

Principio de oportunidad en el sistema acusatorio

“el principio de oportunidad como: ¿herramienta de justicia material o simple instrumento de eficiencia judicial?”.

 AUTOR: GABRIEL HUMBERTO SALAMANCA ROA

E

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

Es por esto que cuando se impulsa una reforma al proceso de enjuiciamiento penal, la misma debe estar sustentada en razones de justicia material, es decir, en pro de las garantías de quien en últimas, soporta el embate estatal, y en aras de la búsqueda de la verdad real y no simplemente formal.

El ejercicio de la acción penal que se concreta en la puesta en movimiento de la jurisdicción, determina en buena parte la estructura del poder punitivo y robustece o debilita los objetivos que esa sociedad pretende lograr; es el monopolio mismo del derecho a castigar lo que está en juego y finalmente la asunción de una postura política.

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

Varias veces suele escucharse que en Colombia no se cuenta con una verdadera política para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, precisamente por los continuos cambios legislativos motivados por simples razones de eficiencia, que introducen instituciones foráneas sin ningún tipo de arraigo cultural y constitucional, a espaldas muchas veces de los intereses sociales; con esto no se está criticando la inclusión del principio de oportunidad en la reforma al procedimiento penal, pero sí se está llamando la atención sobre las verdaderas motivaciones legislativas que estuvieron detrás de tan cara herramienta. Este es un intento por tratar de reconstruir los pasos de la institución cuya implementación y ejercicio dará mucho de que hablar, para finalmente determinar si su incorporación responde a una estrategia de justicia definida, o si por el contrario corresponde a una mera herramienta para descongestionar despachos judiciales.

Pese a que el Principio de Oportunidad no es nuevo en el mundo jurídico y ya ha sido implementado en los países en donde se introdujo el sistema penal acusatorio; el tema no ha sido desarrollado en nuestro país y las únicas referencias doctrinales existentes provienen de países como España, Argentina y Perú, de manera que esta investigación busca enriquecer el debate en torno a dicha institución, desde una perspectiva propia Colombiana- en donde se respondan algunos interrogantes que se formulan los propios operadores jurídicos, entorno a su fundamento teórico y a su aplicación práctica.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA

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

En este sentido, Colombia es paradigma en Latinoamérica, de lo que recientemente señalara un representante de ILANUD - Naciones Unidas para la mayor parte de los países de la región: a) que el "aumento de la criminalidad" (la aparente) es utilizada para justificar el aumento de pie de fuerza policial, como "política de prevención" y b) que la prevención por medio del bienestar social, como lo ha informado la CEPAL, por razones fiscales y sobre todo para atender la deuda interna, ha sufrido importantes recortes. Por lo anterior me parece más preciso señalar, que en Colombia la política criminal oficial corresponde al "modelo liberal": un modelo autoritario de política criminal, que ha servido para recortar los principios clásicos del derecho penal liberal como para lo cual se recurre a la trampa de "normalizar" o transformar en permanente lo que ha venido naciendo como legislación anormal, provisional o de excepción¹.

De esta manera queda claro el carácter coyuntural de la política estatal contra la violencia, cuyas soluciones prometen garantizar las libertades fundamentales a través de una mayor restricción a las mismas, sin reparar en la contradicción que representa la materialización de los derechos mínimos con su menoscabo o incluso supresión; ejemplo de lo anterior son las conocidas caravanas "Vive Colombia viaja por ella", cuya finalidad es permitir la libre circulación por el territorio nacional, a costa eso sí, de las múltiples requisas y puestos de control a cargo de la fuerza pública, que los viajeros deben soportar en aras de la seguridad democrática.

No es posible entonces, seguir afirmando que en Colombia no existe política criminal, cosa diferente es que no sea coherente con la política social² y acorde con el modelo de organización Estado social y democrático de derecho: la expedición de códigos penales y de procedimiento penal, las continuas reformas constitucionales, los programas de desmovilización de grupos insurgentes y paramilitares, la "optimización" del aparato carcelario y la celebración de tratados internacionales como el Estatuto de Roma, son prueba fehaciente de que si existe y cuanto más "rígido" sea el estilo del gobernante, más fácil será la verificación del ideario en materia de criminalidad.

Con la expedición de la ley 906 de 2004, se pretende dar un giro en materia de enjuiciamiento penal, dando un salto cualitativo representado en el paso del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, acorde con el modelo constitucional que reclama la materialización de los derechos en cabeza de los sujetos procesales y porque no decirlo, con la política internacional que reclama dicho cambio; podríamos entonces afirmar que en teoría, la reforma procedimental penal que hoy nos ocupa responde a razones internas y externas, estas últimas, producto de la "globalización".

¹ MARTÍNEZ, Mauricio. *Estado de Derecho y Política Criminal La Política de Sometimiento en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Primera Edición, 1995, página 26.

² En este sentido LUIS FELIPE VELÁSQUEZ LYONS. "Política Social y Política Criminal", en *Lecciones de Criminología*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1988, páginas 109 y siguientes: "... Algunos autores, NIGGEMEYER, MERGEN, ZPF, y otros, indican que las políticas generales de prevención del delito deben ubicarse en el ámbito de la política social, ya que la primera es parte integrante primordial de la segunda. Es innegable que la mejor forma de realizar una excelente política criminal es adelantando una adecuada política social. Esta última indica en que momento debe aparecer la reacción social formal...".

Lo anterior no sería censurable si junto con la expedición del nuevo código de procedimiento penal, se implementaran igualmente reformas en el ámbito social para prevenir el fenómeno de la violencia, pues de nada sirve tener un aparato penal eficiente y efectivo para llevar a cabo el proceso de criminalización, cuando la mayoría de los individuos a los que se les va a aplicar, siguen en "la tierra del olvido", allí donde el Estado ha sido incapaz de proporcionar los medios de subsistencia; suena paradójico que la institucionalidad se muestre generosa para castigar y muy ahorrativa para evitar.

