

**EL ACUSADOR PRIVADO Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
OPORTUNIDAD**

KAREN LIZETH ÁLVAREZ GONZÁLEZ

MARVY JOHANA MARICHAL SAAVEDRA

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

BOGOTÁ – 2018

**EL ACUSADOR PRIVADO Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
OPORTUNIDAD**

KAREN LIZETH ÁLVAREZ GONZÁLEZ

MARVY JOHANA MARICHAL SAAVEDRA

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DIRECTOR ALEXANDER DIAZ PEDROZO

BOGOTÁ – 2018

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPITULO I: La Institución Jurídica Del Principio De Oportunidad.....	9
Concepto del principio de oportunidad.....	10
La aplicación del principio de oportunidad en Colombia.....	12
Artículo 324 del C.P.P.....	13
La ubicación del principio de oportunidad en el procedimiento penal.....	17
Resolución No. 4155 de 2016 por la cual la Fiscalía reglamenta la aplicación del Principio de Oportunidad.....	19
Limitaciones A La Aplicación Del Principio de Oportunidad.....	20
CAPITULO II: La ley 1826 de 2017 y la conversión de la acción penal.....	21
El papel de la víctima en el procedimiento ordinario.....	23
La desmonopolización de la acción penal: Acto legislativo 06 de 2011.....	24
La conversión de la acción penal la figura del acusador privado.....	25
CAPITULO III: El principio de oportunidad en la ley 1826 de 2017.....	29
Facultades del acusador privado en la ley 1826 de 2017.....	30
El principio de oportunidad como facultad del titular de la acción penal – Acusador privado.....	32
Eventual procedimiento de la aplicación del principio de oportunidad cuando el titular de la acción penal es el acusador privado.....	36
Principio de Favorabilidad.....	37
CONCLUSIONES.....	38
REFERENCIAS.....	40

EL ACUSADOR PRIVADO Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Resumen:

El principio de oportunidad, entendido como la facultad de interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal, ha sido una de las herramientas más novedosas con las que cuenta el actual sistema penal acusatorio en Colombia, siendo, en muchas ocasiones, un punto muy polémico tanto para la opinión pública como para las mismas víctimas. Así, conceptualmente se entiende que el principio de oportunidad es aplicado por el titular de la acción penal, que en términos generales es la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, en la actualidad, se encuentra la figura del acusador privado, regulada en la ley 1826 de 2017, que mediante la conversión de la acción penal de pública a privada, otorga dicha titularidad de la acción a la víctima, esto a disposición y consideración del fiscal delegado, dejando de lado la idea del monopolio del Estado respecto a la persecución penal.

Abstract:

The principle of opportunity, understood as the ability to interrupt, suspend or renounce criminal action, has been one of the most novel tools available in the current accusatory criminal system in Colombia, being, in many cases, a very controversial point. both for public opinion and for the victims themselves. Thus, conceptually it is understood that the principle of opportunity is applied by the owner of the criminal action, which in general terms is the Office of the Attorney General of the Nation. However, at present, there is the figure of the private accuser, regulated by law 1826 of 2017, which by converting the criminal action from public to private, grants said ownership of the action to the victim, this at the disposition and consideration of the delegated prosecutor, leaving aside the idea of the monopoly of the state regarding criminal prosecution.

Palabras Claves: Acción penal, acusador privado, conversión de la acción penal, proceso especial abreviado, principio de oportunidad.

Keywords: Abbreviated special process, criminal action and conversion of criminal action principle of opportunity, private accuser.

INTRODUCCIÓN

Con el objeto de descongestionar los despachos judiciales, Colombia ha expedido la ley 1826 de 2017 mediante la cual se adicionó al código de procedimiento penal el título VIII referente al procedimiento penal abreviado y se reguló la figura del acusador privado. Esta legislación trae consigo un procedimiento mucho más expedito para ciertos delitos preestablecidos, pues con el procedimiento penal abreviado se pasa de 5 a 2 audiencias, la concentrada donde se fusiona la audiencia de acusación y la audiencia preparatoria, y la audiencia de juicio oral, toda vez que bajo este procedimiento, la acción penal inicia con el traslado que la fiscalía, o en su defecto el acusador privado, haga del escrito de acusación, suprimiendo así la audiencia de imputación.

Así, la figura del acusador privado, ya había sido reconocida mediante el acto legislativo 06 de 2011 al adicionar al artículo 250 de la Constitución Política el parágrafo 2° estableciendo que “el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación”; es decir, estableció un precepto constitucional que otorgaba al legislativo la facultad de expedir normas donde se contemplara la posibilidad de que la acción penal no fuese exclusiva de la fiscalía, como se ve con la ley 1826, al regular lo concerniente a la figura del acusador privado.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

Es así como la ley 1826 en su artículo 1° modificó el artículo 66 del C.P.P. al establecer en su inciso final que “Cuando se autorice la conversión de la acción penal pública a privada, y entre tanto esta perdure, la investigación y la acusación corresponderán al acusador privado en los términos de este código” y modificó además el artículo 559 al expresar que “el acusador privado hará las veces de fiscal” cuando el fiscal así lo autorizare en los delitos donde no se involucraran intereses colectivos o del Estado, es decir, con el reconocimiento constitucional del acusador privado y su respectiva consagración legislativa, se le otorgó al mismo las facultades con las que cuenta la fiscalía al momento de ejercer la acción penal.

Una de las facultades con las que cuenta la fiscalía es suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal a través de la figura del principio de oportunidad, cuyo soporte constitucional se encuentra en el acto legislativo 03 de 2002 que modificó el artículo 250 constitucional y estableció, entre otros, que la Fiscalía no podría suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos en que fuese procedente la aplicación del principio de oportunidad en virtud de la política criminal del Estado, y el cual se sometería a control de legalidad por parte del juez de control de garantías. Así, la ley 1312 de 2009, cuyo objeto fue propender por la aplicación del principio de oportunidad, definió al mismo como

(...) 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. (Congreso de la República, Ley 1312, 2009)

De tal manera, el principio de oportunidad puede entenderse como la excepción al deber constitucional que tiene el titular de la acción penal de adelantar y llevar a cabo

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

la investigación de todas aquellas conductas que revisten las características de delito. Por tal razón, la presente investigación tendrá por objeto dar respuesta a la pregunta de si ¿Cuál es el alcance de la expresión “el acusador privado hará las veces de fiscal” contenida en el artículo 29 de la ley 1826 de 2017, frente a la aplicación del principio de oportunidad?

Por tal razón, la presente investigación tendrá por objetivo principal analizar cuál es el alcance de la expresión “el acusador privado hará las veces de fiscal” contenida en el artículo 29 de la ley 1826 de 2017, frente a la aplicación del principio de oportunidad, para lo cual, como objetivos específicos, se reseñarán las características del principio de oportunidad dentro del Derecho penal Colombiano en sus fuentes primarias, se determinará la conversión de la acción pública penal a la acción privada penal, con la figura del acusador privado y finalmente se identificarán las facultades que la ley 1826 de 2017 otorga al acusador privado en el principio de oportunidad. Cada uno de estos objetivos desarrollará un capítulo para así darle respuesta a la problemática planteada en la presente investigación.

