

**Legalidad del Principio de Oportunidad en el
Sistema Penal Acusatorio, 2015****Nelson Cala Quintero, Jaime Antonio Henríquez Rojas, &
Roberto Alexander Duarte Corzo**

Especialización en Derecho Penal

RESUMEN

El Principio de Oportunidad, desarrollado en Colombia a través del Sistema Penal Acusatorio (Ley 906, 2004), que en el año 2009 se hizo una reforma relacionada con el principio de oportunidad, que expresa: la Fiscalía General de la Nación en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Bajo reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías (Ley 1312, 2009. Artículo 323). Esta figura jurídica no ha sido tan eficiente en para evitar la congestión en los despachos y frenar el hacinamiento penitenciario. Se concluye que el control de Legalidad a esta figura jurídica es más simbólica que factiva, como se podría obligar a la Fiscalía a investigar si la Ley 906/04 le dá plena discrecionalidad en su accionar, inclusive contra los principios rectores del Código Penal y la materia sustancial de la doctrina punitiva; estamos frente a unas modificaciones que desvirtúan la filosofía del Derecho Penal.

Palabras Clave

Principio de Oportunidad, Ley 906 de 2004, suspender, interrumpir, renunciar a la persecución penal, Fiscalía, Control de Legalidad, Juez de Garantías.

ABSTRACT

The opportunity principle, developed in Colombia through Criminal Adversarial System (Law 906, 2004), which in 2009 became a reform related to the principle of opportunity, which states: the Attorney General's Office in the investigation or at trial, even before the adjudication hearing, suspend, terminate or waive criminal prosecution. Under regulations issued by the Attorney General's Office and subject to judicial review before the Judge of Warranties (Law 1312, 2009. Article 323). This legal form has not been as efficient in order to avoid congestion in the offices and curb prison overcrowding. It is concluded that the legality of this legal concept is more symbolic than factual, as might compel the prosecution to investigate whether the Law 906/04 gives you full discretion in their actions, including against the guiding principles of the Penal Code and the substantial terms of the punitive doctrine; We are facing some changes that distort the philosophy of criminal law.

Key words

Principle of Opportunity, Act 906 of 2004, suspend, terminate, waive criminal prosecution, prosecution, of legality, Judge Warranties.

INTRODUCCIÓN

Aparentemente la política criminal para el legislador ha sido la de incrementar las penas, además se legisla específicamente para cualquier conducta antijurídica, y lo que antes era una querrela ahora es una conducta punitiva, incrementando las penas intra muros que desatan un hacinamiento exponencial en el sistema penitenciario.

Entonces por un lado hay una política de penalizar todo comportamiento o conducta del ser humano que no cumpla con las reglas sociales, y por otro se establece una herramienta que es contraria a los principios rectores del derecho penal y se le entrega a una institución un poder absolutista para perseguir e investigar solo algunos colombianos infractores de la ley, porque no decirlo a quienes por su clase social son poco representativos en las sociedades colombianas. Antes de expedir una ley se debería hacer un estudio previo, un estudio socio psicológico y del comportamiento humano, desde luego generando soluciones a los aspectos económicos y laborales de las clases menos favorecidas; la educación es una herramienta no solo para el crecimiento espiritual, personal y de los valores que favorecen el tejido social, sino es un medio para prevenir e indicarle al individuo un camino de superación

Cuál es la función real del Juez de Garantías en el ejercicio del control del principio de legalidad, si no está en discusión la tipología del delito frente a la valoración de la fiscalía frente a una conducta antijurídica y punitiva. En el presente trabajo se pretende realizar una revisión a la figura jurídica del principio de Oportunidad y hasta donde ha servido para descongestionar los despachos judiciales o ha sido un medio para alcanzar la impunidad y establecer un sistema de justicia preferente para una clase de colombianos.

El problema de investigación. El problema de investigación se resume en la siguiente pregunta: ¿El Principio de Oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio colombiano debe estar sometido a la reglamentación de la Fiscalía y el control judicial del juez de garantías?

