



Afiliada a la Asociación Colombiana de Universidades "ASCUN"

**PROGRAMA DERECHO PROFESIONALES – CURSO 036 NOCTURNO
TRABAJO DE SUSTENTACION SEMINARIO INTERNACIONAL COMO
OPCION DE GRADO – MIAMI – FIU (Universidad Internacional de la Florida)**

**“ EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO UNO DE LOS MECANISMOS DE
JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO
COLOMBIANO Y UNA BREVE COMPARACION CON LA DENOMINACION Y
APLICABILIDAD QUE A ESTE TERMINO SE DA EN LOS ESTADOS UNIDOS”**

25 de OCTUBRE AL 08 DE NOVIEMBRE DE 2014:

El Sistema Penal Acusatorio en los Estados Unidos.

DOCENTE: DR. FREDY LEONARDO PEÑARETE

**ESTUDIANTE: FABIOLA INES BAQUERO CARVAJAL
CODIGO 6001212733**

Bogotá, febrero 23 de 2015

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO UNO DE LOS MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO Y UNA BREVE COMPARACION CON LA DENOMINACION Y APLICABILIDAD QUE A ESTE TERMINO SE DA EN LOS ESTADOS UNIDOS

PRIMERA PARTE: ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO

I. RESUMEN

A. ASPECTOS GENERALES

- La aplicación del principio de oportunidad es una de las principales formas de resolución de conflictos en materia penal en los sistemas acusatorios, que como para el caso de Colombia, es utilizada con frecuencia por los fiscales.
- El principio de oportunidad no es únicamente una herramienta para lograr la descongestión judicial, sino que su utilidad se extiende también como un medio para evitar la revictimización; es un mecanismo que propicia fórmulas de justicia restaurativa y sirve para combatir efectivamente la delincuencia.
- El principio de oportunidad es una herramienta complementaria del principio de legalidad. Estos deben ser concebidos como una unidad, que tiene como objetivo el cumplimiento de las finalidades que busca un Estado a través de su sistema punitivo.
- El principio de oportunidad se basa en una discrecionalidad reglada. Contrario sensu su aplicación no puede fundamentarse en consideraciones arbitrarias. Para ello, existe una carga probatoria y de argumentación por parte del fiscal que solicita el principio de oportunidad, que

implica la adecuación del caso concreto a una de las causales establecidas en el artículo 324 CPP y paralelamente, un juicio de proporcionalidad.

- La aplicación del principio de oportunidad está condicionada por la política criminal del Estado. Por ello, el operador jurídico debe ceñirse a la política criminal establecida en sede legislativa como desarrollo de la mencionada discrecionalidad reglada y en las directivas del Fiscal General de la Nación.
- Toda aplicación del principio de oportunidad debe observar tres elementos: La realización de un juicio de proporcionalidad, la vinculación necesaria de esa institución con la dogmática penal y, el respeto al principio de presunción de inocencia.
- A su vez, la realización del juicio de proporcionalidad implica, en primer lugar, la determinación prima facie de la constitucionalidad de la medida como del fin propuesto y, en segundo lugar, el examen de tres sub principios: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.
- Respecto del segundo elemento, la aplicación del principio de oportunidad implica un análisis necesario de categorías propias de la dogmática. Así, por ejemplo, varias de las causales están relacionadas con el principio de insignificancia o la no necesidad de pena, aspectos que sólo pueden entenderse en el marco del derecho penal general y especial.
- En cuanto al tercer elemento, el respeto a la presunción de inocencia, el principio de oportunidad parte de un supuesto básico: solo puede ser aplicado a las conductas que tengan las características de delito esto implica, a su vez: (i). Debe desarrollarse, por lo menos, una mínima actividad investigativa que permita caracterizar la conducta como un posible delito; ii). El principio de oportunidad no puede aplicarse a conductas sin un posible responsable conocido y,

(iii). El principio de oportunidad solo puede aplicarse cuando estén determinadas las conductas objeto de investigación (juicio de tipicidad estricta mediante la calificación jurídica de los hechos).

- Respecto al momento procesal en el cual se puede aplicar el principio de oportunidad, si bien el artículo 323 establece que “La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento”, haciendo una interpretación sistemática del Código de Procedimiento Penal, en específico del principio de economía procesal, debe concluirse que es posible aplicar esta herramienta incluso antes de la imputación, respetando siempre la presunción de inocencia del indagado.

B. MODALIDADES

- La interrupción de la acción penal se presenta cuando el trámite del procedimiento cesa por un lapso determinado como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad, sin que exista la imposición de ninguna condición al procesado durante su ocurrencia.

- La suspensión de la acción penal se presenta cuando el procedimiento cesa por un lapso determinado (que no podrá exceder de tres años, según el artículo 326 CPP) como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad, durante el cual el procesado queda sujeto al cumplimiento de las condiciones impuestas por la Fiscalía.

- La renuncia de la acción penal se presenta cuando la Fiscalía General de la Nación desiste definitivamente de la persecución de uno o varios hechos o delitos y, por lo tanto, se extingue la acción penal respecto de estos, en los términos y con los efectos del artículo 329 de la Ley 906 de 2004.

C. CAUSALES

- Las causales no son excluyentes entre sí, siempre y cuando se cumplan los requisitos de establecidos en cada causal y su aplicación sea proporcional desde el punto de vista constitucional.
- Pueden existir aplicaciones parciales del principio de oportunidad, esto es, aplicarse a solo algunos de los procesados o algunos de los delitos o hechos investigados
- La aplicación del principio de oportunidad en las modalidades de suspensión o interrupción, no necesariamente deben estar encaminadas a una renuncia posterior de la acción penal
- La aplicación de cada una de las causales del principio de oportunidad depende de los requisitos específicos establecidos. Así, se requiere un ejercicio de subsunción propio de la tipicidad procesal, en el que debe estar demostrado cada uno de los requisitos (supuestos de hecho procesales) de las causales, además del juicio de proporcionalidad.
- Existen limitaciones para la aplicación del principio de oportunidad estas pueden ser legales o reglamentarias.
- Las limitaciones legales son: Delitos relacionados con narcotráfico, terrorismo, secuestro y extorsión; cuando se trata de graves infracciones al DIH, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y graves violaciones a los derechos humanos; la autorización requerida del fiscal general de la Nación para la aplicación del principio de oportunidad cuando se trate de delitos con pena superior a seis años en su máximo; cuando la víctima de la conducta sea un

menor de edad y para quienes han accedido a un cargo público con apoyo de grupos armados al margen de la ley o del narcotráfico. Sin embargo, no todas estas limitaciones son absolutas.