Así, el primer capítulo desarrollará el marco constitucional y legal del principio de oportunidad y su aplicación en el procedimiento penal colombiano, por su parte, el segundo capítulo tratará lo concerniente a la desmonopolización de la acción penal y la figura de la conversión de la acción, y por último se tratará en el último capítulo las facultades que el legislador otorgó al acusador privado en la ley 1826 y la posibilidad de que éste, en razón a dichas facultades, aplique el principio de oportunidad, ante lo cual se concluyó finalmente que, toda vez que la ley 1826 establece que el acusador privado hará las veces de fiscal y que en lo no regulado en la ley se deberá acudir al Código de procedimiento penal en relación al fiscal, y que la misma ley expresamente no restringe al acusador privado respecto de la facultad de aplicación del principio de oportunidad, éste podrá darle aplicación al mismo teniendo en cuenta las mismas reglas y restricciones que habría de reconocer el fiscal que le delegó su competencia.

MATERIALES Y MÉTODO: La presente es una investigación con enfoque cualitativo que se desarrollará bajo un tipo de investigación analítica y descriptiva, definida por Sampieri como aquel mediante el cual se pretende “describir fenómenos, situaciones, contextos y sucesos; esto es, detallar cómo son y se manifiestan. Con los estudios descriptivos se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis”(2014), pues a partir de las múltiples teorías que se estudiarán y que soportan la teoría del principio de oportunidad como una facultad del titular de la acción penal, y del estudio de la figura del acusador privado, se buscará comprobar la hipótesis establecida en la investigación, utilizando como instrumento la recopilación y análisis documental (Doctrina y jurisprudencia), instrumento que según la doctrina se basa en la “información obtenida indirectamente a través de documentos, libros o investigaciones adelantadas por otras personas ajenas al investigador (...) La recopilación documental es el acto de reunir un conjunto de datos e información diferente a través de testimonios escritos con el propósito de darle unidad” (Cerdeza, H., 2011, pág. 387). Además se pretenderá desarrollar una interpretación sistemática de los postulados de la ley 1826 relacionados con las facultades del acusador privado.

La investigación a su vez se encuentra enmarcada dentro un método de interpretación sistemática de los postulados de la ley 1826 relacionados con las facultades del acusador privado y la norma procesal penal en cuanto a las facultades de la fiscalía. Este tipo de investigación debe entenderse como aquel en el que el “operador jurídico debe intentar poner la norma jurídica a interpretar en relación con otras normas jurídicas que regulan esa institución, con las demás normas del sistema jurídico y también con los principios normativos que están en la base de todo el sistema y que normalmente vienen explicitados en el texto constitucional” (Martínez y Fernández, 1994)

Capítulo I

La Institución jurídica del Principio de Oportunidad

Una de las novedades que trajo consigo el Acto Legislativo 03 de 2002 al Sistema Penal Acusatorio de la posterior Ley 906, fue la inclusión de la institución jurídica llamada “principio de oportunidad”, que constituye, según la Corte Constitucional, “una excepción a la obligación constitucional que recae sobre la Fiscalía y que la obliga a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos delictivos.”(Corte Constitucional, 2008). En una breve fragmentación de lo dicho por la Corte, se refiere al principio de oportunidad como una excepción en virtud del también principio de legalidad que rige el sistema penal Colombiano, y que obliga a la fiscalía ejercer la acción penal, por lo que en desarrollo de dicho principio de legalidad, el principio de oportunidad, reglado en el caso Colombiano, facultad al fiscal para prescindir de la acción penal, ya sea en forma de suspensión, interrupción o renuncia a la misma.

El Concepto Del Principio de Oportunidad:

Inicialmente, la normatividad colombiana no contemplaba expresamente lo que debía entenderse por principio de oportunidad, toda vez que el código de procedimiento penal se limitó a establecer los eventos en los cuales era procedente su aplicación, por

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

lo que no fue sino hasta la promulgación de la ley 1312 de 2009 que se tuvo una definición normativa de dicho principio, estableciendo en su artículo 1º, que:

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.

El principio de oportunidad no constituye en sí mismo un criterio orientador del derecho penal, por lo que su esencia no es la de un principio, sino la de una institución jurídico penal que se utiliza excepcionalmente y que genera efectos en el ámbito procesal. De esta manera, la doctrina ha buscado definir lo que debe entenderse por principio de oportunidad, así:

Es la excepción al principio de legalidad y por él se faculta a la fiscalía, en casos expresamente determinados en el código de procedimiento penal, para optar entre investigar o dejar de hacerlo de acuerdo con conveniencias político-criminales, así la prueba conduzca a la existencia de la conducta punible y a la responsabilidad del imputado, pero con el requisito adicional de que esa decisión solo se consuma con el aval del juez que ejerce la función de control de garantías (Orejana, 2007, p. 26)

Así mismo, autores como José Joaquín Urbano, han definido esta institución jurídica como “la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal por razones políticos criminales. Es una atribución reglada y sometida a control” (Urbano, 2006).

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

Por su parte, en sentencia C-095 de 2007, la H. Corte Constitucional ha hecho referencia a la facultad discrecional que se le ha otorgado al ente acusador frente al ejercicio de la acción penal, así:

El Acto Legislativo 03 de 2002 concibe un principio de oportunidad reglado, es decir, que al momento de aplicarlo para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, lo podrá ser solo con fundamento en alguna de las causales expresamente señaladas por el legislador, con el debido control de la legalidad ante un juez de control de garantías (Corte Constitucional, C-095 de 2007).

Como se ha manifestado anteriormente en algunas definiciones, muchos autores han encontrado en el principio de oportunidad una vulneración al principio de legalidad, por permitirle al ente acusador, aún bajo la existencia de posibles conductas punibles, renunciar a la acción penal. Por su parte, otros autores menos críticos del principio de oportunidad, lo entienden como una contradicción justificada o una excepción a aquel de legalidad, así, Roxín ha definido dicha institución jurídica, así:

El principio de oportunidad es la contraposición teórica al de legalidad, mediante la que se autoriza al fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo – archivando el proceso – cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito. (Armenta Dreu, 1991)

De igual manera, la Corte Constitucional ha establecido las características propias del principio de oportunidad así:

i) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; ii) es una figura de aplicación excepcional y reglada; iii) las causales de aplicación deben establecerse por el legislador de manera clara, precisa e inequívoca y estar conforme a la Constitución; iv) su regulación debe ser compatible con la vigencia

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

de un orden justo, el principio de legalidad y los derechos de las víctimas; v) el fiscal goza de un margen razonable de interpretación en la aplicación de la ley pero este no es ilimitado; vi) estará sujeto al control de legalidad por el juez de control de garantías. (Corte Constitucional, C-387 de 2009)

Aplicación de Principio de Oportunidad en Colombia:

La aplicación del principio de oportunidad en legislaciones como la Colombiana encuentra las causales de aplicación y sus límites determinados de forma expresa, y su precepto constitucional requiere que para su aplicación se demuestre la existencia de motivos suficientes para considerar que en efecto ha ocurrido una conducta punible, es decir, que sin conducta típica no habría lugar a la aplicación de un principio de oportunidad, sino que se estaría frente a una preclusión de la acción penal por atipicidad de la conducta.

Así, el principio de Oportunidad en Colombia encuentra sustento en el artículo 250 de la Constitución Nacional, que establece que:

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

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. (Constitución Política, 1991)

Como se ha expresado, el principio de oportunidad cuenta con 3 efectos: la renuncia, la suspensión o la interrupción de la acción penal. En el primer evento, es decir, la renuncia a la acción penal, cuando el juez de control de garantías realiza el respectivo control de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, y su decisión avala la aplicación del mismo, la renuncia tiene efectos de cosa juzgada. Por el contrario, en los dos eventos siguientes, es decir la suspensión o interrupción, el incumplimiento de la condición que dio lugar a la aplicación del principio genera que la decisión del juez avalando el mismo no tenga efectos de cosa juzgada y pueda reactivarse la persecución penal.

