

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD*

Augusto J. Ibáñez Guzmán* (**)

RESUMEN

El *principio de oportunidad* es una estrategia estatal; en su configuración, se deben trazar pautas, referencias y gestiones para resolver el *conflicto social*. Al igual que existe el estado de excepción para la paz, el principio de oportunidad es ‘un’, otro instrumento para el mismo fin y en ello, se aproxima a la víctima. En suma, es un instrumento para la paz, con respecto y respeto a los instrumentos internacionales.

Por lo tanto, el principio de oportunidad no es un cartabón dogmático, ni una salida de consolidación de una teoría o escuela penal.

Palabras clave: principio de oportunidad, Corte Penal Internacional, Sistema acusatorio, cese de hostilidades, derecho penal.

ABSTRACT

The prosecutorial discretion is a state strategy; in its configuration, should be drawn guidelines, references and management to resolve the social conflict. At the same as exists the state of exception for

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2005

* El trabajo se llevó a cabo con la colaboración del abogado JOSÉ FERNANDO MESTRE O., profesor de derecho procesal en la Pontificia Universidad Javeriana, cfr. *La discrecionalidad para acusar*, colección Criminología y Victimología, Pontificia Universidad Javeriana, 2003, y del profesor NELSON NEVITO GÓMEZ, investigador del Centro de Estudios de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario “Francisco Suárez, S.J.”.

** Profesor investigador y de derecho penal, Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Centro de Estudios de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario “Francisco Suárez, S.J. y miembro de la delegación de Colombia a las Pre Com para la puesta en marcha de la Corte Penal Internacional.

the peace, the rules of prosecutorial discretion is another instrument for the same end and in it, it approaches to the victim. In short, it is an instrument for the peace with respect and respect to the international instruments.

Therefore, the rules of prosecutorial discretion are not a dogmatic square, neither an exit of consolidation of a theory or criminal law school.

Key words: *Prosecutorial discretion, International Criminal Court, Accusatory System, cessation of hostilities, criminal law.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. NOTA GENERAL
2. NOTAS ESPECIALES
 - 2.1. División
 - 2.2. La abstención y suspensión
 - 2.3. La renuncia
3. UNA POSTURA
4. CONCLUSIÓN

ANEXO: TÍTULO VI. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

INTRODUCCIÓN

En la construcción de un sistema procesal penal concurren diferentes posturas y formas de observación del fenómeno que va a ser objeto de estudio y la manera como este fenómeno ha de ser reducido por la instrucción o investigación. Se deben poner todos los elementos frente y con respecto a los hechos conocidos (característica del denominado sistema dispositivo, propio hoy, sin mayores diferencias de opinión del procedimiento civil); utilizar como fundamento de la investigación el tradicional *Ius puniedi*, emanación y concreción del también tradicional concepto de soberanía (de suyo indicativo del sistema inquisitivo o inquisitorial); usa los

conceptos de *Ius puniendi* y de división responsable de las funciones en procura y a veces, en resalto de las garantías ciudadanas, en cuanto sea una elaboración de la pretensión del Estado contra alguien y una constatación de la verdad existente en el proceso, con participación ciudadana y mecanismos especiales de investigación, adversarial, oral y concentrado (referido al denominado sistema acusatorio).

Se ha dicho que tal, el último de los sistemas anotados, es el que más se aviene con la circunstancia histórica del Estado social de derecho, razón ésta para encontrarlo propuesto aun antes de la reforma constitucional o Constitución de 1991, formulado en ella, desarrollado por dos códigos de procedimiento penal y hoy puesta a prueba en la nueva presentación que se dice aun más cercana al 'sistema acusatorio'; por lo menos esa idea se ha vendido al país.

Es bien cierto que, tal planteamiento se concreta en:

- i) la maximización de los derechos de las partes y por tal vía, la protección de la víctima, razón por la cual sería más importante el derecho de defensa (debido proceso con contenido material) que las formas propias del juicio o el debido proceso (visto éste como estanco compartimiento);
- ii) el novedoso concepto de reparación que no es sinónimo de la indemnización, sino que lo trasciende y de esta manera, surge el derecho de la víctima a la verdad y a la justicia, de suerte tal que se desarrolle en esta fórmula la llamada justicia restaurativa, que supera el concepto ordinario de la mera reparación;
- iii) la posibilidad de Estado de investigar y juzgar, en dónde la investigación es acto supremo de poder y la decisión, el juzgar es una pretensión que ha de ser resuelta por un juez de la república, con lo que eclosiona el máximo del concepto del monopolio coercitivo-normado o 'Sistema de libertades públicas represivas' y así, la 'reserva judicial de libertad' o la garantía y derecho de *habeas corpus*;
- iv) el control interno de la actuación, por medio de la figura del juez de garantías o lo que se denomina generalmente el control judicial de la actuación del ministerio público o poder fiscal, razón de más para encontrar la orden de permisión para abrir el proceso, para disponer la medida de restricción de libertad, para el examen de los cargos y, como se dijo: para la toma de la decisión final, es decir, la sentencia;
- v) una imputación que se aleje de la denominada 'imputación jurídica', es decir, de la mera referencia a un artículo o capítulo del código, con las consecuencias

