación del derecho penal podría implicar dividir los “hechos” en “hechos causales” y “teleológicos” (o conductas) (Velásquez, 2000). Por lo cual toda “conducta” es un “hecho”, pero no todo “hecho” es una “conducta”. ¿Y por qué estamos hablando de esto? Porque al derecho penal, como lo afirma Mezger (1958) “sólo le interesan las conductas, no los hechos causales” (p. 80).

Mir Puig (2008) denomina así a los requisitos para que una conducta cualquiera logre constituirse en una conducta punible:

A) En un Estado social y democrático de Derecho sólo es lícito prohibir penalmente comportamientos externos y no meramente mentales.

(...)

B) El Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho sólo puede prohibir comportamientos voluntarios, finales.

(...)

3. A) Tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes es precisa la concurrencia de un comportamiento final. (p. 186)

Empero, no basta con que algo sea denominado como “conducta” para proclamar la existencia de un “delito”, por cuanto se requiere además que dicha conducta que se plantea como reprochable sea, además de esto, una “conducta punible”. ¿Y qué es una conducta punible? El artículo 9 de la Ley 599 de 2000 entrega la respuesta señalando que *para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable*.

La tipicidad, la antijuridicidad (García, 2012) y la culpabilidad son entonces requisitos imprescindibles que deben estar presentes en una conducta cualquiera para que dicha conducta sea calificada como punible. ¿Y qué sucedería si faltare al menos uno de estos tres requisitos? La respuesta es sencilla, si no estuvieran presentes en una conducta alguno de estos requisitos entonces no habrá de delito. *Subrayado fuera de texto*.

Ahora, para entrar a definir la tipicidad, primero debe hacerse una definición previa acerca de qué es un tipo penal. Al respecto Roxin (1979) afirma:

[...] la descripción concreta de la conducta prohibida; y también: El tipo es la materia de la prohibición (materia de la norma) de las prescripciones jurídico-penales'. Quien realiza un tipo penal, es decir, quien se comporta en la manera descrita por la materia de la norma -p.ej., "daña dolosamente la salud de otro"-, obra siempre en forma contraria a la norma. (p. 4)

Conociendo entonces qué es un tipo penal, se puede pasar a dar un concepto de tipicidad que, en palabras de Muñoz Conde (2012), “es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (p. 39). Por tanto, todas aquellas conductas que en la vida diaria desarrollan los seres humanos y que no infringen la ley penal, sencillamente no serán estudiadas por el derecho penal por ser atípicas.

Así mismo es necesario establecer que dentro de la teoría del delito actual (Jakobs, 1997) en donde se analizan la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; la tipicidad, entre otros elementos está compuesta por la lesión al bien jurídico tutelado esgrimido, por algunos doctrinantes como se desarrollará más adelante, desde el principio de lesividad (Gómez. L, 2001), es decir, frente a las conductas donde no exista una lesión o puesta en peligro al bien jurídico tutelado la misma será atípica y por ende no se configurará el delito.

Uno de los elementos más controversiales de la tipicidad (Conde, 2007) es la “lesividad” y esto por cuanto la exigencia de lesividad de la conducta (lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídicamente tutelado) tiene las más variadas posturas doctrinales: según la doctrina mayoritaria es un tema de antijuridicidad material (Luzón, 2012, p. 148); Mir Puig (2003, p. 13) considera que es un tema de tipicidad objetiva y se encuentra situada al interior de la imputación objetiva. Sin embargo, Zaffaroni (2002) considera que en virtud de un concepto más amplio de la tipicidad, la denominada teoría de la tipicidad conglobante, así la lesividad se ubique en el plano de la antijuridicidad, su ausencia traerá como consecuencia la atipicidad porque estas dos categorías dogmáticas forman una sola estructura (p. 483 y ss).

El segundo elemento del delito, específicamente la antijuridicidad es definida por Muñoz (2012) como “la expresa contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico” (p. 81).