Artículo 324 del C.P.P.

También resalta el artículo en mención el carácter reglado de la aplicación del principio de oportunidad, por lo que solamente se podrá aplicar en virtud de las causales taxativamente contempladas en el artículo 324 del Código de Procedimiento penal, así:

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 esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.

De esta primer numeral pueden extraerse varios aspectos: En primer lugar, uno de los requisitos para aplicación del principio de oportunidad bajo esta causal es que el delito que se haya cometido sea sancionado con pena privativa de la libertad cuya máxima no sea mayor a 6 años, es decir, excluye los delitos sancionados con penas no privativas de la libertad. En segundo lugar “la reparación integral a la víctima” también se

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

constituye como requisito para la aplicación de esta causal, para lo cual habrá que remitirse al artículo 132 del C.P.P. que establece quién es víctima, y a la jurisprudencia que ha desarrollado su concepto; y finalmente, debe establecerse la ausencia de Interés del Estado.

Las causales 2 y 4 tratan el tema de la extradición, la causal 3 trata de la entrega de la persona a la Corte Penal Internacional y la Causal 5 trata de la desarticulación de bandas criminales, caso donde no es procedente la conversión de la acción penal de pública a privada, conforme se establece en el artículo 32 de la ley 1826 de 2017.

6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.

7. Cuando el imputado 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 punitiva.

Esta causal, es la también llamada pena natural, que se entiende como “el mal que se autoinflinge el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón”.(Zaffaroni et al, 2007, P. 739). En este caso, la causal como principio de oportunidad toma como fundamento de su aplicación los eventos en que la conducta punible haya causado un daño moral o físico grave al autor de la misma y que resulte excesivo interponer una pena o sanción. Por tal razón, en estos eventos es menester

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

que la conducta se culposa, que el daño autoinfligido sea grave y que la imposición de una pena resulte excesiva en virtud a dicho daño.

8. 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.

En esta causal, lo que procede es la suspensión condicionada de la acción penal que en dado cumplimiento por parte del procesado, podría llegar a extinguir la acción en virtud del archivo definitivo de las diligencias, o a darle continuidad a la misma cuando se incumplan las condiciones pactadas.

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

En esta causal, y en razón a su gravedad, su determinación por parte de un particular en virtud de la conversión de la acción penal, no sería procedente, pues sería el fiscal quien deberá determinar si la seguridad del Estado se encuentra en riesgo o amenaza.

10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

Respecto de esta causal, la ley 1826 de 2017 establece expresamente en su artículo 28 que “la conversión de la acción penal de pública a privada podrá autorizarse

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

para las conductas que se tramiten por el procedimiento especial abreviado, a excepción de aquellas que atenten contra bienes del Estado”, razón por la cual, no habiendo conversión de la acción penal en estos delitos, menos podría hablarse de la aplicación del principio de oportunidad por parte del acusador privado.

11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan 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.

Esto quiere decir que para que proceda la aplicación de dicha causal, el objeto material del delito debe encontrarse en tales condiciones de deterioro que su persecución penal resulte más costos y no justifique un desgaste de la administración de justicia, como podría darse en el caso del hurto de un carro abandonado o en mal estado que se encuentre en lugar solitario o despoblado.

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

Esta causal exige ciertas características de la conducta y es que la misma se haya dado de forma culposa, y que además el resultado proveniente de dicha conducta sea mermado.

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.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

Es decir, en esta causal se toma en consideración la necesidad de la pena en razón a los fines de la misma y al juicio de culpabilidad.

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

Bajo esta causal se establecen varias características como que el bien jurídico afectado sea de carácter colectivo y su afectación sea mínima, que exista una efectiva reparación del perjuicio ocasionado y que se garantice su no repetición.

15. 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.

Esta causal toma en consideración las consecuencias que generaría la persecución penal de un delito cuando éstas sean generar un mayor problema al ocasionado con la conducta punible.

Finalmente, la causal 16 hace referencia al principio de oportunidad aplicado a aquella persona que se haya prestado para adquirir bienes provenientes de conductas punibles y que los haya devuelto al fondo para reparación de víctimas, la causal 18 hace referencia a los delitos de cohecho.

Sin embargo, algunos doctrinantes afirman que aun cuando existen causales taxativas de aplicación del principio de oportunidad, estas incluyen expresiones tan amplias como “ausencia de interés” o “no tuviere importancia” que otorgan al titular de la facultad de aplicación de dicho principio, una discrecionalidad interpretativa para ello.

La ubicación del principio de oportunidad en el procedimiento penal.

El proceso penal con la ley 906 se divide en tres etapas: En primer lugar, una etapa de indagación que se adelanta en la fiscalía con apoyo de la policía judicial y que inician su actividad en razón a una denuncia, querrela o noticia criminal, la segunda etapa es la de investigación que dirige la fiscalía y que presenta ante el juez de control de garantías, quien conoce de todas aquellas audiencias preliminares que en virtud de dicha investigación, puedan surgir. Por último se encuentra la etapa de Juicio que se adelanta ante el juez de conocimiento y que inicia con la radicación del escrito de acusación, pasando por la audiencia de formulación de acusación, audiencia preparatoria, audiencia de juicio oral y audiencia de lectura de fallo e individualización de la pena cuando hubiese lugar. En este sentido, establece el artículo 323 de C.P.P. que será procedente la aplicación del principio de oportunidad antes de la celebración de la audiencia de juzgamiento, ya sea durante la etapa de investigación o de juicio.

Anteriormente, se afirmaba que la aplicación de principio de oportunidad solo era procedente en etapa de investigación, esto es, entre la formulación de imputación y antes de la formulación de acusación, pues se consideraba que en etapa de juicio el fiscal no podía disponer de la acción penal. Sin embargo, mediante la ley 1312 de 2009, se modificaron varios aspectos relacionados con la figura del principio de oportunidad, tanto así que la Corte Constitucional reconoció que:

La Ley 1312 de 2009, que reformó la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad (arts. 323 a 327), tuvo como fundamento ampliar las posibilidades procesales y sustanciales de procedencia del principio de oportunidad, extendiendo su aplicación a la etapa del juicio y estableciendo nuevas causales. Así lo afirmó la Corte en la sentencia C-936 de 2010, al extraer de los antecedentes legislativos que las razones que llevaron a la expedición de dicha ley consistieron principalmente en reformular algunas de las disposiciones

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

del Código de Procedimiento Penal, combinando conceptos de insignificancia, reparación, interés de la víctima, formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos, colaboración con la justicia, en la pretensión de establecer definiciones claras y concordantes con el Estatuto Superior (art. 250) para que opere el principio de oportunidad tanto en la investigación como en el juzgamiento. (Corte Constitucional, C-387/14, 2014)

Resolución No. 4155 de 2016 por la cual la Fiscalía reglamenta la aplicación del principio de oportunidad.

Esta resolución tiene como objeto “unificar y reestablecer la reglamentación y trámite del principio de oportunidad promoviendo su aplicación conforme a la constitución, la jurisprudencia constitucional, el marco de funcional conferido al Fiscal General de la Nación” en la materia del principio de proporcionalidad como instrumento Constitucional para la política criminal del Estado, cuya consagración y aplicación debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, donde confluyen factores como la adecuación, necesidad y proporcionalidad, enmarcados dentro de un test de ponderación.

