

**Principio De Oportunidad Frente A Los Derechos De Las Victimas En El Sistema Penal
Acusatorio En Colombia**

Cesar Augusto López Vega

Cristian Senen Pérez Redondo

Nelson Mauricio Valencia Machado

Corporación Universidad Libre

Maestría En Derecho Penal

Centro De Investigaciones Sociojurídicas

Bogotá D.C.

2017

**Principio De Oportunidad Frente A Los Derechos De Las Victimas En El Sistema Penal
Acusatorio En Colombia**

**Cesar Augusto López Vega
Cristian Senen Pérez Redondo
Nelson Mauricio Valencia Machado**

Tesis De Grado Para Optar Al Título De Magister En Derecho Penal

**Dr. Alfonso Daza González
Director**

**Corporación Universidad Libre
Maestría En Derecho Penal
Centro De Investigaciones Sociojurídicas**

Bogotá D.C.

2017

Presentación

La tesis “Principio De Oportunidad Frente A Los Derechos De Las Victimas En El Sistema Penal Acusatorio En Colombia”, presentada al centro de investigaciones – Instituto de Posgrados – etc., para optar el título de Magister en Derecho Penal por los Doctores Cesar López Vega, Cristian Senén Pérez Redondo y Mauricio Valencia Machado. Hoy 09 de octubre de 2017 en la ciudad de Bogotá D.C.

Dr. Cesar Augusto López Vega

Dr. Cristian Senen Pérez Redondo

Dr. Nelson Mauricio Valencia Machado

Nota de Aceptación y Observaciones

Firma del jurado

Firma de Jurado

Bogotá D.C., 2017

Dedicatoria

El presente estudio se dedica a nuestras familias que son el motivo de inspiración, el motor que da sentido a nuestras vidas.

A Dios todo poderoso que permite obtener grandes frutos profesionales, la conservación de la salud y la vida.

A nuestro cuerpo de docentes quienes son grandes formadores, de tan alta calidad y valores sociales.

Agradecimientos

Principalmente a Dios, nuestra institución formadora y familiares quienes se han encargado de brindarnos apoyo en la presente formación académica y profesional, que tiene como objetivos el crecimiento personal, social, cultural y económico.

Contenido

Resumen	9
Palabras Clave	9
Abstract	10
Keywords	10
Introducción	11

Capítulo I

Generalidades del Principio de Oportunidad

1.1. Antecedentes Del Principio De Oportunidad	19
1.2. Naturaleza Principio De Oportunidad En Colombia	25
1.3. Principio de Legalidad y Oportunidad	27
1.4. Marco Jurídico	28

Capitulo II

Derechos de las Víctimas

2.1. Concepto De Victima	37
2.2. Reconocimiento De La Victima En Los Sistemas Procesales Penales	38
2.3. Reparación Victima Conflicto entre la Legalidad y Oportunidad	44

Capítulo III

Principio de Oportunidad Frente a la Discrecionalidad de la Ley

(Alfonso Daza González, 2011)

3.1. Modalidades de la Discrecionalidad en el Ejercicio de la Acción Penal	46
3.2. La Discrecionalidad en Aplicación al Principio de Oportunidad	54
3.3. Impunidad Frente al Principio de Oportunidad	60
Conclusiones	64
Bibliografía	67

Resumen

A partir de la observación en la reglamentación del principio de oportunidad en Colombia, en algunos países de Europa y América, es necesario llevar a cabo una justa y proporcional argumentación para avalar la aplicación al victimario de una conducta típica, antijurídica y culpable, así mismo, se tomará en cuenta la participación de la víctima en conjunto con la satisfacción de una reparación integral conforme al daño que se generó por la comisión del conducta delictual. Es fundamental la revisión de derecho de víctimas en una posible aplicación del principio de oportunidad que se encuentra reglado, atendiendo a los principios que emanan de la justicia restaurativa y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

Palabras Clave

Derecho víctimas, discrecionalidad, principio legalidad, oportunidad.

Abstract

From the observation in the regulation of the principle of opportunity in Colombia, in some countries of Europe and America, it is necessary to carry out a fair and proportional argumentation to endorse the application to the offender of typical, unlawful and guilty conduct, as well, The victim's participation will be taken into account together with the satisfaction of an integral reparation according to the damage that was generated by the commission of the criminal conduct. It is necessary to review the rights of the victims in a possible application of the principle of opportunity that is regulated, taking into account the principles that emerge from restorative justice and discretion in the exercise of criminal action.

Keywords

Right victims, discretion, principle legality, opportunity

Introducción

Es fundamental resaltar el impacto en la aplicación del *principio de oportunidad*, la interpretación de causales que buscan darle celeridad a un proceso penal que dan como resultado una sentencia anticipada, sin embargo, se requiere que en la aplicación del principio no exista impunidad frente a los derechos de las víctimas.

La garantía para el Sistema Penal Acusatorio es darle cumplimiento a las penas creadas por el legislador, acatando principios legales y constitucionales que sean proporcionales al individuo que está involucrado en la comisión de un delito, así mismo, que se tenga en cuenta a las víctimas que han sido lesionadas y necesitan de una reparación integral con respecto al daño causado.

No obstante, en la aplicación del principio de oportunidad en Colombia resulta ser una facultad discrecional para el ente acusador, al decidir suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción con el cumplimiento de causales legales, ceñidas por la política criminal del Estado. (Daza, 2011, p, 19)

En el proceso penal al incorporar una media encausada en el principio de oportunidad debe ser verificada por el ente acusador, que exista coherencia ante la figura, una necesidad y urgencia para la administración de justicia, que coadyuvaría a la terminación anticipada de un proceso que puede ser largo y tardío por cuestiones de organización del aparato judicial y la asignación de recursos.

La figura contiene tal importancia, que la persecución penal debe centrarse en delitos más graves, en la desarticulación de organizaciones criminales que son un peligro para la sociedad. Un mecanismo concebido para la terminación de la actuación penal, que permite direccionar los recursos de la administración de justicia en conductas altamente lesivas,

enfocándose a la auto composición de conflictos, facilitando la colaboración de los imputados y acusados para que caigan las bandas delincuenciales. (Fiscalía General de la Nación, 2010, p. 6)

Para el Estado Colombiano que es representado por el ente acusador en materia penal, las conductas punibles se deben ajustar a las realidades, a los parámetros legales para dar la oportunidad sin desmejorar la situación de quienes han sido lesionados (víctimas), buscando la reparación, persiguiendo la verdad y justicia para que se cumplan con los fines del Sistema Penal.

Se requiere en un Estado Social de Derecho el control y legalidad de la imposición del principio de oportunidad al tenor de la ley 906 de 2004, la proporcionalidad frente al daño ocasionado, los derechos de las víctimas, la reparación, aclaración de hechos y sanciones que pueden ser reemplazadas para obtener una verdadera resocialización, la protección de la comunidad y cumplimiento de fines del Sistema Acusatorio.

En el derecho penal se observan diferentes bases conceptuales otorgadas por el organismo internacional para la aplicación del principio de oportunidad las cuales entraron en vigencia por el Acto legislativo 03 de 2002 y la ley 906 de 2004. Una alternativa para la Fiscalía de solucionar de manera rápida las conductas punibles denunciadas que no son de tan alta gravedad conforme a la pena impuesta por el Código Penal. Por ende, el Gobierno a través de esta herramienta pretende la reconstrucción del tejido social, que consiste en tener una estructura de justicia restaurativa para que se reemplacen penas innecesarias por acuerdos justos, que de igual manera combatan la delincuencia, y al mismo tiempo, resarcir los daños causados a las víctimas.

El desarrollo de la figura de principio de oportunidad recae en la labor consciente de la Fiscalía General de la Nación en Colombia, aquella que en compañía con el imputado y defensor estudian si es procedente o no, para solicitarla ante el juez en función de control de

garantías quien tendrá la última palabra para su ejecución según las condiciones impuestas en la normatividad.

El ejercicio del principio de oportunidad por facultad discrecional es considerada una excepción al principio de legalidad, aquella que faculta a la Fiscalía al análisis para que suspenda o renuncie a la persecución penal para los casos que contempla el Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, en la actualidad ésta figura no ha tenido en cuenta los verdaderos intereses de las víctimas, sin que se pondere la lesión a los bienes jurídicamente tutelados de los ciudadanos.

Conforme a las razones expuestas, es necesario se revisen las causales que se tipifican en el Sistema Penal Acusatorio, los argumentos para que la Fiscalía y el Juez Constitucional avalen la ejecución del principio de oportunidad, para así, poder resolver las inconsistencias que se suscitan y se vislumbran en la jurisprudencia en la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ante el resarcimiento de las víctimas frente a la operación del principio objeto de estudio.

Es fundamental tener en cuenta la siguiente pregunta investigativa, ¿Cómo se valoran las causales del principio de oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio por parte de la Fiscalía, Juez y defensor frente a los derechos de las víctimas?

El objetivo general es identificar la valoración que realizan los Fiscales, defensores y Jueces en el Sistema Penal Acusatorio, en la ejecución del principio de oportunidad frente a los derechos de las víctimas en Colombia.

Los objetivos específicos: Analizar individualmente cada causal de oportunidad al tenor de la ley 906 de 2004, verificar el manejo que se otorga del principio de oportunidad teniendo en cuenta un marco de derecho comparado, revisar los derechos constitucionales de las víctimas

frente a la lesión por una conducta punible descrita en la ley 599 de 2000, debatir los argumentos de la ejecución del principio de oportunidad frente a los derechos de las víctimas, examinar los límites que se deben tener en cuenta en la aplicación del principio de oportunidad en Colombia

La reparación de las víctimas pese a que se aplique una causal del principio de oportunidad debe darse, porque no solo el Sistema Penal Acusatorio que dio a luz la Ley 906 de 2004 debe contener garantías para una de las partes, sino la realización de una verdadera justicia. No solo con la búsqueda de una nueva oportunidad, el ente acusador debe aplicarlo como una herramienta accesoria que permita por supuesto a las partes deshacerse de un proceso penal arduo, evitando la imposición de penas innecesarias que no requieran del desarrollo del mismo, lo que también accede a la descongestión real de los centros penitenciarios y carcelarios. Sin embargo, no pueden olvidarse de los derechos de las víctimas que deben ser reparadas económicamente, personalmente, simbólicamente, teniendo un tratamiento adecuado por parte de las autoridades y la persona que causo el daño.

En la jurisdicción penal se han tenido en cuenta principios fundamentales que constitucionalizan la legislación que se encarga de sancionar conductas antijurídicas, típicas y culpables.

Sin embargo, para algunos doctrinarios la ejecución del principio de oportunidad puede ser ejecutada en contravía de los intereses de las víctimas de una conducta punible.

El principio de oportunidad como su nombre lo indica es la oportunidad que el Estado brinda a través del ente juzgador, Fiscalía (ente acusador) o la defensa, a la persona responsable de la conducta punible descrita en la ley 599 de 2000, norma que regula las actuaciones de los seres humanos en la sociedad.