con respecto a las nulidades y a la consonancia entre llamamiento a juicio y sentencia —causal de casación—, por una imputación fáctica y en mejores términos naturalística, es decir, que el quehacer estatal se dirija a la demostración, a lograr evidencia de los hechos y luego sí, si se requiere para los señalamientos de competencia, adscribir un artículo o capítulo del código;

- vi) un marco diverso de la defensa del sindicado, abogado o residenciado a juicio, pues el esfuerzo de la defensa no está en la formalidad de atribución de un tipo penal o la referencia temática del Código Penal, sino a la estructura de hechos que lo conforman. En fin, la persona no se le atribuye un artículo, sino unos hechos que, por supuesto, están descritos en el código y por ello, tal vez la confusión;
- vii) un cambio en las costumbres y formas probatorias, ni lo inductivo, ni lo deductivo, sino lo intuitivo, para trazar el mapa de la investigación en el sumario, un acopio de evidencias que no son propiamente pruebas sino demostración de hechos, es decir, conocer identificar la fuente de la prueba, que una vez identificada, se edifica la pretensión o el contenido de los cargos y, una constatación de tal hipótesis (cargos) en el juicio, en donde se sigue acusando y el juez resuelve;
- viii) un cambio rotundo en el recurso extraordinario de casación, que tiene por finalidad, no sólo la mera unificación de la jurisprudencia nacional, sino el máximo poder del contenido del control difuso de constitucionalidad y, sobremano de la creación del precedente, que es bien diverso a la mera referencia jurisprudencial, al comentario de jurisprudencia o, a la recensión de jurisprudencias; y por último, siendo el concepto más interesante, el denominado principio de oportunidad, al cual nos referimos en este escrito.

Dichas características, elementos, para algunos, visiones del manejo procesal, poseen modulaciones y formas de aplicabilidad, que llevan a establecer apelativos por el lugar de procedencia a lo que se trata de implementar, casi siempre poniendo como fórmula de distinción los sistemas o subsistemas jurídicos, ya sea del *common law* o ‘del sistema civil’, con todas sus variantes y cambios en razón o por razón del control social que allí se manifiesta. No obstante, superando, en primer argumento de distinción y discusiones, hoy innecesarias, sobre el sistema acusatorio, se dirá que el organismo titular de la pretensión penal en los sistemas de corte acusatorio, normalmente conocido como ministerio público o fiscalía, es, por naturaleza, el principal ejecutor de la política criminal del Estado. Es decir, con dicha titularidad viene aparejada la responsabilidad política de prevenir y perseguir la criminalidad y de proteger a las víctimas de la misma. En ese orden de ideas, atendiendo a la naturaleza política que la define, lo coherente es que el ejercicio de sus funciones

permita algún grado de discrecionalidad o margen de maniobra para determinar la mejor decisión, en términos de conveniencia y justicia. La discrecionalidad (diferente de la arbitrariedad) es reconocida como un mecanismo jurídico apropiado para la consecución de éstos y todos los fines políticos en los estados modernos.

La hipótesis es evidente y clara, es decir, se levanta el velo de la arrogante legalidad y del tradicional *Ius puniendi*, para dar paso a una justicia histórica, a una justicia y a un aparato de justicia que se aviene a las necesidades del momento y que se regula por medio de la política criminal y que una vez regulada, ya no puede tildarse al principio de oportunidad como contrario o antónimo del *principio de legalidad*, sino que debe entenderse como un instrumento del principio de legalidad que da respuesta a las necesidades de la sociedad a la cual se aplica. La legalidad y el papel de la ley se han ido transformando para darle al legislador un sentido de dirección estratégica de protección, de consagración de principios generales de acción que los ejecutores de la ley deberán precisar atendiendo a las circunstancias especiales que rodeen el caso y a las necesidades particulares que se deseen satisfacer con la aplicación de la misma. Entonces, surge el interrogante de si ¿el principio de oportunidad puede ser un mecanismo arbitrario que atiende a determinados intereses particulares y al mismo tiempo rompe con el *principio de la igualdad* ante la ley? A lo que se debe responder diciendo que el principio de oportunidad no puede ser arbitrario cuando está reglado, normado y controlado, y mucho menos cuando se trata de un plan, una estrategia de protección, un planteamiento de política criminal, un diseño realizado por el Estado en el cual se involucran los poderes públicos y la actividad de la comunidad, en cuanto a democracia participativa; lo contrario es poner al derecho penal como el rey de burlas que siempre hemos encontrado. Tampoco vemos cómo puede darse una ruptura al principio de igualdad, cuando la igualdad no es propiamente ante la ley, sino la igualdad entre desiguales que rompe con los desbalances. Así tenemos que la decisión del Estado no es por el desbalance, sino en atención a que la respuesta penal no es la más adecuada para resolver el conflicto, que es precisamente el que crea e incuba la desigualdad y la desprotección de bienes. En otras palabras, a pesar de las nobles pretensiones que seguramente se persiguen quienes llaman al principio de igualdad como el gendarme de protección en contra de la arbitrariedad, se consigue una falsa igualdad, más cercana al igualitarismo que a la dignidad humana, así como un alto nivel de ineficiencia en el sistema de política criminal y un notorio desbalance en las prioridades y necesidades sociales que requieren atención estatal: recuérdese, por una parte, que el modelo en el cual se fomenta este principio de oportunidad es un modelo antropocéntrico, en donde la estrategia de control no es única ni solamente penal; y de otra, que se trata dentro del mismo modelo de resolver el conflicto, en delicado equilibrio entre víctima y victimario. Ya veremos algún planteamiento.