Y finalmente se encuentra la culpabilidad, que generalmente se define por sus tres elementos, los cuales son la imputabilidad de quien cometió la conducta punible, la consciencia de la ilicitud en esa persona y la exigibilidad de un comportamiento diverso. Al respecto Welzel (1956) realiza el siguiente planteamiento:

Ahora bien; como la culpabilidad individual no es otra cosa que la concreción de la *capacidad* de culpa con miras a un hecho individual, así se determina la reprochabilidad por los mismos elementos que la *concretan*, cuya existencia *general* hace la capacidad de culpa; vale decir, el autor debe haber conocido lo injusto de su hecho o al menos debe haberlo podido conocer, y el deber haberse *podido* determinar por ese conocimiento (real o posible) de lo injusto, a un comportamiento adecuado al derecho. La culpabilidad concreta (la reprochabilidad) es constituida, por lo tanto, -paralelamente a la capacidad de culpa general- tanto por elementos intelectuales como voluntarios.

Un hecho solamente es reprochable si el autor lo ha conocido exactamente o podía conocerlo exactamente, tanto en su condición de típico, cuanto en su contenido jurídico de desvalor. El conocimiento del desvalor jurídico se estructura sobre el conocimiento de que el hecho típico; la antijuricidad del hecho puede ser conocida solamente entonces exactamente si el autor ha conocido o pudo conocer el hecho, ya en su condición de típico. (p. 169)

Al igual que con los anteriores casos, si falta alguno de los tres elementos incorporados en la culpabilidad, sencillamente no habrá delito. Es así como todo este análisis tiene una **finalidad precisa y es subrayar que CUANDO FALTA ALGUN ELEMENTO DE LA CONDUCTA PUNIBLE** (por ejemplo la lesividad del comportamiento desplegado) **NO HAY DELITO**, y si no hay delito lo procedente es aplicar la preclusión y no el principio de oportunidad, porque como bien lo establece el artículo 250 de la Constitución Política el **presupuesto** para dar aplicación a tal forma anticipada de terminación del proceso penal es la existencia de una conducta punible.

II. La concepción de la lesividad a nivel dogmático, una breve descripción de la doctrina.

Dentro de este espacio vale la pena aclarar que el concepto de lesividad tiene una concepción ambivalente dentro del derecho penal, el primero, sobre el cual no hicimos referencia en esta ocasión a fondo, pero de él se desprende gran parte de la teoría del delito, es el principio de lesividad, que constituye a su vez uno de los llamados límites materiales al *jus puniendi*, es decir, un llamado al legislador para que entre todas las conductas que no están tipificadas aún, solo pueda tipificar aquellas que lesionen bienes jurídicamente tutelados, es decir, lesionen derechos reconocidos a la humanidad en la Constitución.

La segunda acepción que tiene el término lesividad dentro del derecho penal, es el que se entiende como uno de los elementos a analizar cuando se efectúa el análisis de una conducta dentro de la teoría del delito, particularmente se hace en la llamada criminalización secundaria, es decir, aquella que desarrolla el juez en el adecuamiento de la conducta materia del caso de juzgamiento y la norma penal; en este caso el análisis consta en evidenciar si efectivamente hubo una lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, caso en el que la respuesta sea negativa, no existirá delito en seguimiento de dicha lógica.

La ubicación de este elemento dentro de las distintas categorías dogmáticas del delito (comúnmente en la tipicidad o la antijuridicidad) ha suscitado algunas discusiones; no es el propósito de esta investigación desarrollar todos los conceptos de lesividad que se han tenido a lo largo del desarrollo doctrinario, pero si se puede decir que en la recepción internacional como nacional se ha adoptado que la lesión al bien jurídicamente tutelado hace parte de la descripción típica (Puig, 2002), debido a que si el derecho penal solo puede tipificar conductas que lesionen bienes jurídicamente tutelados a través del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (Velázquez, 2009), la tipicidad, entendida como descripción de la conducta, debe describir esta vulneración para el cumplimiento del principio de estricta tipicidad (Roxín, 1997).

III. Ubicación de la lesividad en la Jurisprudencia Colombiana

Identificar una posición respecto a la ubicación de la lesividad dentro de la teoría del delito en la jurisprudencia de la Corte Suprema De Justicia, es una actividad tan loable que merece por demás realizarse en una investigación totalmente separada de esta, ya que requeriría un análisis jurisprudencial profundo e histórico, esto debido a que el concepto de delito ha variado constantemente en los últimos años, variaciones a las que la Corte Suprema no ha sido ajena.

Por tal razón en este pequeño capítulo no se pretende realizar una línea jurisprudencial respecto a las distintas posiciones que ha tomado la Corte Suprema de Justicia, sino que pretendemos avizorar cuál ha sido la posición mayoritaria por parte de esta en las distintas sentencias que han abordado el tema.

