

Principio
de
Oportunidad

ENRIQUE ARTEAGA CÓRDOBA

Principio de Oportunidad



FACULTAD DE DERECHO
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

345.2 / A786p
Arteaga Córdoba, Enrique
Principio de oportunidad.—Enrique Arteaga Córdoba.
Santiago de Cali: Universidad Libre, Facultad de Derecho, Ciencias
Políticas y Sociales. Maestría en Derecho Penal, 2017.
92 páginas.—(Colección Derecho Penal, Criminalística y Ciencias
Forenses, Investigación 2016)
ISBN 978-958-8891-63-7
Incluye referencias bibliográficas.
Principios (Derecho procesal penal) / Procedimiento Penal / Colombia
/ Publicaciones de la Universidad Libre. Seccional Cali.

COLECCIÓN DERECHO PENAL, CRIMINALÍSTICA Y CIENCIAS FORENSES
SERIE INVESTIGACIÓN 2016

UNA PUBLICACIÓN DE LA UNIVERSIDAD LIBRE, SECCIONAL CALI, FACULTAD DE DERECHO,
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, MAESTRÍA EN DERECHO PENAL, MAESTRÍA EN CRIMINALÍSTICA Y
CIENCIAS FORENSES

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

ISBN: 978-958-8891-63-7

(cc) Algunos Derechos Reservados para esta edición 2017. Licencia Creative Commons
para reproducción parcial con indicación de fuente. Reconocimiento-no comercial-sin
obras derivadas 2.5 Colombia.

El contenido del documento es de exclusiva responsabilidad intelectual del autor y no
compromete a la Institución.

Comité Editorial: José Hoover Salazar Ríos, Hernando Ordóñez Ramírez, Lilia Cor-
tés Monsalve, María Inés Muriel Puerto, Maribel Lagos Enríquez.

Asesor Editorial: Lizardo Carvajal

Edición e Impresión

POEMIA, su casa editorial, Carrera 24 D Oeste No. 4-108

Teléfono: (2)3719822, Cali, Colombia.

www.poemiaeditorial.com

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

DIRECTIVOS SECCIONALES

Helio Fabio Ramírez Echeverry
Delegado Personal del Presidente Nacional

Luis Fernando Cruz Gómez
Rector Seccional

Ómar Bedoya Loaiza
Secretario Seccional

Gilberto Aranzazu Marulanda
Censor Seccional

Arnaldo Ríos Alvarado
Director Centro Seccional Investigaciones

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

José Hoover Salazar Ríos
Decano

Ofelia Cecilia Dorado Zúñiga
Secretaria Académica

Patricia Galarza González
Directora (E) Cifader

Hernando Ordóñez Ramírez- Lilia Cortés Monsalve
Coordinación Maestría Derecho Penal

María Inés Muriel Puerto - Maribel Lagos Enríquez
Coordinación Maestría Criminalística y Ciencias Forenses

CONTENIDO

AL LECTOR	11
PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	15

CAPÍTULO I

El Principio de Legalidad como límite a la arbitrariedad del poder punitivo del Estado

1. Un contexto histórico reciente del Principio de Legalidad	20
2. Alcance y contenido del Principio de Legalidad en el interior del Proceso Penal	26
3. Evolución del Principio de Legalidad, una perspectiva jurisprudencial de sus nuevos matices	31

CAPÍTULO II

Aspectos dogmáticos del marco jurídico regulador de la aplicación del Principio de Oportunidad en Colombia

1. Antecedentes político criminales del Principio de Oportunidad en el interior del sistema de enjuiciamiento criminal colombiano	38
1.1 La introducción del nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio en el marco del acto legislativo 003 de 2002	39
1.2 Contornos y aristas constitucionales de la Ley 906 de 2004	43

2. Aproximación conceptual al Principio de Oportunidad	46
2.1 El Principio de Oportunidad y su posible interpretación como principio constitucional	47
2.2 El Principio de Oportunidad como criterio de la política criminal	49
2.3 Concepción teórica del Principio de Oportunidad	52
3. Criterios de dogmática penal subyacentes en el Principio de Oportunidad, estudio aleatorio de sus causales	55
3.1 El Principio de Insignificancia. Un criterio inspirador del Principio de Oportunidad	56
3.1.1 El Principio de Insignificancia. Su concepción	60
3.1.2 Análisis jurídico de algunas de las causales que tienen como fundamento teórico el Principio de Insignificancia	61
3.2 Análisis jurídico de las causales donde el juicio de culpabilidad se disminuye	65
3.3 La renuncia a la persecución penal aplicando la dogmática de ponderación	68

CAPÍTULO III

Rol del Juez de Control de Garantías en la aplicación del Principio de Oportunidad

1. La función de Control de Garantías desde una óptica constitucional	71
2. Facultades del Juez de Control de Garantías dentro del proceso penal	73
3. La aplicación del Principio de Oportunidad. Un análisis del rol epistemológico del Juez de Garantías	77
4. Estudio del rendimiento de los criterios de oportunidad aplicados en la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali	80
CONCLUSIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	89

AL LECTOR

José Hoover Salazar Ríos

Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

El compromiso de la Universidad Libre, en el proceso de formación en el que se empeñó hace ya más de setenta y cinco años, la ha erigido como pionera a nivel local y regional en los procesos de construcción permanente del conocimiento científico, mediante la institucionalización de una cultura investigativa orientada a propiciar el liderazgo en las soluciones de problemas sociales, económicos, políticos y culturales.

Este propósito en los programas de posgrados de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, va más allá, con la institucionalización de una política de publicación de los resultados de investigación de docentes y educandos, adscritos a los grupos de investigación de los programas académicos de la Facultad, que dinamizan sus líneas de investigación, para la difusión del conocimiento en la comunidad académica y en el entorno social convirtiéndose en referente y punto de partida de la investigación para futuras generaciones de estudiantes.

La política institucional de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad Libre, Seccional Cali, se materializa en este primer momento, en la colección titulada: Maestrías en Derecho, que en su primera serie, *Investigación 2016*, consta entre otros, de dos libros, catálogos indizados de avances y resultados en investigación en la Maestría en Derecho Penal y en la Maestría en Criminalística y Ciencias Forenses.

La novedosa estructura de la colección, la convierte en una útil herramienta de consulta y referencia, que entrega información de los elementos que la componen. Incluye además, la producción intelectual de docentes e investigadores de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales y constituye un esfuerzo y producto de la *mesa de redacción*, el espacio creado para la redacción y edición de la producción académica docente, orientada en el propósito de difundir la investigación y resultados en la comunidad académica de la región.

El objetivo de difusión de la investigación se ajusta a los requerimientos de la autoridad nacional en ciencia y tecnología que apoya la formación de investigadores colombianos de las universidades de este país, *Colciencias*, por lo cual, las obras cuentan con el registro ISBN, la catalogación en la fuente, trámite de depósito de ley y registro de derechos de autor de las obras publicadas.

Las obras se sometieron a un cuidadoso y exigente trabajo de revisión de originales, reportes en aspectos de semántica, sintaxis, estilo y ortografía. Respecto a la catalogación en la web, bajo los criterios básicos para la publicación y acreditación de libros universitarios resultado de investigación científica, se da cumplimiento a los requerimientos generales, en el sentido de orientar a los autores y editores en la labor de publicación, contó con la revisión de pares académicos y finalmente constituye una forma de publicidad de los documentos producidos en los programas pos graduales mencionados.

Asimismo, el catálogo, tanto impreso como en la web, difunde la información a través del DOI¹ de la Universidad, que permite la consulta de los documentos en PDF en diferentes dispositivos móviles y navegadores de internet.

Además, incluye las variables documentalísticas de los resúmenes, descriptores o encabezamientos de materia que faciliten el proceso de recuperación de la información contenida en los documentos.

Los anteriores aspectos constituyen el concepto general de la obra que les presento, la serie: *Investigación 2016*, que es la primera entrega de la Colección: *Maestrías en Derecho*, en el que se reconoce el trabajo articulado de docentes, investigadores de los grupos de investigación, estudiantes y autoridades de la Universidad Libre, Seccional Cali.

¹ Digital object Identifier System

PRESENTACIÓN

Hernando Ordóñez Ramírez

Coordinador Maestría en Derecho Penal (2010-2016)

Entregamos a la comunidad académica la serie denominada *Investigación 2016*, que hace parte de la colección Maestrías en Derecho.

El proyecto de edición y publicación de esta serie, de carácter académico y científico, se consolidó en la Decanatura del doctor José Hoover Salazar Ríos, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad Libre, Seccional Cali, quien apoyó la iniciativa de los miembros del Comité Editorial, interesados en publicar en medio físico y digital una diversidad de escritos, resultado, de una parte, de los productos de las líneas de investigación de los grupos registrados y categorizados por Colciencias, conformados por docentes del Programa de Derecho, y de otra, de las monografías de investigación realizadas por estudiantes y egresados de la Maestría en Derecho Penal y la Maestría en Criminalística y Ciencias Forenses de la Universidad Libre Seccional Cali.

La serie *Investigación 2016*, consta de diez y seis obras publicadas que recogen el interés de docentes, estudiantes y egresados, inquietos en hacer divulgación académica y científica de la producción intelectual de los resultados de sus investigaciones, con el fin de acreditar su labor como productoras de conocimiento.

Para lograr este cometido, hoy consolidado, fue necesaria la decidida e invaluable participación de quien funge como Asesor Editorial en estas obras, el maestro, escritor, profesor universitario, conferencista y editor colombiano Lizardo

Carvajal, quien dirigió el curso que denominamos *Mesa de Redacción*, en el cual un grupo de profesores y estudiantes del Programa de Derecho y de las Maestrías de dicho Programa, asistimos para conocer el proceso de edición, revisión de textos, diseño interior, exterior y registro de ISBN; catalogación en la fuente y asesoría en trámite de depósito de ley y registro de derechos de autor.

INTRODUCCIÓN

Las dificultades que en materia de dispensación de justicia han ofrecido los sistemas de judicialización criminal que tienen expectativas de sanción generalizada, es decir, aquellos de corte inquisitivo en los que a nivel normativo las pretensiones de restricción de derechos y castigo no tienen mecanismos alternos, ha generado una serie de efectos en los que se presenta una inversión de la ecuación, cual es que entre mayor es el número de casos que se quiere investigar y sancionar; menor es la capacidad del Estado para dar una respuesta adecuada a esas proyecciones político criminales.

Por esta y otras razones, la búsqueda de mecanismos alternativos de justicia en los que no necesariamente derecho penal equivalga a cárcel, se ha visualizado como una auténtica opción en las democracias contemporáneas.

Bajo estas condiciones, la conciliación, la mediación y el Principio de Oportunidad, pueden llevar bajo ciertos matices a niveles importantes de verdad, justicia y reparación, lo que de suyo traduce igualmente que el acceso de las víctimas a la administración de justicia, debe apreciarse multidimensionalmente.

Pese al enfoque de estos nuevos desarrollos, la histórica influencia del Principio de Legalidad ha tenido y sigue teniendo un monumental impacto, no solo en el momento de la creación de instituciones jurídicas, sino también, en el instante en que esos nuevos mecanismos y herramientas deben ser objeto de ejecución.

El Principio de Oportunidad, así como también la celebración de preacuerdos y negociaciones, se erigen en una viva muestra del fuerte influjo que sobre su aplicación puede tener el Principio de Legalidad. Como simple mención de un ejemplo, por mandato legal, a través de preacuerdos, pueden suprimirse cargos, causales de agravación o adecuarse típicamente la conducta con una que traduzca menor punibilidad.¹ Aun con ello, fueron

¹ Así se consagra específicamente en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004.

innumerables las controversias que desde los inicios del Sistema Penal Oral Acusatorio se suscitaron por la eliminación de una causal de agravación, por ejemplo, o la degradación del tipo penal, porque en la ortodoxa concepción del Principio de Legalidad, si una causal de agravación se encuentra debidamente estructurada, o hay un juicio de tipicidad estrictamente establecido, por virtud de estas garantías precisamente, se consideraban contrarios a los parámetros de legalidad, los cambios que con ocasión del preacuerdo se introducían en la adecuación típica de la conducta.

El impacto que genera el Principio de Oportunidad frente al Principio de Estrictitud o persecución oficiosa de la ejecución de conductas delictivas, es aún más fuerte, porque se parte de un supuesto real, cual es que de no mediar este instrumento, el Estado, como titular de la acción penal, no tendría otra salida que la de provocar un proceso penal íntegro y perseguir la sanción punitiva del eventual infractor de la normatividad penal, empero como este mecanismo de selección de la actividad punitiva, busca precisamente su racionalización, mayores han sido las dificultades que los diversos operadores jurídicos han tenido que enfrentar para su real aplicación, no sólo por los obstáculos epistemológicos que se han presentado en el entendimiento y alcance de algunas de sus causales, sino también, por las sensibles dificultades que especialmente han debido sortear los fiscales delegados al momento en que invocan la aplicación de este importante instrumento.

Por medio del presente trabajo, fruto de una propuesta que se presentó al Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, seccional Cali, se busca realizar un análisis en torno al marco jurídico que dentro del contexto de la Ley 906 de 2004, regula la aplicación del Principio de Oportunidad y, particularmente, tratar de establecer el impacto que este instituto ha tenido frente a la filosofía política y jurídica del nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio, caracterizada a nivel teórico por la minimización del número de casos que deben llevarse a juicio oral, con un agotamiento íntegro de todas las fases del debido proceso.

Con el propósito de acercarnos un poco más a esta herramienta político criminal, la presente obra se ha dividido en tres capítulos. En el primero de ellos se hará un estudio del Principio de Legalidad, la incidencia que este mecanismo ha tenido frente al ejercicio del poder punitivo, y con mayor énfasis el nivel de impacto que su histórica influencia haya podido ostentar frente a los operadores jurídicos cuando de dar aplicación al Principio de Oportunidad se trata.

En el segundo capítulo se abordará un análisis del concepto y carácter político criminal del Principio de Oportunidad, así como también se realizará un análisis conceptual de algunas de las causales que regulan su aplicación, buscando esencialmente auscultar si en su diseño, los tradicionales conceptos de la dogmática penal contemporánea han tenido alguna clase de influjo.

Igualmente, se hará una breve descripción de las bases epistemológicas que la teoría del delito haya podido establecer en torno a la regulación legal del Principio de Oportunidad.

Por último, en un tercer capítulo se llevará a cabo un estudio del rol del Juez de Garantías dentro del proceso penal, su intervención dentro del proceso desde una perspectiva constitucional; así como también, su intervención en la aplicación del Principio de Oportunidad.

En esta misma lógica, se realizará un análisis del impacto que en términos reales ha tenido el Principio de Oportunidad en el área de influencia de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, para así contrastar las bases filosóficas y políticas que inspiraron su implementación, con su real ejecución en la praxis judicial.



CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO LÍMITE A LA ARBITRARIEDAD DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

Se busca, a través de este primer capítulo, como objetivo general, establecer si la histórica influencia del positivismo jurídico y, en especial, el Principio de Legalidad, han tenido alguna clase de incidencia al momento de los administradores de justicia (entiéndase jueces y fiscales), estudiar la aplicación del Principio de Oportunidad.

Para lograr tal propósito, se llevará a cabo un estudio del contexto histórico en el que surge el Principio de Legalidad, así como también se realizará igualmente un estudio del alcance y contenido del Principio de Legalidad al interior del proceso penal; y en este mismo orden, se analizará el impacto que, frente a la administración de justicia en lo penal, ha tenido este bastión de las democracias contemporáneas.

En el marco de toda administración de justicia que se precie de ser respetuosa de los derechos y garantías de aquellas personas que intervienen dentro del proceso penal, el Principio de Legalidad se erige en un componente esencial que sirve como derrotero, no sólo para que la Fiscalía General de la Nación encause adecuadamente sus pretensiones punitivas,² sino también, para que los administradores de justicia y sociedad en general, tengan un escenario previo que legitime sus actuaciones dentro de un contexto jurídico que establezca con claridad los delitos, medidas de aseguramiento, penas y medidas de seguridad, susceptibles de tipificación, investigación y sanción.

² Una garantía para todo destinatario de la ley penal es precisamente que la infraestructura del Estado y su poder de restricción de derechos, idealmente sólo debe emplearse para investigar conductas que se puedan caracterizar como delito. Así se establece en el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 003 de 2002.

1. Un contexto histórico reciente del Principio de Legalidad

Si se parte de un supuesto, cual es que con el surgimiento del Estado como modelo de organización política y social, se tienen las bases dentro de una comunidad para dimensionar cuál es el verdadero límite del ejercicio de derechos y libertades, debe necesariamente aceptarse que el Principio de Legalidad nace, inexorablemente, con el establecimiento del Estado de Derecho y, desde luego, nace como una conquista de la ilustración para poner fin a la tiranía y despotismo de los regímenes autoritarios.

Baste no más mencionar cómo se juzgaban los intentos regicidas (caso Damiens), que contemporáneamente no pasarían de ser unas lesiones personales.³ De la mano de ello, la fuerte influencia de la Iglesia al interior de la Administración de Justicia, considerada como sacro santa en la Edad Media,⁴ era definitivamente la excusa ideal para tener a la tortura como un medio esencial para el establecimiento de la verdad, modelo que dadas sus características no tenía un escenario de legalidad previo que sirviera de límite para el odioso poder punitivo del Estado.

Bajo este entendido, la ausencia de un control al régimen, le daba al rey, como enviado de Dios, la facultad de disponer de la vida, y al ser los jueces enviados del rey, fatalmente eran investidos de la autoridad para disponer de la vida del súbdito.

³ Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a «pública retractación ante la puerta principal de la iglesia de París, adonde debía ser llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano»; después, en dicha carreta a la plaza de Gréve, y sobre un cadalso que habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en esta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, que con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación su cuerpo desmembrado y tirado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento. Vigilar y Castigar. Foucault, Michel, Siglo XXI editores, México, df, noviembre de 2009.

⁴ Ampliamente criticada por Beccaría. Ver su obra De los delitos y las penas, tercera edición. Editorial Temis, Bogotá 2003.

A finales del siglo XVIII comenzaría a abrirse el camino para que, dentro de una visión contractualista, cada una de las porciones de libertad de los coasociados fuese transmitida a un modelo de organización que en alguna medida se ajustara a los ideales de aquellos que estaban dispuestos a cambiar libertad para ganar estabilidad y seguridad.

Una de esas previsiones sería, precisamente, la existencia de una serie de normas que de manera específica y concreta establecieran qué comportamientos se podrían catalogar como delictivos; así como también, cuáles serían los procedimientos establecidos para investigar y juzgar tales comportamientos.

Surge entonces, de esta manera, el Principio de Legalidad en un escenario de consenso, inspirado en la libertad, seguridad y confianza legítima que los hombres, en un consubstancial sentimiento antropológico, depositaron en cabeza del Estado.

Se institucionaliza, por ende, el poder punitivo del Estado, una especie de violencia legitimada, un poder supremo en el que cada uno podría disfrutar de sus derechos, no sólo de forma nominal, sino materialmente, *status* de derecho que es denominado por Kant como «postulado de derecho público», contemporáneamente entendido como aquella situación donde los derechos propios terminan donde comienza el derecho ajeno.⁵

En una cosmovisión propia de las democracias contemporáneas, el Principio de Legalidad es concebido como sinónimo de igualdad, aseguramiento de libertad e igualmente una clara manifestación de seguridad jurídica.⁶

Aunque esta es la primera sensación que podría traer al intelecto del coasociado, si se le compara con las características de los regímenes autoritarios, la experiencia muestra que con el origen del Principio de Legalidad, si bien es cierto en el plano teórico se predicen iguales consecuencias jurídicas para la colectividad, surgen igualmente tratamientos dispares, porque sus efectos terminan siendo distintos, toda vez que bajo el ropaje de modelos democráticos, se fomentan procesos criminógenos de orden selectivo en el que los dramáticos efectos del Derecho Penal sustantivo y adjetivo se dirigen con mayor rigor a las clases menos favorecidas.