El derecho penal al estar en el deber de constitucionalizarse así mismo, debe observar conductas que puedan tener una oportunidad en el ordenamiento jurídico siempre y cuando no se agrave la situación de inseguridad en la sociedad, no exista razón alguna de peligrosidad en contra de las víctimas o la sociedad, no se tenga un reporte de antecedentes de responsabilidad de similares delitos o delitos nuevos que demuestren la reincidencia de la comisión de delitos

Es fundamental la presente investigación, para que en primer lugar se determine la responsabilidad del Sistema Penal Acusatorio en tomar en cuenta las víctimas conforme a la ejecución de una posible adecuación de principio de oportunidad según los casos expresos en la legislación.

Porque el Derecho Penal debe fundamentar y argumentar la ejecución del principio de oportunidad, alegando la causal que se adecua al delito investigado y que se asuma este rol de una manera responsable, proporcional y justa que tenga en cuenta la víctima en todos los aspectos conforme a la lesión soportada.

Es necesario describir los derechos de las víctimas frente a la aplicación del principio de oportunidad, sin dejar de lado la importancia del resarcimiento del daño en la legislación penal, su participación, trascendencia de derechos, creación de fórmulas que logren la verdad, justicia y reparación en el país.

Por nuestra parte, consideramos que, la víctima procesa de la Ley 906/04 ostenta la naturaleza procesal, como quiera que participa en el proceso penal buscando una protección jurídica a sus intereses, lo que ocurre, es que tiene una capacidad procesal para actuar restringida, como quiera que no encuentra facultada para intervenir en la audiencia pública del juicio oral, en donde debe actuar por medio del fiscal delegado del caso... (Patiño, 2009, p. 40)

El método de investigación utilizado será el básico jurídico, de donde se desprende una trayectoria desde los orígenes facticos y los sucesos que se dan en la sociedad, “Se comprende por este tipo de investigación aquella que tiene pretensiones de universalidad en sus resultados, pero depende en el proceso de investigación de una serie de condiciones como las teorías, las mediciones y la negación de fines de transformación del objeto factico de estudio en la propia investigación. Este tipo de investigación también es conocida como investigación abstracta, teórica o en los términos de Kant como investigación pura– pues tiene como fundamento estar presente durante el proceso de investigación.” (Rodríguez, sf, p. 9)

Y la investigación básica jurídica específicamente hace referencia a la construcción de las teorías del derecho las cuales se desarrollan en la doctrina, norma y jurisprudencia, como ejemplos en el derecho se destacan “la teoría del garantismo jurídico” de Luigi Ferrajoli, “la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, “la teoría de la imputación objetiva de Hegel, la teoría de la justicia de Rohn Rawls, etc. (Rodríguez, sf, p. 9)

Conforme lo anterior, se relaciona el tipo descriptivo que tiene algunos propósitos y es el de describir fenómenos mediante las características más importantes que son relevantes en la sociedad, grupos, comunidades, etc., se deben medir aspectos independientes para así describir el objeto de la investigación. (Sampieri, 1997)

Los estudios descriptivos son necesarios para resaltar conceptos y variables que se manifiestan en los fenómenos de interés, el objetivo principal son las mediciones de las variables, pero no como se relacionan. (Sampieri, 1997)

Para lograr resolver los objetivos es necesario revisar todo el material bibliográfico que trate sobre el tema objeto de estudio, identificar a través de la normatividad constitucional, penal

y jurisprudencial los presupuestos del principio de oportunidad y los límites que se deben interponer en su ejecución.

Los instrumentos que se utilizaran en el presente documento serán las fuentes secundarias “se refieren al uso de información proveniente de interpretaciones ya elaboradas por teóricos, historiadores, o las normas mismas: tesis, monografías, boletines estadísticos o censales, textos, manuales, diccionarios, etc.” (Universidad Libre, 2013, p. 57)

La técnica que se revisara será el de análisis de contenido de textos, teorías, doctrina y todo aquel material bibliográfico que sea consecuente para el tema objeto de estudio.

Se requiere hacer un estudio profundo de los argumentos para otorgar una causal del principio de oportunidad, sin controvertir los derechos de las víctimas, sino que los principios del Sistema Penal Acusatorio, se realicen adecuadamente, sin determinar el ente acusador deshacerse de un proceso penal que es relevante para el proceso mismo. Resaltar las intenciones de la Fiscalía, el Legislador y el juez al interpretar la norma en sentido restrictivo, garantista, justo, que ponga en práctica los objetivos de la imposición de una pena.

El presente escrito se llevara a cabo en 3 capítulos, el primero tratara la problemática propuesta, en el segundo se hará un estudio comparado y la legislación nacional, el tercero, se llevaran a cabo los derechos de las víctimas y la manera de reparación de las mismas, y por último, los límites en la ejecución del principio de oportunidad.

Capítulo I

Generalidades del Principio de Oportunidad

1.1. Antecedentes del Principio de Oportunidad

Vásquez y Mojica (2010), determinan que el principio de oportunidad está encaminado a solucionar conflictos legales por intermedio de abreviaturas o creaciones en la legislación conforme a la época, por ejemplo, en el *Código de Hammurabi* se consagraban figuras indemnizatorias para reparar el daño, métodos de conciliación para solucionar los conflictos suscitados en la sociedad. (p, 11)

La Ley del Talión es otro antecedente encontrado donde se evidencia la pena de muerte conforme a los delitos cometidos y el impacto social, en la Ley de las 12 tablas se buscaron fórmulas para solucionar todas aquellas discrepancias o conflictos suscitados. Como ejemplo, se tiene la oportunidad para la confesión en un plazo razonable donde pudiera acudir al tribunal, pero si no lo cumpliera tendría una pena más gravosa a la contemplada en la norma.

Surge después el tiempo del inquisidor quien tenía la potestad de entablar un pleito contra cualquier persona sospechosa, sin embargo, existían aquellos a los que se les imponía una pena menor cuando confesaban su herejía, una opción para quien daba celeridad procesal otorgando una sentencia anticipada. “Los inquisidores contaban con una especie de Consejo, formado por clérigos y laicos, a fin de que se les ayudara a dictar al veredicto y se les estaba permitiendo encarcelar testigos sobre los que recayera la sospecha que estaban mintiendo”. (Vásquez y Mojica, 2010, p, 14)

Las instituciones actuales en Colombia se basan en sistemas procesales adoptados mediante mecanismos alternativos en la solución de conflictos o formas anormales de terminación del litigio, la terminación del proceso amigablemente cuando se considere necesario, atendiendo a la transacción, el desistimiento, reparación integral, sentencia anticipada, entre otras.

El principio de oportunidad ha generado debate en el mundo, su aplicación es disímil frente a la legislación en Colombia, sin embargo, pueden observarse similitudes que seguramente son apropiadas en la norma como un ejemplo y beneficio para el sistema penal acusatorio ajustado en el año 2004, aquel que cuenta con la constitucionalidad del derecho penal al garantizar principios rectores emanados de los Derechos Humanos.

La importancia del estudio en la aplicación del principio de oportunidad en otros países como Costa Rica, Italia, Alemania y España, es la búsqueda de criterios que se tienen en cuenta para llevar a cabo el mismo en el proceso penal, la relevancia jurídica que contiene para nuestra legislación colombiana, así mismo, poder diferenciar la situación de cada Nación frente a la ejecución del principio de oportunidad entendiendo su problemática o buen manejo frente a los derechos de las víctimas, revisar esas causales que otorgan al imputado o acusado acceder a un beneficio sin que sobrepase los límites objetivos, razonables y proporcionales de la pena y el daño causado.

En Costa Rica, en cuanto a la ejecución del principio de oportunidad se refiere al Código Procesal Penal del mencionado país, donde trae una serie de consecuencias en la práctica actual de la administración de justicia penal, para lo cual debe hacerse un examen que permita concebir la negativa sobre continuación de la persecución penal.

Haciendo precisión en el contexto histórico-conceptual y constitucional se encuentra la Ley 7594 de 1996 la cual cobro vigencia en el año 1998, mediante el artículo 22 se dio denominación al principio de legalidad y oportunidad, los cuales serán objeto de estudio y acción por parte del Ministerio público con fundamento en las reglas que la norma establece. (Villanueva, 2011, p, 83)

Como criterios establecieron en el artículo 23 del estatuto penal que cuando admitan la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, dará para que la acción penal se extinga respecto del autor o cualquier clase de participación que hayan tenido en la conducta delictiva.

Si se tratase de delitos graves, delincuencia organizada que permitan inferir que su tramitación e investigación es compleja y el imputado decida colaborar con la justicia esclarecimiento de los hechos, facilitar la búsqueda de autores que coadyuvaron al desarrollo del ilícito con mayor gravedad, probando la participación de los mismos para que se dé la persecución penal correspondiente, por tanto de la pena o medida que se le imponga sería menos importante, que aquella a impartir a los demás implicados, por ello, podría prescindirse de la medida ya aplicada, o de la persecución penal.

En los eventos de encontrarse con un proceso tramitado en el extranjero donde exista posibilidad de extradición, puede prescindirse de aquella y conceder la extradición pasiva, donde la acción se suspenderá hasta 15 días después de quedar en firme la sentencia que se hubiese dictado, y decidir el Tribunal correspondiente si prescinde o no de la persecución penal. En dado caso que la colaboración no tuviere algún efecto el Ministerio público podrá solicitar al Tribunal se continúe con el procedimiento penal. (Villanueva, 2011, p, 85)

Los criterios que se toman en cuenta por parte del legislador son la insignificancia del hecho, los elementos que justifican la proporcionalidad entre el hecho y la persecución penal,

para lograr una cuantificación del daño y la dimensión de los perjuicios que acarreo el delito, todo con el fin de verificar la existencia de la necesidad de archivar las actuaciones. (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, p, 106)

Sin embargo, la problemática que se observa en el establecimiento del principio de oportunidad es la carencia de criterios, no cuentan con la precisión necesaria en la normatividad lo que conlleva a quebrantar el principio de legalidad, por ende, la seguridad jurídica en el proceso penal se ve afectada en el entendido que los fundamentos para el ejercicio de la oportunidad se salen de los parámetros objetivos y proporcionales frente a la pena del delito que se esté persiguiendo.

Es decir, se huye hacia el principio de oportunidad, porque el principio de legalidad no es suficiente para la persecución penal; instituyendo aquel principio (oportunidad) para fortalecer de alguna forma el segundo (legalidad). (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, p, 106)

El principio de oportunidad atiende más a pensamientos e ideologías filosóficas que justifican políticamente el procedimiento establecido en la ley penal, lo que atenta y contribuye directamente a una crisis social por parte del incremento de la delincuencia, adecuado por políticas y técnicas procesales penales que ponen un límite a la persecución penal.