Primera conclusión. El principio de oportunidad, se aviene con el denominado sistema acusatorio, no es contrario al principio de legalidad, se encuentra como desarrollo de la estrategia de protección del Estado, permite una salida en la resolución del conflicto y por ello, no es contrario al principio de igualdad, sino su propio desarrollo.

Hemos dejado planteado que tal principio, el principio de oportunidad, que se aviene a un sistema acusatorio, tiene por lógico argumento de llegada, las críticas por el origen de la institución. Tal planteamiento es erróneo, pues como se observa, el principio de oportunidad, no sólo está reglado y controlado, sino que la distinción acerca del origen es hoy superada. Lo que se advierte conforme a la tendencia de globalización, es que los sistemas y subsistemas jurídicos antes de alejarse y discrepar se unen. Suficiente es ver cómo a nivel internacional se encuentran los mecanismos, instrumentos y estrategias frente al delito, que sin duda constituyen una ‘política criminal’ internacional, ya sea por medio del reforzamiento, es decir, incentivando a los estados para la persecución interna de los delitos o crímenes, ora por virtud de la persecución de los mismos, como es el caso de la función y competencia de la Corte Penal Internacional. Por tal argumento de realidad es que se puede sostener que las divisiones, críticas y discrepancias por el origen de los institutos, hoy está superada, pues lo que se encuentra en dicho nivel y observación política es la aproximación y yuxtaposición de los mismos y se resalta con respecto a la estrategia global.

Reflexión que nos lleva a considerar que, la discusión entre los sistemas de enjuiciamiento criminal, con contenido material, como lo hemos señalado, hoy se encuentra su referente en los denominados estándares internacionales, siendo el Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional el estándar —mínimo— internacional de aplicabilidad, conforme lo establece entre nosotros el llamado ‘bloque de constitucionalidad’.

En tal contexto, no es exótico el principio de oportunidad, pues se encuentra lateralmente observado en la decisión de ‘cese de hostilidades’, a que hacen referencia los convenios de Ginebra y, propiamente, para los casos de competencia de la Corte Penal Internacional, en el Estatuto de Roma. En el primer caso, en lo lateral, los convenios de Ginebra poseen una cláusula dentro de las diligencias penales que autoriza, para otros manda, que cuando se llegue a un ‘cese de hostilidades’¹ las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren

1. www.icrc.org Artículo 6. “Diligencias penales.

¹. El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado.

privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado. Norma que pertenece al ‘bloque de constitucionalidad’ y que se posee especial desarrollo, pues en el propósito de alcanzar la reconciliación y hacer efectiva la máxima constitucional de que la paz es un derecho y un deber irrenunciable, se trae a colación el entendimiento de la Ley 418 de 1997, prorrogada varias veces que establece mecanismos especiales, diferentes y que a veces remiten, al Código de Procedimiento Penal.

En control de constitucionalidad, la Corte dijo:

“10. De otra parte (*sic*), también debe recordarse que el derecho internacional público ha concebido la negociación como un método no jurisdiccional de solución pacífica de las controversias, por medio de la cual se confía el arreglo, principalmente, a las partes en conflicto. En tales casos, la buena fe y la confianza en los negociadores se convierten en factores determinantes para la consecución de la paz; lo cual, también es cierto, depende del momento histórico en que se desenvuelve el proceso que, en consecuencia, será evaluado políticamente. En síntesis, las partes en el conflicto interno deben valerse de los procedimientos de arreglo pacífico que sean más adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia.