La implementación del modelo acusatorio, representa sin duda alguna una conquista para la sociedad, en eso no hay reparo, sin embargo su concreción requiere la definición de un marco general que le dé vida y sentido a esa herramienta llamada proceso penal, en donde se pueda definir quien es su protagonista, si el Estado, el procesado³ o la víctima⁴, cual es la finalidad, la protección de los derechos del sometido a juicio o el castigo de quien ha osado poner en duda la vigencia de la norma. Ese marco no es otro que el de la política criminal, el mismo que en nuestro contexto tal como ya se advirtió, es incoherente, coyuntural y de mediano alcance:

Por lo anterior podemos sostener que los gobiernos nuestros carecen de una política criminal coherente y que las medidas penales son tan contradictorias que más parecen un esfuerzo por cambiar la imagen de la realidad, antes que incidir sobre la realidad misma. Es por lo tanto, la política criminal nuestra, una escena más del espectáculo de la política general; política criminal que sacrifica las funciones instrumentales que la ciudadanía espera de la intervención del Estado por medio de la justicia penal, dando prioridad a las funciones simbólicas para tranquilizarla y garantizar su apoyo político. El derecho es convertido así en una respuesta política derivada del hacer creer que del hacer hacer⁵.

Toda esta referencia crítica a la política criminal Colombiana, está relacionada con nuestro objeto de análisis, en concreto el Principio de Oportunidad, como quiera que en la misma ley 906 de 2004, se ha consagrado el sometimiento de dicha institución a la política contra el crimen: "Artículo 321. Principio de oportunidad y política criminal. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado."

Así las cosas el principio de oportunidad como innovación dentro del procedimiento penal requería como medidas previas a su inclusión, la definición de la postura estatal frente al fenómeno de la criminalidad por un lado, y la valoración de las consecuencias sociales favorables o desfavorables que la aplicación de dicho principio puede traer consigo; sin embargo, nada se sabe al respecto y el tema solo puede ser dilucidado por vía de interpretación⁶. Un tema tan importante como la disposición de la acción penal a cargo de la Fiscalía General de la Nación, ameritaba un debate más profundo pero al parecer el interés del legislador en este caso, estuvo centrado en aspectos más formales aunque no menos importantes, como la consecución de los recursos y la puesta en marcha del modelo acusatorio.

POLÍTICA CRIMINAL TRADICIONAL Y POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA

En materia de política criminal se distinguen múltiples posturas, teniendo en cuenta principalmente el tipo de organización que caracteriza al Estado, así por ejemplo las medidas contra la violencia propias del estado liberal,

³ En este sentido **ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PÍNZÓN**. *Los principios generales del proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, página 26: "... Si bien el derecho procesal debe resguardar los derechos y garantías de todas las personas involucradas en el conflicto, principalmente debe centrar su atención en los derechos y garantías del procesado."

⁴ Dándole gran protagonismo a la víctima dentro del proceso penal, la Sentencia C-228 de 2002 proferida por la Corte Constitucional, cuyos Magistrados Ponentes fueron los Doctores **MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA** y **EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT**.

⁵ **MARTÍNEZ, Mauricio**. *Estado de Derecho y Política Criminal La Política de Sometimiento en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Primera Edición, 1995, páginas 46 y 47.

⁶ En el mismo sentido **JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ**. "El principio de oportunidad en el proyecto de Código de Procedimiento Penal estado actual.", en revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Volumen XXIV, Número 74, Enero / Diciembre 2003, página 205: "... Hasta este momento no se conoce la política criminal del Estado a la que se sujeta la regulación del principio de oportunidad. Si aquella es el marco en el que éste debe operar, necesariamente debía fijarse con antelación. Con este proceder, se está incumpliendo un mandato constitucional".

no son ni pueden ser las mismas que las diseñadas en un estado social, de ahí que se distingan dos grandes vertientes denominadas política criminal tradicional y política criminal alternativa.

La política criminal tradicional está compuesta por el conjunto de herramientas y decisiones, cuyo objetivo es la prevención y represión de la delincuencia, de manera que se garanticen los objetivos trazados por la mayoría de la sociedad, en últimas, es la respuesta que el conglomerado en cabeza del Estado, emite para defenderse de aquellos sujetos que buscan desestabilizar el orden previamente convenido; en palabras de pretéritas teorías políticas, diríamos que es la reacción legítima a cargo del Estado, para preservar la existencia y vigencia del contrato social, representado hoy en el sistema normativo.

Por lo tanto este enfoque tradicional de la política criminal que responde igualmente a los enfoques tradicionales de la criminología -paradigma consensual-⁷, parte de varios supuestos, como por ejemplo el carácter natural del delito, la predeterminación de algunos sujetos frente a los comportamientos delictivos y la legitimidad del aparato estatal para reprimir la criminalidad y separar a los "delincuentes" de la sociedad.

Posteriormente con apoyo en el llamado enfoque crítico de la criminología, surge una nueva forma de entender la política criminal que es en últimas la puesta en práctica de sus postulados teóricos; conceptos como la artificialidad del crimen, las falencias del proceso de criminalización (selectividad, subjetividad, etc.) y el planteamiento de formas no criminógenas de control social, hacen parte de ese paradigma conflictual de la criminología, cuya pretensión es en algunos casos la minimización del aparato penal en términos de conductas prohibidas, introduciendo a la vez fórmulas que acentúan la prevención y no el carácter retributivo de la pena⁸.

En últimas, uno de los rasgos que logra diferenciar a los enfoques tradicional y alternativo de la política criminal, está relacionado con el uso desmesurado (primer enfoque) o racionalizado (segundo enfoque), que se haga de la fuerza por parte del Estado para solucionar los conflictos sociales. Por otro lado es claro que la introducción de un mecanismo de "liberación penal", responde claramente a la varias veces mencionada política criminal alternativa, de manera que en nuestro concepto, el Principio de Oportunidad hace parte de esta última como quiera que plantea una opción diferente frente al control social formal de ciertas conductas, dejando la posibilidad de utilizar los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, sin desconocer los derechos de las víctimas.