II. CONTENIDO GENERAL

A continuación se explica la naturaleza del principio de oportunidad y su relación con el principio de legalidad, en el marco del artículo 250 constitucional y los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

El principio de oportunidad y los mecanismos de justicia restaurativa, son formas de terminación anticipada del proceso penal cuya aplicación genera importantes beneficios: ofrecen una pronta solución del conflicto, contribuyen a la racionalización tanto los recursos, promueven soluciones que importen la reinserción social de personas que han cometido delitos, evitando que se produzca el fenómeno criminógeno y consideran los intereses reales de la víctima. Por lo anterior, siempre que se cumpla con los requisitos aquí indicados, y que sea legítima y proporcional su aplicación, se sugiere a los Fiscales que en los casos que adelantan opten por la aplicación del principio de oportunidad.

A. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Nuestro sistema de justicia se regía exclusivamente por la aplicación estricta del principio de legalidad, sin embargo, tal postura no consultaba otros intereses de la sociedad, como por ejemplo la eficacia de la administración de justicia así como otros derechos, principios e

intereses propios de la política criminal, que junto con la persecución penal y la imposición de la pena, hacen parte de la justicia entendida como principio. Con el fin de lograr un balance entre estos intereses, se introdujo el principio de oportunidad.

A fin de armonizar el principio de oportunidad con el de legalidad, en Colombia se ha optado por acoger el principio de oportunidad, pero limitando las facultades de los fiscales para su aplicación a través de la llamada discrecionalidad reglada o sistema cerrado del principio de oportunidad.

2. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Desde luego, cualquier análisis sobre la naturaleza del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico debe partir de la Constitución. El primer inciso del artículo 250 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, establece:

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

En esta regulación constitucional pueden establecerse algunas de las características básicas del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento: 1. El principio de oportunidad es

una herramienta complementaria del principio de legalidad, 2. El principio de oportunidad caracteriza por una discrecionalidad reglada y, 3. El principio de oportunidad debe ser aplicado conforme a la política criminal de Estado.

a. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD NO ES UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, ES UNA HERRAMIENTA COMPLEMENTARIA

En primer lugar, como se dijo, está establecido como deber de la Fiscalía General de la Nación la persecución de las conductas que tengan las características de delito. Esta debe ser la regla general de operatividad de la Fiscalía, ya que constitucionalmente es su función primaria.

Sin embargo, el artículo 250 superior consagra la posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal en los eventos de aplicación del principio de oportunidad. Lo anterior podría interpretarse de tal manera que se entienda al principio de oportunidad como una excepción al principio de legalidad. No obstante, tal interpretación puede resultar restrictiva frente a la teleología de esta institución.

No puede perderse de vista que la discrecionalidad del principio de oportunidad en el ordenamiento colombiano, atribuida al fiscal que decide su aplicación (quien posteriormente llevará la solicitud de legalización ante el juez que ejerce el control de garantías), se encuentra reglada por límites claros, es decir, limitada legislativa y constitucionalmente, lo que en última instancia implica su adhesión al principio de legalidad.

En efecto, estos principios no son conceptualmente antagónicos. En este sentido, la Corte Constitucional indicó que el principio de oportunidad no está en contradicción con el principio de legalidad y, por el contrario, es una manifestación del mismo. Al respecto el M.P. Vargas (2006) señaló en la Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana:

[el principio de oportunidad] (i) fue supeditado por el Constituyente derivado a la política criminal del Estado; (ii) la aplicación de este principio no constituye una antinomia del principio de legalidad, como quiera que constituye una oportunidad reglada que, se reitera, es excepcional, no arbitraria, sujeta al control de garantías, con presencia del Ministerio Público y con participación de la víctima a la que se debe escuchar y está sometida adicionalmente en su ejercicio interno por la Fiscalía a un reglamento expedido por el Fiscal General de la Nación que deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado; (iii) este principio se predica de conductas antijurídicas y lesivas del bien jurídico, que el legislador sustrae con todos sus elementos de la acción punitiva, como resultado de una valoración político criminal, que conduce a considerarlas de poca significación desde la perspectiva de afectación del bien jurídico protegido; (iv) dicho principio alude a delitos de entidad menor y específicamente en el caso de los atentados contra los bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, a que alude el numeral acusado se prevé claramente que la infracción del deber funcional tenga o haya tenido una respuesta de orden disciplinario y la afectación del bien jurídico resulte poco significativa; (v) en este caso no se trata de discriminar conductas con medidas distintas, para sustentarlas del ámbito penal, sino que se atribuye al Estado la opción de no proseguir excepcionalmente la acción penal en una hipótesis concreta –la señalada en el numeral 10 acusado-, conforme a una valoración político criminal, para la cual el constituyente autorizó al Legislador y que en el caso del numeral acusado se refiere específicamente a los denominados delitos bagatela. (p.60).

Si bien en esta sentencia la Corte Constitucional califica al principio de oportunidad como “excepcional”, esto debe entenderse en el sentido de que su aplicación no está regida por una discrecionalidad absoluta sino reglada.