Dicha resolución trae consigo términos como “inmunidad” que debe entenderse como

(...) una figura que permite llevar a juicio el testimonio de una persona a pesar de que los datos que ésta suministre den cuenta de su participación en una conducta punible. Para tales efectos, el Estado queda imposibilitado para utilizar dicha información para judicializar al deponente. La figura de la inmunidad permite armonizar dos intereses constitucionalmente relevantes: el esclarecimiento de un delito en especial y la protección del derecho a la no autoincriminación. (Bedoya Sierra, L., 2008, p. 160)

Así, dicha normatividad hace relación a la inmunidad al establecer que la misma es la consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad, que recae sobre a aquella persona participe o autora de conducta punible, sirva como testigo de cargo en contra de los demás procesados.

Así mismo debe entenderse que la aplicación del principio de oportunidad si bien es discrecional de la fiscalía, no puede ser arbitraria ni ilimitada, toda vez que la misma debe someter su decisión al control judicial, en virtud de las garantías de los derechos de las víctimas, diligencia dentro de la cual el fiscal deberá acreditar que la víctima o su representante conocen de la celebración del principio de oportunidad, sus efectos, contenido y la posibilidad de manifestar su posición frente a la aplicación de dicha institución jurídica.

Es así como el principio de oportunidad se aplica en tres modalidades: interrupción, suspensión o renuncia de la acción penal, siempre previa autorización del juez de garantía. La interrupción, contrario a la suspensión, no se impone condición alguna para la aplicación de principio de oportunidad. Por su parte, mediante la renuncia la fiscalía desiste completamente de la persecución penal, y en tal razón, se extingue la acción penal.

Limitaciones A La Aplicación Del Principio de Oportunidad.

Como se mencionó con anterioridad, si bien la aplicación del principio de oportunidad es una facultad discrecional del titular de la acción penal, la misma no es ilimitada, por las siguientes razones:

Control judicial: Luego de tomada la decisión por parte del fiscal de la aplicación del principio de oportunidad, el mismo debe acudir ante el juez de control de garantías para su respectivo control de legalidad, siempre que su aplicación extinga la acción penal.

Artículo 324 de la ley 906 de 2004: Si bien la facultad de aplicar el principio de oportunidad es discrecional de la fiscalía, el mismo solo podrá aplicarse dentro de las causales taxativamente consagradas en la norma.

Paragrafo 3° del artículo 324 de la ley 906 de 2004: Establece la normatividad que el fiscal no podrá hacer uso del principio de oportunidad en caso de violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.

Causales exclusivas de la Fiscalía General de la Nación y el Vicefiscal General de la Nación: Tal como lo establece la resolución 4155 de 2016, la aplicación del principio de oportunidad en las causales 2, 3, 4, 5, 8, 9, 14 y 18 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, son competencia exclusiva del Fiscal General de la Nación y eventualmente del Vicefiscal General de la Nación en las causales 9 y 14 de la misma norma.

Control previo: Cuando el delito exceda los 6 años de pena máxima, la aplicación del principio de oportunidad será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

Capítulo II

La Ley 1826 De 2017 y la Conversión de la Acción Penal

La ley 1826 de 2017, como se mencionó anteriormente, busca establecer un proceso más rápido para determinados delitos, específicamente para aquellos que se consideran como menos graves, a partir de la supresión del procedimiento penal especial o procedimiento abreviado, pero además regula el tema relacionado con la acusación privada, entendida esta como la figura a través de la cual se le otorga la facultad a la víctima de asumir la acción penal en determinados eventos.

De tal manera, la ley 1826 establece un proceso distinto al ordinario, que se caracteriza por las siguientes diferencias:

- Inicio del proceso: Mientras que el acto procesal que inicia formalmente la investigación dentro del procedimiento ordinario es la formulación de imputación, en el procedimiento abreviado se inicia mediante el traslado del escrito de acusación, que interrumpe el término de prescripción y le otorga la calidad de parte al indiciado.

Es hasta antes de este momento, es decir, hasta antes del traslado del escrito de acusación, que la víctima podrá solicitar la conversión de la

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

acción penal de pública a privada y adquirir, si así lo concede el fiscal, la calidad de acusador privado.

- **Supresión de audiencias:** Mientras que en procedimiento ordinario inicia con la formulación de imputación, en el procedimiento abreviado se suprime dicha audiencia, razón por la cual, en los delitos que se tramitan mediante este procedimiento, el juez de control de garantías prescinde del conocimiento de audiencias de imputación, y solo conocerá entonces de las demás preliminares. Si el proceso no requiere de audiencias preliminares, entonces iniciará con el traslado del escrito de acusación que debe hacerse en el despacho del fiscal, para posteriormente llevarse a cabo la audiencia concentrada que se conforma por la audiencia de formulación de acusación y la audiencia preparatoria, para finalmente llevar a cabo la audiencia de juicio oral. Además, toda vez que se corre traslado de la sentencia, se reemplaza la audiencia de lectura de fallo.
- **Términos entre audiencias:** Desde el traslado del escrito de acusación, el fiscal o el acusador privado contará con el término de 5 días para presentarlo, momento desde el cual la defensa cuenta con 60 días para prepararse y dentro de los 10 días siguientes deberá citarse a audiencia concentrada. Posteriormente se cuentan con 30 días para realizar la audiencia de juicio oral, momento desde el cual el juez contará con el término de 10 días para proferir sentencia y correr traslado de la misma y las partes contarán con un término de 5 días para la interposición de recursos, que se hará por escrito.
- **Acusador Privado:** Mientras que en el procedimiento ordinario el titular de la acción penal será siempre la fiscalía, en el procedimiento especial abreviado se permite que la víctima se constituya como acusador privado a través de la figura de la conversión de la acción penal de pública a privada, en aquellos delitos que se tramiten mediante este procedimiento, excepto en aquellos que atenten contra los bienes o intereses del Estado.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

En tal sentido, al artículo 29 de la ley 1826 establece que el acusador privado hará las veces de fiscal.

- **Allanamiento:** En el procedimiento ordinario cuando una persona es capturada en flagrancia y esta se allana su descuento no será de hasta el 50% sino de hasta una cuarta parte de ella, sin embargo, en el procedimiento abreviado, aun existiendo una captura en flagrancia, cuando el acusado se allana entre el traslado del escrito de acusación y la audiencia concentrada, tendrá derecho a una rebaja de hasta el 50%.
- **Incidente de reparación:** Cuando la acusación sea pública, es decir, a través de la fiscalía, el incidente de reparación se tramitará de la misma manera que se tramita en el procedimiento ordinario. Sin embargo, cuando se convierta la acción penal de pública a privada, la víctima debe establecer en el escrito de acusación su pretensión de reparación y descubrir, enunciar y solicitar los elementos materiales probatorios que pretenda hacer valer para soportar dicha pretensión.

Así, la Víctima en el procedimiento penal, tanto en el abreviado como en el ordinario, ha ido adoptando una posición cada vez más participativa como se verá a continuación.

El Papel De La Víctima En El Procedimiento Ordinario:

Han sido bastantes los cambios que se han suscitado alrededor del papel o el rol de la víctima dentro del procedimiento penal, para lo cual los pronunciamientos de la Corte Constitucional han jugado un papel preponderante, como es el caso de la Sentencia C-228 de 2002 que marcó el punto de partida del reconocimiento de las víctimas no solamente en virtud de su interés de reparación económica sino además en relación con su derecho a la verdad y a la justicia, precedente que se reforzó con la sentencia C-805 de 2002.