Se considera por parte de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica (1996), que el principio de oportunidad es un proceso técnico que adecua los medios del proceso penal para un fin determinante frente al delito perseguido siempre y cuando la causa sea disponible, caso contrario cuando el “el objeto es indisponible, el principio aplicable es el inquisitivo, de ahí que siempre este sujeto a una alta dosis de previa legalidad...”. (p, 824)

Las políticas en Costa Rica se fundan en la democracia, la libertad, igualdad y dignidad humana, aquéllas que se manifiestan en la Constitución Política consagrando los valores y principios que organizan el poder público, para prestar sus servicios en debida manera, reconociendo los derechos de los ciudadanos y ejerzan pleno ejercicio de los mismos. (Fundación Konrad Adenauer, 1995, p, 9-39)

Ahora bien, realizando el estudio en España el principio constitucional de oportunidad no está expresamente establecido en el Código de Procedimiento, no es un sistema reglado, sin embargo, el principio de legalidad se encuentra incorporado de manera material y formal por tener su funcionalidad particular. De la manera anterior, no encontramos una específica o propia denominación del principio de oportunidad como ocurre en otras legislaciones de procedimiento penal, sino que su existencia emana de la naturaleza de su ordenamiento. Conforme a que se debe total respeto a estamentos constitucionales, ley y procedimiento penal “el cual se desprende de la potestad dispositiva de aplicar o no la ley penal sustantiva en los casos de intervención Estatal en un conflicto penal”. (Villanueva, 2011, p, 78)

Para el caso de Italia, el principio de oportunidad tampoco se encuentra reglado o tipificado, solo se encuentran criterios legales -difusos- donde se expone la indiferencia del mismo, una expresión negativa para ser aplicado en el Proceso Penal y en el Código Penal en circunstancias especiales. (Villanueva, 2011, p, 79)

El doctor Gilbetrto Lozzi (1992) nos conduce a entender que el sistema penal italiano es de naturaleza seudo acusatorio, ya que impone a las partes carga probatoria respecto al procedimiento y las pretensiones. Lo que se interpreta en el Código de Procedimiento Penal Italiano en el artículo 190 es que la admisión de pruebas puede ser revocada una vez escuchadas a las partes en litigio, es decir, no existe una interpretación expresa del principio

de oportunidad por vía negativa, sino que la potestad es dispositiva respecto de la aplicación del principio.

En Alemania el principio de oportunidad es observado bajo la naturaleza policia y extraprocesal, el cual tampoco escapa a la crítica en su aplicación y manejo por parte de las autoridades, en efecto en la práctica conlleva a ser llevado a cabo conforme a las conveniencias políticas, es decir, se encuadraría en hacer parte de un sistema manejado por la corrupción, un sistema penal irresponsable que no observa la necesidad de aplicación real del principio de oportunidad para casos que sean menos gravosos. (Villanueva, 2011, p, 81)

En Argentina establece en la Ley 23.984 de 19914 que para el ejercicio de la acción punitiva no puede suspenderse, ni interrumpir la investigación solo en casos excepcionales que se encuentran expresos en la normatividad, y que corresponde el sometimiento del principio de legalidad cuando sobreviven medios de prueba, en este sentido no se aplicaría la oportunidad a la ley penal. Empero, el principio de oportunidad no se encuentra concebido como tradicionalmente lo expone la doctrina jurídica, si no que se llevaría a cabo por vía negativa excepcional, es decir cuando se configura una insignificancia por ausencia de “antijuridicidad material, por ausencia de imputación objetiva, por la adecuación social de la conducta, por ausencia de atipicidad. Háblese así de la oportunidad en términos diferentes a como se ha tratado dicho tema en la concepción tradicional de aquel principio, que sirve y ha servido para la persecución penal”. (Llobet, 2000, p, 19-35)

1.2.Naturaleza del Principio de Oportunidad

La naturaleza esencial del principio de oportunidad no es exclusivamente procesal, sino que está considerado como un medio constitucional y legal, tal y como se afirma por la

Constitución Política de 1991 en el artículo segundo donde se establecen fines esenciales del Estado Social de Derecho, haciendo énfasis en las instituciones que tiene el deber de proteger a todas las personas, intervenir en conflictos donde se puedan limitar derechos fundamentales. (Vásquez, 2011, p, 51)

El principio de oportunidad tiene naturaleza tripartita (política, jurídico-administrativo y jurídico- procesal), una institución más de contenido político que jurídico, por encima de un sistema procesal, un medio que instrumentaliza el derecho penal para tener un control social del delito y la delincuencia, codificado en el Código de Procedimiento Penal.

Concepción política se encuentra inmersa en una actividad de desarrollo y consolidación del derecho penal constitucional, “Históricamente el derecho penal, en tanto que forma jurídica del poder punitivo del Estado, ha visto con razón, sobre todo desde la ilustración y el pensamiento emancipador frente al antiguo régimen, como un puro poder material, represivo, expansivo e insaciable, frente al cual la tarea política y jurídica más noble era ponerle límites, es decir, construir y desarrollar principios o postulados capaces de limitar el qué y el cómo castigar” (Arroyave, 1994, p, 42)

La real naturaleza del instituto en cuestión es la constitucionalización del derecho penal en materia sustantiva y procesal, incorporando principios de la Carta Política de 1991, valores que protegen derechos fundamentales de manera significativa que orientan y determinan el alcance del derecho penal. “Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta... ya que debe respetar los derechos fundamentales de las personas, que aparecen, así como el fundamento y límites del poder punitivo del Estado...” (Gómez, 2004, p, 247) Sin embargo, se debe lograr poner límites a los procesos de política criminal para que no se desconozcan los derechos y la dignidad de las personas.

Política criminal del Estado que deberá sujetarse a la precisa intervención que trascienden en el aparato de justicia penal, logrando conservar el orden público y seguridad nacional. “(...) constituirá importante elemento político a destacar, para sustentar desde ella misma, el llamado principio de oportunidad. Por todo, su naturaleza política tendrá doble significado, por una parte, el sentido constitucional y de otra, lo político criminal, originados en actos propios del Estado; siendo en consecuencia estos dos destacables aspectos, los que señalan y señalarán la naturaleza política del principio de oportunidad”. (Villanueva, 2011, p, 53)

La noción jurídico administrativa requiere de la anterior para que se dé un orden lógico a las actuaciones del Estado, es decir, que los actos administrativos se dan con esa naturaleza a la oportunidad del Estado de intervenir conforme a la Constitución y la Política Criminal del Estado, intervenir en el conflicto social y penalmente.

La otra naturaleza es de tipo procesal o extraprocesal tal y como es mencionado por Villanueva (2011) el principio de oportunidad en la implementación del sistema procesal penal verificando la necesidad de utilizarlo en hechos significativos, “proferir decisiones judiciales con contenidos procesales a través de las cuales se marque la diferencia de cuando sí y cuando no, se maneja la legalidad con discreta excepcionalidad por parte de quienes representan al Estado en la judicatura penal” (p, 54)

1.3.Principio de Legalidad y Oportunidad

El principio de legalidad se constituye como una reivindicación a la humanidad al límite estatal con función positiva, observado desde dos puntos de vista procesal: Desde la óptica sustancial el principio de legalidad se concibe bajo el aforismo de: “nullum crimen,

nulla poena, nulla mensura sin lege scripta, stricta, certa et praevia”, lo que traduce que no hay un apena o medida sin ley escrita, estricta y previa.

La óptica procesal que se encuentra es bajo el axioma de “nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege”, significa que nadie puede ser castigado en virtud de un proceso legal y que la norma solo puede ser aplicada por órganos competentes para esta función. (Vásquez y Mojica, 2010, p, 22)

Mientras un derecho penal albergue supuestos de oportunidad, el respeto al Estado de Derecho por parte del procedimiento, dependerá de sí los casos están determinados con absoluta precisión. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas, destruyen por completo el principio de legalidad. Es claro que de conformidad con lo prescrito por la Ley 904/04 en los artículos 321 y siguientes, esta situación está perfectamente delimitada. (Hassemer, 1998, p, 8)

Para el profesor Hernán Darío Benítez y otros el principio de legalidad y de proporcionalidad, “Operan en forma dialéctica, pues las leyes procesales los conjugan de manera que ninguno de los dos se sostiene en puridad. Simplemente puede haber un nivel mayor o menor de manifestación de uno u otro en un mismo ordenamiento procesal. Se entiende el primero como que la ley obliga a incoar el proceso penal en tanto subsistan los presupuestos materiales que han propiciado su iniciación y se haya identificado al presunto autor...Lo ideal, opinamos es mantener el predominio de la legalidad, restringiendo los sistemas “puros” de transacción penal, y a cambio, fortaleciendo los sistemas condicionados, por la ley” (Benítez y otros, 1997, p, 6-64)

Los principios de legalidad, responsabilidad personal o culpabilidad tienen su naturaleza en el derecho penal, es objetivo de las cosas, construyéndose del poder punitivo del Estado que tiene carácter político y jurídico. (Constitución Política de 1991, art. 150 y 251)

1.4. Marco Jurídico en Colombia

Constitución Política de Colombia

En el artículo primero Colombia se establece como un Estado Social de Derecho que se organiza en forma de república unitaria con respeto a la dignidad humana y prevaleciendo el interés general, así mismo se funda en unos fines esenciales establecidos en el artículo segundo el cual debe mantener un orden justo. El deber y obligación de respeto de todas las personas nacionales e internacionales a la constitución y a las leyes al tenor del artículo cuarto, eso quiere decir, que solo se podrá ser juzgado a partir de las leyes existentes, así mismo, que no contraríen derechos sustanciales. El derecho a la igualdad, a que toda persona debe ser tratada en igualdad de condiciones ante la ley, recibir el mismo trato, gozar de derechos, libertades y OPORTUNIDADES sin discriminación alguna. (Constitución Política de 1991, arts. 1,2, 4 y13)

En el artículo 29 de la Carta Superior en cumplimiento de ejercer un debido proceso a cada individuo conforme a las leyes preexistentes creadas por el legislador, en materia penal a aplicar la ley más favorable o permisiva, a conservar su presunción de inocencia mientras no sea declarado judicialmente culpable y a llevar a cabo su defensa durante la investigación y juzgamiento.

Leyes

Con la Ley 100 de 1892 o Código Judicial el procedimiento penal colombiano ha considerado la aplicación de principio de oportunidad de manera tácita y legal para solucionar por vía judicial las peticiones alegadas dentro de un proceso penal. Regula lo relativo a la organización judicial, enjuiciamientos en lo civil y penal. Sin embargo, el principio de oportunidad no fue **reglamentado** antes de la Ley 906 de 2004. (Villanueva, 2011, p, 90)

La Ley 95 de 1936 concibe el principio de oportunidad “por vía positiva (coincidiendo con el principio de legalidad), desde el momento mismo en que se establece el Estado soberano y las correspondientes leyes penales (sustantiva y adjetiva). Dado que, la existencia del Estado soberano y la tipificación de conductas punibles, abre para el ente jurídico, la posibilidad de intervención y solución del conflicto penal; lo que hemos venido en llamar el principio de oportunidad por vía positiva”. (Villanueva, 2011, p, 90)

Se encuentra en el Capítulo II cuando se refiere a delitos de falso testimonio donde la autoridad podía otorgar el perdón judicial cuando se retractarán en el mismo proceso, oportunidad necesaria para que la retractación pudiera ser observada en sentencia judicial.

Con el Decreto 050 de 1987 Código de Procedimiento Penal establece la “oportunidad e irretractabilidad” contemplando el desistimiento en cualquier estado del proceso antes de proferir sentencia de primera o única instancia.