11. Así las cosas, la Corte Constitucional considera que los órganos políticos tienen amplio margen de discrecionalidad para diseñar los mecanismos de solución pacífica de conflictos. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ya había dicho qué diálogos de paz con grupos guerrilleros, la firma de acuerdos para el logro de la convivencia pacífica y la instauración de las zonas de verificación en donde se ubicarían temporalmente los grupos al margen de la ley, son instrumentos constitucionalmente válidos con que cuenta el Presidente de la República, en tanto y cuanto éste tiene a su cargo la conducción del orden público. En lo pertinente, dijo:

“Dada la índole del compromiso que se contrae y sus repercusiones para el futuro de la colectividad, el contenido del acuerdo de paz no puede quedar en manos de personas distintas a aquella que tiene a su cargo la conducción del orden público (artículo 189, numeral 4 CN). Se trata de decisiones de alta política reservadas, por tanto, al fuero presidencial y que, dada su naturaleza, no son delegables”⁷².

-
2. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. En particular:
- a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que procedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios;
 - b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;
 - c) nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse

Por otra parte, el principio de oportunidad, se encuentra en la regulación contenida en el Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, en varios apartes, desde aquellas circunstancias en que no redundarían en interés de la justicia³, hasta en las decisiones de solicitar o no la apertura del proceso, la solicitud de medidas restrictivas de la libertad, en los casos de delito sexual en su factor probatorio y la presentación de cargos, entre otros. Demostrado entonces que, el principio de oportunidad, lejos de estar ausente de la regulación internacional, se encuentra regulado y reconocido en el Estatuto de Roma que, como bien se sabe es un estándar internacional, es decir, un mínimo y no un tope de protección.

Toda la anterior argumentación no excluye y por el contrario invita al análisis de mecanismos de orden legal, de desarrollo constitucional y que pueden ser objeto de reflexión del sistema penal y, sobre manera, de una política criminal, lugar en donde se encuentran, en el primer contenido, hasta las comisiones de verdad y en el segundo, en el sistema penal, con una política criminal adecuada, el principio oportunidad.

Segunda conclusión. Superadas las discusiones y precisiones que sobre los sistemas y subsistemas jurídicos se presenten, la ruta la trazan los estándares internacionales en que, para el efecto, el principio de oportunidad posee un gran marco de existencia y contenido, no sólo a nivel de regulación interna, sino en la posibilidad, con otros instrumentos internacionales que hacen parte del ‘bloque de constitucionalidad’, en la política de convivencia y el hacer efectivo el derecho y deber de la paz.

Colombia se resolvió por la reforma integral del sistema penal, en cuanto hace referencia, entre otros tópicos, al enjuiciamiento criminal; es así como se aprobó el acto legislativo número tres de 2002, en donde aparece, por primera vez, con especial arraigo y carácter el principio de oportunidad.

En consecuencia, ante el dilema de aplicar el ‘principio de legalidad’ o el ‘principio de oportunidad’, tomados como posturas contrarias, lo cual ya demostramos, no es cierto, la reforma optó por un delicado equilibrio y estableció lo siguiente:

-
- la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello;
- d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
- e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;
- f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
3. Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.

“ARTICULO 2º. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

Entonces tenemos:

► Obligación - principio de legalidad tradicional:

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio”.

Se debe resaltar que la obligación está en cabeza de la Fiscalía y no del Fiscal General de la Nación, ya que se trata de un mecanismo operativo más que de conducción o propuesta de la política criminal.

► Mínima demostración para el ejercicio del principio de legalidad:

“siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”.

Expresión que luego hará juego con la imputación fáctica y, en los mejores términos, con la imputación naturalística.

► El principio de oportunidad como desarrollo del principio de legalidad:

“salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado”.

En consecuencia, no existe contraposición entre el ‘principio de legalidad’ y el ‘principio de oportunidad’. Ello es así en el entendido de alcanzar el ‘principio de

oportunidad’ un contexto que lo hace propio del ‘principio de legalidad’. Este delicado equilibrio se logra mediante la ‘política criminal’.

► El principio de legalidad tradicional no posee excepción: por regla general, no se puede ‘suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal’, salvo ‘en los casos que establezca la ley’.

► Por el contrario, se aplicará el principio de oportunidad, dentro del marco de la ley:

“No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado”.

► Con un control para la aplicación del dicho principio de oportunidad:

“el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”.

► La regla general, es decir, el principio de legalidad tradicional sólo, únicamente es aplicable al fuero militar:

“Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

Tercera conclusión. El principio de oportunidad, es una extensión y aplicación del principio de legalidad, es decir, se encuentra reglado, dentro del marco de una política criminal y con control judicial.

Cuarta conclusión. Las posibilidades para su aplicación (que no sus elementos, ni causales), se circunscriben a:

- i) suspender,
- ii) interrumpir o,
- iii) renunciar a la persecución penal.