Esta distinción entre excepción y principio complementario frente a la naturaleza de esta institución es de suma importancia en la aplicación práctica del principio de oportunidad. Implica que, cumplidos los requisitos constitucionales y legales para ello, el fiscal podrá optar por esta forma anticipada de terminación del proceso penal, ya no de forma anómala, sino de forma regular en su praxis judicial. En otras palabras, el fiscal en cada caso concreto propenderá por la aplicación del principio de oportunidad como forma anticipada para la resolución del conflicto originado en el delito, claro está, previo examen del cumplimiento de sus requisitos y de la proporcionalidad de esa medida. El principio de oportunidad, al ser una herramienta del principio de legalidad, le permite al Estado hacerle frente a la realidad judicial y a las nuevas formas de criminalidad ante las cuales el derecho debe responder.

b. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD SE BASA EN UNA DISCRECIONALIDAD REGLADA

Un segundo elemento que se desprende de la regulación constitucional del principio de oportunidad, como se mencionó, es precisamente su carácter reglado. La Carta Política establece que la suspensión, interrupción y renuncia de la acción penal solo son posibles “en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad”. Por lo tanto, la norma superior dejó al legislador la regulación de las causales por las que procede esta intuición, lo que claramente evidencia un principio de oportunidad de carácter reglado.

Si se observa el Código de Procedimiento Penal, la regulación de esta institución ahí contenida desarrolla este mandato constitucional: el artículo 322 establece que esta figura procede en los términos establecidos por esa normatividad, mientras que el artículo 323, cuando define el principio de oportunidad, claramente expresa que la suspensión, interrupción y renuncia de la acción penal solo procederá en los casos expresamente previstos, “según las causales taxativamente definidas en la ley”, lo que reafirma el carácter cerrado de esta herramienta procesal.

Esto se evidencia de forma aún más clara cuando se examina la estructura del artículo 324 de esa normatividad. El legislador ha optado por un extenso número de causales, las cuales regulan de manera estricta la forma en que se aplica esta figura. En efecto, las actuales 17 causales -después de la modificación realizada por la Ley 1312 de 2009-, se caracterizan por un excesivo rigor en su descripción, en defensa de la seguridad jurídica y de la tipicidad procesal como lo señala el académico argentino Creus, (2004), pero en desmedro de la eficacia de esta herramienta y de los fines que ella busca.

La Corte Constitucional ha entendido que ese nivel de regulación es necesario a efectos de que las causales establecidas por el legislador se encuentren acordes con la Carta. Así lo determinó en una Sentencia , en la cual declaró la inexecutable de la redacción original de la causal 16 el artículo 324. M.P. Vargas, (2005):

Al respecto la Corte considera que, en el presente caso, el legislador no reguló con la necesaria precisión y exactitud el ejercicio de esta facultad discrecional con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal en el marco de la política criminal del Estado, vulnerándose de esta manera

el artículo 250 constitucional. La advertida imprecisión de la norma acusada, imposibilita por su parte el ejercicio de un adecuado y real control por parte del juez de garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del principio de oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley. Es decir, ése diseño normativo vago e indeterminado de la causal acusada, le impide al juez de control de legalidad establecer si el fiscal, al aplicar el principio de oportunidad en el caso particular, dispuso arbitrariamente de la acción penal, o si resultaba desproporcionado su ejercicio previa la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, en razón de los deberes de respeto y protección que enmarcan la actividad del Estado. (P. 43)

Según lo anterior, la discrecionalidad reglada del principio de oportunidad se explica en la necesidad constitucional de maximizar la aplicación de los principios de legalidad y oportunidad, control que corresponde, en última instancia, al juez de control de garantías.

No pueden perderse de vista las implicaciones prácticas de la relación entre estos dos principios. En efecto, corresponde al fiscal, que lleva su acto de postulación de principio de oportunidad ante el juez de control de garantías, una elevada carga de argumentación respecto del caso concreto y de su adecuación a la causal o causales invocadas (juicio de subsunción), para así fundamentar apropiadamente, a través del test de proporcionalidad (juicio de ponderación), por qué en ese evento es procedente la interrupción, suspensión o renuncia de la acción penal. Esta carga de argumentación debe superar la presunción de aplicación del principio de legalidad en todas las actuaciones penales. Desde luego, dicha carga se entenderá cumplida no solo si se demuestran los supuestos fácticos para la aplicación de la causal, sino cuando en el

caso concreto se obtendría un beneficio mayor para las partes, intervinientes y la administración de justicia con la aplicación del principio, en términos de ponderación.

c. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DEPENDE DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO

El principio de oportunidad es una herramienta de la política criminal, en la medida en que sirve para el cumplimiento de los principios y valores constitucionales de justicia y convivencia pacífica, pues su aplicación obedece, en concreto, a varias finalidades deseables para el subsistema de justicia penal: (i). Permite garantizar que la pena no se impondrá en casos en los que resulte desproporcionada o no cumpla con sus fines constitucionales; (ii). Busca potenciar los valores constitucionales como la efectividad de la administración de justicia a través de la colaboración de los posibles autores y partícipes de las conductas punibles cuando su contribución se requiera para perseguir fenómenos criminales de mayor impacto; (iii). Tiene como objetivo optimizar los derechos de las víctimas y optar por fórmulas alternativas de solución del conflicto originado por el delito, en especial, por medio de mecanismos de justicia restaurativa y, finalmente; (iv) Busca la descongestión de la justicia para que los recursos del sistema se enfoquen en las más importantes lesiones a los derechos y libertades de las personas.

B. ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Además de la estructura legal y constitucional del principio de oportunidad, existen ciertos elementos que resultan indispensables para que esta herramienta procesal cumpla sus fines constitucionales. Si el operador jurídico no tiene en cuenta estos elementos, el principio corre el riesgo de ser ilegítimo constitucionalmente y, por lo tanto, improbadamente por el juez de

control de garantías. Estos elementos son: 1. La realización de un juicio de proporcionalidad, 2. La vinculación necesaria de esa institución con la dogmática penal y, 3. Que su aplicación no vulnere el principio de presunción de inocencia.

1. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD

Uno de los problemas del constitucionalismo moderno es la necesidad de equilibrar la satisfacción de derechos que entran en conflicto en un caso particular. Cuando una situación como esta se presenta siempre se da el mismo resultado: la limitación de uno o varios derechos o principios de los involucrados. No obstante, esta limitación no puede obedecer a criterios arbitrarios.

La teoría de la proporcionalidad es actualmente la teoría más aceptada para la resolución de conflicto entre derechos. La Corte Constitucional ha adoptado esta tesis para afrontar dichos conflictos, sobre todo en materia penal.

En la aplicación del principio de oportunidad siempre existe el conflicto entre derechos, que deben ser ponderados, de ahí que sea necesario realizar un juicio de proporcionalidad cada vez que se aplique este mecanismo de terminación anticipada.

2. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ESTÁ ÍNTIMAMENTE VINCULADO CON LA DOGMÁTICA PENAL

El segundo presupuesto para la aplicación del principio de oportunidad tiene que ver con la relación que esta institución procesal tiene con las diferentes categorías dogmáticas que hacen parte del derecho penal material señaladas por el autor colombiano, Perdomo, (2005).

Esto tiene dos implicaciones: En primer lugar, como se analizará enseguida, el principio de oportunidad solo puede aplicarse frente a conductas que tengan las características de una conducta punible, lo que obliga a determinar, por lo menos preliminarmente, la existencia de los elementos que hacen parte de la teoría del delito.

En segundo lugar, de forma más específica, varias de las causales del artículo 324 de la Ley 906 tienen consideraciones precisas de dogmática penal que deben establecerse al momento de analizar la procedencia del principio de oportunidad. Así, por ejemplo, las causales sexta y decimoprimeras implican que exista una conducta imprudente como presupuesto para la aplicación de esa figura. De la misma forma, la causal decimosegunda hace referencia a la categoría del juicio de reproche. Por su parte, la causal decimotercera tiene una clara referencia al concepto de antijuridicidad material, mientras la causal decimoquinta parte del supuesto del exceso en las causales de justificación. (Pag, 68,ss).

Lo anterior implica que la aplicación del principio de oportunidad en cualquiera de sus causales trae consigo el análisis de instituciones dogmáticas, las cuales deben estar acompañadas de los supuestos fácticos y jurídicos, además de elementos materiales probatorios que sustentan su procedencia.

3. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD TIENE COMO PRESUPUESTO EL HABERSE SUPERADO LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 (2004) establece:

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de

juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

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

De esta disposición se deduce que la aplicación del principio de oportunidad está reservada a situaciones que revistan las características de delito, en las cuales exista por lo menos una inferencia razonable de autoría o participación frente a un tipo concreto. Lo anterior significa que: (i). Debe desarrollarse, por lo menos, una mínima actividad investigativa que permita caracterizar la conducta como un posible delito; (ii). El principio de oportunidad no puede aplicarse a conductas sin un posible responsable conocido y, (iii). El principio de oportunidad solo puede aplicarse cuando estén determinadas las conductas objeto de investigación (juicio de tipicidad estricta mediante la calificación jurídica de los hechos). La necesidad de la existencia de estos dos requisitos se menciona en el artículo citado, según el cual, el principio de oportunidad se aplica “no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal”, lo que quiere decir que este principio solo podrá aplicarse siempre que se encuentren presentes los elementos necesarios para realizar una inferencia razonable que permitiría ejercer, frente a una persona en concreto, la acción penal.

En efecto, para que el fiscal, y posteriormente el juez de control de garantías, puedan verificar tanto el juicio de subsunción como el juicio de ponderación, es necesario que conozcan las conductas sobre las cuales podría recaer el principio de oportunidad, ya que solo así podrá determinarse, en primer lugar, cuál causal resulta aplicable y si existe una prohibición expresa para su implementación (v. gr. el delito de secuestro extorsivo) y, en segundo lugar, cuál es el peso específico de los principios en juego y su nivel de afectación. Lo anterior es reafirmado expresamente por el segundo inciso del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 (2004) según el cual:

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

La Corte Constitucional a través de sentencia, sobre este punto ha manifestado Vargas, (2010):

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 determinación. Esto solo es posible a partir de una mínima acreditación de la ocurrencia de un hecho que debe estar previamente definido en la ley.”

Una consecuencia más se sigue de este planteamiento: si dentro de la indagación o incluso dentro de la investigación el fiscal encuentra razonablemente que la conducta puede estar enmarcada dentro de una causal de ausencia de responsabilidad, deberá descartar ésta posibilidad en desarrollo de su programa metodológico, ya que de presentarse una de estas causales no existiría delito y, por lo tanto, no podría aplicarse en ese evento el principio de oportunidad.

C. MOMENTO PROCESAL PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El mencionado artículo 323 de la Ley 906 de 2004, establece algunos parámetros que deben tenerse en cuenta para aplicar el principio de oportunidad. En efecto, esta norma consagra que “La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento” podrá aplicar dicha institución.

De la redacción de la norma podría deducirse que el marco de aplicación del principio de oportunidad es entre la audiencia de imputación y hasta antes de la audiencia de juicio oral. Sin embargo, esto no es necesariamente así según lo señalan Bernal y Montealegre, (193, ss).

1. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN INDAGACIÓN

Cuando la norma señala que la aplicación de esta figura procesal inicia con la investigación, esto debe ser entendido de manera amplia, es decir, incluyendo la etapa de indagación. Por lo tanto, no es necesario efectuar una audiencia de imputación cuando de antemano se sabe que se aplicará un principio de oportunidad, ya que esto constituiría un desgaste innecesario para la administración de justicia e iría en contra de una interpretación sistemática de las normas procesales, en particular del principio de economía procesal.