⁷ "... Desde el origen de la expresión "política criminal" en la Alemania de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, hasta la actualidad, los intentos de definición por parte de la doctrina nacional y extranjera han sido numerosos y variados. No resulta fácil identificar cual es la fuente doctrinaria autorizada para su definición. Sin embargo, y solo como ilustración de los puntos relevantes de debate en esta materia, se pueden identificar dos perspectivas. En una corriente se encuentran los autores que limitan la concepción de la política criminal a los aspectos analíticos de las causas de la criminalidad, a la forma como deben ser sancionados los delitos y a los intereses que deben ser protegidos, sin incluir como parte de ella a través de los cuales se concreta dicha política. En otra corriente, están los autores que incluyen como parte de la política criminal no solo los aspectos analíticos y de decisión política, sino también los medios jurídicos a través de los cuales se pone en práctica las orientaciones fundamentales, lo cual comprende los instrumentos penales, procesales y penitenciarios...". Sentencia C-646 de 2001, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

⁸ El concepto es ahondado por JORGE RESTREPO FONTALVO, en "Criminología un enfoque humanístico", Bogotá, Editorial Temis S.A., 2002, página 141: "Este último de los que hemos denominado dilemas centrales de la criminología, apunta a enfrentar las divergentes posiciones de quienes para analizar la problemática de la desviación y su control parten, en un extremo, del supuesto de que las sociedades humanas son eminentemente consensuales, esto es, que todos sus miembros defienden intereses comunes y que, consecuentemente, los instrumentos de control social se orientan a la defensa de intereses grupales, comunes a todos los coasociados. En el otro extremo, un considerable grupo de pensadores defiende el llamado "modelo conflictual" de la sociedad y, a partir de ese supuesto, consideran que todos los aparatos de control de la conducta desviada están al servicio exclusivo de unos grupos hegemónicos que los emplean como medios de sometimiento de los sectores oprimidos de la sociedad...".

⁹ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Curso de Criminología, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Sexta Edición, 2001, páginas 206 a 210: "... Casi podría afirmarse que cada enfoque explicativo del origen y desarrollo de la criminalidad y de la criminalización posee su propia política criminal. Sin embargo en este punto, englobando, tratamos de mostrar las principales hipótesis político-criminales que han presentado los estudiosos del tema ... 1. Defensa social... Comprendería las propuestas hechas por los enfoques biológicos, psicológicos, antropológico-culturales y sociológicos, es decir, aquellos ubicables dentro de los paradigmas consensualista y pluralista, que se caractericen por ser estructural-funcionalistas: dentro del organismo social, al surgir algunas disfunciones, se impone acomodar, reformar o modificar, con el fin de volver las cosas a su sitio... 3. Política criminal alternativa... corresponde a la finalidad última de la mayor parte de la nueva criminología, que se concreta en el cambio del sistema económico-político. En esto coincide con la criminología radical pero mientras ésta no piensa en mecanismos alternos referidos al desmoronamiento del derecho penal, la generalidad de la nueva cree que el cambio central se obtiene paulatinamente para lo cual implementa ciertos instrumentos que van reduciendo el alcance del sistema punitivo...".

Así mismo, el Principio de Oportunidad representa una reorientación del sistema penal, en cuanto tiene en cuenta para su puesta en marcha, la naturaleza de las conductas, los bienes jurídicos a proteger y finalmente la entidad del daño producido (carácter fragmentario del derecho penal).

Cuando un Estado plantea la posibilidad de avocar o no conocimiento de una conducta presuntamente punible, está afirmando que no cualquier lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, es objeto de reproche penal, y cuando llega a esa conclusión necesariamente está tomando partido por una minimización de la represión institucional de conductas y entre otras cosas, por la materialización de la antijuridicidad.

Esa minimización del sistema penal, responde a un enfoque alternativo de política criminal cuyas principales instituciones son: 1. Descriminalización de conductas que equivale a su exclusión del estatuto penal. 2. Despenalización de conductas que equivale a la no imposición de sanciones, sobre todo las privativas de la libertad. 3. Desjudicialización de conductas que implica la introducción de mecanismos alternativos a los estrictamente judiciales, para solucionar los conflictos. 4. Desprisonalización que no es cosa diferente a la liberación de quienes han sido objeto de sanción y el uso de otras instituciones como los subrogados penales.

De tal manera que el Principio de Oportunidad tiene cabida en la llamada desjudicialización de comportamientos, pues tal como está previsto en el artículo 323 de la Ley 906 de 2004, su aplicación implica de manera general, la renuncia por parte del Estado representado en la Fiscalía, a la persecución de ciertas conductas, eso sí, bajo el control posterior del Juez de Garantías y la anuencia de las víctimas.

Aunado a lo anterior la inclusión del Principio de Oportunidad puede tomarse como una toma de postura a favor del derecho penal mínimo, cuya labor va encaminada a la racionalización del uso de la pena por un lado, y por el otro a concebir el proceso penal como una herramienta de protección del "más débil", en este caso del procesado, de suerte que la jurisdicción penal vendría a constituirse en un procedimiento para la búsqueda de la verdad, e igualmente para la materialización de las garantías fundamentales del sometido a juicio:

Y ya que el poder conserva siempre algo de irreductiblemente salvaje, existe en general una relación de virtual y permanente oposición entre derecho y poder. El poder todos los poderes, sean estos públicos o privados- tiende en efecto, ineluctablemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho. "Es una experiencia eterna", como escribiera Montesquieu, "que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites". Y éste límite es precisamente el derecho, el cual, por lo mismo, se configura, al menos en la edad moderna, como una técnica dirigida a limitar, disciplinar y, por consiguiente, minimizar el poder, bien podemos definir al derecho como la ley del más débil frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza. Y podemos decirlo no sólo de los derechos fundamentales, que son las leyes del más débil por antonomasia, sino de todo el derecho, tal como ha venido caracterizándose en su modelo garantista¹⁰.

Luego podría pensarse que la desjudicialización como elemento de la política criminal alternativa y el derecho penal mínimo, sustentan la decisión político- criminal que el legislador Colombiano adoptó con la implementación del Principio de Oportunidad, afirmación que no encuentra correspondencia con los lineamientos puestos en práctica por el actual gobierno y que se constituye en el gran reparo que ahora tratamos de construir, por ejemplo, la principal modificación al estatuto punitivo (Código Penal) está representada en el incremento de las penas de manera indiscriminada y la introducción de nuevas conductas punibles, que chocan con las finalidades de la institución procesal de oportunidad a la cual venimos refiriéndonos¹¹.