Quinta conclusión. Como instrumento o estrategia de política criminal, no posee límite diferente a la ley y al fuero militar. Por manera que, puede ser utilizado en la aplicación de la ley penal en general y dentro de ella en el marco de una negociación de paz. A su turno, la gama es amplia y productiva, frente y con respecto a los

instrumentos internacionales y en el marco de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

Conceptos y elementos que han de ser interpretados sistemáticamente, es decir, dentro del marco del artículo 250 de la Constitución Política. Dentro de dicho marco, otorgado por el principio de legalidad y de éste con respecto al principio de oportunidad, se ejercen funciones tales como:

- i) solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas;
- ii) las excepcionales facultades para realizar capturas (aunque en la reforma no se perdió la naturaleza judicial de la Fiscalía⁴) registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones;
- iii) asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción;
- iv) de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez de control de garantías;
- v) presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías;
- vi) solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar;
- vii) solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito;

4. No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieran menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encintas ni en las madres de niños de corta edad.

- viii) velar por la protección de las víctimas, los testigos y demás intervinientes; y,
- ix) aplicar los mecanismos de justicia restaurativa.

Por tal razón funcional, otorgada por el fundamento del principio de legalidad y dentro de su aplicación el principio de oportunidad, el fiscal en desarrollo de la política criminal, puede:

- i) suspender,
- ii) interrumpir o,
- iii) renunciar a la persecución penal. Allí la expresión ‘persecución penal’ es vital, pues cada una de las funciones antes mencionadas, sin duda, hace parte de la persecución penal.

De esta forma la norma constitucional ordena lo atinente al principio de oportunidad.

Se ha vendido la idea, o así lo hemos entendido, que una importante innovación de la reforma consiste en atender e incorporar el principio de oportunidad. Ello no es correcto.

Lo que se hace en la cláusula constitucional es elevar a canon constitucional dicho principio, pues éste se encuentra en los casos, como bien lo dijo la exposición de motivos, de preclusión por indemnización integral y, en cierta forma, por la aplicación del denominado derecho penal premial.

El principio de oportunidad, como bien se detalla desde la exposición de motivos, es un marco de posibilidad de la procedibilidad de un caso, lo cual indica que, como principio, debe estar ubicado como tal y, con un contenido que permita ser aplicado. Me explico: en el acto legislativo, el principio de oportunidad es tratado como una función de la Fiscalía General de la Nación, lo que podría ser correcto, pero que no implica que su ubicación sea adecuada, pues el problema, el ‘instituto’ principio de oportunidad, como ya se dijo, es de procedibilidad, es atinente al operador jurídico, es decir, también al juez. Y, por supuesto dentro del marco de la política criminal.

Adicionalmente, en cuanto a su fundamento se refiere, debemos decir que el principio de oportunidad tiene que ver con las reglas de jurisdicción y de *ius puniendi*, por lo tanto, su cláusula sería de raigambre constitucional, con un contenido que se ha desarrollado en la competencia asignada en la ley, por ejemplo, determinando su

aplicación en los casos de delitos menores y en atención al derecho penal premial o al acuerdo de pruebas, es decir, permitiendo a la ley desarrollar ese marco.

Sexta conclusión. El principio de legalidad y por ello, el principio de oportunidad, tiene el marco de desarrollo y aplicación con respecto a toda la actividad procesal. Evidente es que tal planteamiento sea más claro con respecto al momento de la instrucción o investigación, no obstante, no se excluye frente al momento de juicio, pues no existe cláusula de exclusión o prohibición constitucional. Por el contrario, la posibilidad de i) suspender, ii) interrumpir o, iii) renunciar a la persecución penal, dentro de tal cláusula constitucional, como lo analizamos, refiere a toda etapa procesal y como forma o fórmula de procedibilidad.

En el proyecto presentado al H. Congreso de la República y que es producto de la actividad de la denominada Comisión Constitucional Redactora, se encuentran los siguientes tópicos de interés, que han de ser estudiados a la luz del mandato constitucional analizado. Veamos:

1. NOTA GENERAL

El principio de oportunidad se encuentra desarrollado en un título, título VI del proyecto de Código de Procedimiento Penal. Con ello se trata de dar importancia, carácter y coherencia al instituto. No obstante, siguiendo lo anotado con respecto al acto legislativo, no es tratado realmente como un principio rector, sino como una facultad y como tal el contenido del artículo 347 del proyecto, lo circunscribe a momento anterior a la acusación: “Su aplicación sólo será posible antes de presentarse la acusación”. Límite éste que traza el código, mas no de mandato constitucional. Tal cercenamiento puede tener efectos en la utilidad general de la figura, como lo hemos dicho.