Principio De Oportunidad En La Ley 600 De 2000

Se consideró que el sistema procesal con la Ley 600 de 2000, según las estadísticas era fatal debido al nivel acumulado de denuncias, noticias criminales que para los años 2000 a

2002, se habían acumulado 500 mil, a pesar de los esfuerzos por la fiscalía cada año iba en aumento la ineffectividad. Es por ello, que se veía la necesidad de crear el principio de oportunidad si verlo en un sentido de conveniencia, sino que debería ser para darle celeridad con el Nuevo Sistema Penal Acusatorio, ya que muchas de las conductas investigadas no tienen la misma connotación, ni impacto social lo que podrían aplicarse el llamado principio con todo el sentido de legalidad. (Orejama, 2007, p. 26)

Principio De Oportunidad En La Ley 906 De 2004

En el campo del derecho penal es relevante destacar los estudios que se han manejado a través de la expedición de la ley 906 de 2004, de los cuales tiene parte la Fiscalía General de la Nación como ente acusador elegido por parte del Estado en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio.

Con respecto al principio de oportunidad los lineamientos para estudiar el trámite de cada caso deben establecerse por parte de la Fiscalía, el juez y la defensa es el siguiente:

- Recolectar información del caso particular en conjunto con los materiales de prueba allegados
- Verificar la procedencia de la aplicación del principio de manera jurídica, fáctica, y probatoria
- Conocer del caso adecuadamente a partir de información legalmente obtenida y elementos materiales probatorios
- Identificar si se puede configurar la aplicación del principio de oportunidad a partir de estudios jurídicos, facticos y probatorios

- Precisar la modalidad en que va a ser aplicado el principio de oportunidad (renuncia, suspensión o interrupción)
- Proteger los derechos de la víctima y participar en el proceso de aplicación del principio de oportunidad
- Verificar si la Fiscalía es competente para darle aplicación y trámite al principio de oportunidad
- Adelantar el trámite de aplicación al principio de oportunidad por el competente
- Agotar el trámite ante equipo de principio de oportunidad
- Solicitar y participar en audiencia ante el juez en función de control de garantías (Fiscalía General de la Nación, 2012)

Jurisprudencia

a) Sentencia C-471 de 2016 - MP. Alejandro Linares Cantillo:

En la presente sentencia hace alusión a las víctimas en cuanto a la participación en el proceso penal ya que la no participación puede declararse una comisión legislativa, también se recoge precedente jurisprudencial que contiene se aferra a postulados de la “*Constitución Política, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos*”.

La configuración constitucional del proceso penal y los derechos de las víctimas, donde son relevantes en el proceso penal los:

Participantes

Etapas que lo integran

Funciones de la fiscalía

Competencias de los jueces

La forma como se protegen los derechos (competencia del congreso de regular la especialidad)

El proceso penal como bien se tiene conocimiento se divide en etapas, investigación, acusación y juzgamiento, proceso que está regido por principios de oralidad y publicidad donde se definen responsabilidades del procesado, dentro del mismo se hace referencia a la víctima donde el ente acusador solicita al juez en función de control de garantías la adopción de medidas que protejan, reparen integralmente los derechos de los afectados y velar directamente por su amparo.

Así mismo, la Constitución impone al legislador fijar términos para que las víctimas intervengan en el proceso penal (art, 250. Par. 2), fije mecanismos de justicia transicional favoreciendo a las víctimas para obtener la verdad, la justicia y la reparación, crear instrumentos extrajudiciales que hagan realidad los fines de dicha justicia, establecer tratamiento especializado penal para cumplir con la reparación integral a víctimas conforme al artículo 66 transitorio adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2012. (Corte Constitucional sentencia C-471 de 2016: MP. Alejandro Linares Cantillo)

Protección Derechos Víctimas

Verdad.	Justicia	Reparación.
----------------	-----------------	--------------------

<p>En la esfera internacional se ha reconocido el derecho a la verdad: de manera individual y colectiva.</p> <p>La individual es la que tiene derecho a conocer. Colectiva: el derecho inalienable a recordar la verdad.</p> <p>El Estado debe garantizar a través de medidas judiciales y extrajudiciales y la creación de la comisión de la verdad.</p> <p>La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que el derecho a la verdad es esencial, obligatoria para los Estados, esclarecer los hechos y juzgar a los responsables, conforme la Convención Americana de Derechos Humanos (art, 8 y 25)</p> <p>“Del mismo derecho se ocupan los Principios 1 a 5 de los Principios para la lucha contra la impunidad. (...)”</p>	<p>Otra garantía que torga el Estado en la esfera de justicia transicional, el cual tiene la obligación de investigar, juzgar y condenar con las penas proporcionales para evitar la impunidad.</p> <p>Fundamento Constitucional:</p> <p><i>“Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos</i></p> <p><i>Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes</i></p> <p><i>Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura</i></p> <p><i>Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas</i></p> <p><i>Declaración Americana de Derechos Humanos</i></p> <p><i>Declaración Universal de Derechos Humanos”</i></p> <p>Obligaciones del Estado donde deben crear:</p> <p>Mecanismos para descubrir la verdad y penas Deber de investigar violación derechos humanos Garantizar derechos de</p>	<p>Se funda en el principio general de derecho de ser responsable de los daños ocasionados por vulneración de los derechos humanos, debe ser obligatoriamente compensado, el pago de una justa indemnización.</p> <p>Fundamento Constitucional:</p> <p><i>“Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes,</i></p> <p><i>Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura</i> <i>Estatuto de Roma</i> <i>Convención Americana de Derechos Humanos</i></p> <p><i>Corte Interamericana de Derechos Humanos”</i></p>
--	--	--

	víctimas mediante recursos judiciales Garantizar debido proceso	
--	---	--

(Corte Constitucional sentencia C-471 de 2016: MP. Alejandro Linares Cantillo)

Las víctimas deben participar efectivamente en el proceso penal con fundamento en tratados internacionales “amparado por el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos al establecer la obligación de los Estados de adoptar medidas para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en esa Convención (arts. 2 y 3) y, de manera particular, la igualdad ante los tribunales y Cortes de Justicia (art. 14). Igualmente, la Convención Americana de Derechos Humanos ha previsto la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella (art. 1), el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8.1), el derecho a la igualdad ante la ley (art. 24) y el derecho a un recurso judicial efectivo (art. 25). Conforme a ello, destaca la Corte, el fundamento de la protección de las víctimas no se agota en el ordenamiento interno sino que, adicionalmente, se fundamenta en normas internacionales que se integran al bloque de constitucionalidad.” (Corte Constitucional sentencia C-471 de 2016: MP. Alejandro Linares Cantillo)

Los derechos de las víctimas son calificados con posiciones iusfundamentales que vinculan los partícipes e imponen responsabilidades específicas al legislador para que regule la intervención de las víctimas en el proceso penal. Donde se refiere también a sentencia C-

412 de 1993 donde las personas relacionadas con hechos punibles tienen un verdadero derecho a participar dentro del proceso cuya naturaleza es del Estado democrático.

En sentencia T-275 de 1994 definen el derecho a las víctimas a conocer la verdad en los siguientes términos:

Acceso a víctimas a la justicia para denunciar hechos delictivos, participar en el proceso penal, esa garantía debe estar apoyada por las autoridades que administran justicia conforme al artículo 229 de la Constitución, respetar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respetar reglas del proceso penal, restablecer el derecho de víctimas para lograr lo justo respetando el derecho a obtener la verdad a todos los perjudicados. (Corte Constitucional sentencia C-471 de 2016: MP. Alejandro Linares Cantillo)

Sentencia C-209 de 2007: indica que es fundamental valorar la aplicación excluida del ordenamiento jurídico a la víctima, evaluar la decisión de no otorgar poder a la víctima, así mismo, “la Corte dicha justificación solo existirá si su otorgamiento (a) modifica los rasgos estructurales del sistema penal con tendencia acusatoria, (b) altera la igualdad de armas o (c) varía la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido. Luego la Corte debe determinar (iii) si el trato diferente genera una desigualdad que comporte la afectación de uno de los derechos de las víctimas. Finalmente, será necesario definir si la exclusión juzgada (iv) constituye un incumplimiento del deber del legislador de asegurar la intervención efectiva de la víctima en el proceso penal.” (Corte Constitucional sentencia C-471 de 2016: MP. Alejandro Linares Cantillo)

CAPITULO II

DERECHOS DE LAS VICTIMAS

2.1. Concepto de Víctima

Se conoce a la víctima como aquéllas en la que recae una conducta punible, a la cual se lesiona un derecho de manera grave, dolosa, culposa, etc., afectada de manera material, patrimonial o física. La calidad de esta persona puede ser directa o indirecta, es decir que, por consanguinidad, afinidad, o parentesco ocasionan un daño que puede ser proceso de reparación y restablecimiento de derechos.

Quienes representa a las víctimas es la Fiscalía por ser ente acusador, sin embargo, también puede estar representado por medio de abogado de confianza, protegido como parte por el Ministerio Público que vela para que se respeten los derechos de las partes.

La víctima es reconocida en un sistema que permite la existencia de una reparación cuando enfrenta un daño, y que esa misma responsabilidad está a cargo de la vigilancia del Estado. “Para comprender la participación actual de las víctimas en el ordenamiento jurídico penal colombiano, debemos partir asegurando, que nuestro sistema Penal Acusatorio es

constitucional que se desarrolla dentro de un nuevo Estado Social y Democrático de Derecho, que existe una norma superior, que es faro dentro del ordenamiento jurídico y que las demás normas deben ser concordantes a ella, que la Corte Constitucional es el órgano encargado de salvaguardar la Constitución, que la jurisprudencia emitida por factor de constitucionalidad de las normas genera un precedente vinculante y obligatorio para los operadores judiciales” (Mejía, 2014, p. 13)

En materia de participación de la víctima, procede la Corte Constitucional a referirse a la víctimas en cuanto se le deben respetar sus derechos a la verdad, justicia y reparación, la cual no debe ser limitada en su actuar en factores económicos, lo que se menciona en sentencia C-228 de 2002 la cual cambia el giro frente al respeto y participación de la víctima en el proceso penal.

La Corte Constitucional en aquella ocasión, recogió los postulados internacionales de las altas cortes de Derechos Humanos, para determinar que sus disposiciones debían ser adoptadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico como lo expresa el artículo 93 de la carta política, que reza: “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, como a continuación veremos, la Corte Constitucional le da un significado más amplio a los derechos de las víctimas, ya que deja claro que dichos derechos no solo van enmarcados a la exigencia de factores económicos, sino también al acceso a la justicia y la búsqueda de la verdad, circunstancia que marcó la diferencia más trascendental con las posturas anteriores y que sirvió de argumento para variar la postura jurisprudencial de la Corte Constitucional. (Mejía, 2014, p. 15)

2.2. Reconocimiento de la Víctima en Sistemas Procesales Penales

La Víctima y el reconocimiento de la misma otorga fuerza a la acción penal y persecución que se encuentra a cargo de la Fiscalía General de la Nación, con ello, se busca que en el mismo proceso se lleven a cabo medidas de reconciliación de la víctima y el victimario un acercamiento que permitiría la obtención de los fines de la justicia restaurativa para diferentes casos, como, por ejemplo, la verdad, justicia, reparación y no repetición.

En el sistema penal acusatorio actual se permite inferir que la víctima es parte esencial, ya que ella misma, puede lograr demostrar la comisión de una conducta punible, tener conocimiento del presunto victimario, y así mismo, puede buscar su reparación integral a través de mecanismos que son concertados por intermedio del ente acusador y defensa del procesado.