En el año 2004, con la expedición de la ley 906, se trató brevemente el tema de las víctimas, otorgándole la calidad de interviniente en el proceso penal, y nuevamente fue la Corte Constitucional, mediante sentencia C-516/07, quien le otorgó a las mismas la calidad de intervinientes especiales, tanto así que se les otorgó facultades de pronunciarse o manifestarse en audiencia, por ejemplo, en aquella de solicitud de preclusión, donde ha de escucharse la opinión de la víctima respecto de la misma, permitiéndoseles incluso la posibilidad de solicitar pruebas sin poder practicarlas, todo esto sin transgredir el principio de igualdad de armas entre defensa y fiscalía, pues ésta última monopolizaba la acción penal, pues la misma se encontraba única y exclusivamente a su cargo.

La Desmonopolización De La Acción Penal: Acto Legislativo 06 De 2011

El artículo 250 de la Constitución Política estableció las facultades y funciones de la Fiscalía reconociéndola como aquella entidad “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”, es decir, la Constitución entregó la titularidad de la acción penal a la Fiscalía y esta se constituyó como su monopolio.

Sin embargo, mediante el acto legislativo 06 de 2011, se adicionó al artículo 250 un párrafo 2° que estableció lo siguiente:

Parágrafo 2°. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.

Lo contemplado en dicho párrafo dio lugar a una desmonopolización de la acción penal y le otorgó la facultad al legislador de regular lo concerniente a la entrega de la misma a los particulares o a otras autoridades, teniendo en cuenta la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, todo ello encaminado a descongestionar los despachos de los fiscales cuando verse sobre delitos de menor relevancia o impacto social. Los motivos de la expedición de dicho acto legislativo fue la necesidad de dar respuesta a la acumulación de procesos de delitos de pequeño impacto que se veían limitados a una etapa de indagación, pues los esfuerzos de la fiscalía se concentraron en los delitos de mayor lesividad.

Así, la monopolización de la acción penal se ha visto flexible, pues, “dicha fluctuación”, refiriéndose a la de dicha acción, “varía también entre el monopolio absoluto del ejercicio de la acción penal por parte del Estado y la inexistencia de dicho monopolio” (Matusan Acuña, et al, 2013, p. 9) en virtud de la denominada acción penal privada, y que se ha constituido como una polémica novedad dentro del procedimiento penal, específicamente, del abreviado. Si bien no constituye el objeto de la presente investigación, esto no obsta para poner de presente que son muchos los cuestionamientos que se le hacen a esta figura jurídico-penal, particularmente, aquellos relacionados con la capacidad económica de quien quiera constituirse como acusador privado y de los retos que se le presentan al mismo, por ejemplo, en asuntos como el apoyo de instituciones públicas o privadas para el acceso a la información, entre otros “obstáculos investigativos”. (Guzmán Díaz, C. (coord.), Londoño, J., 2017, p. 224).

La Conversión De La Acción Penal Y La Figura Del Acusador Privado

En la figura del acusador privado puede tenerse como referente histórico aquellos antiguos sistemas penales, como el de Grecia o Roma, donde se clasificaban los delitos en público y privados. Los primeros eran investigados por las autoridades públicas en virtud de la vulneración a los intereses de la sociedad, mientras que los segundos eran

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

perseguidos e investigados por los ofendidos de la conducta. Estos delitos de naturaleza privada también eran vistos como tales en el derecho anglosajón, que fue heredado por Norteamérica en donde se consideraba que los efectos de los delitos, al solo interesar a la víctima, debían ser perseguidos de forma privada.

Otro claro ejemplo histórico de la acusación privada es la Ley del Talión o “el ojo por ojo y diente por diente”, en donde el ofendido ejercía sobre el ofensor los mismos daños que éste último le ocasionó. Sin embargo, con el paso del tiempo fue evidente que dichas acusaciones privadas daban lugar a un proceso vengativo, que solo generaba un círculo de violencia, además, se reconoció que muchas de las conductas delictivas que se cometían ofendían no solamente a la víctima directa, sino a la sociedad en general, por poner en peligro sus pautas de conducta y su expectativa, razón por la cual la acción penal no era solo de quien resultaba directamente ofendido.

Así pues, el legislador sustenta la aplicación de la figura del acusador privado en la necesidad de descongestión de los despachos de los fiscales, por lo que la ley 1826 establece la figura de la “*Conversión de la Acción*” mediante la cual la fiscalía entrega la titularidad de la misma a la víctima quien la ejerce a través de la representación de un abogado de confianza o de un estudiante de consultorio jurídico de universidad acreditada.

En este sentido, la Resolución 2417 de 2017 definió en su artículo 5° la Conversión de la Acción penal como “la decisión mediante la cual la Fiscalía General de la Nación autoriza el ejercicio de la acción penal privada”, que podrá solicitarse hasta antes del traslado del escrito de acusación. Igualmente puede hablarse en este punto de la reversión de la acción penal, que la define la misma norma en el art. 20 como “la orden

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

mediante la cual la Fiscalía General de la Nación retoma el ejercicio de la acción penal que anteriormente había sido entregada al acusador privado”.

De tal manera, la conversión de la acción penal solo podrá solicitarse antes del traslado del escrito de acusación, y en virtud de su característica de ser transitoria, la fiscalía podrá revertir dicha conversión cuando lo considere pertinente, mediante decisión motivada. De igual manera, la ley limita la conversión a aquellos delitos contemplados taxativamente en su artículo 10°, excepto en aquellos relacionados con bienes del Estado.

Para tales efectos, cuando la víctima quiera constituirse como acusador privado, deberá, además de acreditar su calidad de víctima, solicitar de forma escrita la conversión de la acción penal, para lo cual, la fiscalía contará con un término de 1 mes para resolver la solicitud. Así mismo, la ley es clara al establecer en su artículo 32 la imposibilidad de la conversión de la acción penal cuando 1. No se acredite la calidad de víctima, 2. Cuando no se tenga plena identificación del investigado, 3. Cuando el investigado pertenezca a una organización criminal y el hecho investigado se relacione con esta, 4. Cuando el investigado sea inimputable, 5. Cuando se esté frente a un concurso de delitos, donde alguno de ellos no sea susceptible de procedimiento abreviado, razón por la cual se han de tramitar mediante el procedimiento ordinario, 6. Cuando la conversión implique riesgo para la víctima, 7. Cuando haya número plural de víctimas y no exista acuerdo para la conversión. 8. Cuando existan razones de política criminal o interés del Estado, 9. Cuando se traten de procesos tramitados ante el Sistema de Responsabilidad penal para adolescentes. 10. Cuando la conducta sea objetivamente atípica.

Capitulo III:

El Acusador Privado En La Ley 1826 De 2017

La figura de la acusación privada en Colombia, como se mencionó anteriormente, se abrió camino en el año 2011, cuando mediante el acto legislativo 06 se adicionó un párrafo 2° al artículo 250 constitucional que expresó la posibilidad de que en determinados delitos, la acción penal estuviese en cabeza de privados o autoridades diferentes a la fiscalía.