2. NOTAS ESPECIALES

2.1. División

A las voces constitucionales de i) suspender, ii) interrumpir o, iii) renunciar, el proyecto divide en casos de abstención (artículo 348), de suspensión (artículo 349) y de renuncia (artículo 352).

Las causales, pues tal es la estructura, de abstención y suspensión, ha dividido asimismo en eventos de naturaleza sustancial y procedimental.

En consecuencia, el proyecto desarrolla la Constitución en cuanto se refiere al principio de oportunidad. Si la reglamentación se le considera que es el marco de la política criminal, no existiría reparo. Pero en verdad ¿este es el marco de la política criminal, como estrategia contra el delito y que requiere una especial reflexión histórica?

2.2. La abstención y suspensión

Las causales de abstención y suspensión de la persecución penal, por razones sustanciales, apuntan a reflexiones dogmáticas que parece entronizar una corriente doctrinaria y no el juego que desde la política criminal apunta a la persecución penal.

En cambio, cuando se habla de abstención o suspensión de la persecución penal, por razones procesales, ofrece una visión de eventos que solucionan o se enrutan hacia la solución del requerimiento constitucional.

Todo ello resulta así en razón a que no se trata de un programa, estrategia o visión histórica y con respecto al instrumento normado contra la delincuencia; cuando debe abrir canales de normalización y senderos que lleven a la convivencia y a resolver el conflicto. Nos da la razón la mera lectura del artículo 354 del proyecto, en donde para reflexiones prácticas el efecto considerado es idéntico por razón a la ninguna diferencia entre las posibilidades de interrupción y suspensión. En tales términos el ‘instituto es subutilizado’.

2.3. La renuncia

El artículo 352 del proyecto confunde la renuncia a la persecución con el conocido (antiguo según acto legislativo en comentario) instituto de la preclusión de la instrucción en manos del fiscal, como aparece en el Código de Procedimiento Penal vigente. La orden constitucional está, en que la preclusión, cualquiera sea la causa y momento, sea con la intervención del juez y no *motu proprio* del fiscal. De esta manera, el contenido del artículo 352 del proyecto retomando una facultad para el fiscal, que le fue vedada.

Una postura

Se ha aprobado por el Congreso de la República la Ley 906 de 2004 o Código Procedimiento Penal, el diseño desde luego es una buena aproximación a lo que se dijera del ‘principio de oportunidad’. Desde luego, aún falta, para su mejor entendimiento, lo que ordene la Corte Constitucional. Pero con todo, el debate se inicia, con respecto a la importancia del ‘principio’ comentado y el proceso de paz. Allí, sin duda será útil, es decir, será la oportunidad de paz.

Conclusión

En suma, el principio de oportunidad es una estrategia estatal, una fórmula de política criminal, un plan de ejecución frente al delito, como lo es el plan de desarrollo para las cuestiones económicas. En su configuración, a propuesta del ejecutivo, como lo señala la Constitución⁵, debe trazar pautas, referencias y gestiones para resolver el conflicto social, es decir, es eminentemente social. Al igual que como existe el estado de excepción para la paz, el principio de oportunidad es una elaboración para la resolución del conflicto y en ello se aproxima a la víctima en sus derechos y

-
5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

⁽¹⁾ Sentencia C-214 de 1993 MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

2 Corte Constitucional, sentencia C-048 de 2001, proceso D-3058, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8 (parcial) de la Ley 418 de 1997, MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

3 www.un.org. A/CONF.183/9 17 de julio de 1998.

4 Por su ubicación en la Constitución Política, así como el mandato del artículo 249. “La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. *La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial* y tendrá autonomía administrativa y presupuestal”.

5 “ARTICULO 251. Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.
2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los empleados bajo su dependencia.
3. *Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.*
4. Otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.
5. Suministrar al gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público”.

a la obligación de verdad y justicia. Por ello es un instrumento, por esta vía, para la paz. Razón potísima para aparejarlo con los instrumentos internacionales.

Debemos afirmar que el principio de oportunidad no es un cartabón dogmático, ni una salida de consolidación de una teoría o escuela penal. Mucho menos, una posibilidad de alcanzar fórmulas de extorsión penal a punto de sujeción coercitiva y efectivismo penal. No. No lo creemos que sea así.

La abstención, interrupción o renuncia a la persecución penal, no posee límite o estanco para su aplicación, cada función de las detalladas en el artículo 250 de la Constitución Política puede ser fuente para su elaboración y aplicabilidad. Ejemplo de ello tenemos⁶:

- ▶ Cláusula general. Aplicando la política criminal, según el contenido de la Constitución Política ya referida, el Fiscal General optar por la aplicación del principio de oportunidad, siempre y cuando el delito tenga una pena tal y un *quantum* determinado.
- ▶ Cláusulas especiales. Dentro del marco de política criminal, siempre que:
 - ❑ Se trate de un delito castigado con pena baja, no exista interés de persecución y se repare integralmente a la víctima.
 - ❑ En aplicación del principio de insignificancia.
 - ❑ La innecesariedad de la sanción, en cuanto la pena por la cual se ha sancionado resulta subsumir el nuevo comportamiento punible.
 - ❑ En el caso de extradición o entrega a la Corte Penal Internacional.
 - ❑ El denominado derecho penal premial.
 - ❑ Cuando el sujeto pasivo de la acción penal ha sufrido daño que haga desproporcionada la sanción o contraria al principio de humanidad.