Es como si por un lado, el legislador quisiera aminorar el campo de acción del sistema penal a través de la renuncia reglada a ejercer la persecución penal, pero por el otro, incentivara esa misma persecución endureciendo las penas y haciendo más difícil la concesión de los sustitutos penales, haciendo palpable una vez más, la falta de coherencia y planeación de la política criminal Colombiana.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Primera reimpresión, 2001, páginas 121 a 123.

¹¹ Los artículos 1°, 2° y 14 de la Ley 890 de 2004, son una clara muestra de la contradicción expuesta:
 Artículo 1°. El inciso 2° del artículo 31 del Código Penal quedará así: "En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años.
 Artículo 2°. El numeral 1 del artículo 37 del Código Penal quedará así: "1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso".
 Artículo 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo...".

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

El ejercicio de la acción penal por parte del Estado, supone la existencia de dos modelos opuestos o incluso complementarios, cuyo rasgo fundamental es la autonomía que tiene la Fiscalía, para poner o no en movimiento la jurisdicción, siempre con base en razones político criminales previas que el legislador con la ayuda muchas veces del ejecutivo, ha esgrimido de manera en que actúen como parámetros y límites de la función jurisdiccional:

El principio de legalidad, en esta materia, se refiere al deber del Estado de perseguir y sancionar todo hecho punible. Según explica la Corte Constitucional, "En los sistemas orientados por el principio de legalidad la ocurrencia de un hecho punible obliga al Estado a iniciar la acción penal en todos los casos". Bajo la idea de que el legislador ha efectuado el juicio en torno a la necesidad o no de reproche de una conducta determinada, no es competencia de las autoridades judiciales y de investigación realizar juicio alguno sobre dicho punto. Su función se limita a asegurar el cumplimiento de la Ley... Sin embargo, el artículo 250 de la C.P. establece la posibilidad de que la Fiscalía interrumpa, suspenda o renuncie a la acción penal en aplicación del principio de oportunidad. De la redacción de la disposición constitucional se desprende que no se está frente a una figura dispositiva propia del derecho anglosajón, sino que el principio de oportunidad se estructura como una excepción del principio de legalidad... El principio de oportunidad es una institución que incide sobre el ejercicio de la acción penal del Estado y tiene rasgo constitucional. Según ha entendido la Corte Constitucional, opera de manera negativa, en el sentido de que pueden existir razones por las cuales ha de abandonarse permanentemente o temporalmente- la acción penal¹².

De igual manera surgen unas diferencias entre el Principio de Oportunidad y el Principio de Legalidad en materia de acción penal, dentro del contexto mismo del proceso penal Colombiano (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004), como se verá a continuación:

FACTORES	P. LEGALIDAD	P. OPORTUNIDAD
Titular de la acción penal.	El artículo 26 de la Ley 600 de 2000, mencionaba que la acción penal le corresponde al Estado y que se ejercía a través del Fiscal en la etapa instructiva y del Juez durante la etapa del juzgamiento, cada uno con amplias facultades administrativas y jurisdiccionales, como por ejemplo la restricción de derechos fundamentales y reales.	El artículo 66 de la Ley 906 de 2004 ratifica que el Estado es el titular de la acción penal, pero que la ejerce a través de la Fiscalía General de la Nación, dejando por fuera a los jueces, además el artículo 114 de la misma ley, deja ver que las decisiones tendientes a restringir derechos fundamentales y reales, están a cargo en última instancia, del Juez de control de garantías, previa solicitud del Fiscal.
Momento procesal para su aplicación.	En la Ley 600 de 2000 se tenían como etapas procesales la instrucción y el juicio, de manera que la obligatoriedad frente al ejercicio de la ley penal operaba de manera obligatoria y daba lugar o bien a la investigación previa o bien a la instrucción.	En la Ley 906 de 2004 se habla de la suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal, de manera que su aplicación puede hacerse antes y durante el proceso penal, siempre bajo el control posterior del Juez de control de garantías, dejando en claro que el proceso como tal se inicia con la apertura a juicio.

¹² BERNAL CUELLAR, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. *El Proceso Penal Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio Tomo I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Quinta Edición, 2004, páginas 179 a 181.



FACTORES	P. LEGALIDAD	P. OPORTUNIDAD
Trámite.	Puesta en movimiento la jurisdicción a través del ejercicio obligatorio de la acción penal, se debe continuar con el procedimiento hasta que se profiera la preclusión de la instrucción, la cesación del procedimiento en el juicio o la sentencia (condenatoria o absolutoria) debidamente ejecutoriada, sin perjuicio de que se apliquen las formas anticipadas de terminación del proceso.	Como quiera que el principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004, le permite al Fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, sus efectos dependerán precisamente del momento procesal o pre-procesal en que se haga uso de dicha facultad, así por ejemplo si se aplica antes del juicio, impedirá su posterior apertura y dará lugar a la extinción de la acción penal.
Participación de la víctima y/o perjudicados.	La Ley 600 de 2000 la participación de las víctimas y/o perjudicados frente al ejercicio de la acción penal, se limitaba a la presentación de la denuncia y la querrela según el caso.	La aplicación del principio de oportunidad según el artículo 328 de la Ley 906 de 2004, advierte que el Fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas, de igual manera el inciso 2° del artículo 327 que establece el control judicial a la aplicación de dicho principio, consagra la figura de la audiencia especial en la que la víctima puede controvertir la prueba aducida por el Fiscal.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADO Y PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN EN LA LEY 906 DE 2004

A partir del Título V de la Ley 906 de 2004, se consagran los parámetros legales para la aplicación y desarrollo del Principio de Oportunidad. Es pertinente precisar apartes de la normatividad para indicar los reparos o coincidencias correspondientes:

Artículo 321. Principio de oportunidad y política criminal. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