⁵ Kant, Feurbach y los Fundamentos del Derecho Penal, Hruschka, tomado de la obra La Crisis del Principio de Legalidad en El Nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o Evolución?, Montiel, Juan Pablo (ed)., Marcial Pons, Madrid 2012.

⁶ Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad. Forero Ramírez, Juan Carlos. Segunda Edición, Ibáñez, Bogotá 2013, págs. 44-46

Así es, tanto la tipificación de nuevas conductas delictivas como el establecimiento de procedimientos para su investigación, judicialización y sanción, se encuentran íntimamente ligados a un mayor nivel de drasticidad cuando menor es la posición social, económica e incluso laboral del individuo.

No en vano se han consagrado normas en las que el legislador sugiere que se torna necesario privar de la libertad a una persona, si esta no tiene trabajo, familia o sitio de residencia estable, porque es más difícil que comparezca al proceso.⁷

En esta dinámica situacional, paradójicamente la pobreza se erige en un factor determinante que implícitamente sirve de foco para las embestidas político criminales.

Con un panorama de esta naturaleza, no obstante las críticas que puedan existir, no hay la menor duda en predicar que para el Derecho Penal posmoderno, la incorporación del principio de legalidad, aún en la hora de ahora, es decir, casi dos siglos y medio después de su proyección filosófica y política, continúa siendo uno de los bastiones del Estado de Derecho y uno de los frenos más importantes para el despotismo y la arbitrariedad, porque no hay escenario de poder más funesto que el gobierno de los hombres, inspirado en sus pasiones y sentimientos, sin ningún referente o dique que ponga límite al abuso.

Con el Principio de Legalidad sucede algo similar a lo que ocurre con las democracias modernas, que pese a sus detractores, no se ha podido idear hasta el momento una mejor alternativa que oriente los destinos de una nación.

Dicho en otros términos: Principio de Legalidad y Democracia son dos manifestaciones políticas del Estado de Derecho que no se han podido superar.

Sin embargo, la sobrecriminalización de conductas delictivas, lo mismo que la adopción de criterios político criminales seculares y desprovistos de un planteamiento serio, no sólo ha generado un efecto dañino para las bases del Principio de Legalidad, sino que lamentablemente ha generado también una inflación punitiva con la que se pone al descubierto que más barato y fácil es para el Estado llevar al monte de punitivos la mayoría de conflictos sociales, y de la mano de ello, crear procedimientos altamente restrictivos

⁷Artículo 312 de la Ley 906 de 2004

de garantías sabiendo con antelación que no se cuenta con los medios y circunstancias para resolver una problemática que no sólo puede hacer un asunto de derecho penal o de restricción de garantías, sino por el contrario, de un diseño macro de política estatal que comprenda varias políticas públicas en las que la política criminal tan sólo debería ser una de ellas, quizá la última, que dentro de una genuina cosmovisión de derecho penal mínimo blinde la prístina concepción del Principio de Legalidad.⁸

Lo que hasta el momento se quiere dar a entender es que la clásica y genuina concepción del Principio de Legalidad se ha ido desfigurando, volviéndose a la postre en un instrumento que el mismo Estado utiliza para quebrar las bases de su mínima intervención en materia penal, y que desde luego ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina contemporánea, en especial, frente a conductas punibles donde se criminalizan en el ámbito previo conductas delictivas, es decir, el Estado anticipa barreras de protección como sucede por ejemplo en los delitos de peligro, que en la generalidad de los casos orientan su intervención a intereses de protección de naturaleza colectiva, sin que sea menester la lesión del bien jurídico, sino apenas su puesta en peligro, que en muchos casos, probatoriamente hablando, ni siquiera es efectiva.

Se puede entonces predicar que un efecto dinamizador y deseablemente configurador del Principio de Legalidad, es la política criminal, porque una adecuada intervención del Estado de Derecho en la supresión y creación de conductas delictivas; adopción de procedimientos para la persecución de delincuencia; y endurecimiento de penas para aquellos comportamientos que afectan bienes jurídicos de estirpe individual, podrían ser una alternativa importante, siempre y cuando la dinámica del Estado para enfrentar la criminalidad, no se convierta en una especie de círculo vicioso en el que todo el peso de los conflictos sociales se vuelve una competencia exclusiva del derecho penal.

⁸ La Crisis de la Legalidad, La Teoría de la Legislación y El Principio *In Dubio Pro Reo*: Una Propuesta de Integración. Sarrabayrouse, Eugenio C., Tomado de la obra: La Crisis del Principio de Legalidad: ¿Decadencia o Evolución? Marcial Pons, Madrid, 2012. Este autor realiza un importante estudio de lo que a partir de su óptica es la crisis de la ley penal, y qué clase de intentos o esfuerzos se han realizado para superarla.

Este tipo de transformaciones, por lo menos en nuestro medio, y desde la década de los 80 del siglo pasado, han sido la excusa ideal para al menos legalmente, transmitir la sensación de bienestar y tranquilidad a la comunidad, a través de los llamados estatutos de seguridad ciudadana, cuyo efectivo rendimiento al interior de la administración de justicia, fatalmente se distancia de los ideales que históricamente los han inspirado.

Dicho en otros términos: las exposiciones de motivos de los citados estatutos envían un mensaje, el cual es que, con el endurecimiento de penas y procedimientos se contrarrestará idóneamente la criminalidad, empero, con el crecimiento del Derecho Penal y la expansión del marco de restricción de garantías fundamentales, paradójicamente se va reflejando la incapacidad del Estado de poder dar respuesta a sus propias políticas, adoptadas de manera coyuntural, oportunista y sin orientación hacia sus consecuencias.⁹

La negación y el efecto antinómico que se refleja en el Principio de Legalidad, tiene como elemento precursor los erráticos criterios de política criminal, que no sólo en Colombia, sino también en buena parte del mundo, han llevado a los Estados a sumirse en una especie de crisis, porque entre más se endurecen las penas y procedimientos, más crece el deber del Estado de Derecho de investigar, juzgar y sancionar, aumentando dentro de este orden lógico, la incapacidad de dar respuesta a las diversas manifestaciones de criminalidad. Esta crítica, es igualmente compartida por la doctrina chilena que, sobre el particular, considera que:

Uno de los principios básicos que caracterizan al sistema inquisitivo vigente durante muchos años en nuestro país y contenido en el Código de Procedimiento Penal de 1894, es el de legalidad procesal, que rigió sin contrapesos y en una formulación bastante ortodoxa. El principio de legalidad procesal (también conocido como de obligatoriedad de ejercicio de la acción penal) suele ser entendido como la obligación de los órganos estatales de persecución penal (principalmente el Ministerio Público y la Policía) de llevar adelante la investigación de todos los hechos que revistan caracteres de delito hasta las últimas consecuencias, sin poder suspender, revocar o terminar anticipadamente la *persecución penal*.

⁹ La Ley 1453 de 2011, último estatuto de seguridad ciudadana promulgado en Colombia, envía mensajes simbólicos de seguridad a la ciudadanía, empero las estadísticas de criminalidad, luego de su entrada en vigencia, muestran claramente que la ley no se ha aproximado al efecto deseado, y menos aun que ayude a transmitir sensación de seguridad a la ciudadanía.

Dicha formulación puede ser presentada coloquialmente en un ideal como la obligación que tendrían los órganos de persecución penal de «darle a todo con todo», es decir, investigar todos los delitos con plena intensidad e, idealmente, llegar a la instancia de sancionarlos.

El principio de legalidad constituye una de las herencias centrales del sistema inquisitivo, esto no sólo por motivos de carácter organizacional o institucional (sabemos que es en la Inquisición en donde por primera vez se establecen funcionarios estatales encargados de la persecución penal, sin los cuales es imposible contar con un principio de legalidad), sino también por motivos de carácter ideológico. Esto, porque dicho principio resulta absolutamente coherente con la ideología que se encuentra detrás de la estructuración del sistema inquisitivo, una ideología que pone énfasis en la lucha sin tregua en contra del pecado (en su formulación canónica) o en contra del delito (en su formulación laica), o sea, en la que no se puede dejar de perseguir y sancionar todo delito cometido.

El principio de legalidad descansa, en una buena medida, en una creencia empírica o fáctica que podríamos denominar el «mito de la no impunidad», esto es, la creencia de que este principio puede ser cumplido en la práctica, es decir, que todos los delitos pueden ser investigados y eventualmente sancionados en el funcionamiento concreto de los sistemas de justicia criminal [...].¹⁰

Lo que sucede en Colombia, igual ocurre en Chile, España, Alemania, y la gran mayoría de estados que, para tratar de contrarrestar fenómenos criminógenos, se han valido de fallidas estrategias, donde la promesa de disminución de índices de criminalidad y eficacia en su persecución, con un derecho penal máximo y drástico, no deja de ser más que una utópica aspiración.

Sobre esta temática, Díez Ripollés hace un fuerte cuestionamiento a Silva Sánchez, poniendo de relieve que la transformación del Derecho Penal, y desde luego sus bases legales, no obedecen a un escenario de modernización donde los nuevos criterios político criminales hayan enfocado baterías contra los poderosos, cuando desde la óptica de Díez Ripollés, la nueva política criminal, en el orden cuantitativo y cualitativo se ha dirigido a las clases menos favorecidas, ya que los nuevos instrumentos fortalecen los parámetros de persecución a la delincuencia callejera y clásica.¹¹

¹⁰ La Discrecionalidad de los fiscales del Ministerio Público en etapas tempranas de la Investigación Preliminar. Duce Mauricio. Consultado de www.vlex.com.co el 29 de junio de 2014.

¹¹ La Política Criminal en la Encrucijada. Díez Ripollés, José Luis. Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, nota al pie 67, páginas 72 y 73.

Este escenario desigualitario, que se percibe en otras latitudes, no es exótico y mucho menos ajeno a nuestra realidad político criminal, dado que la experiencia indica que los estatutos de seguridad ciudadana en Colombia, históricamente han orientado todo su engranaje a la persecución de pequeña criminalidad, que si bien es cierto, mediáticamente tiene un alto impacto, ello no es concordante con las políticas estructurales que deben gobernar los criterios destinados a contrarrestar fenómenos criminógenos, que siendo menos perceptibles, pueden ser sistemáticamente más dañinos.

Hasta el momento han sido objeto de una somera descripción los orígenes del Principio de Legalidad; los factores causales que en el orden histórico dieron lugar a su implementación; el carácter liberal y garantista que condicionan su existencia, así como también, la desfiguración que en alguna medida provocan los oportunistas criterios de política criminal, pues al fin y al cabo, es la política criminal la que dota de contenido al principio de legalidad.

Interesa a continuación bosquejar y presentar qué alcance y contenido puede ostentar esta trascendental garantía al interior del proceso penal.

2. Alcance y contenido del Principio de Legalidad en el interior del Proceso Penal

Es evidente que en ausencia de un Estado de Derecho, la arbitrariedad y el abuso no sólo se predicaba respecto de la ausencia de un marco legal que previamente estableciera lo que es o no delito, sino también de los medios y mecanismos con los que pretendía llegarse al esclarecimiento de la verdad. Así, entonces, la tortura, ampliamente criticada por Beccaría y usualmente empleada en los mal llamados «juicios de Dios», era el eje del proceso penal, pues no sólo era un instrumento apto para la reconstrucción de un hecho pasado, sino que también tenía el carácter de mecanismo ejecutivo de la sentencia.

Bajo estas condiciones, la incorporación del Principio de Legalidad en los delitos y las penas, consubstancialmente implicaría el establecimiento previo de una serie de instrumentos al servicio del derecho sustancial, que de suyo tendrían como propósito brindar igualmente al individuo certidumbre sobre la forma y manera en que el Estado en ejercicio de sus atribuciones punitivas buscaría establecer la verdad de lo ocurrido.

La cosmovisión actual del Principio de Legalidad, en materia de procedimiento penal, mayoritariamente se concibe como la consagración de una serie de parámetros y mecanismos que demoliberalmente sirven de barreras de protección al individuo, para que sus derechos y garantías no parezcan una consagración retórica, sino que, en contrario sentido, se erijan en auténticas manifestaciones de respaldo y protección para sus intereses dentro del proceso penal. Un hombre cuando delinque, puede ser tildado de peligroso, y la colectividad legítimamente puede experimentar temor e inseguridad por su libertad, empero cuando el Estado de Derecho lo somete a su imperio, se vuelve débil, y por más detestables que sean sus actividades criminales, debe el proceso penal ser el principal escenario para el respeto de sus garantías y derechos.¹²

El Principio de Legalidad, como componente esencial del debido proceso, es el instrumento político criminal deseablemente concebido para que los criterios del Estado de Derecho, en materia de persecución, investigación y juzgamiento de infractores de la normatividad penal, no se desborden y pierdan legitimidad.

Para Ferrajoli, el padre del garantismo contemporáneo, los derechos y garantías consagrados dentro del proceso penal hacen parte del derecho positivizado y son en realidad un verdadero límite para el legislador, pues se trata de derechos inviolables que no pueden ser desconocidos por el Estado de Derecho, pues en clave de los ideales que inspiraron la Revolución francesa, son verdaderas garantías del ciudadano.¹³

Una de las principales manifestaciones del Principio de Legalidad es, en efecto, su carácter garantizador de los derechos e intereses del destinatario de la ley penal en el proceso, empero de la mano de ello hay otras perspectivas que se relacionan directamente con los procesos de investigación y criminalización que por fuerza de la ley, terminan siendo definitivamente trascendentales para su adecuada ejecución, como es el caso del carácter imperativo de la acción penal, o sea la obligación, que por regla general tiene el Estado de iniciar un proceso penal y culminarlo íntegramente, agotando desde luego todas las etapas que lo integran.

¹² Así igualmente lo concibe Francesco Carnelutti en su insigne obra «Las Miserias del Proceso Penal», páginas 19 y 20, Editorial Leyer, Bogotá 2005.

¹³ Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Ferrajoli Luigi, Editorial Trotta, Madrid 2001, pág. 860

Esta característica, que es una necesaria consecuencia del principio de legalidad dentro del proceso penal, ha sido rotulada por la doctrina nacional y extranjera como el carácter estatal u oficial de la persecución penal, en el que no hay alternativa distinta a la de un pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional. La persecución criminal a ultranza y sin la opción de mecanismos alternativos de solución de conflictos, ha sido propia de los delitos que se investigan oficiosamente en sistemas de naturaleza inquisitiva.¹⁴

En el caso colombiano, el principio de estatalidad u oficialidad, desde la sanción del decreto 2700 de 1991, ha sido objeto de una progresiva relativización, pues político criminalmente se ha venido considerando que no necesariamente todos los casos que lleguen a la administración de justicia, deben ser objeto de una judicialización integral.

Es por ello, que dentro de la libertad de configuración de normas que le asiste al legislador, figuras como la terminación anticipada del proceso y la audiencia especial de terminación anticipada,¹⁵ se erigieron en auténticos mecanismos que flexibilizaron uno de los principales matices del principio de legalidad, cual es el agotamiento integral del proceso. Se abrió la puerta en estos términos a un camino de concesiones, por medio del cual el Estado reconocía rebajas de hasta 1/3 de la pena, y de otro lado el destinatario de la ley penal, renunciaba a sus derechos de no autoincriminación, presunción de inocencia y la posibilidad de tener un juicio público con todas las garantías propias de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal.

Aun con todo ello, el Principio de Legalidad era un presupuesto inexcusable para el desarrollo de los acuerdos entre Fiscalía y sindicato que, por regla general, no se podían apartar del marco de legalidad que previamente se había establecido en la definición de situación jurídica.

En síntesis, la morigeración del Principio de Legalidad, únicamente comprendía la reducción de parte del tráfago jurídico del proceso, y así también, las penas que eventualmente se podrían imponer.

¹⁴ Sistemas penales de juzgamiento. Fernández León, Whanda, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, págs. 70 y 71.

¹⁵ Así se consagraba en los artículos 37 y 37 A del decreto 2700 de 1991, C. de P. Penal de la época.

La Ley 906 de 2004 imprime una filosofía y criterios político criminales substancialmente diferentes, donde idealmente los mecanismos alternativos de solución de conflictos; así como también, criterios de justicia paccional, son los que deben erigirse en regla general.

Aun en medio de este panorama, tanto la celebración de conciliaciones; el allanamiento a cargos; el agotamiento de preacuerdos; y aplicación del Principio de Oportunidad, tienen un marco de legalidad que condiciona y legitima su aplicación.

Puede argüirse que si se hace un cotejo entre la Ley 906 de 2004, y los sistemas de enjuiciamiento criminal que le han antecedido en el tiempo, la mengua del principio de estatalidad u oficialidad es evidente, ya que hay eventos en los que parcialmente renuncia el Estado a sus pretensiones punitivas; y hay otros, como sucede con el Principio de Oportunidad, donde no obstante tener el Estado todas las posibilidades de vencer en juicio al destinatario de la ley penal, por razones de política criminal, renuncia a esas pretensiones. Pese a estas nuevas dinámicas y desarrollos del procedimiento penal, el Principio de Legalidad sigue siendo una constante, y en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, tanto jueces como fiscales se deben al acogimiento y respeto del Principio de Legalidad.

La investigación y juzgamiento, con sujeción a las leyes preexistentes, ha sido una fórmula que tradicionalmente se ha arraigado en el debido proceso como garantía y límite a las facultades que tiene el Estado en la persecución de conductas criminógenas, especialmente en materia de afectación de derechos fundamentales.

Dentro de estas atribuciones, la afectación de derechos mínimos e irreductibles son un asunto cuya restricción, en primer lugar, como lo ha dicho la Corte Constitucional, no es absoluta, como tampoco puede ser absoluto su ejercicio,¹⁶ pues a excepción de la dignidad humana, el entorno constitucional colombiano admite restricciones en todos los derechos fundamentales, apelando para ello a la dogmática de ponderación.

Aunque el proceso penal tiene regulado el marco legal de afectaciones de derechos fundamentales, quizá la intromisión más odiosa y severa que puede tener el Estado de derecho, sobre prerrogativas fundamentales del

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, consultada el 29 de agosto de 2014 en www.ramajudicial.gov.co

individuo, es la irrupción del derecho a la libertad, que en el plano aspiracional debe cumplir con unos fines de orden constitucional, motivo por el cual esta alternativa debería ser sólo de última *ratio* al interior del proceso penal.

La deontología constitucional, sin ninguna clase de ambage indica que la detención preventiva de personas judicializadas debería ser un mecanismo extraordinario que sólo podría aplicarse para un reducido número de conductas delictivas, y dentro de este orden a una consubstancial cantidad de individuos. Ello se infiere de una premisa que la misma Carta Política consagra cuando establece que por regla general toda persona es libre,¹⁷ y dentro de este orden, con apego a parámetros de reserva judicial, la captura solo puede operar, en la medida que adecuadamente y con un peso probatorio fuertemente consolidado se torne aconsejable restringir la libertad de quien presuntamente ha delinquido, cuando la información legalmente obtenida sea indicativa que preventivo procesalmente la detención puede preservar la paz y tranquilidad de la colectividad; así como también la buena marcha de la administración de justicia; y asegurar la comparecencia al proceso de quien ha sido objeto de imputación de un acto caracterizado como criminoso.

Pese a lo expuesto, sucede, sin embargo, que paulatinamente el marco legal se ha ido expandiendo, y de la mano con ello, con el oportunismo político criminal, en esas mismas circunstancias han proliferado las hipótesis de detención preventiva en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal. Es mas, se ha incorporado nueva legislación en la que el único lenguaje que habla el Estado es el de detención preventiva,¹⁸ marco normativo que, en buena medida, no sólo va en contravía de la filosofía del sistema de enjuiciamiento criminal inspirado en la libertad,¹⁹ sino que de paso con ello, lo que traduce es un aumento importante de población carcelaria en detención, sin la adopción de sentencia de fondo en un plazo razonable.