6 Cf. GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE; JULIO ANDRÉS SAMPEDEO ARRUBLA; JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN; MILDRED HARTMANN ARBOLEDA, *Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal*, Legis, 2003.

- ❑ Por razones calificadas jurisdiccionalmente y en control político de seguridad del estado o en interés de la justicia.
- ❑ Por el hecho del acuerdo que lleve al cese al fuego, en desarrollo de dicho acuerdo o a consecuencia de él.
- ❑ Para el levantamiento de obstáculos jurídicos en un proceso de paz, como lo determina la ley y el control constitucional a los estados de excepción.
- ❑ En el marco de una política de reinserción, teniendo en cuenta los derechos de las víctimas.
- ❑ Al desarrollo de una comisión de la verdad.
- ❑ Por la conciliación, preprocesal o procesal; o, en aplicación de justicia alternativa o, de justicia restaurativa.

Son pues, ejemplos y posibilidades para la concreción del principio de oportunidad. Desde luego, existen riesgos que se pueden reseñar, partiendo de los diferentes estudios que se han realizado alrededor del tema, como:

- i) la posible arbitrariedad de la Fiscalía en el ejercicio de sus funciones;
- ii) la eventual judicialización de la política y la politización de la justicia;
- iii) la posible desigualdad en la aplicación de la ley;
- iv) la inseguridad jurídica; y,
- v) el posible advenimiento de la justicia negociada como consecuencia de la disponibilidad de la pretensión penal.

Ante los riesgos, la oportunidad reglada, dentro del marco de una política criminal, se vislumbra como la mejor alternativa para acceder a las ventajas políticas y económicas de la discrecionalidad para acusar. Ventajas en términos de las finalidades del Estado social de derecho, tales como:

- i) la persecución criminal efectiva;
- ii) la protección a las víctimas;
- iii) la garantía de los derechos fundamentales;
- iv) la resolución del conflicto; y,

v) la convivencia pacífica en la sociedad.

En fin, el texto constitucional existe. El debate se inicia y la creación se impone. Es una oportunidad, para que el derecho penal se legitime y con él el estado que lo utiliza como control social formal.

Anexo

TÍTULO VI

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Artículo 347. Principio de oportunidad. El principio de oportunidad es la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación para abstenerse de ejercer la persecución penal, suspenderla o renunciar a ella, en los casos establecidos en este código.

Su aplicación sólo será posible antes de presentarse la acusación.

Artículo 348. Casos en que procede la abstención. La Fiscalía General de la Nación podrá abstenerse de ejercer la persecución penal:

A. Cuando se presenten las siguientes causales sustanciales:

1. Cuando la antijuridicidad material, en los delitos cuyo injusto sea susceptible de graduación, pierda entidad jurídica dadas las condiciones del titular del bien jurídicamente tutelado, muy a pesar de haberse descartado la insignificancia.
2. Cuando no sea posible reconocer la relevancia excusante de una causal de atipicidad por verificarse un exceso en su ejercicio, pero ante un juicio global de normalidad social de la situación, la misma no amerita una reacción penal.
3. Cuando la creencia de la atipicidad pueda explicarse de manera atendible como una apreciación del imputado en el sentido de haber descartado razonablemente la reacción penal de la comunidad.
4. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.
5. Cuando en atentado contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativo

y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

6. Cuando la imputación subjetiva proceda por culpa y la imprudencia resulte insignificante, siempre y cuando no se trate de profesiones, oficios o actividades que requieran especial cuidado y atención, y no causen daño social de mayor relevancia.

7. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea tan mínimo que haga de la sanción penal algo manifiestamente innecesario y sin utilidad social.

8. Cuando se presente un error no suficiente para excluir la responsabilidad penal en aquellos delitos cuyos tipos penales sean abiertos o en blanco y el juicio de reproche de culpabilidad tenga como soporte la conciencia actualizable de lo injusto, originada en una situación cuya probabilidad de repetirse resulte despreciable.

9. Cuando se afecten bienes colectivos y se presente una reparación integral, siempre y cuando resulte previsible que la situación que origina el delito no volverá a presentarse.