Desde luego, tal como se señaló en el apartado anterior, esto no significa que no deban cumplirse unos requisitos mínimos respecto de la demostración de la posible responsabilidad penal del indiciado quien será beneficiado con el principio de oportunidad, ya que como se mencionó, no podrá aplicarse esta figura jurídica cuando no exista una inferencia razonable de autoría y participación y estén determinadas fáctica y jurídicamente las conductas sobre las cuales recaería el principio. Por lo anterior, es deber del fiscal en la audiencia de legalización del principio de oportunidad ante el juez de control de garantías, demostrar estos requisitos que desvirtúan, por lo menos parcialmente, la presunción de inocencia, más aún cuando la solicitud se realice antes de la audiencia de imputación.

2. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD INICIADA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL

Por otro lado, el legislador ha establecido un límite máximo para aplicar el principio de oportunidad: hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral. Sin embargo, este tampoco resulta ser un límite infranqueable. Excepcionalmente pueden existir hipótesis en las cuales, haciendo un juicio de ponderación estricto, resulte más beneficioso para las partes e intervinientes y para la administración de justicia la aplicación del principio de oportunidad, incluso cuando se haya iniciado el debate probatorio. Piénsese, por ejemplo, en la aplicación de un principio de oportunidad en la etapa de juicio que permita esclarecer y judicializar efectivamente a los responsables de un gran caso de corrupción estatal con base en la colaboración del acusado, y que permita, igualmente, recuperar una cantidad importante de dinero público que satisfaga los derechos de las víctimas y los perjudicados.

Lo anterior se fundamenta, en primer lugar, en que la Constitución no estableció límite alguno frente al momento procesal en el cual es posible aplicar esta institución jurídica estudiada y, en segundo lugar, en el principio de la instrumentalidad de las formas procesales, según el cual los procedimientos establecidos en la legislación penal tienen como objetivo la realización del derecho sustancial y de los principios constitucionales que se encuentran en juego dentro del proceso.

Debe mencionarse que existe una omisión legislativa en la regulación del principio de oportunidad frente a su posible aplicación cuando se está frente a una aceptación de cargos. Interpretando sistemática y teleológicamente esa figura procesal, no se encuentra ninguna limitante para que pueda emplearse, aun cuando exista previamente una aceptación de responsabilidad. Esto porque las finalidades de las dos figuras son diversas pero no excluyentes: mientras el allanamiento a cargos es una institución propia del derecho premial derivada exclusivamente del principio de economía procesal, el principio de oportunidad, como se explicó al inicio de esta Directiva, responde a múltiples finalidades propias de la política criminal del Estado. Como límite máximo para la aplicación del principio de oportunidad en estos eventos, realizando igualmente, una interpretación sistemática del Código de Procedimiento Penal, se tendrá la audiencia del artículo 447.

Con todo, en los eventos en que se pretenda aplicar el principio de oportunidad, con posterioridad a un allanamiento a cargos, el juicio de ponderación que lo legitima constitucionalmente es aún más estricto, ya que el beneficio obtenido con la aplicación de esta figura en el caso concreto deberá ser tan alto que justifique el no tener en cuenta la previa aceptación de responsabilidad.

D. MODALIDADES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El artículo 250 de la Constitución establece que la Fiscalía General de La Nación “No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.” (Negrillas fuera de texto). En desarrollo de esta norma constitucional, el Código de Procedimiento Penal, en el citado artículo 323, consagró que “La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.” (Negrillas fuera de texto). De esta regulación tanto constitucional como legislativa se deduce que existen tres modalidades para la aplicación del principio de oportunidad: suspensión, interrupción y renuncia. Sin embargo, no existe definición legal sobre el alcance de cada una de estas modalidades del principio de oportunidad.

Realizando una interpretación sistemática de las normas que regulan esta institución, podría definirse dichas modalidades de la siguiente forma:

1. INTERRUPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La interrupción de la acción penal se presenta cuando el trámite del procedimiento cesa por un lapso determinado como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad, sin que exista la imposición de ninguna condición al procesado durante su ocurrencia. Se aplica el

principio de oportunidad en la modalidad de interrupción, solo a modo de ejemplo, cuando se trate de las hipótesis contenidas en la causales 2 y 3.

2. SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La suspensión de la acción penal se presenta cuando el procedimiento cesa por un lapso determinado (que no podrá exceder de tres años, según el artículo 326 CPP) como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad, durante el cual el procesado queda sujeto al cumplimiento de las condiciones impuestas por la Fiscalía. Una vez verificado el cumplimiento se podrá proceder a la renuncia a la acción penal mediante la aplicación del principio de oportunidad en dicha modalidad, si esta era la finalidad que se pretendía con su aplicación.

Las condiciones, de diversa índole, están establecidas en el artículo 326 de Código de Procedimiento Penal, las cuales serán impuestas por el fiscal de conocimiento y avaladas por el juez de control de garantías, teniendo en cuenta para ello un juicio de proporcionalidad basado en la finalidad de cada condición, por un lado, y la finalidad buscada con la imposición del periodo de prueba por otro. Cabe preguntarse si estas condiciones son taxativas o simplemente ejemplificativas. Realizando una interpretación teleológica de esta figura se llega a la conclusión que la enumeración realizada en el artículo 326 no es de *numerus clausus*, sino que el fiscal podrá imponer otro tipo de condiciones siempre y cuando cumplan la finalidad buscada, sean proporcionales y respeten la dignidad humana, control que realizará el juez de garantías.

Es deber del fiscal de conocimiento realizar un seguimiento periódico del cumplimiento de los compromisos adquiridos durante el periodo de prueba, tal como lo establece el párrafo del artículo 326.

Aunque todas las modalidades de aplicación del principio de oportunidad son predicables de cada una de las causales, la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión es preferente cuando se apliquen las causales 4, 5 y 7 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y para verificar la colaboración eficaz en el marco de preacuerdos y negociaciones entre el procesado y la Fiscalía.