La importancia de ese reconocimiento de la víctima en el Sistema penal, en el entendido de poder llevar a cabo la aplicación del principio de oportunidad, parte del supuesto que no existe una lesión tan grave, ni peligro para la misma víctima, existe un interés de parte por otorgar una oportunidad a personas que no cuentan con antecedentes penales, y su infracción a la ley penal no trasciende a un nivel que comprometa su libertad.

Las víctimas y su papel, logran destacar su perjuicio dando importancia al acercamiento y la reconciliación, sin embargo, existen casos donde ni siquiera se le reporta a la víctima la posible ejecución del principio de oportunidad ocasionando un perjuicio mayor a la víctima. Entiéndase por perjuicio, daño moral, patrimonial, psicológico, físico, etc., es necesario puntualizar, del interés que tiene la víctima por hacer efectiva esas causas que permiten la aplicación de la oportunidad en el proceso penal, o la persecución penal que debe efectuar el ente acusador para cumplir con el principio de legalidad y los intereses del perjudicado.

Es importante los fines que busca el proceso penal para la víctima y es la reparación integral, basada en unos factores de relevancia en el derecho, y son: la verdad, justicia, reparación y no repetición, tal cual, y se establece en el modelo de la “justicia transicional”, los mismos fines con diferentes efectos de acuerdo al procesado. Es decir, nos estamos refiriendo al delincuente común, a la persona natural que ataca intereses de otra persona natural, que es valorado por las leyes ordinarias.

Para Brujes (2014) “la verdad tiene una relación íntima con el derecho y la justicia, tanto como fundamento filosófico o como un requisito condicionante de la legitimidad de los fallos, la verdad es un elemento que precede la aplicación del derecho y es indispensable para hacer justicia, por lo que justamente es en la búsqueda de la verdad (podría hablarse de verdad judicial, pero, finalmente, el derecho siempre busca la verdad real.” (p, 28)

La verdad entendida como un proceso que pretende descubrir los hechos facticos reales a través de investigaciones en el lugar de los hechos, o porque son descubiertas por las personas que participaron en los hechos precisamente denunciados, donde resultan víctimas y daño a los bienes jurídicamente tutelados.

En el proceso penal la búsqueda de la verdad es indispensable para endilgar responsabilidad frente a la comisión de una conducta que es típica, antijurídica y culpables, es decir, se encuentra establecida dentro del ordenamiento jurídico actual, lesiona un bien jurídico tutelable, y existe una motivación para la realización de la conducta delictual, y con esa búsqueda de la verdad se requiere la participación de la víctima y a su vez la reparación de la misma integralmente. Lo anterior es lo que busca la justicia restaurativa, una nueva manera de observar la justicia penal sin necesidad de castigar arbitrariamente, sino que se encuentren diferentes soluciones adecuadas que permitan la reparación y el reintegro a la sociedad del

victimario a través de un proceso de resocialización, considerados también fines esenciales de la pena.

Brujes (2014) afirma que la justicia restaurativa surgió en la década de los años 70´ siendo una manera de mediar la víctima y los delincuentes, en los años 90´su alcance es más amplio incluyendo las comunidades de apoyo, las familias y amigos de víctimas, delincuentes en procesos de colaboración para la restauración. (Brujes, 2014, p, 29. Cita a González, 2009, p, 23)

Hablando de justicia es uno de los fines más lejanos de un sistema penal, ya que algunas de las partes pueden quedar con un sin sabor al impartir justicia, ya que lo que se pretende en todo proceso penal es la verdad procesal, valorar a partir de la inferencia razonable y practica de pruebas allegadas para encontrar un verdadero responsable, sin embargo, existen casos en la actualidad de personas sin responsabilidad alguna se encuentran en las cárceles por error, la existencia de impunidad, al otorgar penas irrisorias cuando se encuentran responsables pero las se otorgan algunas garantías sin justificación, eso es lo que hace un sistema penal ineficaz. “Cuando no hay justicia hay impunidad, y los asesinos y torturadores andan libres como si nada” (Fuentes, 2004, p, 141)

La justicia se obtiene por intermedio de autoridades competentes, fiscales, jueces, policía que deben investigar los crímenes denunciados, averiguar lo que provoco la vulneración de derechos, eso es lo que implica justicia según Brujes (2014) “la aplicación de las leyes que existen para proteger los derechos de las víctimas. Sin la aplicación de esas leyes no puede haber justicia”. (p, 30)

Por ello, es tan importante el papel que desempeñan las partes dentro del proceso penal, para poder cumplir a cabalidad con los fines del sistema penal acusatorios, llegar a descubrir la verdad, obtener justicia en la sociedad y en los estrados judiciales, darse al papel

de investigar cabalmente los delitos denunciados, la veracidad de los hechos y la importancia de las partes que lo integran para proteger los derechos fundamentales tanto de la víctima como del imputado.

La búsqueda de justicia en proceso individual o colectivo se establece para vislumbrar y reconocer las violaciones a los derechos por el aparato jurisdiccional. Por ende, se considera que las situaciones de conflicto o represión que han generado no han sido debidamente investigadas, ni castigadas. Es una impunidad que ha escondido el pasado, lo que produce falta de justicia, ya que el Estado les ha faltado a las personas que han sido víctimas de un delito o crimen de lesa humanidad. Se debe tener en cuenta que todas las personas tienen el derecho fundamental de acudir a la administración de justicia para que les haga valer sus derechos.

El derecho a que termine la impunidad, para que los responsables cumplan con una sanción estipulada por el derecho penal, sean juzgados por lo que hacen, eso se llama justicia “permite el reconocimiento de las víctimas, brindado a través de éste mecanismo de protección social al individuo”. (Brujes, 2014, p, 30)

Ahora bien, la reparación investida por un conjunto de elementos esenciales para la víctima por el daño causado directa o indirectamente, a las cuales se apunta a tratar de devolverle lo perdido, a reintegrar o devolver las cosas a su estado normal para la víctima, brindar aquellas atenciones que son necesarias para restablecer los derechos que fueron vulnerados por la conducta delictiva.

En muchas situaciones se torna algo imposible regresar las cosas al mismo lugar, o poder reintegrar a la víctima a la misma situación, la idea es recrear medidas y garantías para

hacer lo mejor posible, así mismo, la no repetición de estos actos que ocasionaron la lesión a los bienes jurídicamente tutelados.

La reparación a las víctimas es un derecho que las personas reconocidas deben obtener, por intermedio de las actividades del ente acusador, el juez quien imparte justicia y las demás partes comprometidas en el sistema penal acusatorio, es decir, la defensa, el victimario (imputado- acusado), el Ministerio Público, quienes velan por el idóneo desarrollo del debido proceso, la verificación de posibles garantías que pueden aplicarse con intercambio de la satisfacción integral de la víctima, es decir, la aplicación del principio de oportunidad que daría a la cesación de la persecución penal y así mismo, la reparación total del individuo en quien recayó el daño bien sea material, individual, familiar, físico o emocional.

Mediante la reparación se materializa la restauración de derecho, crear situaciones que mejoren la situación de las víctimas, esas medidas a las cuales se refiere el legislador puede ser materiales o simbólicas, dirigidas a una sola persona o a un grupo de personas.

“La definición de las medidas depende mucho de las necesidades de las víctimas y de la cultura de las personas. La reparación no debe limitarse a lo que el Estado quiera dar. Se trata de un proceso de construcción con las víctimas, que incluye sus necesidades y sus sentimientos.” (Beristáin, 1998)

Para Brujes (2014), es importante analizar la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al concepto de la reparación integral, recordando la esencia de la declaratoria de estas medidas que pretenden ir más allá de la indemnización económica tradicional, sino de una compensación de un todo alrededor del daño ocasionado que debe ser proporcional al daño material, físico, moral, psicológico, etc.

La esencia de la justicia restaurativa es la tarea que deben llevar a cabo tanto el victimario como la víctima, la ser relacionados para la reparación, contribuyendo a esclarecer los hechos relevantes que ocasionaron la lesión, coadyuvando al aparato jurisdiccional a que se los procesos se resuelvan en un tiempo prudencial sin congestionar los despachos judiciales.

Los aspectos importantes de este tipo de justicia restaurativa que conlleva a otorgar una oportunidad al victimario:

La víctima principal sujeto de protección dentro del proceso y es quien determina en qué manera se le debe reparar, pues se da valor a su dolor o su afectación.

Lo esencial no es el castigar al victimario, sino que la víctima sea recompensada por el daño causado por el autor, y es el victimario quien debe asumir toda la responsabilidad para con la víctima, sin afectar a terceros, pues es este quien actuó de manera contraria a las reglas del conglomerado social. (Brujes, 2014, p, 36)

2.3. Reparación Víctima Conflicto Entre La Legalidad Y Oportunidad

El protagonismo de la víctima en la acción penal es la búsqueda de la reparación integral y la implementación de medidas que lleven a garantizar los derechos que han sido afectados por una conducta delictiva, conforme el estudio de (Daza, 2011) se deben evaluar diferentes elementos como, por ejemplo, “la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción, la reparación simbólica y la reparación colectiva” (p, 216)

De ello depende la persecución penal por el ente acusador considerada una función pública en pro de la víctima que se fundamenta en tres factores:

Aparición de la idea de que la represión de la criminalidad es una función pública y, por tanto, que la iniciativa en el proceso penal no debe ser dejada, al menos en vía principal, en manos de los particulares.

Introducción del principio acusatorio, que requiere que alguien distinto del juez ejerza la acción penal y sostenga la acusación

Aplicación del postulado de que la acusación debe ser ejercida según criterios uniformes, de manera que ha de encomendarse a una institución unitaria y jerárquica. (Daza, 2011, p, 223)

Entonces, al momento de ver la aplicación del principio de oportunidad debe consultar a la víctima el plan de reparación, como lo ordena la ley procesal, y todo el sistema penal impartido por una nueva ideología de justicia restaurativa y no retributiva.

En Colombia las causales legales de procedencia del principio de oportunidad reglado tienen la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden ser trastocados por la fuerza punitiva de manera arbitraria, sin embargo, se deben poner en una balanza y ponderación los derechos de las víctimas y su mayor trascendencia frente a los derechos del victimario que ha causado el daño, así mismo, verificar tal y como lo expone nuestro maestro Alfonso Daza (2011), “la eficacia con un sistema diverso como el facultativo o el libre, en los que la renuncia a la acción penal no está sujeta a unas causales taxativamente definidas en la ley” (p, 230)

Así también, se requiere de la observación de los delitos con inferior sanción a seis años de prisión tal y como se establece en la Ley 906 de 2004 artículo 324 numeral 1, modificado por la Ley 1312 de 2009, donde es esencial la reparación integral de la víctima de lo que depende la aplicación y ejecución del principio de oportunidad. Es de esa manera como se encuentra debidamente explicito el principio que garantizaría la aplicación de la justicia restaurativa frente a los derechos de la víctima y “la necesidad de proteger los derechos de los ofendidos por el ilícito mediante el acercamiento entre víctima y agresor” (Daza, 2011, p, 231)

CAPITULO III

Principio De Oportunidad Frente A La Discrecionalidad De La Ley Penal. Basados en

Autor Principal Dr. Alfonso Daza González (2011)

El presente documento hace referencia a la crítica principal de nuestra investigación, que tiene por fin evidenciar la aplicación del principio de oportunidad frente a la discrecionalidad de

la ley y la verificación de la ejecución de una justicia restaurativa con el debido cumplimiento de los derechos de las víctimas.