De la problemática de limitar una pena a su necesidad social

Desde tiempos anteriores se ha afirmado que la necesidad de pena, como elemento justificante del ejercicio del *ius puniendi*, del que es titular el Estado por delegación de los asociados, implica limitar el perjuicio que entraña una pena a su necesidad social (Gómez Pérez, 2011b). Si la pena no es necesaria, carece de sentido el desgaste que produce la investigación y la pena misma; pero la misión fundamental del Derecho penal es la protección de aquellos intereses que son estimados esenciales para la sociedad y que permiten mantener la paz social (Cerezo Mir, 1996, pág. 13). Sin embargo, la cuestión es de qué forma el Estado orienta dicha misión, de manera que pueda sostenerse en pilares que le brinden legitimidad a su actuación.

Generalmente se afirma que el fin del Derecho penal se identifica con el fin de la pena, es decir, que los fines del Derecho penal deben vincularse con sus consecuencias jurídicas, a saber, las penas y las medidas de seguridad (Silva Sanchez, 1992, pág. 180).

En efecto, también le corresponde al Derecho penal resolver en qué casos no debe intervenir "así, no imponer una pena", como también, precisar cuándo debe reducir la violencia estatal que va implícita en su ejercicio (Schunemann, 1971, pág. 365).

Se ha generado una limitación en los distintos ordenamientos jurídicos, del principio de legalidad, conocido como Principio de Oportunidad en la Legislación penal. Donde este principio tiene aplicación, para suspender la misma acción penal o renunciar a su ejercicio. Siendo sin duda una



excepción a la obligación de aplicar una norma que implica la obligación de investigar y juzgar, por cuanto involucra en ello todo un conflicto social, ya que esa afectación debe trascender la esfera de lo particular, para colocarse como contraria a los intereses comunes de la colectividad justificando así la intervención del Estado. Sin esta intervención, se genera un verdadero conflicto entre un Estado que quiere investigar una infracción insignificante al orden normativo, desplegando para ello todo su poderío que resultando innecesario, se convierte en injusto y arbitrario.

En diversas legislaciones, como en el derecho anglosajón, por ejemplo, contrario del ordenamiento colombiano donde las excepciones al Principio de Legalidad se denominan Principio de Oportunidad, este principio es prevalente o regla general y tiene una aplicación muy amplia, mientras que el de legalidad es casi desconocido. La Fiscalía dirige, gobierna y domina completamente el procedimiento, asistido de facultades como la de desistir libremente de la acusación y actos intermedios, planteando reducción de los cargos del sumario o de la acusación hasta conferir libertades en compensación por colaboración eficaz. El imputado puede aceptar y permitir la reducción y modificación de la naturaleza del procedimiento, para facilitar al Estado la posibilidad de perseguir una mayor cantidad de infractores de la norma penal. En relación con el trabajo propuesto, se hará una incursión en los postulados doctrinarios acerca del Principio de Oportunidad, para luego detenerse en el procedimiento que Colombia le ofrece a este principio.

El incremento en la criminalidad colombiana

El inevitable aumento de la criminalidad en Colombia, producto de la descomposición social que vive el país, la imposibilidad del Estado para contrarrestar los efectos de este fenómeno con el sistema imperante en el que se aplicaba el principio de legalidad en toda su extensión, conllevó al colapso de la administración de justicia e hizo surgir la necesidad de buscar mecanismos alternos de control social como herramienta jurídica y de política criminal, impulsando una reforma al proceso de enjuiciamiento penal sustentada en razones de justicia material y en pro de las garantías de quien finalmente soporta el embate estatal en aras de llegar a la verdad real y no simplemente formal.

La medición del crimen permite identificar las principales características y tendencias de los diferentes delitos, con el fin de desarrollar políticas de prevención y represión para mitigar los efectos de esta problemática social (Olaeta, 2003).

Las estadísticas sobre la criminalidad han adquirido relevancia debido a tres aspectos fundamentales. El primero corresponde a la cristalización de la cultura del delito en la sociedad, lo cual se refleja a través de la significativa preocupación ciudadana y las demandas por mayor control y castigo. El segundo aspecto está ligado a la modernización del Estado, en particular de los servicios públicos, donde este tema ha adquirido una gran connotación política; ello ha definido mecanismos de intervención y gestión frente a los principales nudos de la administración pública vinculada con el diseño e implementación de políticas públicas. El tercer aspecto resulta del hecho que la sociedad de la información ha favorecido el acceso a temas y la difusión de problemáticas que son relevantes para la comunidad, sobre todo de aquellos que afectan su vida cotidiana. A este proceso se potencia por la creciente tecnificación y eficiencia en el proceso de recolección de información (Dammert, Salazar, Mont, & González, 2010).