Se convierte así la detención, según pensamiento de Jaime Sandoval Fernández y Donaldo Danilo del Villar Delgado,²⁰ como en una especie de cumplimiento anticipado de la pena sin juicio, con abierto desconocimiento

¹⁷ Artículo 28 de la Constitución Política

¹⁸ Entre otras, ver la ley 1098 de 2006, ley 1121 de 2006, ley 1453 de 2011

¹⁹ Consagrada como norma rectora en el artículo 2 de la ley 906 de 2004

²⁰ Responsabilidad penal y detención preventiva. Sandoval Fernández Jaime y Del Villar Delgado Donaldo Danilo. Grupo Editorial Ibáñez y Universidad del Norte. Barranquilla, págs., 129 y 130.

de la presunción de inocencia y la dignidad humana, dramático escenario que en no pocas ocasiones arroja como resultado el pago efectivo de una pena de prisión, con una paradoja de por medio, la adopción de sentencia absolutoria.

Con antinomias de esta naturaleza, donde el criterio inspirador del debido proceso es el respeto por la libertad, empero la realidad indica que el sistema carcelario se encuentra saturado, en especial, por ciudadanos preventivamente detenidos, se pone en evidencia que en situaciones de hecho de esta naturaleza, los coyunturales criterios político criminales tienen un efecto perverso y dañino frente a la libertad, vanalizándose en estas circunstancias el Principio de Legalidad, pues se emplea como simple instrumento de medidas que desde antes de sus consecuencias se pueden valorar como arbitrarias.

Aun en medio de estas críticas, el carácter garantizador del principio de legalidad dentro del proceso penal, es evidentemente indiscutible, pues abarca en general la estructura del tráfico jurídico, pretendiendo regular cada uno de los aspectos del debido proceso, que siendo neurálgicos en su trámite, deben ser objeto de positivización. Como sucedió por ejemplo con el límite temporal para el adelantamiento de la fase de indagación, que dependiendo del número de delitos, personas que intervienen en el mismo, o la autoridad judicial competente, pueden variar entre 2, 3 y 5 años.²¹

3. Evolución del Principio de Legalidad, una perspectiva jurisprudencial de sus nuevos matices

En punto del Principio de Legalidad, dentro de los aproximadamente diez años de vigencia del nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio, múltiples han sido las discusiones que se han suscitado al interior de la administración de justicia, especialmente por las repercusiones que a nivel epistemológico tendría en los administradores de justicia el abordar un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal que filosófica e ideológicamente se apartaba de los cánones normativos y jurídicos que tradicionalmente se habían venido manejando en los procesos penales de corte inquisitivo.

²¹ El párrafo del artículo 49 de la ley 1453 de 2011, llenó un vacío en la ley 906 de 2004, cual era la no fijación de un límite en el tiempo, pues antes del estatuto de seguridad ciudadano, mientras no mediara la prescripción de la acción penal, el Estado se encontraba habilitado para seguir indagando.

Como es ampliamente conocido en los sistemas escriturales, saturados de papeles y constancias, la búsqueda de la verdad, que era el imperativo central del proceso, ubicaba al juez dentro de un rol en el que no podía ser un sujeto que pasiblemente observara cómo las partes en términos unilaterales trataban de probar la veracidad de sus argumentaciones.

Bajo estas condiciones, si la flaqueza de las pretensiones punitivas del ente acusador no alcanzaba a tener un pleno soporte en la prueba, el juez, como defensor de la verdad y concreción de una justicia material, podía decretar pruebas de manera oficiosa, medios que en la gran mayoría de oportunidades se practicaban para aniquilar la presunción de inocencia y aniquilar con ello también, las dudas que el propio destinatario de la prueba podía tener a su favor en un asunto determinado.

En términos explícitos, el acusado, en el juicio oral, se encontraba con dos coacusadores, que prácticamente como en una especie de relevos probatorios hacían sinergia, con el propósito de no dejar vacíos probatorios que dieran espacio a la duda.

Una de las novedades normativas del sistema acusatorio plasmado en la Ley 906 de 2004 fue la prohibición tajante para los jueces de decretar pruebas de oficio.²² De acuerdo con este mandato, propio del principio de legalidad, y al que por tanto debían sujetarse los jueces, ya no les era dable coadyuvar en la búsqueda de la verdad, porque esa búsqueda debía ser propiciada por las partes, sin la injerencia activa del destinatario de la prueba. Al menos en la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004; así como también, en el acto legislativo 003 de 2002, así se hizo saber, porque con la introducción del principio acusatorio en el ámbito constitucional, ni la Fiscalía podía juzgar, y mucho menos el juez investigar. Esta separación de funciones apuntaba a un escenario democrático de búsqueda de la verdad.

No pasaría mucho tiempo, en realidad, para que la Corte Suprema de Justicia se dejara seducir por los antiguos ideales que inspiraban la búsqueda de la verdad real. Los criterios hermenéuticos del pasado, como era predecible, gobernarían el nivel de exégesis de los magistrados, que al fin y al cabo, debían su formación jurídica a modelos de enjuiciamiento de corte inquisitivo donde los poderes del juez eran omnímodos y la intermediación con la prueba era una constante en la que el mismo administrador de justicia advertía la pertinencia y relevancia de un medio de convicción que muchas veces se justipreciaba desde el ámbito previo.

²² Así se consagra de manera puntual en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004.

En uno de los primeros estudios de orden interpretativo que hizo la Corte sobre el contenido y alcance del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, adujo que por motivos de índole constitucional, si el juez arriba a la convicción de que es imprescindible practicar pruebas de oficio, podía dar aplicación preferente a la Carta Política y apartarse excepcionalmente del mandato prohibitivo. Dijo la máxima corporación que tal prohibición no podía ser absoluta, porque en la comunidad residía legítimamente el interés público en que se investiguen los delitos, se reconstruya la verdad, se imponga una sanción a los responsables y se indemnice a las víctimas cuando a ello hubiere lugar.²³

Quería, entonces, la Corte abrir el camino para la práctica de pruebas de oficio, pero la verdad es que el contexto del pronunciamiento se dio primero en una demanda en la que los temas bacilares eran la validez del testimonio del menor en delitos de abuso sexual; la naturaleza de los indicios en el nuevo Código de Procedimiento Penal; y el concepto del llamado testigo de referencia. Esta apreciación, por tanto, se dio en un escenario en el que la postura del alto tribunal, no tenía ningún nexo causal con la *ratio decidendi* del pronunciamiento.

Muy pronto se ocuparía la Corte Constitucional del correspondiente examen al pronunciarse de fondo sobre el particular, fruto de una demanda de inconstitucionalidad invocada en contra del artículo 361 del C. de P. Penal. Aunque el concepto de verdad, dijo la máxima corporación constitucional, tiene unos matices y alcances que no pueden ser objeto de determinación por vía de análisis de exequibilidad, sí es claro que la realización de justicia sólo es posible, cuando el proceso penal se encauza hacia la búsqueda de la verdad.

Se dice entonces que debe entenderse la verdad como un presupuesto de la justicia, empero para este organismo, igualmente es translúcido que dentro del Estado de Derecho colombiano y la nueva sistemática de procedimiento penal, la búsqueda de la verdad, debe ajustarse a los ideales y cosmovisión de la Carta Política.²⁴

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Edgar Lombana Trujillo, proceso 24.468, pronunciamiento del 30 de marzo de 2006. Consultado en www.cortesupremadejusticia.gov.co el 31 de agosto de 2014.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-396 de 2007. Consultado en www.corteconstitucional.gov.co el 31 de agosto de 2014.

Dentro de estas apreciaciones, indica la Corte Constitucional que en una democracia contemporánea, la búsqueda de la verdad no puede alcanzarse a cualquier costo, y en el marco de sus reflexiones plantea que su hallazgo no puede implicar el sacrificio de una serie de garantías que se consagran en los modelos de procedimiento penal que los Estados desarrollan dentro de sus estrategias de política criminal.

El sistema de enjuiciamiento criminal patrio, relieves la Corte, se caracteriza por una separación de funciones donde en esencia la investigación, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, se convirtió en un acto de preparación del juicio oral, cuya titularidad hace parte del poder soberano que el constituyente otorgó al ente acusador. Esa nueva dinámica, aleja por completo al juez de la posibilidad de inmiscuirse en los actos de investigación.

Este es solo un ejemplo de las tensiones que en materia de legalidad se generaron en derredor de la búsqueda de la verdad, y el real contenido y dimensión jurídica del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal. El tema no fue pacífico en principio, empero finalmente la discusión quedó cerrada cuando la Corte Constitucional se pronunció de fondo. Más adelante, la concepción plasmada en sentencia C-396 de 2007, se acogería por la Corte Suprema de Justicia, para ampliar un poco más el campo de acción del principio de legalidad, en especial en novísimos temas relacionados con terminación anticipada del proceso como la celebración de preacuerdos y negociaciones.

Sobre este punto, el marco de legalidad de estos mecanismos alternativos de culminación del proceso, han ocupado la atención de las Altas Cortes, pues se trata de un tema medular dentro de la estructura del nuevo sistema procedimental edificado y consolidado normativamente sobre la base de un desestímulo para el agotamiento integral del proceso.

Como se sabe, actualmente el estándar internacional para el caso colombiano ha sido invertido y debido a los improvisados criterios de política criminal del legislador, la mayoría de los casos se están resolviendo a través del debido proceso en su clásica concepción, es decir, por medio de un agotamiento integral de todas sus fases. Se pone de manifiesto así una incoherencia dramática entre el legislador colombiano de una parte, y las altas cortes a través de sus pronunciamientos.

En el primero, la contradicción se hace evidente porque gradualmente ha ido implementando legislación que niega sistemáticamente manifestaciones de justicia premial y terminación anticipada del proceso; en tanto que de parte de las Cortes, porque sus posturas han sido en esencia de defensa del sistema de preacuerdos y negociaciones, porque hacen parte del debido proceso y de esa nueva visión que el constituyente le imprimió al proceso penal.

Dentro de esta dinámica, se ha aceptado por la Corte Constitucional que la renuncia a un juicio público, oral, con inmediación y contradicción de las pruebas, es una alternativa jurídica que no se opone al marco del debido proceso, porque en primer término, en virtud del principio de objetividad, debe el ente acusador tener los soportes probatorios que lo impulsan a provocar la imputación fáctica y jurídica de una conducta delictiva, y dentro de este orden, es igualmente coherente que el destinatario de la ley penal pondere bajo qué condiciones y circunstancias puede resultar aconsejable que renuncie a su presunción de inocencia.

Se ha plasmado igualmente por el máximo organismo constitucional que una de las garantías de los preacuerdos y negociaciones es, precisamente, que se encuentran sujetos al control de legalidad que debe impartir el juez de conocimiento, que en todo caso debe asegurarse que antes de renunciar a su presunción de inocencia, el destinatario de la ley penal ha sido debidamente asesorado por su defensor; que debe ser consciente que va a ser objeto de una sentencia de carácter condenatorio; que incluso el preacuerdo en algunas oportunidades puede implicar su restricción de libertad; y lo que es más importante, que dicho escenario de consenso ha sido libre de cualquier presión o acto coactivo que vaya en contravía de sus derechos y garantías dentro del proceso penal.²⁵



²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005. Consultada el 31 de agosto de 2014 en www.corteconstitucional.gov.co

CAPÍTULO II

ASPECTOS DOGMÁTICOS DEL MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA

Tiene como finalidad u objetivo central este segundo capítulo aproximarnos a una respuesta en torno al diseño de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad, y la eventual influencia que sobre su edificación hayan tenido los tradicionales conceptos de la dogmática penal.

Para responder este interrogante de manera adecuada, es necesario partir de una serie de supuestos, en principio de carácter político criminal, para explicar desde luego los antecedentes del Principio de Oportunidad y la necesidad de su implementación.

En segundo lugar, de carácter conceptual, con el propósito de poder entender, desde el punto de vista teórico, el contenido y alcance de esta figura; y en un tercer orden, de manera selectiva por supuesto, el análisis normativo y dogmático de algunas causales de aplicación del Principio de Oportunidad, para realizar una aproximación epistemológica de los conceptos que en ellas subyacen. Se busca esencialmente fundamentar desde una perspectiva teórica, todo el entramado de factores políticos, sociales, jurídicos, económicos y de hecho manifestaciones propias de la dogmática penal que circundan y condicionan, no solo la concreción y aplicabilidad del Principio de Oportunidad en nuestro medio, sino también, el necesario influjo que estos factores tuvieron para el legislador colombiano al momento de redactar las normas encargadas de regular la aplicación de la institución en comento.

1. Antecedentes político criminales del Principio de Oportunidad en el interior del sistema de enjuiciamiento criminal colombiano

Como es de amplio conocimiento, la búsqueda de la excelencia en la Administración de Justicia, se encuentra íntimamente ligada al fácil acceso que los usuarios y destinatarios de la ley penal pueden tener frente a quienes la administran.

Este acceso debe entenderse y dimensionarse desde la perspectiva que incardina el Estado Social y Democrático de Derecho, que al fin y a la postre tiene dentro de sus ideales la vigencia y concreción de un orden justo, que sólo se puede reflejar a través de una real protección de los derechos y garantías del ciudadano.

Los problemas de congestión en la Administración de Justicia, es decir, la dificultad de brindar una respuesta jurídica oportuna, tanto a los acusados como a las víctimas, son en realidad un obstáculo indeseable que surge en coetaneidad con el monopolio de la acción penal en cabeza del Estado.

No es entonces la congestión judicial un problema del siglo XXI, sino que, por el contrario, se trata de un problema que con el transcurso del tiempo lamentablemente ha venido creciendo.

La creciente criminalidad, y la cada vez mayor reducida capacidad del Estado de enfrentarla, desde el siglo pasado se ha erigido en un constante problema para el legislador, que históricamente ha venido realizando una serie de esfuerzos en el plano legal y constitucional.

Basta para ello retroceder en el tiempo más o menos unos 27 años, y ver cómo de manera infructuosa el decreto 0050 de 1987, el decreto 2700 de 1991, y la Ley 600 de 2000, fueron en su momento creados con una expectativa mesiánica, al punto que uno y otro se promocionaban como aquel nuevo instrumento político criminal que serviría de soporte para acabar con la impunidad, menguar su intensidad y descongestionar los despachos judiciales.

En este escenario, el decreto 2700 de 1991, por ejemplo, albergaba formas distintas de terminación previa del proceso como el inhibitorio, la preclusión de investigación, sentencia anticipada y audiencia especial de terminación anticipada del proceso.

Estas dos últimas instituciones operaban cuando la resolución que definía la situación jurídica se encontraba ejecutoriada.²⁶

En su momento, lo propio haría el legislador a través de la Ley 600 de 2000, que por medio de una diversa gama de mecanismos alternativos buscaría que el flujo de casos que llegasen a juicio se redujera de una manera importante. Por esta razón, instituciones como la preclusión de investigación, sentencia anticipada, conciliación e indemnización integral, permitirían tanto a la Fiscalía como al titular de la acción penal y a los jueces de conocimiento, explorar variables de justicia restaurativa, propia de la conciliación, o el establecimiento de un diálogo con el vinculado a través de indagatoria, bien fuera para que aceptara los cargos formulados en la indagatoria, o, para que en aquellas hipótesis de hecho que la ley lo permitía, indemnizar a las víctimas para sofocar el ejercicio de la acción penal.²⁷

1.1 La introducción del nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio en el marco del acto legislativo 003 de 2002

Con el fracaso de los sistemas de enjuiciamiento criminal que se fundamentaban en la escrituralidad, se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo instrumento político que tendría como propósito reformar de manera estructural el nuevo esquema del proceso penal.

Se dijo entonces por parte del constituyente que era necesario suprimir las facultades jurisdiccionales de la Fiscalía General de la Nación, y en oposición a ello, potencializar su capacidad investigativa con miras a incluir, de manera genuina, el principio acusatorio, para que la plena separación de funciones de investigación y juzgamiento quedaran claramente delimitadas, y así, en estos términos, se pudiera ofrecer al destinatario de la ley penal un escenario de enjuiciamiento más compatible con el modelo

²⁶ En los artículos 36, 37 y 37 A del Decreto 2700 de 1991, se regulaba la aplicabilidad de estos instrumentos, cuyas causas de aplicación y momentos procesales, si bien es cierto operaban en diferentes instantes jurídicos de la actuación y por causales que permitían diferenciar el momento y razones para que una u otra institución operaran, un elemento común en todas ellas era que el proceso terminaba de manera anticipada. Por lo menos este escenario, permite establecer una clara diferencia del sistema inquisitivo en su clásica concepción que sólo abogaba por un agotamiento integral del proceso penal con todas sus fases.

²⁷ Observar con mayor detalle los artículos 39, 40 y 41 de la ley 600 de 2000, que establecen el trámite previsto para la consagración y aplicabilidad de los presupuestos que dan lugar a la terminación previa o anticipada del proceso.

de Estado Social y de Derecho que se diseñó en la Constitución Política de 1991.²⁸

Desde el punto de vista político, esta ha sido quizá la reforma más ambiciosa en la historia del procedimiento penal patrio, y por lo menos en el plano teórico y académico, la que desde la orientación a sus consecuencias, mayores posibilidades de éxito y rendimiento podría ofrecer frente a las garantías de las partes dentro del proceso penal, porque al erradicarse el principio de permanencia de la prueba, paliar significativamente las facultades restrictivas de derechos fundamentales en cabeza del ente acusador, y bajo esta misma dinámica habilitar a la Fiscalía para disponer de la acción penal por la vía de celebración de preacuerdos y negociaciones, el tráforo jurídico estaría aderezado permanentemente por una fluidez y dinamismo que permitiría al imputado o acusado, hacer uso del derecho de defensa en un contexto donde sus garantías y facultades se podrían tangibilizar, volviendo en estos términos un poco más coherentes aquellos ideales del constituyente y el legislador.

Desde la óptica de Urbano Martínez, el acoplamiento del nuevo esquema de procedimiento penal a las exigencias democráticas de un Estado Social y Democrático de derecho, no es lo más novedoso en esa transformación del sistema de enjuiciamiento criminal, pues desde su perspectiva, dentro de la historia del constitucionalismo colombiano, por primera vez se ocupa la Carta Política de temas tan substanciales como: el régimen de exclusión de la prueba ilícita, el deber de descubrimiento y aseguramiento de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida en cabeza de la Fiscalía, así como también, los principios de publicidad, inmediación, contradicción, celeridad y concentración, que definen la esencia del juicio.²⁹ Este sólo aspecto pone en evidencia la importancia que tanto el régimen probatorio, como la principalística del proceso penal,

²⁸ El acto legislativo introdujo reformas a los artículos 116, 250 y 251, es decir, que dentro del marco constitucional fueron objeto de reforma las facultades de la Fiscalía General de la Nación; así como también, las del Fiscal General de la Nación. En este mismo orden, se creó la figura de los jurados de conciencia, mecanismo a través del cual se permite también a los particulares fungir en determinadas hipótesis como administradores de justicia. Vale la pena mencionar que a la fecha de elaboración del presente documento, la reglamentación del artículo 116 de la Constitución Política, no ha sido objeto de implementación.

²⁹ La nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal. Urbano Martínez, José Joaquín. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2012, páginas 110 y 111.

ocupan para el constituyente, pues sin duda alguna se trata de temas que han sido substancializados y explícitamente aparecen incorporados en la Carta Política.

Esta constitucionalización de la estructura probatoria del proceso penal, tiene desde luego un necesario impacto, tanto en los actos de investigación como con el correlativo aseguramiento de los elementos materiales probatorios, la legalidad de la información obtenida, y la preservación de garantías fundamentales del indiciado, imputado o acusado, cuando la información de carácter incriminatorio se obtiene con desconocimiento de estos presupuestos, como sería el caso de pruebas ilegítimamente obtenidas mediante irrupción a la expectativa de intimidad, o mediante tortura, por ejemplo.