En la literalidad de este precepto normativo se pueden concretar todos los reparos que se hicieron con anterioridad, como quiera que el mismo legislador es el que reconoce de manera expresa la necesidad de un marco político criminal previo, de manera que su ausencia da al traste con la finalidad que pudiera llegar a cumplir el Principio de Oportunidad; no es suficiente el hecho de que actualmente se ejecute una política penal derivada de la "seguridad democrática", pues como ya se vio, la política criminal de un Estado social y democrático de derecho implica haber definido mucho antes una política social. En conclusión se ha consagrado un principio cuyo contenido brilla por su ausencia:

Una política criminal para los derechos humanos requiere de investigación acción sobre la situación de marginación socioeconómica en que se encuentra gran parte de la población, pues dicha situación es, por sí sola, violatoria de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Política. Esto es, debemos también vigilar la política social del gobierno y exigir medidas socioeconómicas dirigidas a mejorar la calidad de vida de la población marginada y vulnerable, con lo cual estamos exigiendo una política criminal eficiente, pues como quedo arriba señalado, es irrefutable que la mejor política criminal reside en una verdadera política social de transformaciones y de satisfacción de las necesidades básicas¹³.

Artículo 322. Legalidad. La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código.

¹³ MARTINEZ, Mauricio. *Estado de Derecho y Política Criminal. La Política de Sometimiento en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Primera Edición, 1995, páginas 30 y 31.

Es claro que frente al ejercicio de la acción penal en la Ley 906 de 2004, el Principio de Legalidad (obligatoriedad), es la regla general y que solo por vía de excepción cuando se cumplan los parámetros legales, puede darse aplicación al Principio de Oportunidad, un ejemplo de lo anterior sería el inciso final del artículo 327 que menciona:

Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. . La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse ésta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal...

Los criterios contenidos en el numeral 1° no representarían dificultad alguna, siempre y cuando el mismo estatuto procedimental se hubiera encargado de aclarar en que consiste "la ausencia o decadencia del interés del Estado" frente al ejercicio de la acción penal, pues al parecer la única posibilidad válida para determinar el verdadero significado de la frase, es partir de lo que hasta el momento hemos señalado como política criminal, de manera que una vez más la incertidumbre se convierte en norma, dándole paso a la inseguridad jurídica y porque no decirlo, a la arbitrariedad.

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

Conceptos como la seguridad exterior al que se alude en el numeral anterior, promueven una vez más la masificación de la incertidumbre ya que el riesgo o la amenaza graves además, quedan bajo la apreciación subjetiva del titular de la acción; lo que para algunos constituye un peligro inminente, para otros no deja de ser un problema al margen, luego la preceptiva da cabida a que con base en opiniones investidas de autoridad, se renuncie a la persecución de algunas conductas.

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

Nuevamente el legislador ha erigido en norma con carácter vinculante, una serie de factores ilimitados en su contenido y fácilmente distorsionables por la relatividad interpretativa que pueda llegar a tener el titular de la acción penal; muestra de lo anterior es la "secundaria consideración" que si bien puede aludir a la mayor o menor gravedad o al menor o mayor reproche en el caso concreto, en términos de exigibilidad de otra conducta y conciencia de la antijuridicidad, no establece de manera clara los parámetros para establecer dicho juicio, es decir, en materia de culpabilidad que es lo primario y que es lo secundario. De igual manera no fueron definidos previamente el carácter utilitario y necesario de la pena, dejando su interpretación a las preferencias político criminales del Fiscal de conocimiento, pues será éste funcionario con la anuencia del Juez de Control de Garantías quien defina cual es el interés de la sociedad y cual el interés del Estado en materia de persecución penal.

Artículo 330. Reglamentación. El Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y ajuste a la Constitución y la Ley.

El reglamento expedido por la Fiscalía General de la Nación deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado.

Este artículo es una muestra más de la indefinición y carecer etéreo del principio de oportunidad, que requiere para su aplicación la definición previa de la política criminal del Estado consultada como es apenas lógico, con la Constitución Nacional; elemento que como ya se advirtió, no ha sido coherentemente dispuesto y que riñe con lo que en últimas representa el principio de oportunidad, es decir, la política criminal alternativa (en cuyo seno habita la desjudicialización) y la política criminal tradicional (altamente represiva y retributiva), con la que parece haberse casado el programa de la seguridad democrática.

Son todas estas razones, las que nos permiten concluir que el tan publicitado Principio de Oportunidad no responde a planteamiento político criminal alguno, sino simplemente a una directriz de orden administrativo que



busca la descongestión de los despachos judiciales; aquí se ha tratado de delinear la política contra la violencia a partir de un Código de Procedimiento Penal, cuando debería ser al contrario.

No se piense tampoco que los argumentos aquí medianamente explicados, responden a un rechazo a ultranza del Principio de Oportunidad; se indicó la intención de revisar y analizar la implementación legislativa de la figura procesal, para después tomar partido a favor o en contra, finalidad que en este caso se cumplió, ya que sin duda alguna se está de acuerdo con la implementación del Principio de Oportunidad, pero como producto final de toda una estrategia política de lucha contra crimen y no como un simple aderezo que se estima imprescindible en el nuevo sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004, con el que además se busca vaciar los anaqueles de los Despachos Judiciales.

INDAGACIÓN SOBRE EL CONTENIDO Y LAS IMPLICACIONES POLÍTICO - CRIMINALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD TRABAJO DE CAMPO