3. RENUNCIA DE LA ACCIÓN PENAL POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La renuncia de la acción penal se presenta cuando la Fiscalía General de la Nación desiste definitivamente de la persecución de uno o varios hechos o delitos y, por lo tanto, se extingue la acción penal respecto de estos, en los términos y con los efectos del artículo 329 de la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, tanto la interrupción como la suspensión son herramientas útiles que tienen como objeto no continuar temporalmente con un trámite procesal. Los principales objetivos de estas modalidades son, en primer lugar, preparar la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad renuncia y, en segundo lugar, sirven para detener provisionalmente el proceso a efectos de lograr un preacuerdo o una negociación con el imputado, por ejemplo, hasta que se verifique el cumplimiento de ciertas obligaciones. La interrupción y la suspensión son modalidades preparatorias de la renuncia, siempre y cuando el procesado cumpla los compromisos asumidos con la Fiscalía, las víctimas del delito y la sociedad en general.

4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LAS MODALIDADES DE INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN Y TÉRMINOS PROCESALES

En todo caso, cuando el fiscal de conocimiento compruebe la procedencia legal y constitucional de otorgar un principio de oportunidad en las modalidades de interrupción o suspensión deberá tener especial cuidado que la aplicación de esta figura no implique un posible vencimiento de términos, como el de la prescripción de la acción penal.

E. CAUSALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. ASPECTOS COMUNES A TODAS LAS CAUSALES

Varios aspectos deben ser precisados antes del estudio individualizado de cada causal:

a. LAS CAUSALES NO SON EXCLUYENTES: Un primer punto común a todas las causales, es que éstas no son excluyentes entre sí y, además, actúan de manera independiente.

Lo anterior implica que:

i. En un caso específico se puede otorgar el principio de oportunidad a una misma persona, respecto de varios de los hechos o delitos investigados, con base en diferentes numerales, siempre y cuando se cumplan los requisitos de establecidos en cada causal y su aplicación sea proporcional desde el punto de vista constitucional.

ii. Es posible otorgar un principio de oportunidad a una misma persona respecto al mismo hecho o conducta, pero con base en causales diversas, siempre y cuando se cumplan los requisitos de establecidos en cada causal y su aplicación sea proporcional desde el punto de vista constitucional. Así por ejemplo, puede otorgarse un principio de oportunidad frente al delito X cometido por el procesado, fundamentándolo en las causales cuarta y quinta, ya que su colaboración con la justicia estaba encaminada a: (i). La desarticulación de una banda organizada

(causal cuarta) y, (ii). Además, el procesado se comprometió a ser testigo de cargo en juicio contra los miembros de esa organización (causal quinta).

b. PUEDEN EXISTIR APLICACIONES PARCIALES: En segundo lugar, debe señalarse que pueden existir aplicaciones parciales del principio de oportunidad, esto es, aplicarse a solo algunos de los procesados o algunos de los delitos o hechos investigados. En este caso se presentará la ruptura de la unidad procesal.

c. LA INTERRUPCIÓN O SUSPENSIÓN NO NECESARIAMENTE LLEVAN A LA RENUNCIA DE LA ACCIÓN PENAL: En tercer lugar, debe señalarse que las causales del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, cuando se otorgan en las modalidades de suspensión o interrupción, no necesariamente deben estar encaminadas a una renuncia posterior de la acción penal. Estas dos modalidades, como se dijo, perfectamente pueden ser utilizadas como formas preparatorias de preacuerdos entre la Fiscalía y el procesado. De igual forma, al ser un ejercicio discrecional de la Fiscalía, esta podrá no otorgar el principio de oportunidad en la modalidad de renuncia, aunque se haya concedida en las modalidades de suspensión o interrupción, si no se dan las condiciones jurídicas para ello, como por ejemplo, cuando el procesado no haya cumplido con las condiciones impuestas por la Fiscalía en el periodo de prueba.

2. CAUSALES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL – LEY 906 DE 2004 PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Las actuales 17 causales contenidas en el artículo 324 (después de la modificación introducida por la Ley 1312 de 2009 y la declaratoria de exequibilidad de la causal 17 mediante sentencia del M.P. Vargas, (2010), pueden agruparse de acuerdo a las finalidades

constitucionalmente legítimas buscadas. Así, por ejemplo, encontramos causales relacionadas con el respeto al principio del non bis in ídem, con colaboración a la justicia, con la reparación a las víctimas, etc. Sin embargo, muchas de estas finalidades son compartidas en mayor o menor medida por varios de los numerales del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, como sucede con el numeral 1° y el 7°, los cuales comparten criterios relacionados con la indemnización a las víctimas, aunque su justificación primaria es distinta. Las causales consagradas en el artículo 324 son las siguientes:

a. CAUSAL PRIMERA

1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

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

b. CAUSALES SEGUNDA Y TERCERA

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

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

c. CAUSALES CUARTA Y QUINTA

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

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

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

d. CAUSAL SEXTA

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

e. CAUSAL SÉPTIMA

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

f. CAUSAL OCTAVA

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

g. CAUSAL NOVENA

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

h. CAUSAL DÉCIMA

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

i. CAUSAL DECIMOPRIMERA

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

j. CAUSALES DECIMOSEGUNDA Y DECIMOQUINTA

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

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

k. CAUSAL DECIMOTERCERA

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

l. CAUSAL DECIMOCUARTA

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

m. CAUSALES DECIMOSEXTA Y DECIMOCTAVA

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

18. Cuando el autor o partícipe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado.

Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento.

El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas.

F. LIMITACIONES DE CARÁCTER LEGAL

La mayoría de estas limitaciones, desde que fue concebida la figura en nuestro ordenamiento, las encontramos en los párrafos del artículo 324. Sin embargo, varias decisiones del legislador han ampliado el número de restricciones a la aplicación de esta figura, muchas veces, sin consultar la política criminal del Estado.