Lo que se quiere destacar es que las formas alternativas de terminación del proceso que tienen la virtualidad de destronar la presunción de inocencia, esto es, preacuerdos, negociaciones y aceptación de cargos, no son inmunes a los controles de orden constitucional.

En el mismo sentido, igual reflexión puede operar respecto del Principio de Oportunidad, que en teleología parte de un presupuesto, cual es que en el evento de un juicio, la presunción de inocencia del acusado se podría desvirtuar. En términos simples ello equivale a predicar, que si la Fiscalía tiene información indiciaria que palíe en buena medida esta prerrogativa constitucional, empero no logre aniquilarla, lo consecuente con el derecho es que demande la preclusión de la investigación o absolución del acusado, dependiendo del momento procesal en que se encuentre la actuación.

De todas maneras, puede igualmente ocurrir que la información destinada a soportar la aplicación del principio de oportunidad se haya obtenido con grave afectación de garantías fundamentales, caso en el cual, tampoco podría el ente acusador valerse de la misma para fundamentar su aplicación, porque la estructura probatoria base, no sería desde una óptica constitucional admisible, caso en el cual, lo consecuente sería proceder a su exclusión.

El acto legislativo 003 de 2002 fue objeto de varios estudios de constitucionalidad, como consecuencia natural de diferentes demandas de inconstitucionalidad que se presentaron en contra de su contenido. Las tensiones entonces se suscitaron por problemas jurídicos que se propusieron al proceso legislativo de discusión del acto reformativo de la Constitución; las eventuales adiciones que podría hacer el Congreso al proyecto original

y su compatibilidad con la Constitución; hipotéticos intentos de sustitución de la Constitución que se podrían presentar con el mismo. Así, igualmente fue objeto de discusión constitucional, la gradualidad de implementación del sistema y el impacto jurídico que nociones como «validez», «existencia», «implementación», «aplicación» y «eficacia», entre otras, podrían tener al momento de analizar el efecto jurídico que podría tener el acto legislativo 003 de 2002 en el ordenamiento legal colombiano.³⁰

Vale la pena detenernos un poco en torno del estudio que la Corte realizó sobre dos posibles perspectivas del concepto de eficacia, las cuales tienen un enfoque jurídico y sociológico. Su breve caracterización es importante, porque desde una arista filosófica, la máxima corporación de justicia en materia constitucional, delinea sus contornos y alcances en el ámbito jurídico colombiano, haciendo lo propio con el concepto de vigencia. Bajo estas condiciones, la eficacia en un sentido jurídico supone la producción de efectos legales de la norma que ha sido involucrada en el ordenamiento jurídico, midiéndose esencialmente su eficacia por la capacidad vinculante que pueda tener el precepto para generar consecuencias en derecho, en la medida que ordena, permite o prohíbe algo.

De otro lado, el alcance sociológico del concepto de eficacia se condiciona por la forma y manera en que, realmente, el mandato o la prohibición, es cumplido en realidad, dotándose por tanto este concepto de un alcance material, es decir, que pueda medirse u observarse empíricamente.

Sobre el alcance de la vigencia de una norma, a juicio de la Corte, no cabe la menor duda que hay una fuerte conexión de este concepto con el de eficacia jurídica, habida consideración que se refiere desde una óptica temporal y cronológica a la generación de consecuencias jurídicas de la norma.³¹

En una dimensión específica del Sistema Penal Oral Acusatorio, puede aducirse, sin temor a equívocos, que las normas que en su momento estimulaban la celebración de preacuerdos dentro de una gama de delitos, y en otra clase de injustos los restringían eran social y jurídicamente eficaces,

³⁰ Entre otras decisiones, estos temas fueron objeto de estudio de la Corte Constitucional, en las sentencias C-873 de 2003, C-966 de 2003, C-888 de 2004 y C-970 de 2004. Consulta realizada en www.corteconstitucional.gov.co el 5 de octubre de 2014.

³¹ Corte Constitucional Sentencia C-873 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, apartado 3.2.1.3, literales C y d. Consultada en www.corteconstitucional.gov.co el 10 de octubre de 2014.

porque, no sólo eran acatadas por los diversos actores del sistema, sino también, porque de la mano de ella, estadísticamente se podían apreciar sus efectos, como ha sucedido por ejemplo en los atentados contra la libertad, integridad y formación sexual, donde las víctimas son menores de edad, hipótesis delictivas en las que se prohíbe la concesión de beneficios.³²

Es importante aquí puntualizar que el carácter eficaz de la norma, no necesariamente supone similar concepción frente a la dinámica del sistema penal oral acusatorio, que como bien se ha reseñado tiene en las formas alternativas de terminación anticipada del proceso un criterio político criminal en el que la eficacia se mide por un mínimo número de casos que se lleven a un escenario de juicio oral.

1.2 Contornos y aristas constitucionales de la Ley 906 de 2004

Una vez superados los estudios de constitucionalidad del Acto Legislativo 003 de 2002, muy pronto la novísima Ley 906 de 2004 sería objeto de importantes modulaciones e interpretaciones, no sólo por la Corte Constitucional, sino también por parte de la doctrina especializada y la academia. Se enarboló en estos términos el espacio propicio para que expertos en la materia, oportunamente plasmaran sus reflexiones y perspectivas sobre el nuevo modelo de enjuiciamiento criminal.

Para Barbosa Castillo, el procedimiento penal de tendencia acusatoria implementado en Colombia, necesariamente tendría que hacer mayor énfasis en los contenidos de orden constitucional que en él subyacen, pues desde su dialéctica son los derechos, principios y valores que entran en juego lo que debe primar, y no una simple actitud mecanicista de su aplicabilidad.³³ Algún sector de la doctrina, respecto de los contenidos del nuevo sistema, explicitó que por encontrarse la Ley 906 de 2004 sustentada en el Principio de Legalidad, todas aquellas actuaciones que impliquen afectación de garantías fundamentales o actos dispositivos sobre el ejercicio de la acción penal, como sucede con el Principio de Oportunidad, tendrían su fundamento e inspiración en el modelo acusatorio europeo continental.³⁴

³² Así lo establece de manera expresa el artículo 199-7 de la ley 1098 de 2006

³³ Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Segunda Edición, Bogotá, mayo de 2006. Pág. 66.

³⁴ Estado actual de la Justicia Colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano. Bernal Cuéllar, Jaime, Coordinador. Universidad Externado de Colombia. Bogotá año 2003, páginas 40 y 41.

Por su parte, Sandoval Hernández y Del Villar Delgado le asignan a la nueva sistemática procedimental un enfoque de globalización, en la medida que las reformas constitucionales y legales introducidas en Colombia hacen parte de una transformación homogénea que en los últimos años se ha venido implementando en América Latina desde la década de los 80 del siglo pasado. Se destaca, sin embargo, que en las iniciales manifestaciones del sistema acusatorio se presentan antinomias tan grandes como una etapa de indagación sin límite temporal,³⁵ y en términos generales se termina catalogando el nuevo esquema de procedimiento penal como un predominio hegemónico de los Estados Unidos sobre los restantes países de la región.³⁶

La Corte Constitucional, en uno de sus primeros pronunciamientos de constitucionalidad de la Ley 906 de 2004, se ocupa de realizar una aproximación importante respecto de los contenidos del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal inspirado en la oralidad.

La trascendencia política y jurídica de este fallo radica en que la guardiana de la norma constitucional hace una caracterización del sistema acusatorio en Colombia, y su perfil de contenidos, de acuerdo con la reforma que se introdujo en la Carta Política con el Acto Legislativo 003 de 2002.

A título de ejemplo, el abandono del principio de permanencia de la prueba se erige en un rasgo esencial de la nueva sistemática, porque los actos de investigación tan sólo tienen exclusivos efectos en el marco de la información legalmente obtenida que recopila la Fiscalía General de la Nación, porque el escenario de prueba en juicio oral, es el que en teleología sirve al juez de conocimiento para establecer si pudo o no el ente acusador desvirtuar la presunción de inocencia. Por esta razón, se invierte la ecuación que históricamente venía rigiendo dentro del proceso penal y se establece así una clara diferenciación entre las funciones de investigación y las funciones de juzgamiento, separación de roles que se hace radicalmente para que la independencia del juez, como tercero imparcial, no se vea

³⁵ Este vacío legislativo fue superado por el parágrafo del artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, que estableció límites temporales a la fase de indagación, los cuales oscilan entre 2 y 5 años.

³⁶ Sandoval Fernández, Jaime y Del Villar Delgado, Donaldo Danilo. Responsabilidad penal y Detención Preventiva. El proceso penal en Colombia –Ley 906 de 2004- Barranquilla, editorial Universidad del Norte, septiembre de 2013, páginas 29 y 30.

empañada por la actividad investigativa, y menos aun por la práctica de pruebas, que en todo caso, siempre deberá estar condicionada por las solicitudes probatorias que hagan los extremos jurídicos de la relación procesal.³⁷

Debe igualmente destacarse que en este nuevo escenario de enjuiciamiento ya no compete a la Fiscalía General de la Nación brindar el aval para la afectación de garantías fundamentales, como sucede con las órdenes de captura, que sólo bajo la concurrencia de excepcionalísimas condiciones puede autónomamente librar el ente acusador una orden en tal sentido, sino que por regla general, y con las exigencias taxativas que la ley establece, sólo el juez constitucional con funciones de control de garantías, a petición del ente acusador, es el legalmente habilitado para decidir sobre la expedición o no de una orden restrictiva de la libertad.

También queda claro para la Corte que la obligación constitucional de la Fiscalía, de investigar una conducta, sólo es predicable de aquella que revista características de delito, correspondiendo la consubstancial decisión de archivo al organismo investigador, cuando por parámetros estrictamente objetivos un comportamiento no se pueda caracterizar como tal.

Bajo estas consideraciones, la valoración de aspectos subjetivos en la conducta, como sucedería con la ausencia de dolo, sólo puede ser ejecutada por un juez de conocimiento a través de una solicitud de preclusión.

En este mismo orden, la Corte hace un importante estudio de las características de la audiencia de imputación, su influjo frente al derecho de defensa y el carácter cautelar y preventivo procesal de las medidas de aseguramiento que impone el Juez de Control de Garantías, funcionario que desde luego no está habilitado para pronunciarse sobre la responsabilidad penal o no del afectado con medida restrictiva de la libertad.³⁸

En otra situación dimensional, aunque la aplicación del Principio de Oportunidad debe necesariamente condicionarse por una petición previa que la Fiscalía General de la Nación realiza como titular de la acción penal, su aplicación, bien sea por vía de interrupción, suspensión o renuncia al ejercicio de la acción penal, teleológicamente debe ser fallada por el juez con funciones de control de garantías, que es en términos finales el

³⁷ Sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas. Consultada el 11 de octubre de 2014 en www.corteconstitucional.gov.co

³⁸ Sentencia C-1154 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Consultada el 12 de octubre de 2014 en www.corteconstitucional.gov.co

constitucionalmente habilitado para pronunciarse y decidir sobre la viabilidad o no de materialmente convalidar un acto de disposición de la acción penal.

Algo curioso se presenta sobre el panorama legal en el que se pueden promover las discusiones jurídicas en derredor de la configuración de una causal típicamente apropiada para que se renuncie al ejercicio de la acción penal, y aquí lo extraño es que si bien es cierto se trata de un acto de parte, como ocurriría con la audiencia de formulación de imputación, la discreción del fiscal para la aplicación del principio de oportunidad es absolutamente reglada, y sólo se puede configurar, si en consonancia con parámetros de legalidad, así lo considera el Juez de Garantías, lo que en términos explícitos traduce que no basta la discrecionalidad de la Fiscalía, que ya tiene su condicionamiento en la ley, sino que a un nivel de imperativo categórico, tal discrecionalidad debe ser justipreciada por el juez, que es a la postre quien tiene en sus reflexiones el poder de decisión.³⁹

Un número importante de hipótesis jurídicas de configuración del Principio de Oportunidad fueron incorporadas por el legislador del año 2004, buscándose a través de este medio que una significativa cantidad de casos que en ordinarias condiciones debería judicializarse, por razones de política criminal y de conveniencia, no necesariamente deben llegar a los estrados judiciales para que a la postre la administración de justicia no se viese congestionada por causas pequeñas que en todo caso su solución se podía ofrecer a través de mecanismos alternos substancialmente distintos a un debido proceso íntegro.

Se torna ahora necesario realizar desde una cosmovisión constitucional, doctrinaria y filosófica, un análisis del concepto de principio de oportunidad, y en estos términos aproximarnos a una definición del mismo.

2. Aproximación conceptual al Principio de Oportunidad

Ya se ha realizado, hasta el momento, un breve bosquejo de los antecedentes político criminales que sirvieron de fundamento filosófico y político al Sistema Penal Oral Acusatorio, y de suyo también para el Principio de Oportunidad.

³⁹ El principio de legalidad, se erige en estos términos en un fuerte condicionante de la aplicación del principio de oportunidad, habida consideración que tanto el Fiscal que solicita su decreto, como el juez que decide, deben forzosamente tener en cuenta las causales previstas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

De acuerdo entonces con los objetivos pretendidos en el presente capítulo, es menester caracterizar un poco el alcance y contenido de lo que en nuestro ordenamiento se ha conocido como Principio de Oportunidad. Vale la pena mencionar que esta expresión fue postulada desde la introducción del Acto Legislativo 003 de 2002 en la Carta Política cuando al reformarse el artículo 250 de la Constitución se dijo explícitamente que por regla general la acción penal no es susceptible de suspensión, interrupción o renuncia, salvo en aquellos casos en que de acuerdo con la ley pueda aplicarse el Principio de Oportunidad.

Esta consagración, desde la óptica constitucional, claramente pone de relieve la vigente y activa influencia del positivismo jurídico que, a través del Principio de Legalidad, de manera categórica condiciona la aplicación del Principio de Oportunidad en aquellas hipótesis estrictamente consagradas por el legislador.

2.1 El Principio de Oportunidad y su posible interpretación como principio constitucional

Para la doctrina especializada ha sido objeto de particular atención que esta facultad discrecional de la Fiscalía General de la Nación se haya catalogado como principio. Tal es el caso de Forero Ramírez que a partir de concepciones filosóficas se pregunta si es en realidad esta facultad dispositiva del ejercicio de la acción penal un principio, o si en contrario sentido, puede catalogarse como una directriz de política criminal que podría configurar una hipótesis de excepción al principio de legalidad.

Con el objetivo de brindar respaldo teórico y filosófico a su planteamiento, se fundamenta en Robert Alexy, que desde la óptica jurídica estima que los principios en sentido jurídico serán aquellos que ordenan o disponen que se realice algo en la mayor medida posible, atendiendo las posibilidades jurídicas y fácticas de su ocurrencia.⁴⁰

Desde otra dimensión teórica se ha dicho que en el lenguaje de los juristas y teóricos del derecho, las normas más importantes son consideradas como principios, conectándose lógicamente a ellos los derechos fundamentales que se obtienen de principios, y con mayor frecuencia de principios constitucionales.⁴¹ Dentro de esta misma lógica, a criterio de la

⁴⁰ Forero Ramírez, Juan Carlos. Aproximación al estudio del Principio de Oportunidad. Editorial Ibáñez, segunda edición, Bogotá, año 2013, página 26.

⁴¹ Pino, Giorgio, Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2014, página 105.

Corte Constitucional, los principios consagran expresiones jurídicas generales que de acuerdo al contexto político e ideológico de un Estado, son de tan alta trascendencia que restringen espacios de interpretación, lo que demanda por tanto su aplicación inmediata; dice también la alta corporación que por esa característica precisamente se trata de normas que deben ser aplicadas en el presente, y al conectarlas con el modelo de Estado al que se adscriben, se trata de criterios en el que subyacen contenidos finalistas que permiten una mejor comunicación entre el juez y la sociedad, para que los administradores de justicia puedan hacer valer en el plano material y real los contenidos de la Constitución.⁴²

Acorde entonces con los parámetros iusfilosóficos que se han señalado precedentemente, podría epistemológicamente plantearse que en una exégesis ortodoxa de lo que tanto para doctrina, como para la jurisprudencia es un principio, la Fiscalía General de la Nación y los jueces con funciones de control de garantías, como parte axial de la administración de justicia, idealmente deberían apelar a una aplicación amplia del Principio de Oportunidad, que en consonancia con la filosofía de la misma Corte Constitucional se institucionalizó con el propósito de dar una renovación sustancial al proceso penal, para que con las facultades discrecionales de los fiscales, se pudiera disponer del ejercicio de la acción penal en una proporción importante.

Bajo esta perspectiva, con el nuevo viraje impreso al sistema de enjuiciamiento criminal, los esfuerzos investigativos se orientarían con mayor intensidad frente a aquellas conductas que por su nivel de daño e impacto social, deberían necesariamente ser investigadas, judicializadas y sancionadas. La lógica conceptual de los principios permite suponer entonces, que el *status* constitucional impreso a la discrecionalidad para acusar, condicionaría en buena medida los criterios políticos criminales de aplicación del principio de oportunidad, y dentro de esa secuencia igualmente, los parámetros legales de su aplicación.

Las reflexiones que alrededor de esta categoría filosófica se realizan, sólo se pueden plasmar de manera adecuada si se ejecuta un contraste con los parámetros de eficacia y validez de la norma, es decir, de cuál ha sido el verdadero desempeño de la norma al interior de la comunidad jurídica; su nivel de aceptación por parte de los operadores jurídicos y entre otros tópicos, si se quiere, su grado de inteligibilidad.

⁴² Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. Consultada el 20 de octubre de 2014 en www.corteconstitucional.gov.co

Aunque estos parámetros de eficacia y validez son un elemento importante en la vigencia de la norma, de este tópico sólo se hará una aproximación en el capítulo siguiente, porque antes de ello es imprescindible tratar de entender un poco qué se entiende por Principio de Oportunidad, desligando desde luego su contenido y alcance conceptual del carácter de principio para aterrizarlo un poco más en su dimensión político-criminal, que en términos de practicidad es la que se encuentra profundamente vinculada a los ideales que se establecieron cuando fue implementado el sistema penal oral acusatorio en Colombia.

2.2 El Principio de Oportunidad como criterio de la política criminal

No es coherente hablar de la implementación de una herramienta jurídica en el procedimiento penal, si previamente no se ha hecho un diagnóstico de su conveniencia y potencial necesidad de incorporación en el ordenamiento jurídico. Como ya se ha mencionado, el sistema de enjuiciamiento criminal colombiano clamaba a mil voces una rápida intervención, porque amén de no ajustarse a los nuevos desarrollos de la Carta Política, era supremamente inoperante, habida consideración que no permitía de manera abierta y clara la ejecución de mecanismos alternos al proceso mismo.

Esta visión preliminar tornaba entonces imprescindible una ampliación del espectro jurídico, y una redimensión de las estrategias criminales que con idoneidad conspiraran, no solo para una celeridad y eficacia del sistema, sino también para facilitar el acceso a la administración de justicia, tanto al destinatario de la ley penal, como a las víctimas.

Así es, recurrentemente se ha podido evidenciar que no obstante todos los esfuerzos que realiza el hacedor de las normas para incorporar nuevas conductas delictivas y aumentar penas, la verdad es que tales estrategias son altamente predecibles en cuanto a sus consecuencias, ya que históricamente se ha demostrado que el aumento de penas y creación de hipótesis delictivas no es sinónimo de disuasión frente a la criminalidad.

Bajo este entendido, los estatutos de seguridad ciudadana se reducen a un mero efecto simbólico y a un manual de buenos propósitos que pugna de manera abierta con los ideales que los inspiran, pues a la postre los nobles deseos que se transmiten a la colectividad y los efectos mesiánicos que se anuncian en su implementación, no dejan de ser más que una especie de publicidad engañosa que el mismo Estado legitima, más con criterios políticos que reales.

El incremento de penas, que gradualmente se ha establecido para atentados contra la libertad sexual, patrimonio económico y la vida, son una viva muestra de ello, ya que en contra de todos los pronósticos, los abusos sexuales, hurtos y homicidios, difícilmente disminuyen y lo que se observa por el contrario es su progresivo aumento.