Si bien, se pensaría que la Corte ha adoptado la antijuridicidad formal como tesis concerniente a la lesividad la realidad es que se ha manifestado ubicándola en la tipicidad objetiva, así ha dicho el alto tribunal en la sentencia de radicado 32872 (2010) con ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca:

“En el fallo de 13 de mayo de 2009 (radicación 31362), la Corte precisó que el principio de lesividad de la conducta punible (entendido como el deber para los operadores jurídicos de “tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger” (1)) puede ser analizado para los fines de la estructura de la teoría del delito como un problema de imputación objetiva del resultado, y por lo tanto de la categoría de la tipicidad, conforme a criterios normativos como el de la insignificancia.”

De esta manera se ve como la Corte Suprema de Justicia ha tomado la lesividad en su doble entendido, como un límite material al jus puniendi, es decir, como un mandato imperativo al legislador respecto a los límites de su configuración legislativa a la hora de criminalizar las conductas, atendiendo esta criminalización solo a las conductas que por ser constitutivas de lesiones a bienes jurídicamente tutelados podrán ser consideradas punibles; y también la considera en su acepción dogmática, en donde es un elemento constitutivo de la tipicidad objetiva, evaluado en la imputación objetiva, frente a los criterios normativos de insignificancia todo esto desarrollado a través de la teoría expuesta por el maestro alemán (Roxín, 2010).

En conclusión, se puede asegurar entonces que para la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Penal, hasta el momento, y en una gran medida, la consideración de la ausencia de lesión o puesta en peligro efectiva al bien jurídicamente tutelado es una causal de atipicidad de la conducta en sentido objetivo, debido a la falta de configuración por parte de los criterios de la imputación objetiva.

IV. La lesividad frente a los derechos de las víctimas

Dentro de este tópico se pretende abordar el temario del principio de lesividad de cara a los derechos, garantías y demás prerrogativas que se le atribuyen a las víctimas en Colombia. Frente a esto es necesario advertir que en cuanto a las consideraciones que deben hacerse, la que se torna importante para el desarrollo de esta investigación es la consideración que debe hacerse sobre el derecho de acceso a la justicia efectiva por parte de las víctimas frente a la renuncia o suspensión de la acción penal que procede frente a las conductas carentes o con una lesividad reducida, esto ya sea en la utilización del principio de oportunidad, la preclusión o el archivo de las investigaciones, es decir, ¿afectan en algún momento los mecanismos de suspensión o renuncia de la acción penal a aquellas víctimas de delitos en los que la lesión al bien jurídico fue reducida o nula?

Frente a lo anterior es necesario establecer que los fines de la pena (Beccaria, 2013) y del derecho penal en general no son siempre la agresión total del aparato punitivo estatal, sino la resolución efectiva de los conflictos a nivel particular y general así como la prevención general y especial a niveles positivo y negativo aunado a la reparación y resocialización dentro del marco del derecho y garantizando los intereses de la sociedad en donde se deduce que si bien las víctimas tienen un derecho innegable a acceder a la justicia (Tozzini, 2005) penal, este derecho no se traduce en la arremetida de la fuerza punitiva contra quien se diga ser autor o participe de una conducta punible, sino la igualdad en las garantías estatales y derechos brindados por el mismo sistema jurídico penal.

V. Caso Fiscalía Vs. Acero Saganome¹⁵

Brevemente serán expuesto los hechos de este caso para luego hacer unas precisiones conceptuales respecto del caso, evidenciar el error cometido por la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia, señalar la razón parcial que le asiste a un salvamento de voto de la misma sentencia y, finalmente, entregar las conclusiones de la respectiva investigación.

Resumidos los hechos, son los siguientes: *(i)* El señor Acero Saganome fue detenido por miembros de la Policía Nacional por encontrarse en vía pública ofreciendo dos libros “piratas”, como sucede en muchas partes de Colombia; *(ii)* la Fiscalía le formuló imputación por el delito de Violación a los Derechos Patrimoniales de Autor y Derechos conexos; *(iii)* el representante del organismo instructor solicitó la preclusión de la actuación procesal con fundamento en la causal prevista en el numeral 4 del artículo 332

¹⁵Respecto de este caso, véase Londoño (2013) quien incluyendo el caso en estudio analiza un tema relacionado con esta investigación y referente a si el principio de oportunidad resulta ser una respuesta adecuada frente a conductas carentes de lesividad.