Las penas máximas y mínimas aplicadas en Colombia, tomando como fuente el Código Penal Colombiano y cálculos realizados por el Ministerio de Defensa, Dirección de Estudios, estas penas están referidas por la tipología del delito de la siguiente manera: Secuestro: 12 a 28 Pena/años, (23% delitos), Homicidio común: 13 a 25 Pena/años (21% delitos), Hurto 1 a 8 Pena/años, (18,4% delitos),



Extorsión: 12 a 16 Pena/años, (16,1% delitos), Terrorismo: 6 a 12 Pena/años, (10,3% delitos), Piratería Terrestre: 4 a 8 Pena/años, (6,9% delitos), Lesiones comunes: 1 a 5 Pena/años, (3,4% delitos). Como se puede deducir el Secuestro es el principal flagelo tomando el 23% del 100% de los delitos que se presentan en el país (Quintero C., La Huerta P., & Moreno A., 2008).

El periódico el Tiempo publica al 2015 las cifras de la criminalidad en seis grandes ciudades del país, como sigue: En las seis principales capitales del país, las autoridades, Policía y alcaldías tienen identificadas 517 pandillas que se han robado la calma de las comunidades de las barriadas populares de Cali (105 bandas), Medellín (90 bandas), Bogotá (107 bandas), Barranquilla (109 bandas), Bucaramanga (50 bandas) y Cartagena (56 bandas). Estas bandas en su gran mayoría están conformadas por jóvenes adolescentes y menores que obtienen grandes beneficios por la laxitud del Código del Menor hacia ellos (Periódico el Tiempo, 2015).

Las bases del Principio de Oportunidad están en el Derecho procesal

Surgimiento del derecho procesal en las sociedades. El derecho procesal surge de la necesidad de regularizar la acción de los coasociados en el legítimo interés de proteger sus intereses contra terceros y aún contra el mismo grupo, bien frente a la presencia de una amenaza o ante un hecho perturbador ya consumado.

El profesor Hernando Devis Echandía, expresa: "...una de las características esenciales de toda sociedad organizada es la reglamentación de la facultad de desatar los conflictos entre las personas o de reparar lesiones y sancionar los actos ilícitos con base en dos principios: la restricción de tal facultad al Estado y la determinación de normas para su ejercicio" (Devis Echandía, 1972, pág. 3).

En un comienzo se atendió a la necesidad de resolver los conflictos de carácter penal, pero poco a poco se fue extendiendo su aplicación a la solución de muchos problemas que no conllevan conflicto entre partes opuestas y que responden por lo general, a la idea de proteger a débiles e incapaces (como los casos de interdicción, nombramiento de curador etc.) o a la regulación de ciertos efectos jurídicos (como la tradición a causa de muerte mediante el proceso de sucesión). De esta manera se regula la declaración, constitución, ejecución, reglamentación o tutela de los derechos del hombre y la realización de formalidades necesarias para ciertos actos jurídicos, no solamente en las relaciones de los ciudadanos entre sí, sino también de éstos con el Estado (Cuellar, 2004).

Aspectos del derecho procesal penal

Derecho Penal y Procesal Griego. En la época de los antiguos griegos, con la aparición de las ciudades Estado, se empieza a diferenciar el proceso civil del penal y a determinar algunas características del último. También comienza la caracterización del derecho procesal, que tenía relación estrecha con el penal, así: Los ciudadanos tomaban parte del proceso penal; El proceso penal era de carácter oral; El proceso penal era público; Se distinguían los delitos públicos y privados; La acusación de los delitos públicos correspondía a todos los ciudadanos; La acusación de los delitos privados correspondía al ofendido o a sus parientes; La tortura era un medio ordinario de prueba.