Se refleja en estos términos una banalización de la política criminal, saliendo a flote, no su inidoneidad, sino la del Estado que en ausencia de criterios estructurales, legisla en la mayoría de ocasiones con parámetros oportunistas y reactivos que claramente proyectan lo cómodo y barato que es dejar en manos del Derecho Penal la solución de todos los conflictos sociales.

Por fortuna, el constituyente del año 2002, de manera sabia y prudente realizó un importante estudio del concierto de presupuestos y factores que de manera axial venían perturbando sensiblemente la lucha contra la criminalidad, y aunque extraño parezca, el debido proceso penal era el mayor causante de la ineficiencia del Estado en su labor misional de establecer un orden social y pacífico en las relaciones de alteridad.

Dada la pertinencia de aquellas razones que tuvo el legislador para incorporar el Principio de Oportunidad en el ordenamiento constitucional, se traerán a continuación de manera textual algunos apartes de las mismas:

«(i) se trata de un principio que se viene aplicando «en forma larvada», mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial;

(ii) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica;

(iii) constituye «una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal»;

(iv) ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema americano constituye la regla y se traduce en las figuras del plead guilty o confesión dirigida a evitar el juicio, y del plea bargaining, es decir, negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado;

(v) es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad;

y (vi) bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible».⁴³

Del texto que se acaba de transcribir, con meridiana claridad, se puede establecer que alguna razón le asiste a Forero Ramírez cuando predica que el Principio de Oportunidad es más bien un desarrollo del Principio de Legalidad íntimamente conectado con directrices de política criminal.⁴⁴

Aunque estos motivos que constitucionalmente inspiraron la incorporación del Principio de Legalidad podría pensarse llevarían a suponer que el presupuesto filosófico a través del cual se edificó el mismo, eran prevalentemente de carácter operativo.

La verdad es que, en una estricta exégesis constitucional, y teniendo en consideración los estrepitosos fracasos de los sistemas de procesamiento penal fundamentados en la escrituralidad, con suma coherencia puede igualmente argumentarse que el propósito del constituyente era precisamente que el Principio de Oportunidad fuese un auténtico parámetro modulador de los casos que por diversas razones de selectividad, no deberían ir a juicio de responsabilidad criminal.

Por tanto, asuntos donde hay una mínima afectación del bien jurídico o en aquellos eventos donde la reparación a las víctimas puede contribuir de una mejor forma a la vigencia de un orden justo y así también, cuando bajo ciertas condiciones algunos derechos entran en tensión, es lo más deseable y aconsejable que con matices de generalidad, todos esos asuntos se erijan en el soporte de racionalización de las pretensiones punitivas del ente acusador, que no necesariamente deben representarse en sentencias condenatorias, barros y encierros intramurales.

La Corte Constitucional, en uno de sus primeros fallos sobre Principio de Oportunidad, al hacer un análisis de la exposición de motivos y los criterios que a nivel epistemológico soportaron su incorporación, plasmó unas de sus características más esenciales, indicando en primer término que su operatividad y funcionamiento se circunscribía dentro de unos parámetros de discrecionalidad reglada, dado que sólo la ley puede indicar

⁴³ Proyecto de Acto Legislativo 003 de 2002 de la Cámara de Representantes. Consultado el 25 de octubre de 2014 en www.reocities.com/santacruzlr

⁴⁴ Obcit, pág. 27

bajo qué términos y condiciones hay un escenario propicio para interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal; así igualmente predicó que no se podía catalogar como un simple mecanismo de descongestión, sino que por el contrario, debía visualizarse como un instrumento regulador de la política criminal del Estado, entendiéndose así como un direccionamiento estratégico de esta a la investigación, judicialización y sanción de los procesos criminales de mayor trascendencia e impacto; como lógica secuencia del Principio de Legalidad en su funcionamiento, la aplicación del Principio de Oportunidad no depende del arbitrio o criterio de la Fiscalía General de la Nación, sino que para ello se creó la figura del juez con función de control de garantías, que es el habilitado para hacer controles normativos y materiales a la actividad del ente acusador; y entre otros fines, se establece que no se trata de sólo instrumento que involucre injustos bagatelares, sino que también tiene la virtualidad de servir como mecanismo para la desarticulación de organizaciones criminales.⁴⁵

2.3 Concepción teórica del Principio de Oportunidad

Al haberse plasmado algunas aproximaciones filosóficas y político criminales del Principio de Oportunidad, debe ahora realizarse una descripción teórica de lo que la doctrina extranjera y nacional concibe como Principio de Oportunidad. Dependiendo entonces de las razones de política criminal que tenga el Estado, y de hecho las facultades que tenga el Fiscal o Ministerio Público como se llama en otras latitudes, puede en esas mismas condiciones adoptarse una definición del Principio de Oportunidad.

De esta manera, en Chile, Nicolás Rodríguez y Luis H. Contreras lo conciben como «un conjunto de atribuciones que autorizan a los órganos de persecución criminal, especialmente al Ministerio Fiscal, a disponer total o parcialmente, en determinadas situaciones, del deber de ejercicio y sostenimiento de la acción penal, conocidas genéricamente bajo el concepto de Principio de Oportunidad».⁴⁶

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2005, del 30 de junio de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, consultada el 25 de octubre de 2014 en www.corteconstitucional.gov.co

⁴⁶ Rodríguez Nicolás y Contreras Luis H. Algunas reflexiones acerca de la utilización del principio de oportunidad como instrumento de política criminal en el derecho procesal penal del Siglo XXI. Consultado el 28 de octubre de 2014 en www.vlex.com.co

En la experiencia inglesa se tiene al fiscal como el centro de la justicia penal, definiendo el Principio de Oportunidad como «la existencia de una amplia discreción en determinar cuándo es necesaria la consignación o procesamiento del acusado, es un poder que usado sabiamente y con criterios de búsqueda de justicia, ubica al fiscal en el centro del sistema de justicia penal, actuando como el portero o guardián de lo que está en el interés público considerar [...]».⁴⁷

Julio B. Maier, citado por Forero Ramírez, en tratándose del Principio de Oportunidad explicita que es «La posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal, o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad social o razones político- criminales».⁴⁸

En la doctrina nacional, se dice que el Principio de Oportunidad es la «Potestad reconocida a los organismos encargados de la persecución penal de no proceder o de hacerlo con ciertas limitaciones, cuando se tratare de conductas presuntamente punibles, en atención a situaciones coyunturales, a las circunstancias que rodean los hechos, o a la potestad negociadora de los sujetos procesales, de tal manera que el proceso se vuelve de partes y dispositivo [...]».⁴⁹

Por su parte, Forero Ramírez dice que:

Con base en nuestra legislación diremos que el Principio de Oportunidad (o mejor el criterio de oportunidad) es la facultad reglada que radica en cabeza de la Fiscalía con un control (formal, material, posterior y automático) por parte del Juez de Garantías, a partir de la cual puede suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, por motivos de política criminal, conforme a las causales que consagra el Código de Procedimiento Penal, siempre y cuando exista una prueba mínima acerca de la existencia de la conducta punible y de la autoría o participación de un sujeto en la misma.⁵⁰

⁴⁷ Barclay, Rene. Director Complex Casework. Crown Prosecution Service. London Área. Consultado el 28 de octubre de 2014 en www.vlex.com.co

⁴⁸ Ob Cit., página 31

⁴⁹ Velásquez Velásquez, Fernando. Proceso Penal y Principio de Oportunidad. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Consultado el 28 de octubre de 2014 en www.vlex.com.co

⁵⁰ ObCit, página 34

Al analizar las diferentes concepciones teóricas del Principio de Oportunidad, importantes conclusiones se pueden ir plasmando en derredor de su existencia jurídica, y algo incuestionable es que el principio de oficialidad y obligatoriedad de la acción penal, de la mano de la expansión punitiva y el llamado Derecho Penal simbólico, han terminado por erigirse en una elemental manifestación retórica que pretende convertir al derecho penal como la medicina apta para remediar la diversa gama de conflictos sociales que generan los comportamientos indeseables y desestabilizadores de las relaciones entre los integrantes de la comunidad.

Es también sensato colegir, que esa imposibilidad del Estado para perseguir y sancionar todos los comportamientos criminógenos debe llevar a un replanteamiento de los criterios político criminales, en los que incluso es aconsejable examinar si en alguna medida, puede estarse convirtiendo la dogmática penal en un elemento que perturbe los fines del modelo de Estado. Hoy en día, hay importantes autores que con suficientes razones se están preguntando si puede estar el principio de legalidad inmerso en una profunda crisis, que torne imperioso, no sólo su rediseño, sino también, su resignificación jurídica.⁵¹

En estas condiciones, y aunque se acepte contemporáneamente por una mayoría científica que la administración de justicia debe regirse por una serie de parámetros donde el Principio de Legalidad es un elemento medular de la administración de justicia, y bajo ese contexto, es imperativo que el rol de jueces y fiscales se condicione por los mandatos que en él subyacen, la verdad es que no es una herejía predicar que la sacralización del Principio de Legalidad puede, bajo determinadas condiciones y circunstancias, producir más impunidad y daño que una nueva perspectiva que lo torne ampliamente flexible, llevándolo a tal punto que se convierta en un instrumento útil para destipificar conductas delictivas, y tornar imperativo, mas no discrecional, la renuncia al ejercicio de la acción penal.

Bajo estos supuestos, y ubicándonos en principio dentro del escenario legal Colombiano, se procederá a realizar un estudio selectivo de algunas de las causales que político criminalmente se han establecido para interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal.

⁵¹ Sarrabayrouse, Eugenio C. La Crisis de la legalidad, La teoría de la legislación: una propuesta de integración, artículo integrante de la obra titulada La Crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?, Juan Pablo Montiel (ed). Marcial Pons, Madrid, 2012. Página 42 y s.s.

3. Criterios de dogmática penal subyacentes en el Principio de Oportunidad, estudio aleatorio de sus causales

Como se establece en algunos de los apartes del presente documento, han sido principalmente criterios de política criminal los que infortunadamente generan una desmedida expansión punitiva, porque la ausencia de políticas serias y estructuradas por parte del legislador patrio, han repercutido al interior del Derecho Penal con una serie de consecuencias desfavorables respecto de sus niveles de eficacia y validez en el ordenamiento jurídico.

En el anterior contexto, el dinamismo propio del *ius puniendi*, la evolución de la sociedad, y la necesaria reglamentación de la pluralidad de riesgos que finalmente se punibilizan cuando se ejecutan con total menosprecio del deber objetivo de cuidado, han llevado igualmente al legislador, y a la misma dogmática penal, a imbuirse en una encrucijada, en la medida que con la desbordada e irracional expansión del *ius puniendi*, las categorías dogmáticas de la conducta punible,⁵² deben ser objeto de ponderación para finalmente establecer que por ejemplo, debido a la mínima afectación del bien jurídico, no es político criminalmente correcto imponer una sanción al autor o partícipe que ha incurrido en determinada conducta delictiva; o en otro sentido, porque al encontrarse el juicio de culpabilidad reducido a una mínima expresión, donde el reproche que hace el juez, prácticamente es ínfimo y secundario, ningún sentido jurídico tiene provocar hasta sus últimas consecuencias el ejercicio de la acción penal; sucediendo igualmente lo propio, cuando opera el fenómeno catalogado como exceso en las causales de justificación, donde el estudio del juicio de antijuridicidad no es lo suficientemente intenso.⁵³

Se trata entonces de algunas causales que filosóficamente se han consagrado con el exclusivo propósito de racionalizar el ejercicio de la acción penal, hipótesis que en todo caso deben soportarse a partir del estudio

⁵² El artículo 9º del C. Penal Colombiano establece: «Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable...».

⁵³ La Ley 906 de 2004 consagró en su artículo 324 el marco jurídico de aplicación del principio de oportunidad. En el cuerpo de la norma, claramente sale a flote la dogmatización de la discreción en el ejercicio de la acción penal, porque conceptos como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son recurrentes en diferentes hipótesis de su aplicabilidad.

de la información legalmente obtenida, que por lo menos mínimamente debe permitir la construcción de un juicio de autoría o participación en cabeza del destinatario de la ley penal.⁵⁴

Este presupuesto es por demás lógico y coherente, porque si a nivel epistemológico no se construye un grado de conocimiento que tenga la capacidad de desvirtuar la presunción de inocencia, lo consecuente es que la acción penal termine de manera previa a través de la figura que se ha conocido como preclusión de la investigación, porque si trasladando la información legalmente obtenida a un escenario de juicio oral se sabe que las dudas probatorias no se podrán desvirtuar, esas dudas desde luego, son plenamente compatibles con la presunción de inocencia.

Con el propósito de entender un poco mejor algunas de las causales que político criminalmente se han diseñado para aplicar el Principio de Oportunidad, es pertinente realizar una aproximación conceptual de categorías propias de la dogmática penal que sin duda alguna han sido definitivas para la proyección del Principio de Oportunidad.

3.1 El Principio de Insignificancia. Un criterio inspirador del Principio de Oportunidad

Aunque históricamente se ha concebido al proceso penal como el escenario adecuado para elevar a un plano tangible y empírico los presupuestos teóricos de la conducta punible, esa reconstrucción que se lleva a cabo por medio de unas fases que en no pocas ocasiones tienen en sus primeras manifestaciones la incertidumbre total, con la intensidad y eficacia de los actos de investigación pueden mudar a un panorama de alta probabilidad o certeza, todo desde luego, dependiendo de la fuerza incriminatoria y demostrativa del material probatorio que fluye dentro de los actividades preliminares que despliega la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal.

Bajo estas condiciones y circunstancias, si las pretensiones punitivas del Estado adquieren un nivel de persuasión que inclina la balanza de la justicia en contra del destinatario de la ley penal declarándolo culpable del delito cometido, podrá entonces aducirse que el proceso penal cumplió los fines constitucionales que condicionan su existencia, si la presunción de inocencia fue desvirtuada con pleno apego y respeto de las garantías que a nivel superior integran el debido proceso.

⁵⁴ Esta exigencia aparece consagrada de manera expresa en el inciso final del artículo 327 de la ley 906 de 2004.

Desde otra arista, como lo que puede incluso debatirse dentro del tráfico jurídico procesal, es la existencia o no de la conducta que ha sido catalogada como delictiva, o en contrario sentido, el debate epistemológico puede girar en derredor del grado o nivel de antijuridicidad de la conducta, los problemas jurídicos subyacentes dentro de estos escenarios de enjuiciamiento criminal, especialmente aquellos relacionados con la mínima antijuridicidad de la conducta, o la ausencia de lesión al bien jurídico tutelado, dejan en el ambiente judicial una serie de interrogantes que con suficientes razones llevan a los administradores de justicia a preguntarse si valía en realidad la pena generar todo ese desgaste de tiempo y dinero, porque hay que decirlo, el proceso penal contemporáneo, demanda una importante inversión económica, y en términos reales, no es tan ágil y expedito como teóricamente se ha planteado.

Un interrogante de esta naturaleza no es de fácil respuesta, porque el nivel de científicidad y sistematicidad de la teoría del delito, por regla general, no admite gradaciones, toda vez que la afectación real o efectiva puesta en peligro de los intereses objeto de protección penal ha sido edificada en un plano genérico, y ello es por demás comprensible porque la labor del legislador proyecta consecuencias jurídicas que tienen efectos comunitarios y generalizados.

Dentro de este amplio nivel de vaguedad, y haciendo referencia específica a la teoría del bien jurídico, hay conductas que si bien es cierto en el plano empírico, muy poca afectación causaron al interés objeto de protección, en términos de punibilidad las consecuencias jurídicas son iguales, porque a título de ejemplo, si un individuo le da un efímero beso con contenido lascivo a una adolescente de 13 años de edad, este supuesto de hecho que se conoce como actos sexuales con menor de 14 años de edad, tendrá el mismo tratamiento punitivo que el de aquel hombre que ejecuta una intensa estimulación genito-oral sobre una menor de 14 años de edad. Así también, en el homicidio, ninguna diferencia hay en que un sicario le cause la muerte a una persona en plenitud de su vida, a que el violento deceso se produzca sobre otra que yace en su lecho de muerte por el influjo de una grave enfermedad.⁵⁵

⁵⁵ Multiplicidad de ejemplos se podrían citar en atentados contra el patrimonio económico, fe pública y administración pública, entre otros. Así entonces, la ínfima afectación del patrimonio económico, la mínima posibilidad de daño causada en el tráfico jurídico por una mistificación, y el acto de corrupción que no afecta el adecuado engranaje de la administración pública.

Con casuística de esta naturaleza, válidamente se plantea que el daño causado al bien jurídico, o las mínimas posibilidades de afectación, debido a su ontológica disminución, no son parámetros que dogmáticamente se pueden justipreciar para consolidar una hipótesis de exclusión de responsabilidad penal, o establecer consecuencias punitivas diversas.

Cuando este tipo de dificultades científicas se suscitan en la aplicación del derecho, aunque el Principio de Legalidad, en su genuina concepción, no abra el camino para buscar una solución alterna a la sanción penal, sí es político criminalmente aconsejable buscar otras opciones en las que no necesariamente el sendero jurídico a recorrer sea un íntegro agotamiento del proceso penal.

¿Cómo hacer entonces compatibles esas nuevas perspectivas del derecho sin sacrificar abierta o groseramente el Principio de Legalidad?

La solución doctrinaria que contemporáneamente se ha brindado a esta problemática es la de ductilizar o flexibilizar el Principio de Legalidad u oficialidad de la acción penal, estableciéndose para ello claros criterios de orden político criminal que consubstancialmente tienen inmersos unos derroteros, donde la poca afectación del interés objeto de protección penal, puede tornar no conveniente el ejercicio de la acción penal.

Esta inconveniencia tiene desde luego, razones de orden teórico, empero predominantemente de carácter constitucional y práctico, porque al flexibilizarse el Principio de Legalidad, el acceso a la administración de justicia fluye de manera selectiva para que aquellas conductas delictivas cuyo impacto social no es elevado, sean susceptibles de solución a través de mecanismos de justicia restaurativa incardinados en la regulación legal del Principio de Oportunidad.

La lógica de esta nueva perspectiva apunta en primer término a una racionalización de los recursos investigativos, cuyo centro de atención deben ser obviamente aquellos comportamientos que lesionan y ponen en efectivo peligro los bienes jurídicos más representativos en la vida de relación. Llegándose a una situación límite, la investigación, judicialización y sanción de estas conductas se torna imperiosa, porque una sociedad civilizada solo se dimensiona y desarrolla adecuadamente cuando la vigencia de un orden justo se preserva, y a ese ideal únicamente se llega cuando los principios y derroteros que integran un mínimo de administración de justicia, se respetan.

Visualizar el panorama deseable es fácil, de hecho en el contexto latinoamericano cuando generalizadamente se inició el proceso de implementación del sistema acusatorio, uno de los grandes retos para el fiscal o Ministerio Público⁵⁶ era precisamente el de potencializar la aplicación del Principio de Oportunidad.

Para abundar en razones, se traen a continuación en perspectiva comparada algunas reflexiones importantes sobre este tema:

El proceso penal se encuentra colmado de casos que consisten en infracciones mínimas y de bajo costo social, y es altamente deficiente para resolver aquellos casos donde la infracción provoca un costo económico de dimensiones trascendentes para nuestro pueblo. De este modo somos espectadores de la priorización inversa de los esfuerzos estatales, es decir, la combinación de un proceso de criminalización intensivo de «bagatelas» con un proceso de descriminalización de hechos delictivos de impacto social muy importante. Hechos tan graves de delincuencia no tradicional como lo son la socioeconómica, el terrorismo, narcotráfico, lavado de dinero, la corrupción en función pública, por mencionar algunos ejemplos.