Además, estas limitaciones son normas que tienen estructura de regla, por lo cual, su cumplimiento es obligatorio y en ningún caso pueden ser obviadas, excepto que se presente la poco frecuente hipótesis en que pueda aplicarse la excepción de inconstitucionalidad en un caso concreto. Las limitantes establecidas por el legislador son las siguientes:

a. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN DELITOS RELACIONADOS CON NARCOTRÁFICO, TERRORISMO, SECUESTRO Y EXTORSIÓN. COLABORACIÓN A LA JUSTICIA (CAUSALES CUARTA Y QUINTA)

El párrafo primero del artículo 324 CPP restringe la aplicación del principio de oportunidad en los delitos tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas. Dicha restricción consiste en que para estos delitos solo procede el principio de oportunidad cuando se apliquen las causales cuarta y quinta, es decir, cuando exista una efectiva colaboración a la justicia. Sin embargo, la limitación es absoluta cuando se trata de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones criminales .

Al respecto resulta importante mencionar que, según la Corte Constitucional, esta limitante es de orden legal, más no constitucional y, por lo tanto, hace parte de la libertad de configuración del legislador, así lo señala en Sentencia el M.P. Escobar, (2007):

La Corte entra a estudiar el cargo según el cual los jefes y cabecillas de una organización delincuencial en ningún caso deben ser beneficiarios del principio de oportunidad. Sin embargo, la Corte estima que la Constitución Política no emana una premisa según la cual el mayor grado de responsabilidad tenga que ser, en todos los casos, un factor determinante de la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad penal. Al respecto obra la libertad de configuración del legislador, que puede consagrar distintas excepciones para la aplicación del principio de oportunidad penal, teniendo en cuenta la diversidad de supuestos de hecho a que se refieren cada una de las causales de aplicación de dicho principio. (pag, 34).

b. AUTORIZACIÓN DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CUANDO SE TRATE DE DELITOS CON PENA SUPERIOR A SEIS AÑOS EN SU MÁXIMO

El párrafo segundo del artículo 324 establece una limitación legal para la aplicación del principio de oportunidad basado en un criterio objetivo que eventualmente puede reflejar la gravedad del delito: la pena. Este párrafo se aplica a todas las causales establecidas en el artículo, excepto, desde luego, la causal primera.

Según esta limitación es competencia del Fiscal General o de su Delegado especial la decisión de aplicar un principio de oportunidad cuando el máximo de la pena exceda de seis años, contrario sensu, el Fiscal de conocimiento puede aplicar de manera directa el principio de

oportunidad en cualquiera de las causales (exceptuando la primera) cuando el delito tenga una pena máxima igual o inferior a seis años.

c. PROHIBICIÓN DE APLICAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CUANDO SE TRATA DE GRAVES INFRACCIONES AL DIH, DELITOS DE LESA HUMANIDAD, CRÍMENES DE GUERRA, GENOCIDIO Y GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS,

Esta prohibición, de carácter absoluto, responde, en primer lugar, a los compromisos internacionales del Estado colombiano, entre los cuales se encuentra la investigación y judicialización efectiva de los crímenes internacionales y de las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de acuerdo a los múltiples tratados internacionales ratificados por Colombia, vinculantes por ser parte del bloque de constitucionalidad y según lo establece el artículo 3° del Código Penal. Sobre esto ha mencionado la Corte Constitucional, como lo señala en sentencia, M.P. Vargas, (2010):

En el caso del parágrafo 3° del artículo 324 del C. de P.P., en la versión establecida por la Ley 1312 de 2009, es posible advertir que no se contemplan las graves violaciones de los derechos humanos dentro de las categorías de crímenes excluidos de la aplicación del principio de oportunidad.

Al respecto conviene reiterar que los compromisos internacionales del Estado colombiano en relación con la efectiva persecución y sanción de graves violaciones de derechos humanos, delitos de lesa humanidad e infracciones graves al derecho internacional humanitario, son el producto del consenso de la comunidad de naciones de combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos. La

gravedad de estos comportamientos, su dañosidad y su poder desestabilizador de los sistemas democráticos, obliga a las autoridades nacionales de justicia a investigar y sancionar a todos los responsables de estos hechos, obligación a la que no puede renunciar, ni siquiera bajo la sombra del principio de oportunidad.

Sobre este particular, esta Corporación señaló que ‘una de las limitaciones a la aplicación del principio de oportunidad es la existencia de acuerdos internacionales en virtud de los cuales Colombia se compromete a sancionar delitos que por su gravedad ofenden la conciencia social y resulta especialmente sensibles en el panorama internacional.

d. PROHIBICIÓN DE APLICAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CUANDO LA VÍCTIMA DE LA CONDUCTA SEA UN MENOR DE EDAD

El párrafo tercero del artículo 324 CPP contiene otra prohibición, fundamentada esta vez en la protección -con enfoque diferencial- hacia los menores de edad. Según esa norma, no puede aplicarse el principio de oportunidad “cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años”. Esta prohibición tiene su origen en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, según el cual:

BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

1. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

e. PROHIBICIÓN DE APLICAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA QUIENES HAN ACCEDIDO A UN CARGO PÚBLICO CON APOYO DE GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY O DEL NARCOTRÁFICO

Según el párrafo cuarto del artículo 324 de la Ley 906, está vedada la aplicación del principio de oportunidad para el procesado que haya accedido a un cargo público con el apoyo de organizaciones armadas al margen de la ley o del narcotráfico. Desde luego, esta prohibición recae no sobre la persona sino sobre el delito, es decir, la limitación solo es aplicable en las investigaciones que se sigan con motivo a la colaboración proveniente de los grupos ilegales o de narcotráfico para acceder o permanecer en un determinado cargo, más no en cualquier otra investigación que se siga contra ese mismo procesado que no esté relacionada con el acceso irregular al cargo o empleo público.