Así el artículo 27 de la ley 1826 de 2017 define al acusador privado como “aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado”, es decir, la figura del acusador privado permite, de forma transitoria y revocable, que aquella persona que ha sido víctima de una conducta punible contemplada taxativamente en esta ley, ejerza la acción penal a través de un abogado, o de un estudiante de consultorio jurídico de universidad acreditada.

De igual manera, para poder solicitar la conversión de la acción penal, quien se considere víctima deberá acreditar su condición como tal, puesto que es esta

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

característica lo que permite su reconocimiento como acusador privado, y cuando sea un número plural de víctimas, todas deben encontrarse de acuerdo para que a través de un mismo abogado se lleve a cabo la conversión de la acción.

Facultades Del Acusador Privado Según La Ley 1826:

La ley 1826 establece lo siguiente:

El acusador privado hará las veces de fiscal y se seguirán las mismas reglas previstas para el procedimiento abreviado establecido en este libro. En todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por este título respecto de las facultades y deberes del acusador privado, se aplicará lo dispuesto por este código en relación con el fiscal.

Es decir, puede entenderse de este aparte de la norma que será el acusador privado el titular de las facultades de la Fiscalía cuando se convierta la acción penal de pública a privada, y que en todo aquello que no se contemplara en la misma respecto de las facultades del acusador privado, se acudirá a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal frente a las facultades o funciones del fiscal. Esto a su vez quiere decir que, si expresamente la ley 1826 no estableció límites determinados a las facultades del acusador privado, como la prohibición de la ejecución directa de ciertos actos complejos (interceptación, la inspección corporal, los allanamientos) tal como lo establece su artículo 36, el acusador privado tendrá las mismas funciones que la fiscalía, cuando ejerce la titularidad de la acción penal.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

Esto en virtud del principio de integración que rige el procedimiento penal, y, para el caso, el procedimiento especial abreviado, puesto que en todo aquello que no se contemple directamente dentro de la norma que regula dicho procedimiento, se acudirá a lo establecido en el Código de procedimiento penal y el código penal.

Sin embargo, autores como Andrea Bermúdez establecen la necesidad de distinguir y hacer claridad respecto de lo que debe entenderse por “acción penal” a partir de lo cual deben entenderse las facultades del acusador privado cuando se le traslada el ejercicio de dicha acción. Para tales efectos, la autora afirma que:

Con respecto a las facultades del acusador privado, esta norma es clara en referir que tiene las mismas que el fiscal, sin embargo, como se ha planteado en precedencia existen cuestionamientos sobre aquellas facultades que no implican el ejercicio de la acción sino justamente una decisión autónoma y sin control judicial de no ejercerla, como el archivo de las diligencias por conciliación o desistimiento cuando tiene lugar antes de la presentación del escrito de acusación (...)

Así, la acción penal tiene su fundamento en el artículo 250 de la Constitución Política, reformado por el acto legislativo 03 de 2002, que impone a la Fiscalía el deber de investigar todas las conductas punibles a través del ejercicio de dicha acción, es decir, la acción penal es la conducta positiva o negativa (como en el caso de los preacuerdos o la aplicación del principio de oportunidad), que ejerce la fiscalía para investigar y llevar ante un juez toda conducta que viole la ley penal.

Es así como dicho concepto conlleva a su vez a la noción de persecución penal, que los autores han definido como

(...) un programa de Estado, ejecutado por un fiscal, por la Fiscalía, que debe dentro de su gestión presentar ante los jueces, demandar ante los jueces, a los posibles infractores de la ley penal y, en la óptica de demostrar la responsabilidad del pasible del procedimiento, es decir, el acusado, llegar a la verdad procesal y que ésta sea lo más cercana a la verdad histórica para que así el juez pueda condenar o absolver, según su criterio, basado en las pruebas que se le han exhibido. (Ibañez, A., 2016)

En tal sentido, mientras la acción penal implica una conducta positiva o negativa, la persecución penal implica un actuar de la Fiscalía, encaminada a procesar las conductas punibles y a llevar hasta su culminación el proceso penal, razón por la cual, dentro del concepto de acción penal puede entenderse la decisión de suspender, interrumpir o renunciar a la misma.

El Principio De Oportunidad Como Facultad Del Titular De La Acción Penal – Acusador Privado:

Si bien la ley 1826 de 2017 no contempla dentro de sus postulados alguna alusión al principio de oportunidad diferente a la contemplada en el artículo 66 del código de procedimiento penal, sí hace alusión, como se vio anteriormente, a las funciones y facultades de la fiscalía contempladas en la misma norma (ley 906), dentro de las cuales se ubica la facultad de suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal.

Así, en la aplicación de una interpretación sistemática entre los postulados del código de procedimiento penal y lo contemplado en la ley 1826 de 2017, puede decirse que al establecerse en esta última que “El acusador privado hará las veces de fiscal” y que “en todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por este título respecto

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

de las facultades y deberes del acusador privado, se aplicará lo dispuesto por este código en relación con el fiscal”, y no contemplar taxativamente una prohibición para que la víctima haga uso de las facultades de la fiscalía en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad cuando se constituya en acusador privado, puede entenderse que el acusador está facultado para ello siempre que la causal de aplicación así lo permita.

Un claro ejemplo de ello es aquel hurto Calificado, delito que no es querellable pero que, según el artículo 10° inciso 2° de la ley 1826, se tramita mediante procedimiento especial abreviado y por tanto, es susceptible de conversión de la acción penal de pública a privada. En tal sentido, cuando la víctima solicita la Conversión de la acción y la misma es aceptada por parte de la fiscalía, es ahora ella quien debe llevar el curso de la acción penal, que, para el ejemplo, se fundamenta en los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

“El día 01 de julio de 2018, siendo las 11:30 de la mañana, en la calle 87 No. 100 de la Localidad de Engativá, fue capturado JUAN PEREZ, quien momentos antes intimidó con arma blanca a la señora PEPITA RODRIGUEZ y la despojó de su bolso con sus pertenencias. Fue capturado por el P.T. CARLOS MARTINEZ de la Policía Nacional.

La denunciante refiere ser comerciante y afirma que el elemento objeto del Hurto fue “Bolso pequeño color café que contenía la suma de 3 millones de pesos provenientes de la venta de un computador, un celular marca Iphone y sus documentos personales, elementos estos que fueron recuperados. En tal razón, la denunciante estima los daños y perjuicios en la suma de \$7.000.000.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

La denunciante afirma que se minutos antes había salido de su establecimiento de comercio rumbo a su casa, cuando fue abordada por JUAN PEREZ, quien la abrazó por la espalda, la amenazó con un cuchillo que le fue puesto en el cuello, y con palabras soeces le pidió que le entregara el bolso, momento en el cual ella, paralizada, no reacciona, y por ello, JUAN PEREZ procede a arrebatarle sus pertenencias y huye. En este momento la denunciante grita pidiendo ayuda y la comunidad logra su aprehensión, para la posterior captura por parte de la Policía Nacional. Momentos antes, al verse perseguido JUAN PEREZ habría tirado el bolso y este fue recogido por la comunidad.”

En este caso, la conversión de la acción penal deberá solicitarse antes del traslado de la acusación, y, toda vez que la captura fue en flagrancia, claramente la necesidad de la legalización de la captura dentro del término procesal pertinente obliga a la víctima que se quiera constituir como acusador privado, a realizar la solicitud de forma inmediata y así mismo a ser resuelta por la fiscalía. Para tales efectos, suponiendo que la fiscalía acceda a la conversión de la acción penal, el acusador privado será quien deba correr traslado de la acusación y en ella establecer su pretensión de reparación.