de la Ley 906 de 2004, referida a la atipicidad del hecho investigado, en virtud del menoscabo insignificante que para el bien jurídico objeto de protección representaron las circunstancias particulares del caso; (iv) el juez de conocimiento negó la preclusión, argumentando que la falta de antijuridicidad material de la conducta no es un problema atinente a la atipicidad de la misma y que lo procedente, en todo caso, hubiera sido aplicar el principio de oportunidad. Dicha providencia fue confirmada en segunda instancia;(v) finalizado el juicio oral, el señor Acero Saganome fue condenado a ocho meses de prisión y multa argumentado que *“el solo hecho de que se comercialicen libros carentes de originalidad genera una falta de percepción de ingresos por parte de las editoriales y el propio autor”*; (vi) luego de la apelación del fallo de primera instancia el Tribunal Superior de Bogotá revocó la anterior decisión señalando que *“la conducta objeto de debate había carecido de relevancia jurídica y social, pues a pesar de que había sido por lo menos formalmente típica, no superaba el análisis de la antijuridicidad”*; (vii) el representante de la víctima interpuso el recurso de casación que fue admitido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, tomando como uno de los problemas jurídicos a resolver el principio de lesividad de la conducta punible, también conocido como principio de antijuridicidad material y su implicación frente al delito por el cual se procesó al señor Acero Saganome; (viii) la Sala Penal decidió no casar la sentencia, es decir, dejó en firme la absolución del señor Acero Saganome, sin embargo en su providencia incurrió en unos yerros que a continuación serán señalado y que tienen relación directa con el problema de investigación planteado.

VI. Yerros en los que incurrió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia con la Sentencia en cuestión (Rad. 31362, 13 de mayo de 2009).

En esta providencia la Sala Penal, comentando el hecho de que el Fiscal encargado del caso haya solicitado la preclusión ante el Juez de Conocimiento con base en la causal 4 del artículo 332 del código de procedimiento penal (atipicidad del hecho investigado, en virtud del menoscabo insignificante que para el bien jurídico objeto de protección representaron las circunstancias particulares del caso), señaló lo siguiente:

Acerca de este último aspecto, es de destacar que fue desacertada en cuanto al factor de competencia la actuación de la representante de la Fiscalía que en su momento elevó ante el juez de conocimiento una solicitud de preclusión por atipicidad, pues si bien es cierto que no contradice principio lógico alguno la postura según la cual la afectación irrelevante del bien jurídico es un asunto atinente al tipo objetivo (ya que incluso está en armonía con la teoría de la imputación objetiva a la que tantas veces ha acudido la Sala), también lo es que el juez natural para extinguir la acción penal en este caso era el de control de garantías y medidas de seguridad, con base en la aplicación del principio de oportunidad. *Subrayado fuera de texto.*

Más allá del fondo del asunto que fue la decisión de no casar una sentencia que absolvió a una persona condenada a ocho meses de prisión por el hecho de estar ofreciendo dos libros piratas en la vía pública, lo cual resulta ser ajustado a derecho; están los graves yerros observados en la argumentación jurídica que –como lo señala la misma Corte- debe ser utilidad para que los operadores de la norma consoliden o varíen sus posturas al respecto.

Del párrafo anteriormente transcrito se observa la confusión en torno a la estructura y aplicación del principio de oportunidad que tuvo la Corte Suprema de Justicia en esa ocasión, por cuanto sentenció que en los casos de “atipicidad objetiva” de los hechos investigados por parte de la Fiscalía lo ajustado no era solicitar preclusión, sino solicitar la aplicación del principio de oportunidad.

Este yerro contradice los orígenes y el marco constitucional y legal del principio de oportunidad, pues como reiteradamente se ha venido señalando en esta investigación la aplicación del principio de oportunidad procede cuando exista un mínimo de prueba acerca de la existencia de una conducta punible. Esta postura es propia de los orígenes del principio de oportunidad, tal y como se vio en el primer acápite y como lo establece además el código de procedimiento penal en su artículo 327.

Lo anterior desafortunadamente confunde a los operadores jurídicos, puesto que quienes están encargados de unificar la jurisprudencia en asuntos penales son precisamente quienes originan las dudas en aquellos que acuden a la fuente constitucional legítima para la resolución de problemas jurídicos complejos penales como el que aquí se presente.