De modo que, a la incapacidad «cuantitativa» se agrega la «cualitativa», es decir la imposibilidad de lograr perseguir eficazmente los delitos socialmente más graves, la delincuencia más sofisticada que, por esa misma característica pasa desapercibida, pero genera efectos mucho más dañinos que la violencia urbana. Esta circunstancia evidentemente demuestra la existencia de una expectativa social insatisfecha, de la que el Estado, y en especial los órganos que integran el sistema de administración de justicia penal, deben hacerse cargo en forma inminente.

Este diagnóstico no es nuevo, pero lamentablemente sigue siendo actual y ha llevado no sólo a la República Argentina, sino a todo el movimiento reformista de América Latina a plantear alternativas para aumentar los niveles de eficiencia en la persecución penal. Alternativas que también han generado algunos «mitos» que, precisamente como la palabra lo indica, están más en el plano de la fantasía que de la realidad.⁵⁷

En consonancia con el panorama que se advierte en el párrafo que precede, es evidente que el problema es sistémico, porque la dificultad para afrontar la creciente y diversa criminalidad, no es un fenómeno que se presente sólo en Colombia, ocurre en todo el orbe, y especialmente en países de economía emergente como Latinoamérica.

⁵⁶ En países como México y Argentina, la Fiscalía General de la Nación es conocida como Ministerio Público.

⁵⁷ Principio de oportunidad, Ministerio Público y Política Criminal. Marchisio, Adrián. Secretario general de Coordinación Institucional de la Procuraduría General de la Nación, Argentina. Consultado el 29 de octubre de 2014 en www.vlex.com.co.

Debe igualmente destacarse que hay profundas coincidencias en todas las naciones latinas de habla hispana, porque la dogmática penal y el Principio de Legalidad son conceptos que históricamente han ejercido una fuerte Influencia en el estado de Derecho. Pero como se trata ante todo de buscar una real aproximación a parámetros de eficiencia en la administración de justicia, si en realidad se persigue disminuir los altos índices de criminalidad y la reinante impunidad, lo consecuente es que por vía del Principio de Legalidad se prioricen bienes jurídicos, y dentro de este mismo orden se gradúen los niveles de respuesta punitiva, quedando desde luego en el último peldaño el establecimiento de sanciones penales, y así en este mismo orden, la imposición de penas privativas de la libertad en establecimiento carcelario.

3.1.1 El Principio de Insignificancia. Su concepción

En lenguaje cotidiano, la expresión «insignificancia» denota la condición de insignificante, que a su turno se considera como lo que no merece ser tenido en cuenta por pequeño, baladí o despreciable.⁵⁸

Si esta acepción se trasladara rigurosamente al lenguaje jurídico penal, la insignificancia no tendría cabida como concepto, porque no se puede teleológicamente catalogar como banal o insulso un comportamiento que previamente ha sido considerado como delictivo por parte del legislador. Por eso el alcance y contenido de lo insignificante debe necesariamente relativizarse. Para Welzel y su teoría de la adecuación social, las conductas inadecuadas, es decir, que se contraponen a una relación de alteridad ordenada, son las que realmente deben ocupar la atención del Derecho Penal, porque se trata de conductas que gravemente se apartan de los órdenes históricos de la vida social.⁵⁹

Surge en estas condiciones un parámetro teórico que sirve de soporte para considerar como irrelevantes algunos comportamientos, no por su condición ontológica, sino en estricto sentido, por el nivel de afectación del interés objeto de protección penal, porque si no hay una real e intensa afectación del bien jurídico, no es político criminalmente coherente que se reaccione de manera severa y desproporcionada, cuando la lesión de un interés individual o colectivo se puede justipreciar como ínfima, no sólo frente a su titular, sino también, frente a la colectividad en general.

⁵⁸ El Pequeño Larousse Ilustrado 2014. México Décimo Octavo Edición

⁵⁹ Derecho Penal Alemán, Welzel, Hanz. Ediciones Jurídicas del Sur, 11ª Edición, Santiago de Chile, 1980, página 83.

De esta forma, aunque la insignificancia de lesión al bien jurídico no supone ausencia de daño y tampoco estimula el íntegro ejercicio de la acción penal, sí es un derrotero importante que sirve de fundamento para la renuncia a las pretensiones punitivas del Estado, porque desde una perspectiva político criminal, no es oportuno o conveniente desplegar toda una parafernalia institucional para la investigación, judicialización y sanción de una conducta delictiva que no es lo suficientemente representativa en el contexto social.

3.1.2 Análisis jurídico de algunas de las causales que tienen como fundamento teórico el Principio de Insignificancia

Bajo estos parámetros, el legislador colombiano, con la mejor de las expectativas y con el propósito de dinamizar aquellos procesos penales que dogmáticamente quedaban en una zona gris, porque abiertamente no se podían archivar, debido al mínimo grado del interés objeto de protección penal, empero tampoco era recomendable agotar en ellos un proceso íntegro para desvirtuar presunción de inocencia, seleccionó una serie de bienes jurídicos que no obstante su trascendencia en la vida de relación, podría prescindirse de su protección, atendiendo razones estratégicas y de conveniencia.

Las causales 9ª y 10ª del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 describen hipótesis configurativas del Principio de Oportunidad, de cuyo contenido y estudio se puede establecer que en Colombia se abrió incluso el espacio jurídico para renunciar al ejercicio de la acción penal, aun en tipos penales que históricamente han sido catalogados como el centro de atención de la política criminal. Tal es el caso de los atentados contra la administración pública, que tienen como agente precursor los fenómenos de corrupción administrativa.

Aunque se trata de comportamientos criminógenos detestables, no debe dejar de aceptarse que dentro de su sistematicidad, hay categorías delictivas que bajo ciertas condiciones y circunstancias, no afectan de manera importante los fines constitucionales para los que ha sido edificada la administración pública. Previendo el legislador la concurrencia de estas circunstancias, se elevó a la categoría de norma la aplicación del Principio de Oportunidad, cuando en atentados de bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulta poco significativa, y la infracción al deber

funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.⁶⁰

Con una primera lectura de la disposición jurídica ya referenciada, de entrada se logra percibir que el presupuesto de tipicidad que condiciona su consolidación tiene como referente teórico el principio de insignificancia, porque desde una arista funcional se debe analizar el nivel de afectación del bien jurídicamente tutelado. Bajo esta lógica entonces, la dimensión político criminal para brindar protección al bien jurídico, se proyecta al vincular el acto u omisión de quien se reputa como autor o partícipe de los hechos, con el cumplimiento de los fines constitucionales que inspiran la operatividad y dinamismo de la administración pública.

Dicho en otros términos: es necesario ponderar la incidencia o impacto de la conducta delictiva, frente a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.⁶¹

De esta manera, válidamente se puede predicar que entre más cercana esté la conducta de diezmar o minar los fines constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho, menor será la posibilidad de renunciar al principio de oficialidad o estatalidad, pues la gravedad misma de la conducta tornaría imperioso el ejercicio de la acción penal y socialmente indeseable un mecanismo alternativo de solución a la problemática. Piénsese por ejemplo en el caso de una pequeña población, cuya administración municipal, al celebrar un proceso de contratación estatal, tuerce los principios que deben gobernar los vínculos contractuales y termina desviando una gruesa suma de dinero destinada a enriquecer ilícitamente al alcalde y otros servidores que intervienen en el proceso de licitación. Bajo este supuesto es evidente que en consonancia con las características de una conducta de esta naturaleza, el bien jurídico funcional se afecta sensiblemente, ya que las obras si se hacen, se ejecutan finalmente de una manera deficiente, es decir, sin eficacia y rodeada de una serie de circunstancias que tornan oscuro y cuestionable lo público.

⁶⁰ Así se consagró esta causal en el artículo 324-9 de la Ley 906 de 2004

⁶¹ Estos son los principios en los que se afianza la función administrativa, y se encuentran consagrados en el artículo 209 de la Carta Política.

Respecto de los atentados contra la administración de justicia, las condiciones son dogmáticamente similares, porque una adecuada sanción disciplinaria tiene la aptitud suficiente para erigirse en una auténtica respuesta del Estado frente a ciertas formas de daño que en menor escala afecten, bien sea la recta y eficaz administración de justicia, o la administración pública. Algún sector de la doctrina considera que frente a la aplicación de esta causal, sólo debía operar la modalidad de interrupción de la acción penal, porque si eventualmente el proceso disciplinario no es efectivo o simplemente es insuficiente para colmar las expectativas de la administración de justicia, el fiscal puede reanudar el ejercicio de la acción penal.⁶²

Queda de todas formas en el ambiente jurídico un interrogante importante cual es: si se considera que una sanción disciplinaria, derivada de un proceso de tal naturaleza, puede ser una respuesta adecuada frente al acto o la omisión del servidor público, ¿qué sentido entonces tiene la intervención del *ius puniendi*?, si se parte de la base que en un Estado Social y Democrático de Derecho, la intervención del derecho penal debe ser mínima, de *ultima ratio* y fragmentaria.

Podría ser bajo este contexto más razonable llegar a la conclusión de que el bien jurídico no se afectó, porque a título de ejemplo, el presunto infractor de una norma de tráfico vehicular que es constreñido por un guarda de tránsito para que le dé u ofrezca dinero, finalmente paga su multa y provoca la judicialización del servidor público; ¿o acaso podría suceder algo distinto, si frente a un requerimiento de captura un imputado que confía plenamente en su inocencia, no accede a las pretensiones económicas del policía judicial que lo está chantajeando y libremente decide ponerse a disposición de la Fiscalía?

Si es entonces la función de la administración de justicia o administración pública, un presupuesto esencial del bien jurídico, con la no afectación de la misma, válidamente se puede plantear que las conductas ejemplificadas, no obstante ser típicas, difícilmente permiten construir un juicio de daño o puesta en efectivo peligro del bien jurídico tutelado.

⁶² La Discrecionalidad para Acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia. Mestre Ordóñez, José Fernando, Editorial Ibáñez, Tercera Edición, Bogotá 2012.

Para abundar en razones, hay modalidades delictivas cuyo análisis de antijuridicidad dogmáticamente se considera satisfecho con el simple obrar u omitir del sujeto activo. Por lo menos así sucede en el falso testimonio, fraude procesal, concusión, cohecho por dar u ofrecer, cohecho propio o el mismo cohecho impropio.

Desde esta arista, el faltar a la verdad ante autoridad judicial, aceptar promesa remuneratoria en un hecho derivado de la función pública, o el tratar de provocar un error en la administración de justicia, son conductas que históricamente se han catalogado como delictivas y más aun así ocurría bajo el imperio del decreto Ley 100 de 1980, donde operaba el principio antijuridicidad formal. Contemporáneamente para que una conducta realmente se considere como delictiva, debe necesariamente superar el filtro dogmático de la antijuridicidad, que en todo caso, tiene que ser material, o por lo menos provocar un efectivo peligro de daño al bien objeto de protección penal.

La causal que se ha consagrado en el artículo 324-10 de la Ley 906 de 2004, explícitamente tiene dentro de su contenido establecido el Principio de Insignificancia, en especial, cuando hace referencia al «alto grado de deterioro» del objeto material, lo extraño es que el legislador condiciona la aplicación de la figura a la ponderación subjetiva que haga el titular del bien jurídico, cuando desde una perspectiva objetiva, el poco valor que tenga un bien por viejo, desgastado o maltratado, no puede circunscribirse a la ponderación que haga el dueño de la cosa, porque al fin y al cabo una cosa mueble ajena que no tenga un valor económicamente estimable, en estricto sentido no es un bien jurídicamente valioso, y en un panorama de esta naturaleza, lo sensato es colegir que en estas hipótesis, no hay despatrimonialización, y no puede haberla, cuando no hay interés objeto de protección.

Se presenta entonces una confusión conceptual porque se termina sugiriendo por vía de legalidad la aplicación del Principio de Oportunidad, cuya esencia es dejar de perseguir, lo que en su ausencia tendría que judicializarse y sancionarse.

No obstante haber transcurrido 10 años de vigencia del Sistema Penal Oral Acusatorio, se trata de causales que muy pocas consecuencias han tenido dentro del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal.

Varias razones podrían explicar este fenómeno: en primer término, el índice de judicialización en atentados contra la administración pública en general no es tan elevado; en segundo orden, se trata de un bien jurídico con un peso histórico muy fuerte y tal circunstancia inhibe a los administradores de justicia para renunciar al ejercicio de la acción penal en tales hipótesis delictivas; la ínfima afectación del patrimonio económico termina catalogándose como injusto bagatelar y por último, sin ser con ello taxativos, sino enunciativos, la falta de preparación cultural de jueces y fiscales para imprimirle dinamismo al Principio de Oportunidad ha influido de manera negativa para la aplicación de esta causal.

3.2 Análisis jurídico de las causales donde el juicio de culpabilidad se disminuye

Pasando a un rápido análisis de las causales 11 y 12, a nivel dogmático se establece una sistematización en cuanto a las razones político-criminales que se tuvieron para no considerar oportuno o conveniente el establecimiento de responsabilidad penal en estas hipótesis.

En estos supuestos, las exigencias de tipicidad y antijuridicidad concurren, independiente de que se trate de un tipo penal doloso o culposo. Se trata de una propuesta interesante, porque de hecho puede haber una afectación significativa del bien jurídico, como la muerte en accidente de tránsito de una persona, por ejemplo, o como ocurre en el caso de un homicidio pietístico que sólo se puede concretar a través del dolo.

En las dos hipótesis fácticas hay un resultado lesivo trascendental, pues se trata de la pérdida de vidas que sin causa jurídicamente atendible se lesionan, pero aun con ello, la violación del deber objetivo de cuidado, o el juicio de reproche, se encuentran altamente disminuidos y pierden gran valor. No se discute que el nivel de cientificidad de esta causal es profundamente extraordinario, ya que en teleología se prescinde de la sanción penal, no obstante concurrir los presupuestos de tipicidad y antijuridicidad; opera igualmente esta causal, aun a pesar de que haya conciencia en torno a la violación del deber objetivo de cuidado, o de que se está obrando en contravía con el ordenamiento jurídico.

El estudio de estas dos causales se realiza conjuntamente porque no obstante tratarse de hipótesis jurídicas que operan para injustos delictuales con diversa modalidad de conducta, desde el punto de vista substancial, el reproche por la violación del deber objetivo de cuidado, o la exigibilidad de un comportamiento ajustado a derecho, pierden el protagonismo

dogmático que tradicionalmente les ha sido prodigado en el delito imprudente o el delito doloso.

Si se analiza un poco la causal establecida en el artículo 324-11, un primer aspecto a destacar es que el sólo hecho de que la imputación subjetiva sea culposa, genera un importante parámetro de diferenciación frente a las imputaciones que se realizan a título de dolo, y si a tal condición se aúna que la violación al deber objetivo de cuidado se contextualiza en un escenario que la reacción social no va a ser fuerte, porque al fin y al cabo la infracción del reglamento o disposición que regula la actividad peligrosa no fue tan intensa, la verdad es que desde una dimensión legal, la conducta imprudente pierde trascendencia jurídica.

Para hacer un poco más palpable este escenario teórico, imaginémosnos a un hombre que conduce su vehículo a un promedio de velocidad que no excede el riesgo permitido, y al acercarse a una curva, debido a la poca visibilidad que hay, por lo oscura que se encuentra la noche, decide poner luces altas, empero en ese preciso instante, del otro lado de la vía aparece un conductor que pierde el control del automotor por efecto del encandilamiento, se siniestra y muere. En este supuesto, no cabe la menor duda que se violó el deber objetivo de cuidado, empero de una manera mínima, porque la verdad es que cualesquier conductor promedio seguramente habría hecho lo mismo, y frente a un hecho rodeado de aquellas especiales circunstancias, ni la sociedad o medios de comunicación, catalogarían el hecho como grave.

Tratándose de la causal 324-12, dos aspectos vacilares condicionan la existencia jurídica de su edificación. Dada la forma en que ha sido redactada esta hipótesis de aplicación del Principio de Oportunidad, el juicio de culpabilidad disminuido y la ausencia de necesidad de pena conforman una síntesis dialéctica que epistemológicamente permite catalogar la secundaria consideración del juicio de reproche, como la espina dorsal de la renuncia al ejercicio de la acción penal, toda vez que sólo en la medida que se llegue a la conclusión de que la culpabilidad se encuentra menguada, la pena se podrá catalogar como innecesaria.

Frente a esta disposición jurídica, y otros numerales del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, se presentó acción de inconstitucionalidad, porque a juicio del demandante, con el carácter general, ambiguo y abstracto de muchas de las disposiciones, se corría el riesgo de que la Fiscalía terminara obrando de manera arbitraria y generando inseguridad jurídica, porque ante la falta de claridad de las causales de

aplicación del Principio de Oportunidad, se le imprimirían a tales disposiciones interpretaciones diferenciadas que de manera injustificada traducirían consecuencias jurídicas distintas para un hecho que ontológica y naturalísticamente debería tener la misma respuesta. Con una lectura de estas características, dependiendo del nivel de interpretación del operador jurídico, un mismo supuesto de hecho sería objeto de renuncia a la persecución penal, empero igualmente podría ser tratado punitivamente a través de una sentencia condenatoria.

La Corte Constitucional, al estudiar los cuestionamientos que se hicieron a las disposiciones, encontró que no había realmente un ataque que de manera clara y cierta enfrentara los diferentes numerales de la disposición en cita, con normas de orden constitucional, por tal razón se inhibió de pronunciarse de fondo debido a la ineptitud sustantiva de la demanda.⁶³

Aunque no hubo una decisión sobre el particular, las preocupaciones que el autor tenía en la demanda acerca de la forma indiscriminada y desigualitaria en que se podría aplicar el Principio de Oportunidad, tal perspectiva no era en todo caso cimentada a partir de parámetros objetivos. Si por una u otra razón se acogieran como válidos los cuestionamientos hechos por el demandante, dentro de esa lógica se interpretarían las normas al interior del proceso penal, y se llegaría al absurdo de catalogar como una herejía que casos perfectamente iguales en el plano fáctico, jurídico y probatorio, fuesen tratados de manera diversa por los jueces como destinatarios de la prueba. Se olvidaría entonces que por encima de cualesquier circunstancia, quien decide es un ser humano, dotado de capacidad de pensamiento, reflexión, y con el nivel de ponderación suficiente para decidir en uno u otro sentido.

Sólo de esta forma se puede concebir el derecho, porque si fríamente se ponderara el ordenamiento jurídico, sería mejor que las decisiones las asumiera un computador para que la justicia no fuese tan humana, sino más bien, sistémica e igualitaria.⁶⁴

⁶³ No hubo entonces pronunciamiento de fondo, y así se plasmó en Sentencia C-095 de 2007. Consultada el 1º de noviembre de 2014 en www.corteconstitucional.gov.co

⁶⁴ Para Mestre Ordóñez, la redacción de esta causal es desafortunada porque incluye aspectos relacionados con la ausencia de necesidad de pena, que tienen efectos directos en la discrecionalidad de la Fiscalía, debido al carácter mandatario y determinante en que fue elaborada. Obcit, páginas 265 y 266.

3.3 La renuncia a la persecución penal aplicando la dogmática de ponderación

Hasta ahora se han estudiado algunas causales en las que política y criminalmente se torna aconsejable la renuncia al ejercicio de la acción penal, bien por la insignificancia del hecho; ora porque el juicio de culpabilidad se encuentra disminuido; y de hecho también porque la respuesta punitiva se puede igualmente tornar innecesaria. Se advierte entonces que con el estudio hasta ahora realizado, la flexibilización y relativización del Principio de Legalidad amplía su margen.

El análisis en cita involucra algunos supuestos en donde el nivel de deficiencia práctico en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad permite llegar a conclusiones que en un plano de coherencia no tornan injusta la renuncia al ejercicio de la acción penal, aunque probatoriamente hayan medios de conocimiento que permitan desvirtuar la presunción de inocencia y vencer en juicio de responsabilidad criminal al destinatario de la ley penal.