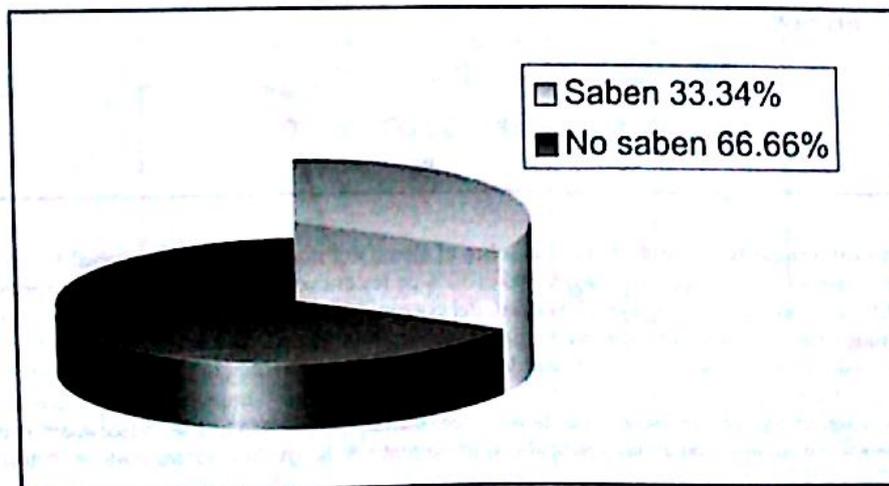
Tal como se dijo anteriormente uno de los puntos centrales de esta investigación estaba relacionado con la indagación y percepción directa, de los conceptos que los operadores jurídicos y en general la comunidad académica, pudieran tener sobre el Principio de Oportunidad y otros aspectos relacionados con el marco político criminal que sostiene dicha institución

Para concretar este objetivo, fue necesario diseñar un cuestionario amplio en le que se preguntó lo siguiente:

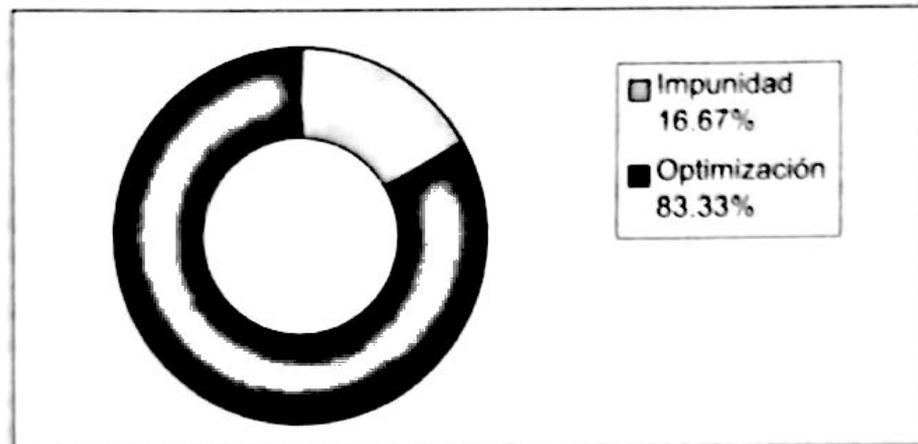
1. La inclusión del Principio de Oportunidad en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano, supone una postura político-criminal definida. ¿Sabe usted en qué consiste esa postura?. 2. ¿Cree usted que el Principio de Oportunidad favorece la impunidad o por el contrario, colabora en la optimización de la justicia? ¿Por qué?. 3. ¿La reforma al procedimiento penal colombiano, supone un cambio en la misión del Derecho Penal?. 4. ¿Considera usted que el nuevo esquema procesal penal colombiano se ajusta a los lineamientos de un Sistema Penal Acusatorio?. 5. Según su opinión, cuáles son las razones de la congestión de los despachos judiciales en Colombia y cuáles son las posibles soluciones.

El cuestionario fue respondido por Jueces, Fiscales y Estudiantes de las Facultades de Derecho, de manera que corresponde hacer el análisis pertinente para singularizar los diferentes hallazgos, tarea que será abordada a continuación.

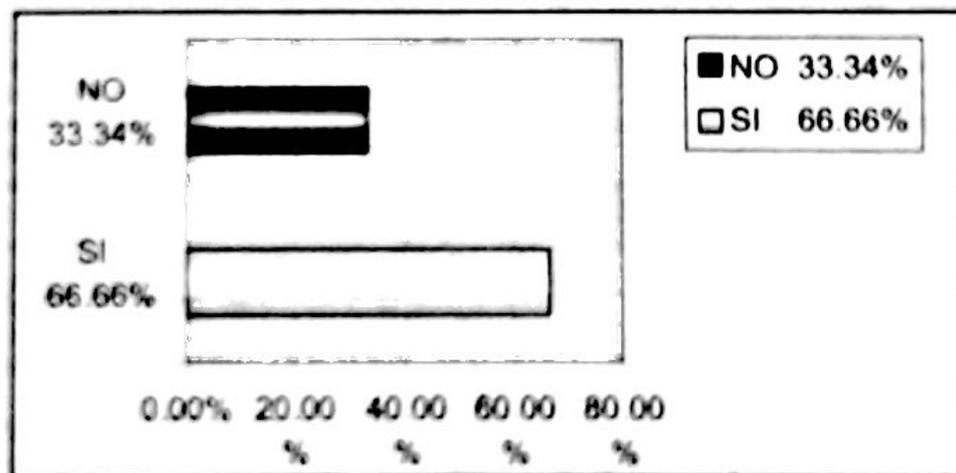
Primer interrogante. Estaba relacionado con la postura político criminal subyacente al principio de oportunidad y se observó claramente que el 80% de los encuestados, se remitieron a definir dicho principio y a suponer que éste corresponde a una política criminal de Estado, sin embargo a la hora de argumentar en que consistía esta última, que era el objeto de la pregunta, la respuesta generalmente perdió el rumbo en el 66.66%, dejando ver la poca claridad frente al tema; otras opiniones que correspondieron al 33.34%, opinaron que la Política Criminal se reducía a las reformas normativas y en general, se ubicaba a la misma dentro del marco de la Política Social, pues se aludía a conceptos de paz, bienestar, justicia, dignidad y protección de derechos fundamentales, tocando parcialmente el objeto del cuestionamiento.



Segundo interrogante. De las respuestas al segundo interrogante relacionado con el favorecimiento de la impunidad o de la optimización de la justicia, con la inclusión del Principio de Oportunidad en la Legislación Penal Colombiana, se aprecia que el 83.33% consideraba la segunda variable, es decir la optimización del aparato judicial, sin embargo, en todos los casos, se condicionó la solución al interrogante dejando ver que existía una gran diferencia entre el plano teórico (finalidad del principio) y el plano práctico (implementación del principio), pues continuamente se referenciaban obstáculos de índole administrativa como la posible corrupción o arbitrariedad del aparato judicial en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad. El 16.67% restante consideró que dicha institución procesal, está llamada a incrementar la cifra de impunidad, poniendo de presente los excesos que la Fiscalía podía llegar a cometer aplicándolo en casos muy graves o dejándolo de hacer en casos que no merecían el reproche penal, atendiendo en unos y otros, a razones netamente políticas.



