

El principio de oportunidad en el nuevo sistema penal acusatorio

Vicente Orejarena Parra

Fiscal capacitador.

Docente del Programa de Derecho de la Universidad Autónoma del Caribe.

Recibido: Mayo 2007

Aceptado: Agosto 2007

RESUMEN

El Principio de Oportunidad en el nuevo sistema penal colombiano, se erige como la única excepción a la obligación que tiene la Fiscalía General de la Nación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito. Su nacimiento, además de estar aparejado con un sistema penal acusatorio, tiene diferentes clases de fundamentos, de entre los cuales se puede destacar la problemática del alto índice de delincuencia y la incapacidad del órgano investigativo y de la Rama Judicial en general, para investigar y juzgar la totalidad de conductas señaladas como posibles infracciones al derecho penal.

Palabras Clave: *Principio de Oportunidad, sistema penal acusatorio, delincuencia*

ABSTRACT

The principle of opportunity in the new penal system is the only exception to the obligation that the General District Attorney of the Nation's office has of advancing punitive action and carrying out the investigation of the facts that probe the characteristics of a crime. Its birth, in addition to having been prepared by a penal accusatory system, also has different classes of foundations, among which it is possible to emphasize the problem of the high rate of delinquency and the incapacity of the investigative sector and of the Judicial Branch in general, to investigate and judge the totality of conducts indicated as possible infractions to penal law.

Key Words: *Principle of Opportunity, penal accusatory system, delinquency*

La figura del Principio de Oportunidad, entendida como una herramienta procesal para obtener la racionalización de la carga investigativa que debe adelantar al Fiscalía General de la Nación, tuvo su origen en Colombia a partir del Acto

Legislativo 03 de 2002, que modificó la Constitución Política en su artículo 250.

Se erige al Principio de Oportunidad como la única excepción a la obligación que tiene la Fiscalía General

de la Nación por intermedio del propio Fiscal General o de sus Fiscales Delegados para adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito. Su nacimiento, además de estar aparejado con un sistema penal acusatorio, tiene diferentes clases de fundamentos, de entre los cuales podemos destacar la problemática del alto índice de delincuencia y la incapacidad del órgano investigativo y por qué no, de la Rama Judicial en general, para investigar y juzgar la totalidad de conductas señaladas como posibles infracciones al derecho penal.

Las estadísticas que presentó la Dirección Nacional de Fiscalías con el propósito de mostrar la necesidad de la creación del Principio de Oportunidad o discrecional, francamente eran aterradoras y desbordaban cualquier acercamiento a la realidad. Los índices de denuncias, noticias criminales e investigaciones en concreto, solo entre los años 2000 y 2002 reflejaban un acumulado de casi quinientas mil, a pesar que durante el mismo período, los fiscales habían logrado el trámite y salida efectiva de 605.563 actuaciones para el año 2000; 659.180 para el año 2001 y 822.550 para el año 2002.

Estas cifras oficiales, se vuelven más contundentes si a ellas agregamos que la Fiscalía General de la Nación cuenta con menos de tres mil fiscales, para cubrir todo el territorio nacional, con los cuales solo alcanza a tener presencia en menos del 30% de los municipios que conforman nuestro mapa político-judicial. No cabe duda que a pesar de la inmensa labor desempeñada por estos decididos servidores judiciales, la criminalidad en todas sus facetas ha crecido en Colombia a ritmo tal que dejó rezagado al Estado en sus aparatos judicial y policial. El incremento de la criminalidad, cercano al 25% anual, supera ampliamente a la escasa creación de nuevos cargos de fiscal, jueces penales e investigadores.

Muchas de estas conductas investigadas no tienen la misma connotación ni impacto social que un buen número de aquellas que se originan en la delincuencia organizada y otras que atentan contra los derechos fundamentales. No obstante debido a la estricta aplicación del Principio de Legalidad, todas debían ser investigadas y de existir el mérito necesario, debían ser juzgadas por juez competente, previa acusación por parte de la Fiscalía. Esto conllevó a que la cifra acumulada fuera el resultado de múltiples factores que sumados crearon el escenario perfecto para la impunidad. Unidos a la congestión de procesos, se contaba con abogados expertos en dilatar el trámite judicial con recursos, que si bien

eran permitidos por la ley procesal, solo tenían la intención disfrazada de prolongar la investigación en el tiempo con miras a esperar que otros casos ocuparan la atención del servidor judicial y lo obligaran a dejar en los anaqueles esa investigación específica. No obstante, se acepta que muchos fiscales, en su real saber y entender fijaban a su arbitrio que casos presentaban mayor impacto social o interés colectivo y en medio de la congestión, a estos les imprimían mayor celeridad y dedicación con miras de sacarlos adelante. Pero no existía una regla general públicamente conocida y aceptada legalmente.