VII. Argumentos del salvamento de voto de la Magistrada María del Rosario González de Lemos (un análisis parcialmente correcto).

Es de notar que frente a tal decisión la Magistrada María del Rosario Gonzales de Lemos presentó un salvamento de voto que viene de manera precisa para la explicación de los conceptos aquí tratados, esto de la siguiente manera:

.

Si, contrariamente, se sostiene que un comportamiento es atípico por la insignificancia de la lesión al bien jurídico que el mismo representa, como se esboza en el proyecto aprobado por la Sala, o al menos carece de antijuridicidad material, no resulta jurídicamente admisible descartar la viabilidad de acudir a la figura de la preclusión para dar en ese caso por terminado el proceso, pues dichas eventualidades constituyen causales que permiten adoptar decisión de esa naturaleza, como lo tiene establecido el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

De esta forma se resalta el planteamiento que se ha venido exponiendo en este texto investigativo y que resulta acorde con los criterios de aplicación del principio de oportunidad. Sin embargo, le asiste razón parcial a la Magistrada González de Lemos por cuanto al tema de la lesividad de la conducta afirmó estar de acuerdo en lo expuesto por la Sala, excepto en punto de que quienes se veían realmente lesionados por la conducta del procesado eran los autores de las obras plagiadas que se estaban vendiendo en vía pública. Al respecto señaló así:

Diferente situación, empero, se presenta en torno a los autores de las obras intelectuales plagiadas, pues para ellos, la falta de recibo del importe correspondiente a sus derechos de autor, así sea por razón de unos pocos ejemplares, les significa un detrimento significativo a su patrimonio, razón por la cual en su caso el comportamiento del acusado sí surge relevante penalmente, desde el punto de vista de la antijuridicidad material, dada la efectiva puesta en peligro que tal acción comporta al bien jurídico tutelado por la ley.

La razón parcial de este salvamento de voto deviene que el principio de lesividad indica que en caso de bagatela¹⁶ (Buompadre, 2009), como el que en esta ocasión se puso a consideración de la Sala, la respuesta desde la dogmática jurídico penal resulta ser la ausencia de responsabilidad del procesado, sin que esto dé para condenar a una persona por hecho que inclusive el sentido común enseña que no llega a lesionar efectivamente ningún tipo de bien jurídico (Velásquez, 2009), pues si el argumento de la Magistrada radicaba en que la venta de dos libros piratas efectivamente lesionaban el patrimonio económico de los autores de las obras, no había sido ese el tema que se estaba discutiendo en la instancia de casación, puesto que en ningún apartado del proceso se hace referencia a dichas personas específica como intervinientes en la acción penal.

C. TOMA DE POSTURA

Habiendo realizado el recorrido sobre las fuentes del derecho y la interpretación del problema jurídico en cuestión y antes de llegar a las conclusiones es necesario realizar la toma de postura frente a la investigación, en donde se expondrán las razones que se consideran correctas y la manera de proceder frente al tema.

¹⁶ Al respecto consultar numerosas sentencias de la corte suprema de justicia como: SP15519-2014, No 28732, No 25798, n° 35973, No. 26122, n° 37149, No. 20665, No. 23483 y No. 21064.

En efecto la pregunta propuesta se refería al camino correcto a elegir frente a la ausencia de lesividad en la conducta a analizar por parte, evidentemente, de la Fiscalía General de la Nación, la respuesta a este cuestionamiento puede darse a través de lo que la lógica formal ha llamado un sorites que no es más que una cadena de silogismos lógicos que llevan una secuencia y una unión temática.

Así se puede decir que como hemos visto el principio de oportunidad es un mecanismo que en su debido momento termina anormalmente el proceso penal, y que este solo procede frente a la existencia de una conducta punible, teniendo como requisito de procedencia un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad; y por otro lado se encuentra la preclusión, que también es una forma de terminación anormal del proceso penal, que procede, básicamente frente a las conductas que no son delitos, en especial, por ser atípicas; ahora, como ya se dijo, la ausencia de lesividad, es decir, de lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado es uno de los elementos constitutivos de la categoría dogmática de la tipicidad en sentido objetivo dentro de la teoría del delito, por lo que si no existe la lesividad, no habrá delito; por lo que de todo lo anterior se puede colegir que frente a la ausencia de lesividad en la conducta a evaluar solo es procedente la preclusión y no la aplicación del principio de oportunidad.