3.1. Modalidades de la Discrecionalidad en el Ejercicio de la Acción Penal

Es una de las formas novedosas de entender la acción penal como lo expresa (Daza, 2011) que por influencia del sistema jurídico europeo trasciende al latinoamericano en las formas para renunciar a la acción penal.

Principio de Oportunidad Reglado: el presente es un sistema que tiene sus fuentes en Alemania, Holanda y España principalmente, que se caracteriza por la aceptación de la Ley que implementa unos presupuestos que permiten desistir de la persecución penal y archivar el proceso o caso en conocimiento por parte de la fiscalía. “El principio de oportunidad reglado, así visto, se caracteriza por tener definidas legal y taxativamente las condiciones necesarias para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales normalmente debía iniciarse y adelantarse el proceso penal”. (Daza, 2011, p, 55)

Un proceso que es conducido por la ley para establecer parámetros necesarios para el ejercicio o la declinación de la acción penal, que sean transparentes para el procedimiento penal vigente para cada Nación, donde prevalezcan principio de igualdad ante la ley que provienen de un Estado Clásico. (Daza, 2011, p, 55)

Es entonces que la discrecionalidad se limitó a los funcionarios judiciales con el fin de mantener el sistema reglado, es decir, supeditado bajo el imperio de la ley con debido respeto del principio de legalidad con excepción a unos criterios regidos en la norma. Por ello, se entiende que de manera general se atiende a la persecución penal, un escenario que en principio está obligado a ejercer la acción penal ante la denuncia de un delito.

Daza (2011) citando a Armenta permite definir el fundamento del principio de legalidad que se funda en garantizar justicia, evitando se generen arbitrariedades y conservando los principios generales de un Estado Social de Derecho, para luego permitir el perfeccionamiento del sistema penal en todas sus etapas. (p, 56)

Es un modelo que se observa es uno de los más acogidos en los sistemas latinoamericanos y europeos, en especial en Alemania donde se concibe el principio de oportunidad de la siguiente manera:

La Fiscalía decide sobre la formulación de acusación y sobreseimiento o preclusión cuando aún se tenga la probabilidad de que se cometió un delito, sin embargo, los casos la misma ley explica cuando es aplicable el principio. (Daza, p, 56)

Es fundamental observar la Ley Emminger de 1924 de Alemania, donde se desea el perfeccionamiento del sistema procesal penal donde se faculta el Ministerio Público a desistir del ejercicio de la acción penal en casos leves, donde hay carencia de importancia en cuanto al daño causado por ello, la acción penal no afectaría el interés de las partes.

En el ordenamiento alemán actual, la aplicación del principio de oportunidad por parte del fiscal procede en supuestos diversos, todos consagrados en la ley, que incluyen la observancia de reprochabilidad escasa, la comprobación de culpabilidad mínima, la necesidad de lograr los fines de la persecución, la falta de interés público en la misma, entre otros requisitos. Adicionalmente, se han incorporado al sistema acuerdos informales en el proceso penal que reducen el alto número de causas, simplifican los problemas de la práctica de la prueba en los procesos muy voluminosos, resuelven la reducida capacidad de la vista

pública y, de esa manera, han llevado a la justicia a poder dominar el aumento de la criminalidad, especialmente en las crecientes causas por delitos económicos. (Daza, 2011, p, 57)

Entonces el principio de oportunidad reglado respeta y se ciñe al principio de legalidad con algunos criterios excepcionales que no afectan el sistema procesal penal, es decir, se despoja de todo elemento discrecional de la autoridad judicial.

Principio de Oportunidad Facultativo:

En este sistema procesal para la aplicación del principio de oportunidad se ciñe a la ley pero al autoridad no pierde la potestad para ejercerla cuando lo crea conveniente, en este caso no existen causales que permita inferir en qué casos procede el principio, por ende, atañe al fiscal mantener discrecionalidad en el ejercicio ya que no puede contrariar los presupuestos generales de la ley. “Su margen de decisión, por lo tanto, no se agota en el señalamiento legal, pues le es atribuido un poder subjetivo de decisión que si bien le ofrece cierta libertad de actuación, en todo caso, debe guardar correspondencia con los preceptos normativos”. (Daza, 2011, p, 59)

En el presente se puede adecuar el modelo de Chile donde existe solo una causal para la aplicación del principio de oportunidad que determina la norma:

Los Fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se

tratarse de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. (Código de Procedimiento Penal Chileno, art. 170)

La excepción a la regla es que se cometa el delito por un funcionario público o que la pena mínima exceda la de presidio o reclusión de menores en su grado mínimo. “Al aplicarlo, el fiscal emite una decisión motivada que se comunica al juez de control de la instrucción, quien a su vez notifica a los intervinientes”. (Daza, 2011, p, 60)

Por ello, es que el sistema chileno clasifica como un sistema facultativo donde por regla general el fiscal ejerce cierta discrecionalidad frente a las circunstancias legales que el legislador le antepone, que así mismo se debe presentar tal petición ante el juez de control de garantías para hacer el control judicial de la discrecionalidad por parte del ente acusador.

Principio de Oportunidad Libre o amplio:

Este sistema de aplicación de principio de oportunidad nace del Common Law que se basa en la discrecionalidad como regla general para el fiscal, quien asumirá la responsabilidad de decidir la persecución o no de la acción penal sin que su actividad se encuentre sometida a criterios legales o judiciales, adicionalmente, se encuentra facultado para negociar con el indiciado y su defensor, “Frente a ello, el juez penal se sustrae al conocimiento de los hechos y su papel se limita a decidir sobre los términos de dicha negociación.” (Daza, 2011, p, 61)

Aquí el principio de legalidad pierde toda fuerza, toda vez que la discrecionalidad del fiscal es total sin que se cuente con control judicial o legal alguno, se someten a una negociación con las partes sin contar con la víctima, solo se funge en criterios que ni siquiera se encuentran establecidos en la norma.

Se tare entonces el caso de Inglaterra donde se evita el juicio por la discrecionalidad otorgada al fiscal, donde se permite negociar, multar o poner cualquier tipo de sanción a cambio de no seguir con la acción penal “se traduce en las figuras del guilty plea o confesión dirigida a evitar el juicio, y del plea bargaining”. (Daza, 2011, p, 62)

La filosofía de estas figuras se encuentra en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; y, en contraprestación, se evitan efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad, se estimula la pronta reparación a la víctima y se otorga otra oportunidad de inserción social al responsable de la conducta punible. (Daza, 2011, p, 62)

Corresponde en el sistema ingles actividades trascendentales por parte de la Policía quien debe formular la imputación a la Fiscalía quien decidirá si los lleva o no a los tribunales, sin embargo, la policía no cuenta con un poder amplio sino es la Fiscalía quien goza de discrecionalidad para seguir con la acción penal denunciada por ellos mismos.

En este modelo la decisión final sobre la oportunidad de ejercer la acción penal, que resulta de la revisión efectuada por el Crown Prosecution Service de la iniciativa tomada por la policía, está enmarcadas en líneas directrices señaladas por la Dirección del Servicio de Persecuciones Penales. El Crown Prosecution Service, con el Director de Persecuciones Públicas como su autoridad máxima (nombrado por el Parlamento), tiene como misión encargarse de todas las causas iniciadas por la policía (con excepción de las

infracciones menores), pudiendo interrumpir el curso de estas, como también el de aquellas iniciadas por particulares u órganos administrativos con capacidad para ello. El Director de Servicio de Persecución de la Corona tiene el poder discrecional para fijar pautas de actuación (establecidas en el Code for Crown Prosecutions), que al finalizar el año debe hacer constar en un informe presentado al Fiscal General. (Daza, 2011, p, 63)

No existe sujeción al principio de legalidad que obligue a continuar con la persecución penal, solo se observa que como su nombre lo llama es la aplicación del principio de oportunidad libre, evidenciando que no existe ningún control judicial, un criterio por lo menos taxativo que indique los parámetros que sigue el fiscal. Se requiere entonces que el ente competente evalúe aspectos probatorios que sean relevantes y de interés público para hacerlos valer conforme al interés público.

En Estados Unidos se toma muy en cuenta la discrecionalidad aun así estableciéndose parámetros de política criminal que se deben aplicar en la persecución penal pero que no son vinculantes a la actividad de los Fiscales del Ministerio Público, ya que ellos pueden escoger para iniciar la acción penal lo siguiente:

Gravedad del delito

Daño causado

Repercusión social de la conducta

Hechos objeto de persecución

(...) No obstante, los fiscales no tienen la tendencia de acusar sistemáticamente a toda persona contra quien se formule una denuncia sino que, en un acto de

gobierno propio de su actividad, determinan la presunta responsabilidad penal mediante la ponderación imparcial de los elementos de convicción que se alleguen al proceso. (Daza, 2011, p, 64)

Son muchos los casos penales en Estados Unidos que llegan a juicio sin embargo, existen diferentes formas de negociación que el fiscal puede examinar considerando exista un eximente de responsabilidad o archive a causa del acuerdo por criterio propio, “lo común es el acuerdo entre el fiscal y el acusado para reducir el cargo a uno menos grave si se presenta una alegación de culpabilidad; este acuerdo, debe ser voluntario y suponer el entendimiento de las consecuencias de la alegación de la culpabilidad, es el plea bargaining”. (Daza, 2011, p, 65)

El plea bargaining, ha ganado un increíble terreno en la práctica jurídica norteamericana, es una figura dirigida a evitar el juicio que consiste en las concesiones que el fiscal hace al imputado a cambio de su aceptación de responsabilidad penal. Las concesiones pueden consistir en la imposición de una condena leve por el hecho cometido, o bien en la imputación de menos cargos o un cargo que el realmente realizado, o una combinación de ambos. El guilty plea, por su parte, implica una confesión de culpabilidad que sustituye la determinación de la culpabilidad judicial. (Daza, 2011, p, 65)

En este ámbito opera la discrecionalidad a favor del ente acusador ya que no se está obligado a seguir con la persecución de la noticia criminis, o por todos los hechos que se hayan cometido. “El ente acusador puede, en algunas circunstancias y por razones de interés público, renunciar al ejercicio de la acción penal, aunque existan pruebas que determinen la efectiva existencia del hecho delictivo y la atribución de responsabilidad al autor.” (Daza, 2011, p, 67)

3.2. La discrecionalidad en aplicación al principio de oportunidad en Colombia

El sistema penal colombiano obedece a un sistema que se ajusta a los tratados y lineamientos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad con el fin de llevar a cabo un sistema penal adecuado y completo con cada reforma que se adecue a las realidades de la sociedad.