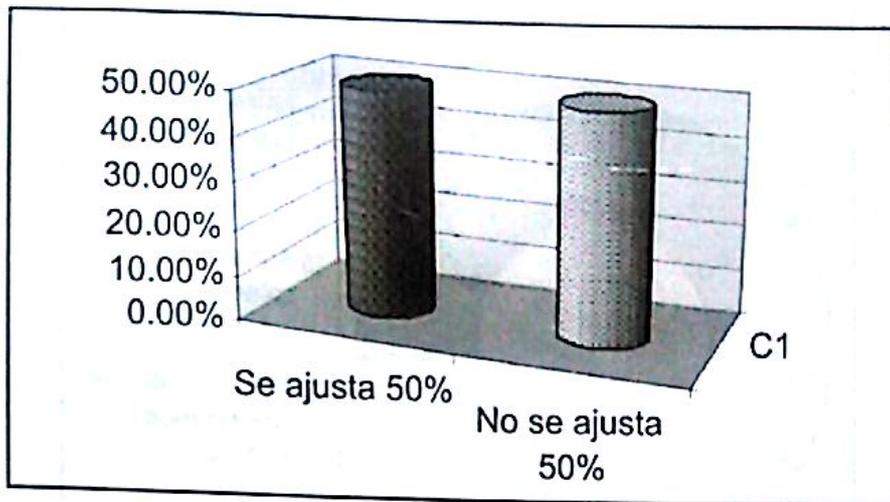
Tercer interrogante. El tercer interrogante buscaba indagar sobre la posible modificación en cuanto a la misión del derecho penal, por lo que el 100% de los encuestados partió de la misión actual, es decir, la protección de bienes jurídicos tutelados. El 33.34% consideró la modificación, precisamente por entender que la expedición de un nuevo estatuto procesal punitivo (aspecto formal) tenía repercusiones directas en la forma como el Estado concebía la lucha contra el crimen (aspecto material), pero sin que se planteara en que consistía dicha innovación. El 66.66% restante, consideró que la reforma al procedimiento penal Colombiano, tan solo estaba encaminada al fortalecimiento de la misión primigenia sin que implicara cambios radicales.



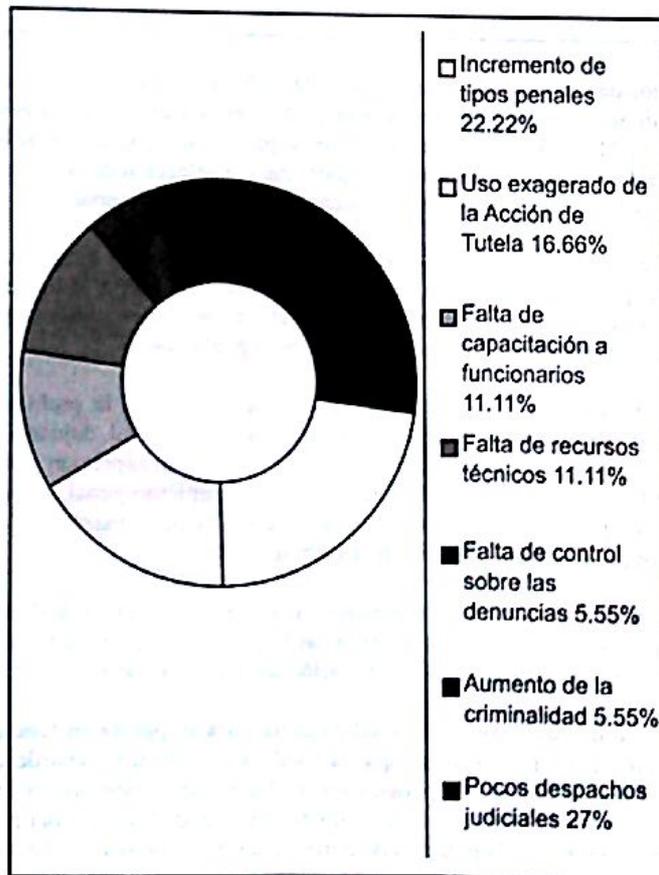
Cuarto interrogante. Desejó a indagar sobre el ajuste del nuevo esquema procesal Colombiano a los lineamientos del sistema penal acusatorio, afirmando el 50% de los encuestados, que el modelo procesal de la Ley 906 de 2004, difiere en sus aspectos formal y material, del contenido en la Ley 600 de 2000, principalmente por la división de las funciones investigativa y juzgadora, por la inclusión del juez de Garantías, por la mutación en cuanto a las etapas procesales y en general, por el desmonte de algunas funciones jurisdiccionales que anteriormente tenía la Fiscalía. El otro 50% restante hizo fuertes críticas al modelo "acusatorio" implementado, relacionadas en su mayoría con las condiciones económicas que demandaba la reforma, representando que las dificultades presupuestales para la implementación, representaban un obstáculo en detrimento de la igualdad de las partes y la búsqueda de la



verdad, así como el control judicial posterior para las medidas restrictivas de derechos como la libertad y la propiedad.