D. CONCLUSIONES

En primer lugar debe señalarse que la primera conclusión a la que se llegó y que se logró evidenciar en esta investigación es de tendencia teórica pero sobre la cual debe existir claridad para entender cabalmente los orígenes del principio de oportunidad y así evitar vacíos o deformidades conceptuales, esta es la referente a la yerro en el que se puede caer al creer que el sistema acusatorio solamente existe en los países anglosajones y en Estados Unidos por el contrario, se estableció en el inicio de esta investigación que el principio de oportunidad tiene su origen en el sistema acusatorio de corte continental y que ambos presentan diferencias sustanciales como aquella referida al sometimiento al principio de legalidad como regla general y por excepción se acude al

principio de oportunidad en el sistema acusatorio de corte continental; y la discrecionalidad como regla general en el sistema acusatorio de corte o tendencia anglosajona, siendo allí la excepción la obligatoriedad de la acción penal.

De esta forma es claro que Colombia, a pesar de haber estado íntimamente relacionado en la creación del actual Código de Procedimiento Penal con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, ha tomado, conforme se observa en el desarrollo constitucional y legal, conservar el principio de legalidad como regla general y aplicar excepcionalmente el principio de oportunidad de manera reglada. También es cierto que deben existir precisiones conceptuales en cuanto al principio de legalidad y el principio de oportunidad, por cuanto la ley y la jurisprudencia lo plantean como una excepción, sin embargo se concluyó que el principio de oportunidad no puede plantearse como una excepción al de legalidad, sino como un complemento del mismo.

No obstante lo anterior se concluyó que la legalidad como principio tiene profundas raíces en nuestra cultura de origen colonial y que recientemente ha sufrido una leve variación frente a doscientos años del imperio inquisitivo del proceso penal. Esto tiene repercusiones en el ambiente cultural del país, por cuanto existe una costumbre de que los responsables de un delito “deben pagar con cárcel sus fechorías” y realizar cualquier clase de excepción al respecto por el simple hecho de que una ley reciente así lo permite, resulta un elemento de consternación frente a la mentalidad inquisitiva que persiste en la idiosincrasia colombiana.

Es por esto que los cambios propuesto a través del sistema acusatorio y de instituciones procesales como el principio de oportunidad, requieren madurez para poder consolidarse como una alternativa viable para la consecución de los fines del Estado, por cuanto debe establecerse una idea colectiva que frente a muy específicas situaciones la respuesta del Estado no sea la misma de siempre que consiste en perseguir y en llevar a juicio a los presuntos responsables de conductas punibles.

Por ello resulta pertinente resaltar que no obstante de las dificultades observadas en la implementación nacional del sistema penal oral acusatorio y de sus instituciones (como el aquí estudiado principio de oportunidad), esta última figura se presenta como una novedad para la gran mayoría de personas que no tienen una formación jurídica estricta, situación que debe ser tomada con medida para que se logre consolidar esta importante figura del derecho en el sistema penal del país.

A pesar de esta importante razón, no resulta justificante el exceso de “centralismo” en las funciones de aplicación del principio de oportunidad. No obstante haberse regulado los delegados especiales de la Fiscalía General de la Nación en varias oportunidades, han pasado diez años desde la expedición de la Ley 906 de 2004 en los que los avances frente al principio de oportunidad y la aplicación del mismo deberían estar más arraigados en el quehacer diario de los miembros de la Fiscalía General de la Nación. Este panorama resulta nuboso cuando se tiene en cuenta algunas de las estadísticas recolectadas para la elaboración de este artículo y que señala que en el 2012 se solicitó aplicar el principio de oportunidad en 14 ocasiones, en 17 ocasiones en el 2013 y solamente 11 ocasiones en lo que va corrido del presente año.

Sin ánimo de realizar una tabulación general de estadísticas, esto refleja una insuficiencia en la utilización de este recurso valioso como herramienta para luchar contra la criminalidad y como método de descongestión del aparato judicial. Aquí se concluye que los avances son desalentadores.

Lo anterior, aunado a la confusión presentada en la Corte Suprema de Justicia frente a cuáles situaciones es procedente aplicar el principio de oportunidad, desdice de la claridad conceptual que se debe tener en cuenta para su debida implementación, como lo es “un mínimo de prueba” de la existencia del delito para que así se logre dar paso a esta figura; de lo contrario se estaría entonces en presencia de la preclusión. En palabras comunes y guardando las proporciones, debe haber delito para aplicar el principio de

oportunidad, de lo contrario no podrá nunca tenerse en cuenta y deberá acudir a figuras como la preclusión que extingue la acción penal.