Derecho Penal y Procesal Romano. Distinción entre el derecho penal público del privado: el primero estaba reservado al pater (padre) familias en razón al amplio concepto de patria potestad y el segundo al cognitio (el conocimiento) que se hacía ante un magistrado con un trámite previo ante él. La sentencia podía ser objeto de apelación ante los comicios centuriados.



En el derecho penal público, el juez actuaba de oficio y con amplios poderes, representando a la comunidad sin que estuviera reglamentado el procedimiento. Cabe destacar que en el siglo de la Republica, surgió la Accusatio, por no ofrecer la cognitio suficientes garantías, especialmente para las mujeres y los no ciudadanos y que se caracterizó por: El juicio era presidido por un pretor; Intervenia en el proceso un jurado; El procedimiento era acusatorio; Las partes podían defenderse solas o por medio de advocatus; El jurado votaba absolviendo, condenando o en blanco; El magistrado imponía la pena; Aparecen las primeras garantías para el acusado como las de ser oído, la publicidad y la posibilidad de ser defendido por terceras personas; Las sentencias eran orales. Durante el Imperio Romano, el proceso penal tenía un procedimiento inquisitivo y secreto; Se podía aplicar el tormento al acusado; Los poderes del juez eran cada vez mayores.

Derecho Penal y Procesal Eclesiástico (inquisitivo). Básicamente se tienen cinco características, a saber: Se impuso la independencia del juez; Se estableció la acusación de oficio; Se encomendó la tarea de acusar de oficio a un funcionario especial denominado promotor; Se sustituyó la acción del ofendido y de sus familiares por el promotor; Se limita la actividad del ofendido y de sus familiares a un determinado número de delitos.

Justificación

Se pretende abordar el estudio de uno de los aspectos jurídicos más importantes del sistema acusatorio que empezó a regir en Colombia, a partir de la expedición de la Ley 906 de 2004, con aplicación gradual tanto en lo que hace referencia al factor territorial a partir del 1º de enero de 2005 en los distritos judiciales.

Con la entrada en vigencia de esta ley el sistema acusatorio representó un cambio radical en la estructura del sistema penal colombiano "SPA", en relación con la disposición de la acción penal. Dentro de esta transformación se encuentra el Principio de Oportunidad, que en Colombia se maneja como la potestad que tiene la Fiscalía de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. No obstante, la discrecionalidad manejada por la Fiscalía, puede desbordar los límites, convirtiéndose en una potestad de índole arbitraria, incluso para evitar la etapa de juicio oral, extinguiendo de hecho la acción penal

El principio de oportunidad en sí es una facultad discrecional del funcionario que tiene la obligación de investigar, de abstenerse de hacerlo en presencia de particulares circunstancias que identifican la ausencia de necesidad de la pena. Concluyendo, en el ordenamiento penal colombiano, en el Sistema Penal Acusatorio se indica en qué casos se puede aplicar el Principio de Oportunidad sometido al control de legalidad del Juez de Garantías. Por medio de la aplicación del Principio de Oportunidad, el Estado renuncia a investigar una conducta con características de delito o a la acusación de los presuntos responsables, a pesar de que existan suficientes motivos para hacerlo, solo por razones trascendentes de política criminal y atendiendo el problema de congestión procesal y penitenciaria.

Sistema Procesal Inquisitivo

El sistema inquisitivo surge de la caída del imperio romano y tiene su máximo desarrollo durante la Edad Media, época en la cual, la confesión era considerada determinante para el fallo y para su obtención, se recurría preferentemente a los tormentos como práctica usual, para vergüenza de la iglesia, del Estado y de la humanidad. La iglesia católica dominó durante varios siglos y se llamó



la inquisición del santo oficio, en la cual el sadismo y el refinamiento de la crueldad llegaron a los máximos extremos. Durante ésta época, se le negó al juez, la posibilidad de apreciar las pruebas y se le sometió a un sistema de tarifa legal.

Se sintetizan las características del sistema inquisitivo de la siguiente forma: Si el delito es ofensa pública, ya no se requiere para iniciar el proceso la acusación privada, sino que debe ser incoada oficiosamente y para ello se necesitaba crear un cuerpo de magistrados, que a nombre de la sociedad, persiguieran y castigaran oficiosamente el hecho punible, por lo cual el juez ya no era transitorio sino permanente. Todas las diligencias se desarrollaban de manera escrita y secreta, incluso para el acusado. El proceso caminaba en silencio a la investigación de la verdad. Esos jueces eran irrecusables, por ser impuestos por el poder social. Al ser el proceso secreto, desaparece absolutamente el derecho de defensa y por ende, no hay contradicción, llegándose a administrar justicia hasta la delación anónima.