Sin embargo, si en el curso del proceso, JUAN PEREZ, sujeto activo de la conducta de Hurto Calificado, de 20 años de edad, sin antecedentes penales ni anotaciones, quisiera reparar integralmente a su víctima y lograr así evitar consecuencias jurídico penales, y la Víctima estuviese dispuesta a recibir dicha reparación, podría darse lugar a negociaciones o preacuerdos, que tampoco soy regulados ni excluidos por la ley 1826, siendo entonces posible su aplicación por parte del acusador privado cuando, como en el caso del ejemplo, se ha dado lugar a la conversión de la acción penal.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

Pero, toda vez que las negociaciones y preacuerdos culminan siempre con una sentencia condenatoria y JUAN PEREZ pretende evitar antecedentes penales, podría también darse lugar a la aplicación de un principio de oportunidad, que para el caso, sería por la causal contemplada en el numeral 7° del artículo 324 del C.P.P. que establece que será viable la aplicación del principio de oportunidad “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”.

Es decir, sería un principio de oportunidad aplicado en la modalidad de suspensión hasta el cumplimiento de condiciones encaminadas a una justicia restaurativa, que debe ser entendida como

(...) un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible. (Zehr, H., 2006, pág 45).

Así mismo, la Onu también resalta el carácter restaurativo en los procesos de justicia, definiéndolo como “todo proceso en que las víctimas, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otra personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito” (ONU, 2002)

Dichas condiciones que generalmente son establecidas por el fiscal cuando es éste quien ejerce la acción penal, serían entonces establecidas por el acusador privado y deberá ser susceptible de control previo ante fiscal delegado, toda vez que el máximo

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

de la pena de este delito excede los 6 años, y deberá además ser susceptible de control de legalidad ante juez de control de garantías, pues tal como lo estableció la sentencia C-979 de 2005, el control de legalidad debe llevarse a cabo para la aplicación del principio de oportunidad en cualquiera de sus tres modalidades.

Así, doctrinantes como José Fernando Mestre establece que:

La decisión por medio de la cual se suspende el procedimiento a prueba y se aplica el principio de oportunidad, obviamente es discrecional, se somete al control de legalidad por el juez de control de garantías y tiene tres ingredientes o elementos principales: el plan de reparación, las condiciones adicionales y la fijación del periodo de prueba (...)

Cumplido el periodo de prueba - o durante el mismo, si hay condiciones periódicas o condiciones negativas cuyo incumplimiento se pueda verificar antes del vencimiento del plazo – la fiscalía debe hacer la verificación de cumplimiento del plan de reparación y de las demás condiciones acordadas. La verificación final solo puede conducir a dos posibilidades, cada una de las cuales tiene efectos directos. Si se cumplió totalmente con lo dispuesto en la decisión de suspensión, indefectiblemente la fiscalía debe renunciar a la persecución penal haciendo uso de la causal 7° del artículo 324 y someter el acto a control de legalidad. Si se incumplieron las condiciones, la persecución debe reanudarse en el estado en que se encontraba, teniendo en cuenta que el uso del mecanismo de suspensión y la aceptación expresa o tácita de hechos por el investigado en el marco del trámite de suspensión no pueden ser utilizados como prueba en su contra. (Mestre, 2011, p. 219 – 220)

Eventual Procedimiento De La Aplicación Del Principio De Oportunidad Cuando El Titular De La Acción Penal Es El Acusador Privado:

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL ACUSADOR PRIVADO

Así, si se afirma que el acusador privado tiene la facultad de aplicar el Principio de oportunidad, debe este entonces tener en cuenta la Resolución No. 4155 de 2016 mediante la cual se reglamenta la aplicación dicha institución jurídico-penal y que ya fue referenciada en el primer capítulo de la presente investigación. Dicha resolución hace referencia a aquellas casuales de aplicación de principio de oportunidad (2, 3, 4, 5, 8, 9, 14 y 18) que son propias y exclusivas del Fiscal General de la Nación, y, de manera concurrente el Vicefiscal General de la Nación podrá aplicar el principio de oportunidad con fundamento en las causales 9 y 14, bajo esta premisa, el acusador privado no podrá dar aplicación directa al principio de oportunidad, con fundamento en dichas causales.

De tal forma, si se aplica lo contemplado en el artículo 26 de dicha resolución que establece que “en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis (6) años, el fiscal de conocimiento podrá aplicar de manera directa el principio de oportunidad, el cual deberá ser legalizado por el juez de control de garantías”, puede decirse entonces que el acusador privado puede aplicar directamente el principio de oportunidad cuando se trate de éstos delitos.

Por su parte, según se establece en el 25 de la misma norma, cuando se trate de delitos cuya pena máxima exceda los 6 años, excepto aquellos exclusivos del Fiscal General, se delega la función de aceptar la aplicación de principio de oportunidad propuesto por el fiscal de conocimiento. Así, cuando sea la víctima el titular de la acción penal como acusador privado, en el evento de presentarse un delito que exceda la pena máxima de 6 años, será ella quien proponga el principio de oportunidad y deberá remitirse al fiscal delegado superior al fiscal que conoció el caso, para que el mismo autorice su aplicación y se proceda a realizar el control de legalidad.

El Principio De Favorabilidad:

De igual manera, ha de tenerse en cuenta el principio de favorabilidad que se define como “un derecho individual que tiene como objeto tutelar favorablemente los derechos del procesado cuando existan conflictos de leyes sobre un punto de derecho y se requiera escoger entre ambas la aplicable al caso concreto” (Díaz, 2012, p. 4). Dicho principio ya ha sido aplicado en relación a la ley 1826 de 2017, por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal, corporación que mediante sentencia 19 de septiembre de 2017, reconoció una rebaja del 50% por allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación en cuyo caso la captura fue en flagrancia por el delito de hurto calificado y agravado cometido en el año 2014. Lo anterior, en razón a la aplicación del principio de favorabilidad de conformidad con lo consagrado en el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017 que adiciona el artículo 539 al Código de Procedimiento Penal, pues esta ley permite la rebaja de pena de hasta el 50% aún en casos de flagrancia, a diferencia de lo establecido en el procedimiento ordinario.

Así, se pueden contemplar las siguientes tres hipótesis: 1. La comisión de la conducta descrita en el ejemplo que se ha desarrollado, esto es hurto calificado, antes de la entrada en vigencia de la ley 1826 de 2017, que daría lugar a un trámite ordinario; 2. La comisión de la misma conducta, esto es hurto calificado, pero cuya titularidad de la acción penal permanece en cabeza del fiscal y 3. La comisión de la misma conducta, esto es hurto calificado, pero con la conversión de la acción penal de pública a privada.

En este sentido, bajo la primera y segunda hipótesis, al ser el fiscal el titular de la acción penal, podría, sin ningún cuestionamiento procedimental, dar lugar a la aplicación de principio de oportunidad bajo la causal anteriormente señalada. Sin embargo, bajo el principio de favorabilidad, no puede afirmarse que una persona que haya cometido una conducta punible tramitada mediante procedimiento abreviado y cuya conversión de la acción penal haya sido aprobada, no pueda verse beneficiado de la aplicación de un principio de oportunidad, que en el procedimiento ordinario no tendría problema alguno.