A su vez, el tema de la dogmática penal y sus múltiples teorías han tomado por sorpresa a los encargados de materializar el ideal de justicia en nuestro país, y por esto es posible observar una falencia que debe ser superada frente a las precariedades en formación dogmática de los operadores jurídicos implicados en el proceso penal.

Finalmente, como respuesta a la pregunta formulada como base de esta investigación se debe decir que **no** es procedente la aplicación del principio de oportunidad frente a las conductas que no lesionan bienes jurídicamente tutelados, toda vez que esas conductas no pueden ser consideradas delitos y el principio de oportunidad procede únicamente para aquellas conductas en las que se exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

REFERENCIAS

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aponte, A. (2010). *Principio de oportunidad y política criminal*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá: Colombia.

Aristizabal, C. (2005). *Alcance del principio de oportunidad en la nueva legislación procesal penal colombiana*. (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá:

Colombia.

Recuperado

de:

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2045.pdf>

Bedoya, L., Guzmán, C., & Vanegas, C. (2010). *Principio de oportunidad: bases conceptuales para su aplicación*. Fiscalía General de la Nación, Bogotá: Colombia.

Beccaria, C. (2013) *De los delitos y las penas*. Bogotá: Temis, 2013.

Bernal, C. (2007). *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: Colombia.

Bernal, J., & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal. Estructura y garantías procesales*. 6.ª ed. Vól. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Blanco, C. (2008). *Tratado de política criminal*. Tomo II: la política criminal aplicada. Madrid: j.m. bosch editor

Blanco, C. (2008) *Tratado de derecho Penal Español*. Tomo I: el sistema de la parte general. Volumen 1: fundamentos del derecho penal español las consecuencias jurídico-penales. España: j.m. bosch editor.

Comisión Asesora de Política Criminal, Ministerio del Interior. (2012). *Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*.

Recuperado:http://archive.ideaspaz.org/images/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf

Buompadre, J. (2009). *Tratado de derecho penal parte especial*. Lavallo, Buenos Aires: Astrea.

Creus, C (1993). *Esquema de derecho penal parte general*. Lavalle, Buenos Aires: Astrea.

Conde, F. *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo blanch. (2007)

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991, Colombia

Corporación Excelencia en la Justicia. (2010). *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Recuperado de: <http://www.cej.org.co/index.php/publicaciones/libros/2599-balance-de-los-primeros-cinco-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-Colombia>

Corte Constitucional Colombiana.

- Sentencia C-200 de 2000, (M.P.: Álvaro Tafur Gálvis.)
 - Sentencia C-095 de 2007, (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.)
 - Sentencia C-673 de 2005, (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.)
 - Sentencia C-646 de 2001, (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.)
 - Sentencia C-979 de 2005, (M.P.: Jaime Córdoba Triviño.)
 - Sentencia C-988 de 2006, (M.P.: Álvaro Tafur Galvis.)
 - Sentencia C-209 de 2007, (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa)
 - Sentencia C-738 de 2008, (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.)
 - Sentencia C-936 de 2010, (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.)
 - Sentencia SU-089 de 1995, (M.P.: Jorge Arango Mejía)
 - Sentencia C-022 de 1996, (M.P.: Carlos Gaviria Díaz)
 - Sentencia C-070 de 1996, (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz)
 - Sentencia C-093 de 2001, (M.P.: Alejandro Martínez Caballero)
 - Sentencia C-387 de 2014, (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio)
 - Sentencia C-1154 de 2005 (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal,

- No31362, 13 de mayo de 2009 (M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca)
- SP15519 de 2014 (M.P: Gustavo Enrique Malo Fernández)
- No 28732 de 2008 (M.P: Javier Zapata Ortiz)
- No 25798 de 2006 (M.P: Julio Enrique Socha Salamanca)
- No 35973 de 2011 (M.P: Augusto J. Ibáñez Guzmán)
- No. 26122 de 2008 (M.P: Julio Enrique Socha Salamanca)
- No. 37149 de 2011 (M.P: Julio Enrique Socha Salamanca)
- No. 20665 de 2005 (M.P: Jorge Luis Quintero Milanés)
- No. 23483 de 2006 (M.P: Álvaro Orlando Pérez Pinzón)
- No. 21064 de 2004 (M.P: Sigifredo Espinosa Pérez)

Daza, A. (2012). *La sujeción al principio de legalidad procesal y la reglamentación de las causales del principio de oportunidad. Revista Verba Iuris, volumen 28.* p. 119-133.