La prueba es regulada por la ley en su fuente, es decir, se utiliza la tarifa legal, o sea, la ley establece los medios de prueba y les prefiere su valor. La segunda instancia, pues al ser el proceso escrito, se crea la posibilidad que las decisiones del Juez inferior, sean resueltas por un funcionario de superior categoría.

Otras características. Provocación de la confesión, pues deseando ante todo averiguar la verdad material, el proceso inquisitivo tiende a provocar esta confesión, cierto es que dejándose llevar de esta corriente, se llega con facilidad a emplear la tortura. Las funciones de acusación de defensa y decisión se atribuyen a un mismo órgano: el Juez. Es un órgano unilateral de jueces de actividad multiforme, que todo lo absorbe y que todos deben proveer por sí mismos. Al estar la prueba tarifada y ser el juez instituido por el poder central, esto es, al no ser los jueces populares, no pueden fallar en conciencia, pues no se trata de decidir si la razón la tiene el acusador o el acusado, sino que el fallo es en derecho, lo que quiere decir que debe ser motivado y de acuerdo con lo probado. Hay detención preventiva, porque el acusado es privado de libertad mientras se adelanta el proceso, con lo cual se asegura su comparecencia a la ejecución de la sentencia; no importa que sea absuelto, al fin y al cabo, los intereses de la colectividad prevalecen sobre el interés de aquel. Hay desigualdad a favor de la acusación, ya que el acusado no conoce los cargos y no tiene oportunidad para hacer valer sus pretensiones, ni ningún derecho frente al poder contundente del Estado.

Sistema Procesal Mixto

Su origen se remonta a la Revolución Francesa que instauró las bases de un proceso en dos fases: *Instrucción*: secreta y con poderes concentrados en el juez; *Juicio*: con actuación pública y controversia de acusación y defensa como rasgos fundamentales, lográndose luego que la publicidad, la contradicción y la defensa se reconocieran también en la instrucción. Es de notar que los esquemas puros, no han existido; lo que presenta la realidad son sistemas mixtos o eclécticos, en los que se mezclan las características acusatorias e inquisitivas, buscando conciliar el interés de la sociedad de defenderse del delito con los derechos del acusado, particularmente el de defensa.

En su configuración existe una yuxtaposición de elementos acusatorios e inquisitivos, que tienen como propósito disciplinar el proceso penal en dos etapas distintas: la primera, predominantemente inquisitiva y preparatoria, denominada de la instrucción y la segunda, predominantemente acusatoria y que corresponde al juicio plenario.



En este sistema quien ejerce la acción penal es un órgano del Estado que participa de la función de administrar justicia, cuando una vez conocida la comisión de un hecho punible tiene la obligación de investigar las condiciones en las cuales se produjo, y ante todo, la de identificar e investigar a los presuntos culpables para convocar el juicio o abstenerse de hacerlo, al considerar que no existe mérito para ello.

El juicio solo puede surgir de la acusación formulada por un organismo estatal, es decir, se establece el monopolio de la acción penal en cabeza del Estado. La etapa de la investigación es escrita, secreta y con valor probatorio, en aplicación del principio inquisitivo, con la plena vigencia del derecho de defensa y con la obligación de recoger las pruebas de cargo y descargo, porque toda acción de la administración de la justicia busca ante todo la verdad de los hechos, para que proceda conforme a ello la provisión del derecho.

Por lo general, la función de investigación se entrega a una organización estatal respetuosa de los derechos, para doblegar, no solo a la delincuencia menor, sino fundamentalmente a las grandes organizaciones criminales, infiltrando sus redes, proponiendo medidas económicas para prevenir y reprimir sus delitos. Para desarrollar esta labor, se dispone de la fuerza pública, con funciones de policía judicial, de los organismos técnicos- científicos, públicos y privados.