Por otro lado, esta causal se aplica respecto del apoyo recibido de manera irregular para acceder a cualquier clase de cargo o empleo público, no solo para los de elección popular.

Las razones de política criminal que fundamentan esta causal tienen que ver con la gravedad para la institucionalidad del Estado que personas que van a ostentar responsabilidades en la organización pública sean apoyadas por grupos delincuenciales.

SEGUNDA PARTE: BREVE RESUMEN ACERCA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA.

El fiscal en los Estados Unidos de América goza de la facultad de la “discrecionalidad” en razón a su investidura de servidor público, entendida esta, como que en sus manos está la posibilidad de acusar o no y, en el evento que lo haga, de plasmar valoraciones cualitativas o cuantitativas en los cargos que imponga.

Algunos estudiosos del derecho comparado sostienen que en los Estados Unidos , Bovino, (1996):

Se desconoce el principio de legalidad procesal que sí rige como regla en los países de tradición continental europea... y que obliga a los órganos estatales correspondientes a perseguir todos los delitos de acción pública de los que tengan noticia.

Así mismo este pensador, Bovino, (1996):

afirma que en Estados Unidos el principio de oportunidad es la regla absoluta del sistema, comprendida como un principio ético asumido como sociedad, en el cual debe existir una igualdad de oportunidades entre todos los individuos que la conforman.

A manera de comparación, la expresión legal de lo que en Colombia llamamos “principio d oportunidad”, es, en los Estados Unidos la “discrecionalidad del fiscal” en la acusación penal, la cual es considerada un instituto jurídico procesal, (www.stedwards.edu/ursery/norm.htm). Prosecutorial Discretion (discreción del acusador).

La discrecionalidad surgió como una herramienta que facilita el uso de los recursos “limitados” del Estado, de la forma más eficiente posible pero a la vez puede traer consecuencias

nefastas para los procesados al caer en las redes del poder del fiscal. De esto último concluimos que en los Estados Unidos no existen reglamentados controles concretos de la actividad del fiscal.

La discrecionalidad analizada desde dos posibles ejercicios del fiscal: No acusar y Acusar selectivamente.

Citamos dos ejemplos hipotéticos de casos en los que la facultad del fiscal de la discrecionalidad está intacta y en consecuencia decide no acusar; decide autónomamente no atenuar la pena, creando un eximente de responsabilidad de facto, con base en razones por ejemplo de política criminal y sin tener que cambiar una sola letra de la ley sustantiva; estos son.

- La esposa que asesina premeditadamente a su marido luego que este la ha maltratado por años tanto de manera física como psicológica.
- El padre de una menor de edad quién fuera abusada sexualmente, y quién termina por mano propia con la vida del violador de su hija.

En muchos de los casos la acusación selectiva también es de la autonomía del fiscal; si bien es cierto la Enmienda 14 de la Constitución Federal, aplicable a los estados federados, dice que ningún estado federado podrá “privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”, es más cierto aun que en el desarrollo jurisprudencial se resalta la amplia discreción que el gobierno tiene para decidir si acusa o no y a quién, así se resalta en Supreme Court, (1985) resumido:

En nuestro sistema de justicia criminal, el gobierno tiene amplia discreción para decidir a quién enjuicia. Esta amplia discreción reside en el reconocimiento de que la

decisión de acusar no es particularmente apropiada para que sea objeto de revisión judicial, por varios factores, entre otros los de economía procesal ya que examinar las bases de una acusación dilataría el proceso penal y apaciguaría la aplicación de la ley al someter las decisiones del fiscal a un escrutinio dañando la efectividad de la actividad del fiscal...

La Corte suprema tiene la amplia discreción de imponer la ley penal, así las decisiones de la fiscalía, como parte del ejecutivo, se presumen ajustadas a derecho y, en ausencia de una clara prueba que demuestre lo contrario, las Cortes asumen que tales decisiones son legales, dándoles la razón, por tanto la decisión de acusar o no, y respecto de que cargos incriminar, reposa enteramente en la discreción del fiscal.

Claro está, en el sentir de quién escribe este breve análisis, ambiguamente la Corte afirma que la discrecionalidad del fiscal está sometida a unos límites constitucionales, uno de los cuales consiste en la igualdad en la aplicación de la ley, frente a lo cual la acusación no puede presentarse por motivos de raza, religión u otra clasificación arbitraria; pero entonces queda en cabeza del acusado demostrar con evidencia clara y convincente que se le violó el principio de igualdad ante la ley.

Lo que más concretamente ocurre en el modelo de los Estado Unidos es la tendencia a la “negociación de las penas” es así como se intuye que hay un acuerdo general al observar que de los casos penales, menos de un 10% llega a juicio y sí el 90% de los casos se soluciona llegando a negociaciones de acuerdo entre el fiscal y el acusado, que como último trámite son sometidos a aprobación judicial.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-988 del 06 de marzo de 2006, M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- 2.- CREUS, Carlos, Invalidez de los actos procesales penales: Nulidad, Inadmisibilidad, Inexistencia, sobre el concepto de tipo procesal, 2ª. ed. Buenos Aires, 2004.
- 3.- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 4.- PERDOMO, Torres, Los principios de oportunidad y legalidad en Colombia, 2005.
- 5.- Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal Colombiano, 13ª. ed.
- 6.- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- 7.- BERNAL, Cuellar y Montealegre Lynett, El Proceso Penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, tomo 1, pág. 193 y ss. 2004.
- 8.- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-095 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gíl.
- 9.- BOVINO Alberto, Mecanismos de control de delitos que perjudican al Estado en el Derecho Federal de los Estados Unidos, en Revista Pena y Estado, 1ª. ed. 1996.
- 10.-V.NORMATIVE ETHICAL PRINCIPLES AND THEORIES: A brief overview, <http://www.stedwards.edu/ursery/norm.htm>.
- 11.- U.S. SUPREME COURT, Wayte V. United States. 470 U.S. 1985. texto resumido.