Demetrio C. & Rodríguez, C. (2004) *Curso de derecho penal: parte general.* España: Ediciones Experiencia. Julio-Diciembre 2012, Bogotá: Colombia.

Fernández, G. (2004) *Bien jurídico y sistema del delito.* Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.

García, A. (2012). *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal.* Madrid, España: Editorial universitaria ramón areces.

Gómez, J. (2001). *Tratado de derecho penal.* Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.

Gómez, J. (2005). *Tratado de Derecho Penal, La Tipicidad* (Vol. III). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.

González, P. (2013). *Procesos de selección penal negativa.* Bogotá, Colombia: Universidad Libre de Colombia.

Ibáñez, A. (Agosto, 2004). *El nuevo sistema procesal penal: atisbos y notas de reflexión*. En J. Parra (Presidencia), *Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Ponencia expuesta en el XXV Congreso de Derecho procesal, Bogotá: Colombia.

Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Forero, J. (2013). *Aproximación al estudio del principio de oportunidad*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez & Universidad del Rosario.

Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, parte general*. Madrid: Marcial Pons.

León, J. (2012, 1 de agosto). Las 10 recomendaciones-bomba de la Comisión Asesora de Política Criminal. *La silla vacía*. Recuperado de: <http://lasillavacia.com/historia/las-10-recomendaciones-bomba-de-la-comision-asesora-de-politica-criminal-35061>

Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Septiembre 1 de 2010. DO. N° 45.658

Londoño, L. (2013). *El principio de oportunidad. ¿Una respuesta adecuada del sistema penal frente a conductas carentes de lesividad?* (Trabajo de profundización para optar el título de Magister en Derecho Penal). Universidad EAFIT, Medellín: Colombia.

López, D. (2008). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis, segunda edición,

Mezger, E. (1958). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal: parte general*. Barcelona, España: Editorial Reppertor.

Mir Puig, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recuperado de: <http://crimenet.urg.es/recpc/recpc05-05.pdf>

Naucke, Wolfgang (2006). *Derecho penal. Una introducción*. Lavallo, Buenos Aires: Astrea.

Niño, L. (2012). *Formulación y desarrollo del proyecto de grado*. Cúcuta, Colombia: Universidad Libre de Colombia – Seccional Cúcuta.

Peláez Mejía, J. M. (2013). *Estructura y aplicación del precedente judicial en Colombia*. Una visión desde la Constitución Política de 1991. (C. d. Universidad Libre de Cúcuta, Ed.) Navaja de Ockham, I.

Perdomo, J. (2005). *Los principios de legalidad y oportunidad: Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: Colombia.

Perdomo, J. (2005, Agosto). Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del “ius puniendi” y su renuncia. *XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. p. 53-86. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero78/jorgeFernandoPerdomo.pdf

Pérez, C. (2008). *Estudios sobre los fundamentos del derecho penal*. Madrid, España: Dykinson

Rebollo, R. (2013). *Derecho penal, constitución y derechos*. Madrid, España: J.M Bosch Editor

Robles, R. & Sánchez, P. (2010) *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona, España: Editorial Atelier

Roxín, C. (1979). *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Roxín, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, I. (D. M. Luzón Peña, M. Díaz, G. Conlledo, & J. de Vicente Remesal, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Roxín, C. (2002) *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Francisco Muñoz Conde (Trad.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.

Sánchez, O. (2006) *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dykinson.

Searle, J. (1997). *La construcción de la realidad social*. Barcelona, España: Editorial Paidós.

Silva, J. (2001). *La expansión del derecho penal*. Madrid, España: Editorial Civitas.

Tozzini, C. (2005). *Garantías constitucionales en el derecho penal*. Hammurabi, buenos aires: Astrea

Velásquez, F. (2000). *La teoría de la conducta punible en el nuevo código penal*. *Revista Nuevo Foro Penal*, volumen 63.

Velasquez, F. V. (2009). *Derecho penal parte general*. Bogotá: Comlibros.

Von, H., Andrew, S., Kurt, and Wohlers, W. eds. (2012) *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. España: Editorial Atelier,

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.