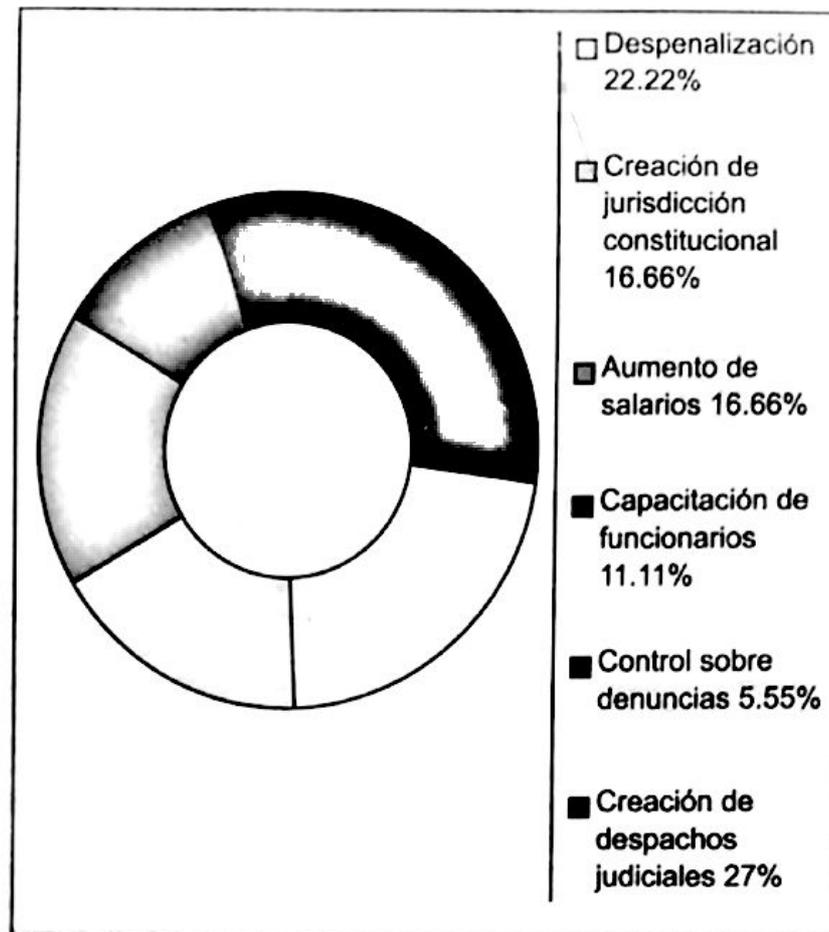
Quinto interrogante. Se preguntó a los encuestados sobre las posibles causas y soluciones a la actual congestión de los Despachos Judiciales en Colombia, encontrando que el 27% identifica como causa principal a la falta de Juzgados y funcionarios; el 22.22% al incremento de tipos penales; el 16.66% al uso exagerado de la acción de tutela; el 11.11% a la falta de preparación de los empleados judiciales; el 11.11% a la falta de recursos técnicos y operativos; el 5.55% a la falta de parámetros para la admisión de las denuncias y finalmente el 5.55% manifestó que la congestión tenía que ver con el incremento de la criminalidad.



De manera lógica, los encuestados señalaron como posibles soluciones las siguientes: el 27% propuso la creación de nuevos Despachos Judiciales y el nombramiento de nuevos funcionarios; el 22.22% señaló que debía

Principia IURIS





acudirse a la despenalización de varios comportamientos; el 16.66% creyó prioritaria la creación de una jurisdicción constitucional encargada de resolver las acciones de tutela; el 16.66% reclamó un aumento en los salarios de los funcionarios judiciales; el 11.11% exigió la implementación de planes de capacitación de los empleados y el 5.55% advirtió que se requería implementar unos parámetros legales para la selección de las denuncias, de manera que los casos menos graves fueran solucionados por otras jurisdicciones diferentes a la penal.

Debemos concluir, que la Política Criminal de cualquier Estado debe estar circunscrita y afiliada a una Política Social, de manera que la protección de bienes jurídicos no se limite a la tipificación de conductas y al incremento de las penas, sino a la obtención de ciertos objetivos generales como la garantía de los derechos fundamentales y la satisfacción de las necesidades prioritarias de la población.

No es cierto que en Colombia no haya existido Política Criminal, la problemática radica en que los diferentes gobiernos han sido incoherentes en el tratamiento de la criminalidad, dejando en claro entonces, que el problema no es de existencia sino de consistencia. La Ley 906 de 2004 como expresión viva de una supuesta Política Criminal, propone un cambio en el esquema del sistema de enjuiciamiento penal, a través del cual se pretende materializar los derechos del procesado y de las víctimas; todo esto en el marco de los actuales lineamientos internacionales robustecidos por el fenómeno social de la globalización.

En Colombia históricamente, se ha pretendido contener la criminalidad a través de reformas al procedimiento penal, sin que dichas innovaciones, entre ellas la Ley 906 de 2004, estén acompañadas de reformas sociales paralelas, sintonizadas precisamente con la prevención de la delincuencia.

El sistema acusatorio de enjuiciamiento penal requiere para su puesta en funcionamiento, la definición previa de un marco político criminal, de manera que la finalidad del mismo, guarde correspondencia con los objetivos que el Estado se traza en materia de política social. La no definición previa de la Política Criminal en Colombia, redundará en la aplicación subjetiva del Principio de Oportunidad, ya que permite que la Fiscalía entre a llenar ese vacío y se abroge en últimas, la potestad de definir cuando le interesa al Estado y cuando no, ejercer la persecución penal.

El Principio de Oportunidad entendido como la potestad reglada a cargo de la Fiscalía para poner en movimiento el aparato penal e incluso para suspender la persecución de determinadas conductas, es compatible con

los postulados que defiende el derecho penal mínimo y la política criminal alternativa, por cuanto evita el enjuiciamiento y la imposición de penas, a través de la desjudicialización de ciertos comportamientos; sin embargo la anterior afirmación entra en contradicción con el incremento indiscriminado de las sanciones que trae la Ley 890 de 2004, poniendo de presente una vez más, la no definición coherente del marco político criminal en Colombia.

Algunos parámetros consagrados en la Ley 906 de 2004, que regulan el Principio de Oportunidad, permiten que la Fiscalía con base en su propia interpretación, no persiga algunos comportamientos que realmente lesionan y ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos o que lleve a cabo la persecución de otros irrelevantes (bagatelares). La ausencia de argumentos político criminales que orienten la aplicación del Principio de Oportunidad, permite concluir que el verdadero motivo para su inclusión, es la descongestión de los despachos judiciales, sin que por ningún lado aparezca la valoración de las consecuencias en términos de justicia material.