Conclusiones

De lo anterior se pueden abstraer las siguientes conclusiones:

- El principio de oportunidad es la facultad que tiene el titular de la acción penal de suspender, interrumpir o renunciar a la misma siempre que concurra alguna de las causales taxativamente establecidas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.
- La aplicación del principio de oportunidad es una facultad discrecional pero limitada del titular de la acción penal que debe seguir los reglamentos establecidos por la Fiscalía para su aplicación y debe, además, solicitar el control de legalidad ante juez de control de garantías.
- La ley 1826 de 2017 trajo consigo no solamente la aplicación de un procedimiento especial abreviado procedente en delitos taxativamente contemplados en ella, sino que además constituyó un desarrollo legislativo del postulado constitucional contemplado en el parágrafo 2° del artículo 250, relacionado con el acusador privado.
- La ley 1826 contempló limitaciones a las facultades del acusador privado cuando se convierte la acción penal de pública a privada, por ejemplo, en aquellos casos donde se requiriera dar lugar a la ejecución de actos urgentes como interceptaciones, registros personales, allanamientos, etc, actos que para el caso, son exclusivos de la fiscalía.
- Además, la misma ley estableció en su artículo 29 que el acusador privado haría las veces de la fiscalía y que en todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por este título respecto de las facultades y deberes del acusador privado, se aplicaría lo dispuesto por el código de Procedimiento penal en relación con el fiscal.
- De la anterior afirmación, y bajo una interpretación sistemática, se puede abstraer que el acusador privado puede, al hacer las veces de fiscal, aplicar el principio de

oportunidad en las causales procedentes para éste, y deberá acogerse al mismo procedimiento que se acogería el Fiscal de Conocimiento.

- Además deberá tenerse en cuenta que toda vez que el fiscal cuenta con limitaciones al momento de aplicar el principio de oportunidad, estas mismas limitaciones las tendría el acusador privado.
- Debe además atenderse el principio de favorabilidad, al momento de la aplicación de la ley 1826, que indicaría que no es procedente negar a quien se encuentra inmerso en un proceso abreviado cuya víctima se constituyó como acusador privado, la aplicación del principio de oportunidad cuando ésta parte tiene la voluntad de hacerlo, en virtud de la discrecionalidad con la que cuenta el titular de la acción penal para la aplicación de dicha institución juridicopenal.

Referencias

Aristizabal, C. (2005) *Alcance Del Principio De Oportunidad En La Nueva Legislación Procesal Penal Colombiana*. Monografía para Optar al Título de Abogado. Universidad Javeriana. Bogotá – Colombia.

Armenta, T. (1991). *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona - España.

Bedoya Sierra, L.F., (2008). *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*. Comlibros. Bogotá.

Bedoya Sierra, L.F., Guzmán Díaz, C. A. & Vanegas Peña, C. P. (2010). *Principio de oportunidad, bases conceptuales para la aplicación*, Bogotá D.C. Fiscalía General de la Nación. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wpcontent/uploads/PrincipiodeOportunidad.pdf>

Borja, E. (2003). *Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin*. Revista Anuario de Derecho Penal

y Ciencias Penales. ISSN 0210-3001, Tomo 56, Fasc/Mes 1, 2003, págs. 113-150.
Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217111>

Bruges, M. (2014). Principio De Oportunidad Dinámica y Tensiones Con Los Derechos De Las Víctimas. Monografía para Optar al Título de Abogado. Universidad Católica. Bogotá – Colombia.

Camargo, M. (2012). *Tendencias y enfoques de la investigación en derecho*. Revista Diálogos de Saberes. No. 36, Enero - Junio de 2012, pp. 9-22 , ISSN: 0124-0021. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Editorial%20Espa%C3%B1ol%20-%20No.%2036.pdf>

Cerda Gutiérrez, H. (2011). *Los elementos de la investigación, Como reconocerlos, diseñarlos y construirlos*. Cooperativa Editorial Magisterio. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-228/02 (Abril 03) M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynet.

Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-805/02 (Octubre 01). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynet.

Corte Constitucional. (2007) Sentencia C-516/07 (Julio 11). M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional (2008). Sentencia C-738/08 (Julio 23) M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, (2012). Sentencia T-907/12 (Noviembre 07) M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

Corte Constitucional (214) Sentencia C-87/14 (Junio 25) M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, (2018). Sentencia C-016/18 (Marzo 14) M.P. Diana Fajardo Rivera.

Díaz Pedrozo, A. (2012). *El Principio de Favorabilidad Procesal Penal y la Coexistencia de Sistemas Procesales*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Colombia.

Espitia Garzón, F. (2003). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial Legis. Cuarta Edición. Colombia.

Fiscalía General de la Nación. , M. et al. (2017). *Manual del procedimiento penal abreviado y el acusador privado*. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170408_04.pdf

Garzón Marín, A. et al. (2006) *Principio de Oportunidad*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá.

Gomez Pavajeau, C., (2007). *La Oportunidad Como Principio Complementario Del Proceso Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia.

Guzmán Diaz, C. (coord.) (2018). *Acusación privada y sistema acusatorio, Comentarios a la ley 1826 de 2017*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia.

Ibáñez, A. (2016). *La persecución Penal*. Recuperado de: <https://www.las2orillas.co/la-persecucion-penal/>

Martínez Roldán, L. y Fernández Suárez, J. A., (1994). *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Barcelona.

Matusan Acuña, C., Chaves Peña, M. (2013). *La Pérdida Del Monopolio En El Ejercicio De La Acción Penal Y Los Límites Constitucionales De Su Regulación En Colombia*. Via Inveniendi Et Iudicandi, Vol. 8 No. 2 PP. 5-22, Universidad de los Libertadores. Recuperado de: <https://app.vlex.com/#!/vid/521619414>

Mestre Ordoñez, J. (2011). *La discrecionalidad Para Acusar*. Grupo Editorial Ibañez. Tercera Edición. Colombia.

Montero, J. (1997). *Principios del Proceso Penal. Una Explicación Basada en la Razón*. Tirant lo Blanch. Valencia – España.

ONU – Consejo Económico y Social,descre (2002). *Informe de la Reunión de Expertos Sobre Justicia Restaurativa*.

Orejarena, V. (2007). *El principio de oportunidad en el nuevo sistema penal acusatorio*. Revista Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol 8, Octubre 2007-Marzo 2009
Recuperado de:
https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-4-no-8/art-3.pdf

Perdomo T., J. (2005). *Los principios de legalidad y oportunidad*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Rodríguez Peña, M., (2004). *El Principio De Oportunidad Y Su Introducción Al Ordenamiento Penal Colombiano*. Academia Colombiana de Abogacía. Colombia.

Hernandes Sampieri, R, (2014). *Metodología de la investigación*. MCGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V, Mexico

Sánchez Sánchez, S. (2013). *El acusador privado en Colombia, Una aproximación desde los principios del derecho penal*. Trabajo de Grado Especialización en Procedimiento penal, constitucional y justicia Militar.

Tribuna Superior de Bogotá, Sala Penal. *Sentencia del 19 de septiembre de 2017. Rad. 2014-8485-02*.

Urbano Martínez, J. (2006). *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad. Reforma de la justicia penal Colombiana: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la*

función pública. Derecho Penal Y Criminología, Vol. 27 (Num. 80), páginas 111-128. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/996>

Vargas Lozano, R. (2012). *El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional*. Revista Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, julio de 2012, Número 7, Universidad Sergio Arboleda.

Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro. (2005), *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Editorial Buenos Aires, Pag. 739, 740.

Zehr, Howard, (2006). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Estados Unidos, Good Books, pag. 24-70