B. En los eventos procesales en los cuales:

1. El imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito por el cual está siendo perseguido, o aporte información eficaz para desarticular la organización criminal que lo ha cometido y a la cual pertenece, o para evitar que esta organización cometa otros delitos, o sirva como testigo de cargo contra los demás intervinientes.

2. El imputado colabore eficazmente en el descubrimiento de otro delito de mayor entidad en el cual no intervino, así como de sus autores y partícipes, suministrando los medios cognoscitivos o de información, o sirviendo como testigo de cargo.

3. El imputado haya sufrido en el delito cometido por comportamiento culposo un daño físico o moral tan grave que haga desproporcionada o inhumana la aplicación de la sanción correspondiente.

4. La realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

5. El imputado haya sido entregado en extradición a un gobierno extranjero, a causa del mismo delito, en el cual se haya proferido sentencia condenatoria con efectos de cosa juzgada.

6. El imputado haya sido entregado en extradición a un gobierno extranjero por otro delito, y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia se muestre como de escasa significación frente a la sanción que esté cumpliendo en virtud de sentencia condenatoria proferida en el exterior.

Artículo 349. Casos en que procede la suspensión. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender la persecución penal:

A. Cuando se presenten las siguientes causales sustanciales:

1. Cuando a pesar de ser ajeno a la figura delictiva el consentimiento, éste por razón del contexto social y las especiales relaciones entre acusado y víctima, pueda apreciarse como causa de la conducta punible.
2. Cuando el bien jurídico se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular que, la genérica protección brindada por la ley, haga más costosa su persecución penal y comportan un reducido y aleatorio beneficio.
3. Cuando se trate de delito en cuya comisión hayan intervenido múltiples personas y su judicialización cause más daño que provecho al orden jurídico, a la administración de justicia y a las relaciones sociales involucradas en el conflicto, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.
4. Cuando la persecución penal de un delito masa comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

B. En los eventos procesales en los cuales:

1. La persecución penal dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción, orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos de mayor relevancia o trascendencia para el beneficio de la sociedad.
2. La pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de dos (2) años de prisión, siempre y cuando reconozca su responsabilidad.
3. La sanción que se pueda imponer en caso de sentencia condenatoria se muestre como de escasa significación frente a la sanción que esté cumpliendo en virtud de sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada.

Artículo 350. Suspensión condicional del procedimiento. El fiscal por iniciativa propia, o a petición del imputado por una sola vez, dentro de los términos previstos en este código, podrá activar la suspensión condicional del procedimiento. A este fin oírá conjuntamente al imputado y a la víctima para acordar los posibles términos de una reparación integral, y procurará un entendimiento entre los mismos. En este caso, si no prosperare la suspensión condicional del procedimiento, las manifestaciones del imputado no se podrán utilizar como prueba de culpabilidad.

Artículo 351. Requisitos para la suspensión condicional del procedimiento. El fiscal fijará un período de prueba, que podrá tener una duración de tres (3) a cinco (5) años, y determinará las condiciones que deberá cumplir el imputado, relacionadas con el delito u orientadas al mejoramiento de su condición personal, tales como:

1. Residir o no residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento de cualquier cambio del mismo.
2. Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas.
3. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas, o asistir a algún programa educacional o de capacitación.
4. Prestar servicios en instituciones que se dediquen al trabajo social en beneficio de la comunidad.
5. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
6. No poseer o portar armas.
7. No conducir vehículos de cualquier clase.
8. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
9. La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas.
10. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
11. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
12. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

Durante el período de prueba el imputado deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine. De considerarse necesario podrá exigirse, para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, el otorgamiento de la caución en los términos previstos en el numeral 8 del artículo 330.

La suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, se extinguirá la acción penal y el fiscal ordenará el archivo definitivo de la actuación.

Artículo 352. Casos en que procede la renuncia. Cuando el fiscal advierta, antes de la formulación de la imputación, la existencia de alguna causal de preclusión, podrá renunciar a la persecución penal mediante la aplicación de este principio.

Artículo 353. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. A petición de la víctima o del ministerio público, el juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

La decisión que tome el juez obliga a todos los intervinientes y no es susceptible de recurso.

Artículo 354. Efectos de la aplicación del principio de oportunidad. La decisión de abstenerse de ejercer la persecución penal extingue la misma respecto del interviniente en cuyo favor se decide. La decisión que suspenda la persecución penal una vez vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones impuestas extinguirá la acción penal. En caso contrario dará origen a la reanudación inmediata del procedimiento.

El principio de oportunidad podrá cobijar a uno o a todos los imputados y no podrá aplicarse más de dos veces a la misma persona en un período de diez años.

En todo caso, previamente a la decisión el fiscal deberá informar a la víctima lo pertinente para la protección de sus intereses, los que deberán ser tenidos en cuenta al momento de decidir sobre el ejercicio de la persecución del injusto.

Artículo 355. Reglamentación. El Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley.

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