El juicio al contrario del sumario, es oral, contradictorio y público. El órgano titular de la acción penal, está facultado para afectar en prevención los derechos del sindicado. De allí la naturaleza imparcial de sus determinaciones.

Sistema Procesal Acusatorio Puro

El origen del Sistema Acusatorio Puro, se remonta a la antigüedad griega y tuvo pleno desarrollo en Roma, donde el ciudadano ofendido por un delito era comisionado por el magistrado para recopilar la prueba y perfeccionar la investigación. Ésta terminaba con la formulación de la acusación y con ella se iniciaba el debate o la confrontación entre el acusado y el funcionario que resolvía el conflicto. Esta primera forma acusatoria cayó en desuso en las postrimerías del imperio romano, cuando de los acusadores privados se evoluciona a los acusadores públicos, funcionarios imperiales que tenían la función de perseguir los delitos contra el Estado.

Características

- Si el delito es ofensa privada, solo puede iniciarse el proceso en virtud de querrela o acusación formulada por la persona ofendida o su familia.
- Para formular esa acusación, el ofendido y el ofensor tienen que ponerse de acuerdo en la escogencia de un juez o un árbitro, que por tanto, debe ser de la plena aceptación de ambos contrincantes, de donde resulta la imparcialidad y la amplia re-acusación.
- La acusación y las pruebas se realizan públicamente y de manera oral.
- Es un proceso de partes de estructura y actuación multilateral.
- Frente a las pruebas y argumentos de la acusación, responderá con sus pruebas y argumentos la defensa, en forma tal que los cargos y los descargos podrán ser debatidos y controvertidos por cada una de las partes, de donde se concluye que el proceso acusatorio es contradictorio y en consecuencia el derecho de defensa, está ampliamente garantizado.

- Libertad en la aportación de la pruebas y en su valoración. No hay normas que señalen a cuales medios de prueba pueden acudir las partes para probar sus pretensiones, ni mucho menos que indiquen su valor.
- El fallo debe ser en conciencia, es decir, el principio que regula la apreciación de la prueba descansa en la máxima, de que esta misma apreciación de la prueba no es sino una operación al alcance de todo ciudadano dotado de sana razón.
- Pasividad del juez, cuya misión se reduce a dirigir el debate entre el acusador y el acusado sin que pueda ir en busca de la verdad, lo cual significa, que el material probatorio procede de las partes.
- Al ser el proceso contradictorio hay absoluta igualdad de las partes, es decir, hay igualdad de oportunidades y de medios para hacer valer sus pretensiones.
- Libertad del acusado hasta la sentencia definitiva.
- No se puede provocar la confesión del procesado, simplemente se le formula públicamente la acusación para que presente sus descargos, estando prohibida la tortura y todo medio de coacción en su contra.
- La separación de funciones: acusación, defensa y decisión, las cuales son desempeñadas por personas diferentes en una relación triangular en la cual, en los vértices de la figura aparecen respectivamente, acusador-Juez-acusado.
- El sistema acusatorio es viable en aquellos delitos que hoy se conocen en las distintas legislaciones como delitos querrelables y consecuentemente de procedimiento desistible.
- Los delitos más graves, aquellos que se cometan contra el Estado o contra los demás grupos sociales, precisamente dieron lugar a la creación del sistema inquisitivo.
- El fallador se mantiene extraño al conflicto y consecuentemente no participa en la actividad probatoria.
- El sistema acusatorio es una versión del sistema dispositivo que inspira la estructura y configuración externa del proceso civil, en cuanto proceso de partes desarrolla el postulado de la autonomía de la voluntad privada, con las excepciones que en todo proceso habilitan a la función jurisdiccional del Estado.

Objetivo General. Determinar el Control judicial en colombiano al principio de oportunidad.

Objetivos Específicos: Determinar los Límites valorativos de la FGN para conceder el beneficio del Principio de Oportunidad. Estipular las ventajas que conlleva la aplicación del Principio de Oportunidad a la justicia penal Colombiana. Establecer las características estructurales del Principio de Oportunidad en el sistema penal Colombiano.

METODOLOGÍA

Los siguientes factores delimitan la estrategia metodológica:

Enfoque. Se aplica un enfoque socio jurídico e interdisciplinario, con un método teórico que parte de lo descriptivo inductivo. La metodología que se implementó fue la investigación analítica y dentro de esta la descriptiva de la aplicación que se le da al Principio de Oportunidad en Colombia.