Como el propósito de intensificar el grado de eficacia en la persecución penal fue en realidad bastante ambicioso, el legislador del año 2004 incluyó como causales de aplicación del Principio de Oportunidad, dos modalidades importantes, en las que a diferencia de las ya estudiadas, no hay deficiencias dogmáticas sobre presupuestos de antijuridicidad, culpabilidad y necesidad de pena.

Se rompe entonces con estas alternativas el paradigma de renuncia a pretensiones punitivas, porque el nivel de daño o impacto de las conductas; así como también, la poca trascendencia que tienen en el contexto social, no son los referentes que se tienen como fundamento ideológico para aplicar el Principio de Oportunidad.

El balance que se hace con las causales establecidas en los numerales 4° y 5° de la Ley 906 de 2004 es de costo beneficioso, es decir, que se gana a cambio de la impunidad total o parcial del autor o partícipe de una o varias conductas delictivas que laceran de manera sensible, bienes que son importantes en la vida de relación. Para efectos de entender un poco más su estudio, textualmente se traerá a colación su contenido:

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.⁶⁵

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.⁶⁶

Estudiando con detenimiento las dos disposiciones, fácilmente se advierte que una y otra tienen una importante utilidad para la prevención de fenómenos criminógenos a gran escala y la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. Habría sido más coherente dejarla en realidad como una sola causal, pues a decir verdad, tanto el suministro de información que contribuya para el desarrollo de actos de investigación que permitan desvertebrar una estructura de delincuencia organizada, como asumir el rol de testigo de cargo en contra de coacusados, son situaciones que al ponderarse, permiten a la administración de justicia conseguir mayores y mejores resultados en la lucha contra la macro criminalidad.

Se trata entonces de una estrategia político-criminal de alto impacto, porque con las deficiencias que históricamente se han tenido para la persecución de organizaciones criminales, cuando una de esas piezas claves en dichas estructuras se priva de la libertad, es mejor cautivarla jurídicamente, brindarle protección si es necesario, y bien sea con la información privilegiada que suministre o el testimonio que bajo la gravedad de juramento rinda en contra de otras personas, mejores resultados se podrán obtener para contribuir a la vigencia de un orden justo. Es que en realidad, bastante insensato sería el judicializar a una persona, y nada hacer para evitar que el delito se continúe ejecutando y permitir que las redes criminales se fortalezcan aun más. De todas maneras, es fundamental que el mismo Estado pondere cuáles son los medios de conocimiento con los que cuenta en la investigación, y cuál es en realidad el verdadero impacto de aquellos frente a la lucha contra la delincuencia organizada.

⁶⁵ Artículo 324-4 de la Ley 906 de 2004

⁶⁶ Artículo 324-5 de la Ley 906 de 2004

La doctrina nacional considera que el fiscal para aplicar la causal 4ª tiene una carga argumentativa que debe soportar antes de adoptar la decisión de aplicar el Principio de Oportunidad, pues se está de cara a un individuo en el que la pena es ineluctablemente necesaria. A partir de tal circunstancia, se considera de especial importancia:

(i) la trascendencia de la información suministrada por el imputado o acusado, (ii) la gravedad del delito o delitos que se le imputan al colaborador, así como su forma de participación, (iii) la gravedad de las conductas punibles cuya consumación o continuación se pretende evitar, o la clase de delitos cometidos por la banda delincuenciales cuya desarticulación se pretende, así como la organización de la misma; (iv) la imposibilidad de lograr dichos resultados a través de los mecanismos ordinarios de persecución penal y (v) el nivel de satisfacción de los derechos de las víctimas». ⁶⁷

Hay algunos problemas jurídicos y prácticos que pueden surgir con la aplicación de estas causales, porque si la Fiscalía resuelve dar vía libre a la aplicación del Principio de Oportunidad, lo hace frente a un individuo que se encuentra imputado o acusado, y seguramente afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. No se olvide que se trata de infractores de la normatividad penal en los que la pena amén de ser necesaria, comporta la lesión de bienes jurídicos de alta estima en la colectividad, y si en consideración se tiene que el destinatario de la ley penal es fuente de información que sólo él posee, es decir, se trata de un intérprete real de hechos con relevancia jurídico penal, la interrupción del ejercicio de la acción penal porque el imputado o acusado suministró información eficaz para la desarticulación de una organización criminal, o la decisión de conceder el principio de oportunidad porque va a servir como testigo de cargo, puede correlativamente implicar la concesión de libertad provisional para el beneficiario de la figura. ⁶⁸



⁶⁷ Principio de Oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación. Bedoya Sierra, Luis Fernando, Guzmán Díaz, Carlos Andrés y Vanegas Peña, Claudia Patricia. Fiscalía General de la Nación y Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Bogotá, 2010, página 89.

⁶⁸ Así se establece de manera imperativa en el artículo 317-2 de la Ley 906 de 2004EE

CAPÍTULO III

ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En este último capítulo se realizará un análisis no exhaustivo del rol constitucional del juez con función de control de garantías; la naturaleza de esta figura dentro del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal; su grado de intervención en materia de afectación de derechos y garantías fundamentales dentro del proceso penal; y con especial énfasis se llevará a cabo un estudio del papel que ha ocupado frente a la aplicación del Principio de Oportunidad, y con particular atención se tratará de realizar una aproximación respecto de su perspectiva epistemológica, primordialmente en lo que concierne a la configuración de causales en las que es menester hacer un análisis teórico de conceptos que son inherentes a la dogmática penal.

Se busca principalmente en la medida de lo posible, poner en contexto el real desarrollo de las formulaciones teóricas que subyacen en algunas de las causales del Principio de Oportunidad.

1. La función de Control de Garantías desde una óptica constitucional

Un cambio predecible dentro del sistema de procedimiento penal basado en la oralidad, fue desde luego, el despojo de facultades jurisdiccionales a la Fiscalía General de la Nación, y en especial, el establecimiento de un control estricto sobre los actos de investigación que despliega el ente acusador.

En efecto, como bien se sabe, con el nuevo paradigma de auscultación, las labores averiguatorias se potencializaron, empero al mismo tiempo se fortalecieron los controles sobre aquellas actividades con un nivel de injerencia importante en derechos y garantías fundamentales del indiciado.

La libertad personal es una de aquellas prerrogativas cuya restricción quedó sujeta a una serie de exigencias de orden *ius* fundamental y probatorio. Se trata de una importante síntesis en la que deben confluir los intereses de la comunidad, la justicia, los fines del proceso, y además la concurrencia de medios de conocimiento que de manera fundada y seria permitan vincular al imputado como autor o partícipe en la conducta delictiva que se le atribuye.

La captura en flagrancia o librada por medio de orden judicial son actos dentro del proceso en los que el fundamento epistemológico que sirve de soporte para la afectación del derecho, con estrictez se encuentra en cabeza del juez con función de control de garantías.

En este sentido, las peticiones que eleve el ente acusador, son elementales requerimientos de parte de un representante del Estado, empero bajo ninguna circunstancia son vinculantes sino se ajustan al mandato de la Constitución y la ley. No en vano la Corte Constitucional ha explicitado que todas las determinaciones que en el marco de la Ley 906 de 2004, impliquen la eventual afectación de derechos fundamentales del imputado, son de exclusiva reserva del Juez de Control de Garantías, lo que de suyo implica la convalidación del juez, o la consubstancial autorización, si la solicitud de afectación de libertad se hace fruto de las actividades investigativas de la Fiscalía.⁶⁹ Debe entonces contemplarse esta figura, en consonancia con las bases filosóficas y políticas del sistema acusatorio, entendiéndose su intervención en el contexto de la actuación procesal, como un mecanismo jurídico que facilite el principio de igualdad de armas, y los derechos de contradicción, tanto para el Estado, como para la defensa.

⁶⁹ Así se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-979 de 2005. Consultada el 7 de enero de 2015 en www.corteconstitucional.gov.co

Para Guerrero Peralta, cualquier afectación de derechos fundamentales, genere o no controversia, debe ser resuelta por el Juez de Garantías, erigiéndose además este funcionario como aquel que tiene bajo su responsabilidad garantizar el debido proceso, y controlar las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, principalmente aquellas que por mandato de la Constitución y de la ley requieren de su intervención, como las que afectan el derecho a la intimidad o las que tocan con prohibiciones probatorias.⁷⁰

2. Facultades del Juez de Control de Garantías dentro del proceso penal

Aunque el legislador se ocupó de clasificar las audiencias que dentro del trámite procesal se llevan a cabo, diferenciándolas entre preliminares y de conocimiento, en lo que concierne al Juez de Garantías, esa reglamentación jurídica debe apreciarse desde una dimensión estrictamente enunciativa, porque no necesariamente el hacedor de las normas se encuentra en condiciones de prever todas las hipótesis de audiencia que en un proceso penal se pueden suscitar, y menos aún, los problemas jurídicos que se presenten, por la íntima conexión de aquellos con la eventual afectación o no de garantías fundamentales.

Ello, por citar un solo ejemplo, sucede con el imputado que es capturado en flagrancia en su sitio de residencia, cuando se lleva a cabo diligencia de allanamiento y registro. Si se analiza el contenido del artículo 154, en su numeral 1º, se ha establecido un control en cabeza del Juez de Garantías dentro de las 36 horas siguientes a la realización de tal actividad, empero la norma no establece que en dicha audiencia pueda intervenir el defensor o imputado, pues dentro de la lógica del sistema, cuando un allanamiento y registro se presenta sin imputación de por medio, la información es de carácter reservado y bajo este entendido, al tener la evidencia dicho carácter, la defensa no puede tener acceso a ella.

⁷⁰ Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Control de Garantías. Guerrero Peralta, Oscar Julián, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá 2010, páginas 33 y 34

Pese a ello, la Corte Constitucional consideró que el derecho de defensa es de carácter intemporal, y dado su carácter *iusfundamental*, debe ejercitarse en cualquier etapa del proceso. Se optó entonces por darle al indiciado o imputado, la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción en fase de indagación, porque al fin y al cabo, la información que recoge el ente acusador dentro de sus actividades investigativas, tiene vocación incriminatoria, y frente a esta circunstancia, lo mínimo que debe permitirse es su adecuada controversia, porque aun la fase de indagación, en medio de su aparente insipiencia, puede en determinadas circunstancias ser altamente invasiva de garantías constitucionales, en especial cuando los actos pesquisitorios afectan derechos de rango fundamental.⁷¹

De otro lado, si una imputación es formulada con quebranto de garantías fundamentales y legales, como podría suceder cuando flagrantemente se desconoce el principio de estricta tipicidad, es evidente que el curso de un proceso penal en esas condiciones no tiene razón de ser, y si esa irregularidad es advertida por la Fiscalía General de la Nación, con mayor razón, lo coherente y deseable es que el Juez de Garantías, estudie si es jurídicamente admisible o no la declaratoria de nulidad de la audiencia de formulación de imputación.

En estos términos, si se observa el contenido del artículo 154 de la Ley 906 de 2004, en su numeral 6º, se establece el deber legal de tramitar ante juez de garantías la audiencia de imputación, empero nada se dice acerca del acto capaz de invalidarlo y dejarlo sin eficacia jurídica.

Aun en medio de este vacío, por mandato constitucional, el habilitado para dar respuesta a una pretensión de esta naturaleza es el juez de la investigación, pues al margen de que la imputación sea un acto de parte, su formulación hace parte estructural del debido proceso, y la reversión de la actuación a una fase de indagación, sólo lo puede autorizar el Juez de Garantías.

⁷¹ En la vigencia del nuevo sistema penal oral acusatorio, esta fue la postura de la Corte Constitucional, frente a garantías fundamentales en fase de indagación, postura que asumió a través de la Sentencia C-025 de 2009. Consultada el 16 de enero de 2015 en www.corteconstitucional.gov.co

Se puede decir entonces, que la Ley 906 de 2004 debe necesariamente interpretarse de manera abierta y flexible, y bajo esta óptica armonizar sus contenidos con la Constitución, pues no en todos los casos, el legislador se ocupa de plasmar meticulosamente el rol de juez garantías, que por encima de cualesquier formalismo, es un auténtico juez constitucional.

Ese rol de juez constitucional no puede desde luego desnaturalizarse, porque al margen de la misión constitucional que le fue asignada por el constituyente de 2002, su actividad es reglada, es decir, se trata de una viva expresión del principio de legalidad.

Se aborda esta temática porque la exclusión de elementos materiales probatorios dentro del proceso penal ha sido objeto de importantes discusiones, no solo en el marco de las determinaciones adoptadas por la Corte Constitucional,⁷² sino también, en aquellas que se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. De acuerdo con el mandamiento establecido en el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, la exclusión de elementos materiales probatorios opera en el marco de la audiencia preparatoria, ante el juez de conocimiento.

Pese a esta circunstancia, un deber legal del Juez de Garantías, es el de abstenerse de otorgar valor suasorio a la evidencia física, elementos materiales probatorios, o evidencia física que han sido obtenidos con desmedro de garantías fundamentales, y que tienen el eventual poder de afectar derechos tan preciados como la libertad individual o la inviolabilidad del domicilio. Debe aquí darse una precisión, el no valorar el elemento material probatorio ilegal o ilícito, no significa que se esté excluyendo, sino que por el contrario, lo que en realidad implica es que sólo se puede valorar el elemento material probatorio, evidencia física o información que de manera legal se ha obtenido.

La Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse en un supuesto de hecho en el que finalmente una jueza de garantías al considerar que no había situación de flagrancia en un delito de porte ilegal de armas, no sólo declaró ilegal la captura, sino que también excluyó el elemento material probatorio, es decir, el arma de fuego que había motivado el acto restrictivo de la libertad personal.

⁷² Por ejemplo la Sentencia C-591 de 2005, con ponencia de Clara Inés Vargas.

El alto tribunal censurando la decisión de la funcionaria adujo que:

Como colofón de sus argumentaciones, termina la Jueza de Garantías declarando la ilegalidad de la captura por no haber ocurrido en flagrancia -por lo menos existe la duda, afirma- y, como consecuencia de su determinación, decide excluir el arma como medio de prueba para el proceso, aunque no su incautación para efectos administrativos.

En primer lugar, para responder a lo propuesto, no puede soslayar la Sala, referirse al comportamiento procesal de la Jueza de Control de Garantías, quien, de manera gratuita, como si se tratase apenas de un ejercicio intelectual, pasó por alto el grave efecto de su decisión, que conducía necesariamente a la imposibilidad de adelantar el trámite procesal, apenas basada en que le generaba «duda» la existencia de flagrancia en la aprehensión.⁷³

El malestar del alto tribunal es por demás lógico, porque si de llevar al plano probatorio la existencia del delito de porte ilegal de armas de fuego se trata, es precisamente el arma de fuego, es decir, el elemento material probatorio, el soporte objetivo que debe tener el ente acusador para acreditar la tipicidad de la conducta.

Dicho en otros términos: sin arma de fuego dentro del proceso penal, las pretensiones punitivas del Estado literalmente desaparecen. Lo grave de la determinación de la Jueza de Garantías es, que finalmente no fue anulada por la Corte, porque para la máxima corporación, esa decisión era ley dentro del proceso, y no se podía revertir. Quiere ello significar que la injerencia arbitraria o inadecuada de un interviniente dentro del proceso, puede llevar al fracaso de la acción penal, pues como sucedió en el caso de la referencia, el elemento material probatorio, fue prematura y erráticamente excluido por el juez de la investigación, que no era el competente para pronunciarse sobre la permanencia o no del elemento material probatorio dentro del proceso. Las intromisiones, deben dimensionarse naturalmente en doble vía, porque los extremos de la relación procesal pueden afectarse injustamente, y lo deseable dentro de un sistema de partes, es que la búsqueda de la verdad o la restricción de derechos se acoplen a los ideales del debido proceso.

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Sigifredo Espinoza Pérez, radicado 26.310 del 16 de mayo de 2007. Consultada el 16 de enero de 2015 en www.cortesupremadejusticia.gov.co

3. La aplicación del Principio de Oportunidad. Un análisis del rol epistemológico del Juez de Garantías

Como en todo proceso cognoscitivo, no es inusual o esporádico que se susciten o presenten dificultades entre el planteamiento teórico incardinado en una disposición normativa, y el efecto jurídico que realmente se concreta al momento de darle aplicación. Cuando en el contexto latinoamericano se abrió el camino político y jurídico para la implementación del Sistema Penal Oral Acusatorio, el Principio de Oportunidad se proyectó en el campo político criminal como una auténtica alternativa para mitigar el odioso impacto del Derecho Penal, erigiéndose en estos términos, al menos dentro de los ideales del legislador, en un importante filtro para que el Estado como titular de la acción penal fuese selectivo al momento de imputar, acusar y llevar un caso a juicio.

Si dentro de la dinámica teórica⁷⁴ del Sistema Penal Oral Acusatorio colombiano, ha sido consubstancial a su puesta en marcha, que un porcentaje cercano al 70% de los casos fuese resuelto por vía de preacuerdos y negociaciones, en ese 30% restante, lo deseable era que el Principio de Oportunidad contribuyese a reducir aun más el número de asuntos que llegarían a juicio.

Para la regulación de las diferentes causales fueron incorporados de manera ecléctica una serie de criterios de aplicación del principio de oportunidad, entre los que se destaca inicialmente el mínimo de pena privativa de la libertad, causal que en el derecho comparado ha sido ampliamente acogida, toda vez que dentro de un marco de legalidad permite al Fiscal o Ministerio Público, ponderar los eventuales excesos que podría traducir una pena estatal, dado el carácter mínimo de la pena, lo que de suyo podría implicar un exceso o desproporción en la reacción del Estado frente al infractor de la normatividad penal. Este derrotero es seguido en Alemania, Uruguay y Venezuela, que entre otras naciones, ven en aquella criminalidad menor, una oportunidad importante para que el Estado renuncie al ejercicio de la acción penal.⁷⁵

⁷⁴ Se destaca este calificativo, porque recientemente estrenada la Ley 906 de 2004, un año después de su vigencia fueron sancionadas las leyes 1098 de 2006, 1121 de 2006 y 1453 de 2011, medios jurídicos con los que el Estado, no sólo excluyó algunas figuras delictivas de rebaja, sino que también consideró, que en las hipótesis de flagrancia, el descuento punitivo por aceptación de cargos o preacuerdo, debería ser mínimo.

⁷⁵ Principio de oportunidad. Garzón Marín, Alejandro, Londoño Ayala, César Augusto. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, año 2006, páginas 77 y s.s.

Otro importante parámetro y referente para renunciar a pretensiones punitivas es el de la mínima reprochabilidad atribuible al autor en la conducta delictiva, hipótesis soportada en la subcategoría de mínima culpabilidad, tornando en esta medida indeseable la respuesta punitiva. Este insumo epistémico de aplicación del Principio de Oportunidad, ha sido legislativamente incorporado en el ordenamiento jurídico alemán que ha encontrado en esta causal, una alternativa ideal para reducir los niveles de desgaste del aparato estatal.

Lo propio ha sucedido en las leyes de enjuiciamiento criminal de Chile, Costa Rica, Venezuela y Bolivia, que ven en la mínima culpabilidad una razón jurídica de peso para excluir algunas conductas de los nocivos efectos del Derecho Penal.⁷⁶

El desmantelamiento o desarticulación de organizaciones criminales, así como también, el concepto de pena natural en delitos de naturaleza culposa, son igualmente circunstancias que político criminalmente se contemplan para la aplicación del Principio de Oportunidad, no sólo en Colombia, sino también, en otras latitudes de Latinoamérica.

Como se ha venido destacando, el Principio de Oportunidad es una institución novísima que se introdujo con el Acto Legislativo 003 de 2002, y normativamente se implementó a través de la Ley 906 de 2004. Debe aquí precisarse, que como en todo proceso en el que se enfrentan instituciones jurídicas nuevas cuya incidencia frente a las víctimas y la sociedad en general es fuerte y de alto impacto, su puesta en marcha no ha sido fácil, y menos aun cuando el conocimiento de la institución se adquiere a través de una experiencia sin referente histórico, y en medio de un panorama donde el principio de legalidad con su carácter de regla subyace, no sólo en todo el contexto jurídico en general, sino también, en las propias causales que condicionan la aplicación y existencia de los criterios de oportunidad.