Dentro de los antecedentes en Colombia se promovió una reforma de la justicia penal en el año 1977 por el Presidente Alfonso López Michelsen a través de Asamblea Nacional Constituyente sin elección directa llamada “Miniconstituyente”, donde no se precisó si era de carácter acusatorio o mixto siendo declarada inconstitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Mediante Acto Legislativo 1 de 1979 se intentó hacer una reforma al sistema procesal penal de naturaleza adversativa la cual no logro prosperar por vicios de trámite de forma donde fue declarada su inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia. Luego con la organización de Asamblea Constituyente de 1991 se propuso reformarla con lineamientos acusatorios.

En primer lugar, permitía dos esquemas procesales: un modelo para el juzgamiento de delitos en general conforme lo estableciera la ley, y un procedimiento especial para la investigación y el juzgamiento del delito del terrorismo, este último muy cercano al sistema acusatorio. Por otra parte, la potestad de limitar el derecho a la libertad se situó en cabeza del juez, despojándose así al fiscal de tal función, en una clara alusión a la separación de funciones acusadora y juzgadora. Finalmente, el fiscal era un funcionario

eminentemente administrativo, sin facultades para administrar justicia, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

Sin embargo, se confunden funciones del órgano acusatorio y funciones de decisión lo que produjo que se mantuviera el sistema inquisitivo, sin embargo, se modificó el nombre de los funcionarios que en el momento eras jueces de instrucción criminal por el de fiscales delegados.

En el año 2002 el Fiscal General de la Nación presentó proyecto de acto legislativo publicado como Decreto 1648 de 2001 que se convirtió en Acto Legislativo 03 de 2002. “Vale la pena recordar, al margen, que de los nueve artículos propuestos para ser reformados (174, 178, 182, 184, 186, 234, 235, 250 y 251) sólo dos de ellos (250 y 251), lograron su cometido después de largos e intensos debates, a los cuales se sumó también el artículo 116”. (Daza, 2011, p, 69)

En la presente reforma constitucional se instauran elementos propios del sistema penal acusatorio donde quebranta el sistema tradicional en Colombia inquisitivo, ya que en él se encontraban diferentes problemas operativos como por ejemplo: “la mora excesiva en la toma de decisiones judiciales, la imposibilidad de fiscalías y juzgados de despachar un gran número de noticias que llegaban a su conocimiento, la casi inexistente participación de las víctimas en el proceso penal, no sólo algunas de las circunstancias que hicieron necesaria dicha reforma constitucional, a lo que se sumó la imperiosa necesidad de proteger efectivamente los derechos y las garantías consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.” (Daza, 2011, p 69)

El sistema penal acusatorio sobresale por ser un sistema novedoso en Colombia donde se maneja una metodología oral en su procedimiento, se separan funciones de acusación y juicio, donde se incorpora el principio de oportunidad el cual es eje principal el presente documento.

Es aquí, donde encontramos la discrecionalidad frente al ejercicio de la acción penal permitió adoptar el principio de oportunidad generando opiniones contrapuestas que compromete la idoneidad del sistema penal acusatorio adoptado en Colombia con influencia europea y latinoamericana.

Frente a esas características del principio de oportunidad genera dudas ya que se puede extraer que es un sistema reglado, aplicado excepcionalmente sin querer contrarias el principio de legalidad, lo que permite a la fiscalía actuar a interrumpir, suspender o archivar al ejercicio de la acción penal.

Como se explica por el legislador las causales que el fiscal debe observar se encuentran descritos en el Código de Procedimiento Penal aduciendo que son claras, expresas y exigibles, condicionados a un control judicial por parte del juez de control de garantías en audiencias preliminares, el cual debe observar si se está respetando el principio de legalidad y los lineamientos que el legislador dispuso.

El Doctor Daza (2011) examina cada característica en vía a aplicar el principio de oportunidad iniciando con la figura de aplicación excepcional, que como su palabra lo indica se ejecuta especialmente por unos lineamientos establecidos por el legislador, que no pesan sobre la generalidad que es la aplicación del principio de legalidad que indica que la persecución penal debe darse en los términos de la ley.

Es una figura de aplicación excepcional frente a la regla general de perseguir penalmente todas las conductas con trazas de delito. Bajo esta óptica, el titular de la acción penal, obligado habitualmente a ejercerla, decide apartarse de la regla general amparado en ciertas circunstancias establecidas por el propio legislador, cuando el ejercicio de la ley penal se hace inútil en razón a la inaplicabilidad del carácter general de la ley en un caso concreto. (Daza, 2011, p, 73)

En orden domestico la acción penal es un poder jurídico que pertenece al derecho público y privado, donde se ejercitan jurisdicciones de acuerdo a normas de competencia que dependen con la pretensión que requiere al Estado para la persecución de conductas delictivas. La generalidad indica que el ente investigador y acusador de la acción penal se le exige de manera oficiosa la aplicación del principio de legalidad. El Ministerio Público o el Fiscal General de la Nación a quienes les corresponde la obligación de oficio, denuncia, petición especial o querrella tener conocimiento de los hechos que se caracterizan por ser una conducta punible.

La titularidad de la acción penal anteriormente tenía titularidad la Fiscalía como cabeza y obligatoriedad donde no admitía excepción alguna, que encuentra fundamento en principios de legalidad, igualdad y acceso a la justicia, por cuanto su actividad de ente acusador es regida por normas constitucionales y legales que imponen la irrenunciable actividad de investigar y perseguir conductas delictivas so pena de ser sancionados por omisiones, así mismo, no es posible que de manera arbitraria elegir que conductas son investigadas o juzgadas pues el tratamiento debe ser igual a todos los ciudadanos. Conforme al principio de justicia pues es el derecho a acceder a la misma por solicitud de investigación,

garantizando cumplir con la función de requerir a los funcionarios judiciales para que se juzguen delitos mediante proceso penal, donde el juez no puede actuar de oficio. “La acción penal, además, está cobijada por el carácter irrevocable del procedimiento, lo que quiere decir que una vez iniciada no puede ser abandonada por ningún motivo”. (Daza, 2011, p, 76)

En Colombia la titularidad guarda claridad mediante Acto Legislativo 03 de 2002, donde el ejercicio y obligatoriedad recae en virtud de la discrecionalidad de la Fiscalía, quien está facultado para valorar y apreciar la necesidad y oportunidad para adelantar la persecución de una conducta punible. En razón a principios de política criminal conserva flexibilidad la fiscalía en aplicación a la legalidad procesal para suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal.

Ahora bien, (Daza, 2011) considera que el principio de legalidad no debe ser la excepción sino la regla general, que debe ser fundante y no complementario, por ello, es necesario observar las causales de aplicación del principio de oportunidad ya que se encuentran reglados en el Sistema Penal Acusatorio, el ejercicio de un principio exclusivo del ente acusador que tiene duración durante la etapa preliminar de la investigación, por no verse afectados derechos constitucionales de los ciudadanos. “Una reciente reforma autorizó su aplicación durante la fase del juicio, situación que en nuestro parecer desfigura la naturaleza del instituto: el hecho de ser una salida alternativa al juicio oral”. (p, 77)

La oportunidad reglada se constituye cuando dentro de la legislación se estipulan una serie de condicionamientos para su aplicación además se articulan expresamente los tipos penales que pueden ser materia de principio, de manera que la norma prescribe la forma, modo, circunstancias y tipo penal aplicable en cada caso. Como dijimos antes, el establecimiento de unas reglas

fijas que condicionan la aplicación del principio supone una merma en la facultad discrecional del fiscal, ahora sujeto a unos parámetros precisos de acción. Es claro que éste sólo puede terminar anticipadamente en los casos en que así expresamente lo señale la ley, sin que tal decisión dependa de su concepción particular del fenómeno al que hace frente. (Daza, 2011, p, 77)

Las causales del principio de oportunidad contiene categorías que se agrupan según su propósito: “causales pragmáticas o de interés nacional, de colaboración con la justicia y desarticulación criminal, para delitos de escaso o nulo impacto social, para casos en que la pena es innecesaria o existe una mínima de culpabilidad, de reparación de víctimas y justicia restaurativa de desmantelamiento de grupos armados ilegales, entre otras”. (Daza, 2011, p, 78)

Por ello, se quiere demostrar que la aplicación en Colombia del principio de oportunidad se da en términos donde se otorga mayor discrecionalidad al Fiscal, exigiendo límites del derecho internacional de los Derechos Humanos, el DIH y el DPI, frente a la actividad investigativa y el juzgamiento, evitando actos u omisiones que se puedan cometer contrariando principios generales del derecho que son avalados por la comunidad nacional e internacional.

Para ello, la Fiscalía debe en primer lugar llevar a cabo políticas criminales que le permitan dar respuesta al Estado donde estime necesario ejecutarlas frente a conductas reprochables y delictivas que traen un perjuicio social. Para cuanto la decisión de suspender, renunciar o interrumpir la acción penal debe estar sujeta a la política criminal del Estado diseñada por los poderes públicos, la sociedad en conjunto con programas que prevengan el

delito en todo contexto, determinando las realidades criminológicas que para la actualidad se encuentran en el país.

Se encuentra entonces, que el principio de oportunidad cuenta con un marco estatal que es desarrollado conforme a las políticas criminales aprobadas para hacer justicia penal, garantizando la seguridad de los individuos que entre otras cosas causa dudas por el incremento en la criminalidad.

En el desarrollo del principio de oportunidad cabe resaltar el control de legalidad frente a la discrecionalidad previniéndola de la arbitrariedad de funcionarios que aprovechan aquellos poderes otorgados por la ley. Es por ello que esos sistemas judiciales y procedimentales tienen una limitación en cuanto a la integralidad, control de legalidad a favor de los derechos fundamentales que son observados por el juez en función de control de garantías, medidas que son determinantes para evitar una futura nulidad de actos desarrollados por el ente acusador.

Otra de las funciones del principio de legalidad y oportunidad frente a las facultades ejercidas por la Fiscalía es que deben adecuarse a garantías constitucionales, respetando derechos de los ciudadanos, tal y como lo advierte la Corte Constitucional direccionándose la justicia a un Estado Social de Derecho que “al no distinguir entre derechos de víctimas y victimarios garantiza la igualdad material ante la ley”. (Corte Constitucional. Sentencia C-1092 de 2013. MP. Álvaro Tafur Galvis)

3.3. Impunidad frente al Principio de Oportunidad

En el presente documento se ha querido evidenciar la existencia de un desconocimiento de los derechos de las víctimas en la aplicación del principio de oportunidad

en Colombia que consta de discrecionalidad parcial de la Fiscalía y control total de legalidad por parte del juez en función de control de garantías. Sin embargo, una de las causales para que se configure el principio de oportunidad es la reparación a la víctima, no obstante es una circunstancia que muy pocas veces se toma en cuenta, ya que las víctimas no gozan de información permanente del estado del proceso o investigación.

Como se había mencionado anteriormente, el deber ser es que como regla general se aplique el principio de legalidad y excepcionalmente el principio de oportunidad, pero en la práctica es todo lo contrario, más de una persona que comete una conducta delictiva se acoge a un sistema lazo que da oportunidad para seguir delinquiriendo, una aseveración que no es falsa y es demostrable en la criminalidad que se vive en Colombia.

Las políticas criminales no dan abasto, la función de la Fiscalía por su carga sustancial y procesal es agotadora, el hacinamiento carcelario es alarmante, es decir, no se cuenta con un sistema garantista de los derechos de los ciudadanos, sino de una justicia garantista para quienes se encuentran investigados o imputados de conductas punibles que han causado un perjuicio a la víctima.