Todos esos factores llevaron a la conclusión que el sistema procesal contenido en la ley 600 de 2000 era ineficaz y por ello se propuso la creación del Sistema Penal Oral Acusatorio y como excepción al Principio de Legalidad, la implementación reglada del Principio de Oportunidad, que permite a la Fiscalía mirar en que casos en verdad se justifica que el Estado ponga todo su interés en perseguir a los responsables de conductas delictivas que según las estrategias de política criminal están afectando mayor y sustancialmente al conglomerado en general. Por su puesto que contra este principio se han levantado las voces de protesta de las víctimas, afectados e interesados en la persecución de determinada conducta, pero el interés general debe primar frente al particular sin que a aquellas se les desconozca su derecho a enterarse sobre las razones que llevarán al fiscal a aplicar el Principio de Oportunidad, a ser escuchadas antes de tomar la decisión y a oponerse en caso que se tome. De igual manera se contempla un control de legalidad por parte del Juez de Garantías, para que la decisión del investigador no pueda llegar a ser insular y arbitraria, amén que las causales están claramente señaladas en la misma ley y reglamentadas por resolución del propio Fiscal General de la Nación.

Con el Principio de Oportunidad se ha iniciado una era de excepciones al principio de legalidad en materia procesal, permitiendo que en algunos casos el ejercicio de la acción penal pueda ser interrumpida, suspendida o renunciada.

Consideramos entonces que este principio es una buena herramienta procesal que unida a las figuras de los preacuerdos y negociaciones permitirán que el Estado pueda perseguir con mayor celeridad y eficacia los delitos de mayor impacto social e imponer penas mas ejemplarizantes, que a pesar de ser un poco mas cortas, generan una mayor prevención general en la comunidad, al tiempo que le dan credibilidad a las instituciones judiciales.

Marco normativo y funcionamiento

Partiendo del principio de legalidad, se estipula que la acción penal debe ser ejercida obligatoriamente por el Estado a través de la Fiscalía y por ello debe realizar las investigaciones que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

El principio de oportunidad o de discrecionalidad, se contempla entonces como la excepción al principio de legalidad y por él se facultó a la Fiscalía, en casos expresamente determinados en el Código de Procedimiento Penal, para optar entre investigar o dejar de hacerlo de acuerdo con conveniencias político-criminales, así la prueba conduzca a la existencia de la conducta punible y a la responsabilidad del imputado, pero con el requisito adicional de que esa decisión solo se consuma con el aval del juez que ejerce la función de control de garantías. A diferencia del sistema penal Norte Americano en donde el fiscal (prosecutor) tiene absoluta discrecionalidad para perseguir únicamente los casos para los cuales considere que obtendrá condena y es tan amplia la discrecionalidad, que aún habiendo acusado puede retirar la acusación en cualquier momento, nuestro sistema colombiano es reglado y prevé expresamente los casos para los cuales se puede aplicar la interrupción, la suspensión o la renuncia de la persecución penal. Ellos tienen los siguientes fundamentos de política criminal:

- Mínima punibilidad y reparación integral del daño, unido a la determinación objetiva de la ausencia o decadencia del interés del estado en la persecución penal.
- Falta de necesidad de pena por castigo o pena natural, por haber sufrido el imputado daño físico o moral grave a consecuencia de la conducta culpable, con miras a lograr la humanización de la sanción punitiva.

Mínima culpabilidad

- Insignificancia de la afectación del bien jurídico o deterioro del objeto material.
- Obligación de pago u otra obligación dentro del marco de la justicia restaurativa.

- Colaboración eficaz para evitar que continúe el delito o se realicen otros o para que se logre la desarticulación de bandas del crimen organizado.
- La pena que corresponde aplicar en Colombia carece de importancia en consideración a la imputación en un proceso tramitado en el extranjero.
- Cuando la realización del procedimiento penal implique riesgo o amenazas graves a la seguridad exterior del estado.
- Por requerimientos del derecho internacional
- Conductas culposas de poca trascendencia jurídica y social.
- Afectación mínima de bienes colectivos.
- Cuando el ejercicio de la persecución penal genere problemas sociales de mayor trascendencia.
- Cuando el exceso en las causales de justificación se origine en la culpa.