En el caso colombiano debe mencionarse que las esperanzas cifradas en el Principio de Oportunidad, en realidad fueron muy altas, incluso podría mencionarse que los grandes temores que asaltaban al legislador, se sortearon tan adecuadamente, que la burocracia y trámites que aderezaron este instrumento político criminal, han reducido su desarrollo a niveles mínimos que lejos se encuentran de aproximarse a las expectativas que se tenían de este mecanismo alterno de justicia.

⁷⁶ Garzón Marín, *obcit*, páginas 80,81 y 82

Dentro los filtros que internamente tiene la Fiscalía General de la Nación, la gran mayoría de causales en las que se aplica el Principio de Oportunidad, se encuentra condicionada por un aval o aprobación que debe emitir la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, lo que se explica en buena medida porque desde la misma entrada en vigencia del Sistema Penal Oral Acusatorio, las sanciones punitivas previstas para los diferentes delitos, fueron objeto de un incremento.⁷⁷

Esta situación lamentablemente no la previó el legislador, y el efecto obviamente fue muy dañino, porque al aumentarse los mínimos y máximos de todas las penas, la causal 1ª perdió un protagonismo importante, habida consideración que en multiplicidad de tipos penales, el extremo mínimo de pena terminó excediendo los seis años de prisión, factor objetivo que es de carácter imprescindible para legalmente postular su aplicación ante el juez con funciones de control de garantías. Esta norma tuvo a la postre un efecto indeseable frente a los fines del sistema acusatorio, porque en términos simples, muy pocos tipos penales quedaron con penas bajas o ínfimas.

Con el propósito de sistematizar la información relacionada con aplicación del Principio de Oportunidad, fomentar seguridad jurídica, coherencia interna en su aplicación, y tener así también un registro de los ciudadanos que habían sido beneficiados con el mismo, la Fiscalía General de la Nación creó la Secretaría Técnica para la aplicación del Principio de Oportunidad, dependencia a la que obligatoriamente deben reportarse los casos en que se aplican los criterios de suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal. De hecho, el mismo organismo investigador dinamizó una serie de instrumentos jurídicos, en los que incluso es necesario agotar trámites ante los jueces de garantías.⁷⁸

Esa serie de controles han sido tan rígidos que a la postre han terminado erigiéndose en auténticos elementos perturbadores de su ejecución, todo ello porque antes de tener el Juez de Control de Garantías conocimiento de una solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad, internamente el

⁷⁷ En efecto, así se dispuso en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que afectó el extremo mínimo de la pena en una tercera parte, y el máximo en la mitad.

⁷⁸ Las resoluciones 6657 y 6658 de 2004, modificadas por la resolución 3884 de 2009, fueron expedidas con el propósito de establecer directrices no sólo en trámites internos para la aplicación del principio de oportunidad, sino también, para tenerlas como referente ante los jueces de garantías.

fiscal debe superar una serie de avales de carácter administrativo que condicionan la elevación de la solicitud ante el Juez de Garantías, pues no es suficiente la aprobación del fiscal delegado ante el tribunal, sino que también es menester que la secretaría técnica para aplicación del Principio de Oportunidad, lleve igualmente los correspondientes controles del asunto sometido a suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal.

4. Estudio del rendimiento de los criterios de oportunidad aplicados en la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali

Se ha expresado entonces, que no obstante la importancia adjudicada dentro del Sistema Jurídico Penal colombiano al principio de oportunidad, su rendimiento, lamentablemente, no ha sido el que se tenía proyectado por parte del legislador, detectándose dos situaciones evidentes en el entorno judicial.

En un primer término, al diligenciarse una encuesta con diferentes fiscales de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, con el propósito de recoger sus impresiones en torno a la aplicación del Principio de Oportunidad, el 80% de los encuestados adujo que en toda la vigencia del Sistema Penal Oral Acusatorio, muy pocas veces en verdad habían realizado solicitudes de aplicación del Principio de Oportunidad, aunque paradójicamente un porcentaje superior consideraba que este principio era una herramienta político-criminal importante que ayudaba a racionalizar el ejercicio de la acción penal.

Al tratar entonces de entender por qué la ejecución de este instituto era muy baja, aunque dialógicamente se le daba una importancia alta, pudo observarse que un 90% de los encuestados catalogaba esta herramienta como lenta porque había demasiada tramitología en su aplicación, coincidiendo así varios fiscales en una perspectiva generalizada cual era que el potencial teórico del principio de oportunidad no se veía reflejado en la praxis judicial.

Coincidieron mayoritariamente los fiscales al afirmar, que si en medio de un panorama de legalidad, podían optar entre un mecanismo de archivo y la aplicación del Principio de Oportunidad, era preferible apelar al mecanismo alterno de archivo.

Por último, se indagó acerca de las causales que con más frecuencia eran invocadas ante jueces de garantías, pudiéndose establecer que en la mayoría de eventos el Principio de Oportunidad era requerida su ejecución a la luz de las causales 1 y 7 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, lo que

de suyo indica claramente que algún nivel de impacto tenía frente a modelos delictuales de mínima punibilidad, y en aquellos asuntos donde procede la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa.

En segundo lugar, guardando plena consistencia con los resultados de la encuesta, se tuvo la posibilidad de acceder a los sistemas de información de la Fiscalía General de la Nación en Cali, concretamente a las estadísticas de esta seccional para el período comprendido entre el año 2008, hasta el mes de marzo del año 2013.

Se trata entonces de un tiempo importante, es decir, un poco más de 5 años, lapso que de paso sea mencionarlo, se erige en un derrotero idóneo que objetivamente permite medir la capacidad de rendimiento del principio de oportunidad.

Dos aspectos en esencia se contemplaron en el estudio de la información: en primer orden, la totalidad de casos que ingresaron por cada año, y en una segunda perspectiva, el número de asuntos en los que fue aplicado el Principio de Oportunidad.

Bajo estos parámetros, se tiene que para el año 2008, ingresaron a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, un total de 93.200 casos, de los cuales 58 fueron resueltos con aplicación del Principio de Oportunidad, cantidad que en porcentaje sólo alcanza el 0.062% de la totalidad de noticias criminales ingresadas.

De esta cifra, el 55.17%, es decir, 32 casos, corresponde a atentados contra el patrimonio económico, mientras los atentados contra la vida que fueron 8, ocupan un 13.79% de la totalidad de los casos. El 31% de la información restante, corresponde, entre otros, a delitos contra la administración pública, lesiones personales e hipótesis de aplicación del principio de oportunidad en diferentes municipios donde no aparece discriminado el delito.

Vale la pena mencionar que para este mismo espacio de tiempo, un total de 20.969 casos fue archivado, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, cifra que corresponde al 22.5% del total de casos.⁷⁹

⁷⁹ Oficina de Estadística de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali

En el año 2009, 117.414 noticias criminales se reportaron en los registros de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, y frente a esta cifra, 64 casos se resolvieron con aplicación del Principio de Oportunidad, en tanto que 32.545 fueron archivados de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

Los indicadores de gestión reportaron para este año, un porcentaje menor de casos resueltos a través del Principio de Oportunidad, pues los 64 casos sólo alcanzan el 0.054%, mientras los archivados por conducto del artículo 79, llega el 27.72%, cifras que ponen en evidencia la carencia de operatividad del Principio de Oportunidad, cuyo impacto en el sistema acusatorio termina siendo mínimo, si se compara con la eficacia del archivo que se adopta en consonancia con el artículo 79, que se muestra ya cercano al 28%.

Al analizar los reportes estadísticos del año 2010, las cifras no se muestran nada alentadoras, porque la ecuación continúa en proceso de inversión, es decir, ingresaron más noticias criminales, concretamente 119.127, y una mínima cantidad de 56 fue evacuada dando aplicación al Principio de Oportunidad, llegando a un promedio porcentual del 0.047%, sucediendo todo lo contrario con los archivos del artículo 79, cuyo promedio ascendió al 31.19%. Se observa por tanto, que el Principio de Oportunidad comienza con un porcentaje mínimo de ejecución, sea mencionarlo, el 0.062% en el 2008, se reduce su minimizado impacto al 0.054 en el 2009, y extraordinariamente llega a un ínfimo porcentaje del 0.047% en el año 2010.

Los años 2011 y 2012, en su orden, frente a ingresos de noticias criminales de 126.229 y 124.933, mostraron unos resultados de 118 y 63 casos evacuados por aplicación del Principio de Oportunidad, traduciendo unos aproximados del 0.093% y 0.050%, cantidades poco significativas si se le compara con los 27.646 y 21.101 que para los mismos períodos fueron archivados bajo el amparo legal del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, que respectivamente corresponden al 21.90% y 16.88%.

En síntesis, durante el lustro referenciado, es decir, entre el 2008 y el 2012, del grueso de casos ingresados para ese lapso, sólo el 0.060% fue definido a través del Principio de Oportunidad, mientras que para el mismo período, el 24% de las noticias criminales fue resuelto dando aplicabilidad al artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

Diversas son las reflexiones que se pueden hacer en punto de los hallazgos que se han descrito en precedencia, una de ellas y quizá la más relevante es que el porcentaje de aplicación del Principio de Oportunidad es de mínimas proporciones y coincide plenamente con la percepción que los diferentes operadores jurídicos encuestados tenían respecto de su ejecución y uso en los quehaceres laborales.

De la mano de esta circunstancia, aunque curiosamente no se discute para los operadores jurídicos la importancia que tiene el Principio de Oportunidad en la racionalización de la acción penal, la percepción objetiva que se tiene frente a esta herramienta es que no obstante su trascendencia como mecanismo alternativo para la búsqueda de justicia, su aplicabilidad no fue tan recurrente, y lejos estuvo de acercarse a las proyecciones que el legislador tenía en mente. Nótese que en ninguno de los años llegó el porcentaje de aplicación al 0.5%, y paradójicamente uno de los temores que en los debates legislativos del nuevo sistema penal oral acusatorio tenían los hacedores de las normas, era que los fiscales se fuesen a desbordar en la aplicación de este principio.

La encuesta agotada con los fiscales evidencia igualmente un resultado bastante irónico desde la óptica político criminal, habida consideración que si lo deseable era que el Principio de Oportunidad se aplicase a diversas hipótesis delictivas, para algunos fiscales, aunque en primer término tuvieron en su perspectiva epistemológica aplicar criterios de oportunidad, la experiencia vivida al recurrir a dicha herramienta, en particular los excesivos controles e incluso los obstáculos jurídicos que encontraban en la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, los motivó a resolver los casos por la vía de preacuerdos y negociaciones.

Lo lamentable entonces es que, desafortunadamente, no hay un proceso de racionalización en el ejercicio de la acción penal, porque a la postre, un ciudadano que podría ser beneficiado con la renuncia a la persecución penal, termina condenado por vía de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía.

De otro lado, aunque se buscaba de alguna manera contrarrestar los fenómenos de impunidad que bajo ciertas condiciones y circunstancias podría generar la aplicación del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, en especial por la carencia de controles claros y precisos frente a su aplicación, los resultados de la exploración evidencian que un número importante de casos se archivó por esta causal.

En efecto, durante el período comprendido entre el 2008 y 2012, es decir, un espacio de 5 años, fueron emitidas un total de 139.426 órdenes de archivo, frente a 359 hipótesis de aplicación del principio de oportunidad durante el mismo interregno. Se reitera entonces bajo estas condiciones, la eterna contradicción fluctuante entre los ideales plasmados por el legislador al momento de crear ciertas instituciones jurídicas, y los efectos reales que dichos instrumentos tienen cuando hacen parte de la praxis judicial.

Lo expuesto significa que durante cinco años de vigencia del Sistema Acusatorio, en la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali ingresaron 580.903 casos, de los cuales en 359 se contemplaron criterios de oportunidad y 139.426 fueron archivados bajo parámetros del artículo 79 de la Ley 906 de 2004.⁸⁰

Estas cifras se alejan sensiblemente de la importancia filosófica y política que de hecho la doctrina especializada le ha dado al Principio de Oportunidad al que cataloga como un mecanismo de cierre del sistema o entrada condicionada al mismo, situándolo incluso por encima de instituciones como los preacuerdos y negociaciones que ante la falta de escrúpulos de algunos abogados, niegan sistemáticamente los derechos y garantías de las personas menos favorecidas.⁸¹

La muestra que se ha tomado es de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, que en términos de carga laboral o estadística es la segunda o tercera del país, zona que dada su representatividad permite objetivamente reflejar cuál es en verdad el real estado de aplicación del Principio de Oportunidad dentro del marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia.

No es en consecuencia aventurado predicar, que pese a la importancia que teórica y políticamente ostenta el Principio de Oportunidad, su rendimiento aún se encuentra en deuda dentro del contexto jurídico patrio.

Como se trata de una herramienta importante, que lamentablemente ha sido afectada por la falta de previsión político criminal, actualmente hay un proyecto de ley en curso que tiene como propósito realizar una reforma estructural al Sistema Penal Oral Acusatorio. Desde luego, uno de los institutos que ha ocupado la atención del legislador, es nuevamente el Principio de Oportunidad.

⁸⁰ Oficina de estadística de la Dirección Seccional de Fiscalías.

⁸¹ Derecho Penal y Filosofía, textos escogidos. Aponte Cardona, Alejandro. Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Javeriana, Bogotá, marzo de 2014, páginas 282 y 283

Aunque se trata de un documento que jurídicamente no se ha transformado en ley de la república, pues se trata de un proyecto, su contenido es altamente coherente con los cuestionamientos que en este trabajo inicialmente se formularon al Principio de Oportunidad, en especial, aquellas relacionadas con el máximo de punibilidad consagrado en el numeral 1º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, dado que con la modificación se propone elevar el campo de acción del Principio de Oportunidad a tipos penales que no exceda de ocho (8) años.

Es una medida por demás plausible, habida consideración que dentro de la causal quedarían incluidas una serie de conductas delictivas en las que se podrían formular criterios de oportunidad para verdaderamente racionalizar el ejercicio de la acción penal.

Con la nueva propuesta, se sugiere la eliminación de las causales 2 y 3, no sólo por ser lesivas del principio *in dubio pro reo*, sino también del derecho a la igualdad.

En este mismo orden se unifican las causales que tienen fundamento dogmático la no necesidad de pena, y su desproporción, como sucede en las hipótesis de mínima afectación del bien jurídico, pena natural, y la adecuada respuesta de otras autoridades.⁸²

En síntesis, las causales se sistematizan en 7 causales y 6 párrafos con los que se busca brindar precisión y claridad en puntuales aspectos del Principio de Oportunidad que no fueron adecuadamente previstos en la Ley 906 de 2004.

Lo deseable dentro de este nuevo panorama jurídico que se vislumbra en el sistema de enjuiciamiento criminal colombiano es que no se renuncie a esa perspectiva de aplicación del Principio de Oportunidad bajo unos parámetros de legalidad.

⁸² Enmienda a la ponencia para el primer debate del Proyecto de Ley número 126 de 2013, Cámara de Representantes. Documento signado el 21 de mayo de 2014 por el representante a la cámara Carlos Edward Osorio. En la propuesta se incluyen substanciales reformas que buscan nuevamente el reconocimiento de beneficios propios de la justicia premial en todas las conductas delictivas y dejar desde luego sin vigencia aquella legislación de contra reforma.

Esa es la dinámica jurídica que condicionó la aplicabilidad de esta institución, que de todas formas se considera, debe ser desburocratizada en su trámite interno, porque si se insiste en el establecimiento de mecanismos que tornen rígido y excesivo su control, es muy probable que los fiscales continúen optando por otras formas de terminación del proceso.

El control constitucional y legal que ejerce el juez con funciones de garantías; así como también, la intervención de las víctimas y del Ministerio Público están en condiciones de erigirse en medios de control adecuados que, bajo determinadas circunstancias, pueden frenar eventuales arbitrariedades de los delegados del Fiscal General de la Nación.



CONCLUSIONES

1. Aunque en el Sistema Penal Oral Acusatorio colombiano se implementó el Principio de Oportunidad como una excepción al Principio de Obligatoriedad de la acción penal, su aplicación es de carácter reglado, es decir, debe ceñirse a parámetros de estricta legalidad a los que debe sujetarse el fiscal y el juez con función de control de garantías.
2. El Principio de Oportunidad se erige así en una auténtica muestra de flexibilización del Principio de Legalidad, que desde la óptica político-criminal, cede un poco de su histórica rigidez, con el propósito de racionalizar el ejercicio de la acción penal.
3. Desde el punto de vista teórico, el Principio de Oportunidad es una institución que goza de un amplio respaldo a nivel político criminal, académico e institucional, pero su ejecución en términos de la realidad social ha sido de mínimas proporciones.
4. Pese a que un importante número de fiscales considera el Principio de Oportunidad como una herramienta útil para la racionalización del ejercicio de la acción penal, coincide en afirmar que la tramitología para su aplicación al interior de la Fiscalía General de la Nación, es bastante lenta y lo torna inoperante.
5. Las dificultades administrativas y legales en la aplicación del Principio de Oportunidad, estimulan la búsqueda alternativa de terminación del proceso por otras vías, como sucede con los preacuerdos y negociaciones.
6. La búsqueda teórica de racionalización del ejercicio de la acción penal a través del Principio de Oportunidad, no ha podido en verdad encontrarse, y muy poco ha sido la utilidad político criminal de esta herramienta.

BIBLIOGRAFÍA

- APONTE CARDONA, Alejandro. Derecho Penal y Filosofía. Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad Javeriana, 2014.
- BARCLAY, Rene. Director Complex Casework. Crown prosecution service. London Area. Consultado en www.vlex.com.co el 28 de octubre de 2014.
- BECCARIA, Cessare. De los delitos y las penas. Bogotá: Editorial Temis, 2003
- BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés y VANEGAS PEÑA, Claudia Patricia. Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación. Fiscalía General de la Nación y Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Bogotá: Felix media group, 2010.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime. Estado actual de la justicia colombiana. Bogotá: Editorial Universidad externado de Colombia, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. Las miserias del proceso penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.
- DUCE, Mauricio. La discrecionalidad de los fiscales del Ministerio Público en etapas tempranas de la investigación preliminar. Consultado en www.vlex.com.co el 29 de junio de 2014.
- FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Sistemas penales de juzgamiento. Bogotá: Ediciones librería del profesional, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al estudio del Principio de Oportunidad. Bogotá: Ibáñez, 2013.
- FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Buenos Aires: Siglo del hombre editores, 2009.
- GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, César Augusto. Principio de oportunidad. Bogotá: Ediciones nueva jurídica, 2006.
- GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Control de Garantías. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2010.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2006.
- MARCHISIO, Adrián. Principio de Oportunidad, Ministerio Público y política criminal. Consultado en www.vlex.com.co el 29 de octubre de 2014.

MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales relacionados con el Principio de Oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012.

MONTIEL, Juan Pablo. La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?. Madrid: Marcial Pons, 2012.

PINO, Giorgio. Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

RODRÍGUEZ, Nicolás y CONTRERAS Luis H. Algunas reflexiones acerca de la utilización del Principio de Oportunidad como instrumento de política criminal en el derecho procesal penal del siglo XXI. Consultado en www.vlex.com.co el 28 de octubre de 2014.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo. Responsabilidad penal y detención preventiva. Barranquilla: Editorial Ibáñez y Universidad del Norte, 2013.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal. Bogotá: Ediciones Nueva jurídica, 2012.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Proceso penal y Principio de Oportunidad. Revista digital de la maestría en ciencias penales de la Universidad de Costa Rica. Consultado en www.vlex.com.co el 28 de octubre de 2014.

WELZEL, Hanz. Derecho penal Alemán. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas del sur, 1980.

La presente edición e impresión se terminó en POEMIA, su casa editorial, en Santiago de Cali, Colombia, en mayo de 2017.