Sin embargo, como es bien conocido por nuestro colegas esas decisiones en la aplicación del principio de oportunidad se encuentran controladas por un juez constitucional que verifica los derechos de aquel imputado o investigado, sin verificar las circunstancias o factores en los que se encuentra la víctima.

Como estadísticas de aplicación del principio de oportunidad se renuncia a seguir entre el 2005 al 2014 5.337 investigaciones penales, lo que permite inferir que “jueces y fiscales, pudieron centrar en otros casos más significativos su atención, e igualmente descongestionar la administración de justicia”. (Daza, 2011)

En cuanto a la satisfacción de la víctima con su reparación es un tema subjetivo, pues no se conoce si la víctima fue reparada o desprotegida con la decisión en la aplicación del principio de oportunidad. Esto ratifica que los derechos de las víctimas o de los que denuncian están en incertidumbre frente a la justicia que ofrece el sistema procesal penal, donde supuestamente deben guardar derechos de la generalidad sobre la particularidad, es decir, del procesado. Son muchos los casos donde no se determina la víctima para la aplicación del principio de oportunidad, ni siquiera existen estadísticas ordinarias claras donde se refleje la reparación integral a la víctima donde se le causaron daños materiales, físicos, psicológicos, morales, etc.

La aplicación al principio de oportunidad es aplicado conforme a las causales descritas en la ley, en su gran mayoría al no contar con antecedentes judiciales, que la pena no sea mayor a seis años, etc., postulados que también requieren de la reparación de la víctima pero que no es necesaria, es opcional.

Las políticas criminales se sugiere que son creadas para distinguir, diferenciar, prevenir, brindar seguridad a la sociedad de los delitos que se suscitan, los cuales deben ser investigados por el ente acusador con miras a otorgar a la víctima posibilidades para su reparación. Sin embargo, resulta ser todo lo contrario se encuentra en desventaja a la víctima por políticas criminales flexibles que no toman conciencia de la infracción a la Ley.

Como es frecuentemente mencionado el principio de oportunidad es reglado en Colombia, es decir, se sujeta al principio de legalidad creado por el legislador, quien otorga discrecionalidad al ente acusador y el juez de control de garantías. “Un ejemplo de ello es el sistema alemán en el que si bien el Ministerio Fiscal puede decidir sobre la formulación de la acusación y el sobreseimiento o preclusión del procedimiento, aun cuando la investigación

conduzca, con cierto grado de probabilidad, al resultado de que el sindicato cometió un delito, es en todo caso la ley que establece los casos en los cuales resulta aplicable el mencionado principio”. (Daza, 2011, p, 298)

La mayoría de los países en Latinoamérica incorpora el principio de oportunidad por la influencia de España, un modelo inquisitivo, un sistema con ciertas reservas en el ejercicio obligatorio de la acción penal, reformas que fueron resultado de movimientos políticos, sociales y económicos que se apoyan en necesidades y carencias actuales. Sin embargo, se observan sistemas que se preocupan por la descongestión en los despachos judiciales más no por la víctima.

Conclusiones

Para responder a la pregunta investigativa ¿Cómo se valoran las causales del principio de oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio por parte de la Fiscalía, Juez y defensor frente a los derechos de las víctimas?, se determinan diferentes aspectos sustanciales, formales y

legales para la imposición de la misma, ya que el principio de oportunidad en Colombia es reglado y opera como excepción al principio de legalidad. Sin embargo, se entiende que esta garantía de la Fiscalía es conforme a la discrecionalidad que le otorga la ley, mediante la configuración de las causales propias de la reforma del Acto Legislativo 03 de 2002 implementado al Nuevo Sistema Acusatorio. Discrecionalidad conocida como aquella potestad que permite inferir que existe posibilidad de suspender, interrumpir, archivar, dejar de investigar un hecho o conducta punible puesta en conocimiento por querrela, denuncia, petición especial.

Se requiere en Colombia que la aplicación al principio de oportunidad no solo se base en el cumplimiento de causales legales sino que se comprometa especialmente con el resarcimiento de las víctimas, ya que poco a poco se ha mantenido al margen en la ejecución del mismo, cuando se puede admitir otra oportunidad, no obstante, se ha lesionado un bien jurídico tutelarle donde las víctimas deben realizar su participación activa.

El ente acusador con todo el derecho que le asiste prescindir de la investigación penal, son creados para asegurar que la actividad fiscal no vulnere arbitrariamente los derechos de las víctimas y los victimarios, es decir, ofrecer garantías constitucional a las partes para no caer en una desigualdad material.

Se deben introducir nuevos mecanismos que no sólo establezca la importancia de la aplicación al principio de oportunidad sino que se ciña a la generalidad del principio de legalidad, es decir, la persecución penal en conjunto con la reparación a las víctimas, logrando así por medio de la conciliación cuando se permita la aplicación al principio con participación de las partes interesadas y sus defensores.

El Sistema Penal Acusatorio en Colombia de acuerdo al análisis de diferentes países en la aplicación de oportunidad cuenta con discrecionalidad por parte de la Fiscalía, sujeto a un control de legalidad por parte del juez constitucional encargado de verificar el respeto de un debido proceso y garantías constitucionales, adicionalmente los derechos que le asisten a las víctimas para que no se esté inmerso en impunidad.

Conforme a los registros de casos que han sido archivados por aplicación al principio de oportunidad, se verifican aquellos donde se dejó de realizar la persecución penal, sin embargo, no se observa un registro de víctimas que fueron resarcidas, de lo que se produce una trasgresión de derechos fundamentales al acceso a la justicia, la búsqueda de la verdad, la reparación con proporcionalidad a la pena que se ha establecido para el delito en comento.

Se encuentra incertidumbre por parte de la persona lesionada, afectándose gravemente por un sistema laxo en Colombia, que se funda por ser un sistema garantista, pero en la práctica se encuentra que es ajustado en pro a los procesados o imputados que gozan de una oportunidad que no siempre es para su resocialización.

Daza (2011) infiere que en Colombia no existe una política criminal que tome en cuenta las realidades para la aplicación del principio de oportunidad sino que se hace imposible su aplicación en los diferentes sistemas penales.

Esto en razón a que el principio de oportunidad, como un instituto procesal que cumple al mismo tiempo con las demandas de la eficiencia y los deberes del garantismo, es una herramienta idónea para la solución racional y ponderada del conflicto social que genera el delito. La figura, en efecto, al brindar un tratamiento digno al infractor, al propiciar el arreglo dialógico de las diferencias entre víctima y victimario, al priorizar los mecanismos de prevención sobre el

castigo, al facilitar el enfrentamiento del crimen organizado y al evitar a la administración de justicia el desgaste de sus estructuras, entre otros beneficios, constituye un vehículo procesal adecuada para la resolución de conflictos y, con ello, para el alcance del fin último del derecho: la paz social. (Daza, 2011)

Es necesario establecer si con la ejecución del principio de oportunidad se observan condiciones socioeconómicas, políticas, culturales, etc. De la sociedad en pro de los derechos constitucionales de las víctimas, ejecutar la función óptima del Estado Social de Derecho que se rige a su vez por principios que emergen del Derecho Internacional.

En este punto encontramos que la reparación a la víctima debe estar enmarcada con los mecanismos establecidos en la Ley, pero encontramos en este punto que las víctimas en muchas oportunidades no sienten que han sido reparadas conforme a la justicia restaurativa, y es aquí en donde comienza a verse reflejado la vulneración al principio de legalidad y equidad, que en ciertos aspectos las víctimas reclaman ansiosamente dentro de los procesos penales. (Daza, 2011)

Bibliografía

- Armenta. Deu Teresa. (1991). Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Barcelona, Editorial PPU.
- Arroyave. Zapatero Berdugo. (1994). Manual de derecho penal. Parte general. Tomo I. Barcelona.

- Asociación de ciencias penales de Costa Rica. Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. San José de Costa Rica. Noviembre de 1996.
- Benítez. Naranjo Hernán & otros. (1997). Pretensión y proceso penal. Medellín – Colombia. Primera edición.
- Beristain. Ipiña Antonio. (1998). Criminología y Victimología. La alternativa re-creadoras al delito. Bogotá: Leyer.
- Chirino. Sánchez Alfredo. (1996). A propósito del principio de oportunidad y del criterio de “insignificancia del hecho” en “reflexiones sobre el nuevo proceso penal”. (Corte Suprema de Justicia. Asociación de ciencias penales de Costa Rica. Primera edición. San José. Noviembre de
- Daza, González Alfonso. (2011). La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Universidad Libre. Bogotá- Colombia.
- Daza, González Alfonso. (2010). Las causales de aplicación del principio de oportunidad en la ley 906 de 2004, Bogotá D.C. Universidad Libre.
- Duque. Quinceno Mauricio. Quinceno Álvarez Fernando (Comp.). (2004). Sistema Acusatorio y juicio Oral, 1ª ed., s.l., Editora Jurídica de Colombia.
- Fundación Konrad Adenauer El sistema Acusatorio. Proceso penal, juicio oral en América Latina y Alemania. Caracas. 1995.
- Gómez. Pavajeau. (2004). Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal. Primera parte. Segunda edición. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. D.C.
- Guariglia. Fabricio. (1993). Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: El principio de oportunidad, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc.

- Hassemer. Winfred. (1992). Legalitat umd oportunitat im straveriahrem. Colonia.
- Llobet. Rodríguez Javier. (2000). Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada. Ediciones jurídicas Arete. Sana José de Costa Rica.
- Lozzi. Gilberto. (1992). Riflessioni sul nuovo proceso penales. Seconda ediciones. G. Giappichelli Editore Torino.
- Maier. Julio B. J. (2002). Derecho Procesal Penal, 2ª ed., t. I. Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L.
- Patiño. González María Cristina. (2009). “la intervención procesal de la víctima”. Universidad Nacional de Colombia. Primera edición. Bogotá- Colombia.
- Sánchez. Ferriz Remedio. (1993). Introducción al Estado Constitucional. Editorial Ariel S.A. Barcelona.
- Rodríguez. Peña María Victoria. (2004). El principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano, Bogotá, Editorial ABC Ltda.
- Tijerino. Pacheco José María. (1996). El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal en “reflexiones sobre el proceso penal”. Primera edición. Sana José.
- Villanueva. Meza Javier Antonio. (2011). El principio de oportunidad. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Segunda edición.

Normatividad

- Colombia. Constitución Política de 1991.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 600 de 2000.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 599 de 2000.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 906 de 2004.

Colombia. Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Webgrafía

Fiscalía General de la Nación. Principio de oportunidad. 2012. <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/01/PrincipiodeOportunidad.pdf>

Sampieri. Hernández. & otros. Metodología de la investigación. Mc. Graw Hill. México 1997. <http://www.usn.edu.mx/moodle/acervo/books/7634563-Hernandez-Sampieri-R-Metodologia-de-La-Investigacion.pdf>

Mejía. Gallego Mateo. (2014). La participación de las víctimas en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, una perspectiva desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Recuperado de la página

web <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/1619/1/Monograf%C3%ADa%20Mateo%20Mejia%20Gallego%20PDF%2019%20de%20marzo%20de%202014.pdf>