Así entonces, cuando el Fiscal General o su delegado se encuentre frente a una de las hipótesis para aplicar la excepción discrecional procederán a manifestarla de manera motivada y precisará si la persecución penal se suspende, interrumpe o si es que se renuncia definitivamente a ella. En este escrito deberá el fiscal precisar cual es la causal de aquellas contempladas en el art. 324 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en la que funda su decisión. Esta determinación debe contener tanto los presupuestos de derecho como los de hecho, con inclusión de los elementos probatorios que lo motivan para aplicar el principio de oportunidad. Realizado lo anterior la ley prevé un control judicial inmediato y automático por parte del Juez de Control de Garantías, que deberá llevarse a cabo dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la determinación del fiscal. Para ello se celebrará audiencia pública especial en la que pueden intervenir el Ministerio Público y la víctima quienes podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para tal decisión.

Para precisar que la aplicación del Principio de Oportunidad es residual y se tomará como último ratio, nos parece interesante transcribir el siguiente fragmento desde el Módulo para Formación de Fiscales, Sección, Principio de Oportunidad. Publicación de la Fiscalía General de la Nación:

“Como Colombia no aceptó la aplicación del principio de discrecionalidad total en el ejercicio de la acción penal, las causales que permiten aplicar el principio de oportunidad se encuentran reguladas en la ley de manera taxativa y su aplicación depende de que la situación fáctica no encuentre solución en un instituto distinto de la oportunidad, si así ocurriera, a él debe acudir, por ejemplo, archivo

.....

*“Las causales para precluir
enervan la estructura del delito
e impiden que la acción penal
pueda iniciarse o proseguirse”*

.....

de diligencias (artículos 69 y 79), conciliación preprocesal (artículo 522), causales de extinción de la acción penal distintas del principio de oportunidad (Art. 77), causales de preclusión 15 (artículo 332) y causales de ausencia de responsabilidad conforme el código penal (artículo 32).

Si en un caso concreto se estructura una causal de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad o una de atipicidad como el error sobre el tipo subjetivo, lo jurídico es solicitarle al juez de conocimiento la preclusión de la investigación antes que acudir al principio de oportunidad, no obstante, si el fiscal optare por la última opción a pesar de que concurre una causal para precluir la investigación, podrá el procesado, su defensor o el ministerio público, intervenir en la audiencia preliminar ante el juez de garantías para solicitarle que no permita la aplicación del principio de oportunidad porque se está violando la presunción de inocencia, atendido que aunque la conducta es típica carece de antijuridicidad o está justificada, estructurándose una causal de ausencia de responsabilidad, circunstancia que hace inaplicable la suspensión, interrupción o renuncia a la acción penal.

En estos eventos se vulnera la presunción de inocencia y el debido proceso, lo primero, porque la aplicación del principio de oportunidad siempre supone que existan elementos materiales probatorios que indiquen que una conducta punible se cometió y que la persona investigada es autora o partícipe de ella, y si lo que debe invocarse ante el juez de conocimiento es la preclusión de la investigación, la naturaleza de la figura es totalmente contraria, los elementos materiales lo que demuestran es que la conducta delictiva no existe o no se estructuró, o que la persona no es autora o partícipe de la infracción penal; lo segundo, porque si lo que se demuestra es la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; la existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal, la inexistencia del hecho investigado; la atipicidad del hecho investigado, la ausencia de intervención del imputado en el hecho

investigado, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia o el vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de la ley 906 de 2004 para que la fiscalía presente la acusación, lo jurídico es que el fiscal acuda ante el juez de conocimiento para rogarle la preclusión de la investigación.

No puede confundirse el principio de oportunidad con las causales de preclusión de la investigación, porque mientras que para renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal es necesario que exista un mínimo de prueba que demuestre la tipicidad de la conducta y la autoría o la participación en la misma; las causales para precluir enervan la estructura del delito e impiden que la acción penal pueda iniciarse o proseguirse. Así, la estructura del delito debe permanecer incólume para aplicar el principio de oportunidad. Por su parte, la preclusión de la investigación excluye esa estructura. Las causales para precluir una investigación son sustancialmente diferentes de las que se requieren para aplicar el principio de oportunidad. Asimismo, la preclusión de la investigación sólo puede ser declarada por el juez de conocimiento; mientras que la aplicación del principio de oportunidad está sometida al control de legalidad del juez con función de garantías. Esto lo reafirmó la Corte Constitucional en sentencias C-673 de 2005 y C-095 de 2007

La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena Penal, mediante decisión del 5 de julio de 2007, siendo M.P. Yesid Ramírez Bastidas, expediente 11-001-02-30-015-2007-0019, precisó las diferencias entre el archivo que hace la Fiscalía por vía del art. 79 y las causales de preclusión de la investigación, especificando cuando el ente acusador puede hacerlo por atipicidad objetiva como lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-1154/05.

La Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007 enfatizó en la diferencia entre las dos figuras”

Respecto a la interposición de recursos contra la decisión del juez de control de garantías, la ley contemplaba la imposibilidad de interponer recurso alguno, pero ante la declaratoria de inexecutable de este aparte, contenido en el art 327 del C.P.P. surgen dos hipótesis: i) Si la decisión judicial es favorable a la determinación de la Fiscalía. ii) si no aprueba la aplicación del principio de oportunidad.

Téngase en cuenta primero que todo, que la decisión a tomar por el Juez de Control se contiene en un auto y no en una sentencia, a pesar que en una de las hipótesis (la de renunciar a la persecución penal)

la aplicación del principio conlleve la extinción de la acción penal y esta debe ser vista como una causal de terminación del proceso. Al ser un auto, por regla general contra él procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario y deberá sustentarse y resolverse de manera oral e inmediata en la misma audiencia. Respecto al recurso de apelación, el art. 176 *ibídem*, señala que procede contra los autos adoptados en el desarrollo de las audiencias y contra las sentencias, salvo los casos previstos en este código. Uno de esos casos era el de la decisión de plano sobre el principio de legalidad y como fue declarado inexecutable se abre la puerta para la apelación de tal decisión. Veamos entonces que es lo procedente en las hipótesis señaladas:

i) Si la decisión del juez es favorable a la determinación de la Fiscalía. En este primer evento, a pesar que no está enlistado en los eventos del artículo 177 y se genera un vacío normativo, consideramos que procede el recurso de apelación pero en el efecto suspensivo (en cuyo caso la competencia del juez del juez que decide se suspende desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva), pues en varios aspectos se asemeja a una preclusión de la investigación y apareja la extinción de la acción penal, tal como lo señala el art. 77 de la misma compilación procesal.

ii) Si el juez imprueba la aplicación del principio de oportunidad

En esta posibilidad, por expresa disposición del art.177, que fue modificado recientemente por la ley 1142 de 2007, incluye ahora si, en su numeral 5, la precisión que contra este auto procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, caso en el cual la competencia y el trámite procesal continúan y la decisión se cumple, pero si el superior al resolver la apelación, revoca tal decisión y aprueba la aplicación del Principio de Oportunidad, las cosas se restablecerán al momento en que se tomó la determinación y por ende el proceso terminará indefectiblemente.

En nuestro concepto, la ley 1142 de 2007, cuando se trata de la renuncia a la persecución penal, debió contemplar ambas hipótesis como apelables en el

efecto suspensivo, pues no hallamos razones para obligar al Fiscal para que continúe con la investigación en este segundo evento, con el consabido desgaste de recursos, bajo la expectativa de que el superior del juez que negó la aplicación del principio, revoque el auto y acepte la aplicación del mismo, con el consecuente tropiezo que puede ocasionar si en la espera de la decisión de segunda instancia, se llegare a superar la etapa de investigación y se hubiere iniciado la del juicio.

Otro aspecto importante del principio de oportunidad es el que se refiere al tránsito a la cosa juzgada que tiene la aceptación judicial de la aplicación del principio discrecional. Cuando la determinación de la Fiscalía es la de renunciar a la persecución penal, la aceptación en firme por parte del juez de control de garantías obtiene fuerza de cosa juzgada y no se podrá reactivar investigación por la misma conducta. Como consecuencia el caso se archivará sin necesidad de recurrir al juez de conocimiento para que declare la preclusión de la investigación.

No sucede lo mismo si la determinación fue la de suspenderla o interrumpirla, pues en estos eventos a pesar de haberse presentado el caso ante el juez para el control de legalidad, se trata de una decisión que no hace tránsito a cosa juzgada, porque cada una depende de una condición que si no se cumple le permite al ente acusador reactivar en corto tiempo la acción penal.

Para terminar sólo nos queda presentar la esperanza sentida en que los jueces de la República, sin perder de vista los derechos de las víctimas ni el derecho a la igualdad, vean en este principio la fuente alternativa para una eficaz y recta impartición de justicia y en consecuencia, decidan acorde con la filosofía universal de la discrecionalidad del ente investigador, evitando exigencias extremas para su aplicación, que ya se están viendo en el ámbito nacional y los recursos dispuestos para el nuevo sistema procesal penal continúan gastándose en pequeñeces como las estafas por sumas inferiores a un salario mínimo, las receptaciones de cosas de bajo valor económico o los gestos obscenos como base para perseguir delitos sexuales.



BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 03 de 2002

Corte Constitucional, Sentencias C-673 de 2005 y C-095 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia C-1154/05.

Corte Constitucional, Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007

Gaceta del Congreso N° 339 de Jul. 23/2003.

Ley 600 de 2000

Ley 906 de 2004

La Ley 1142 de 2007

Resolución 0-6657 del 30 de Diciembre de 2004.