Los métodos, las fuentes, las técnicas y los instrumentos de recolección y análisis de la información.

Técnica de investigación. Revisión bibliográfica, recopilando información conducente para la realización de la monografía y realizando un análisis para el desarrollo de la misma. *Técnicas de recolección de información.* La recolección de la información se basó en documentación bibliográfica y normativa del tema propuesto y en un trabajo de campo, y entrevistas a dos fiscales y dos jueces.

Instrumentos consultados: La constitución política y la legislación penal del país. La doctrina y en algunos casos jurisprudencia existente sobre el tema. *Procedimiento:* Recolección de la información. Revisión bibliográfica. Análisis de la información, de corte cualitativo. Se hace una exploración e investigación en las bases de datos, documentos digitales y físicos. Se hace una selección de las temáticas, se tamiza la información, se hace un mapa conceptual y se procede a introducir los datos en el formato predispuesto para la realización del artículo.

Población y muestra: Territorio nacional, población beneficiaria 48.414.826 habitantes según proyección del 2015 (DANE Nov. 18/2015, 2015).

RESULTADOS

Antecedentes Históricos del Principio de Oportunidad

La Europa medieval, existió el derecho a juzgar los crímenes y castigar a los responsables. El monopolio estatal en la imposición de la pena ha sido desde entonces una constante prácticamente universal fundada en el interés público de persecución de los delitos. Pero la cuestión acerca de la definición de los delitos que debían castigarse fue resuelta de distinto modo, según el sistema jurídico en que se aplicó. La tradición jurídica continental europea instauró el principio de Legalidad, según el cual todo hecho que aparezca como delictivo debe ser investigado y sus autores acusados y juzgados penalmente. Una vez iniciada la persecución penal, no puede suspenderse, interrumpirse o hacer cesar.

El sistema jurídico anglosajón, por el contrario, implantó el Principio de Oportunidad, que consiste en la disposición de la acción penal al criterio del ente estatal al que se encomienda la persecución penal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la utilidad o conveniencia del ejercicio de la acción. Puede citarse como ejemplo el sistema procesal penal estadounidense, donde el Fiscal puede elevar la acción o abstenerse de hacerlo, cuando hay gran probabilidad de que el acusado ha cometido un delito, e incluso puede negociar con él su pena, sin sujeción a limitaciones (pleabargaining – pedir rebaja), y el juez sólo decide sobre los términos de la negociación. Adicionalmente, el imputado puede declararse culpable (guiltyplea o declaración de culpabilidad) para evitar ser juzgado por un jurado y ser condenado por un hecho más grave o por una pena mayor. Mediante el uso de estas figuras asociadas al principio de Oportunidad, se resuelven la mayoría de los casos en Estados Unidos.

El resultado de los estudios de Jhon Langbein sobre algunas prácticas judiciales de principios del siglo XVIII en Inglaterra, le permiten decir que desde los tempranos días del commonlaw (ley común) se dieron modalidades de autoincriminación que gestaron la institución del pleabargaining y de esta forma se explora una línea referente al parentesco existente entre la confesión y la alegación de culpabilidad, con capacidad de explicar los argumentos en contra o a favor de la aplicación de



justicia por consenso en los Estados Unidos y Gran Bretaña. Según los datos del historiador Albert W. Alschuler la prueba de confesión era un medio de convicción aceptado por el commonlaw, aunque poco utilizado durante el período medieval británico, toda vez que las cortes fueron vacilantes en aceptar una autoincriminación como medio pleno de convicción sobre un hecho.

La práctica judicial determinaba que en el evento en que el acusado conociera los cargos y los confesara, ello fundamentaría la condena, pero lo usual en estos casos era proceder a advertir al procesado de las consecuencias legales de la confesión y en caso de una solicitud de autoincriminación, enterar al acusado de que la información relativa a su confesión no sería usada en forma inmediata en su contra (Alschuler, 1979, pág. 79).

Herederio del sistema continental europeo, el derecho penal colombiano se fundó en el principio de Legalidad. La estructura del proceso penal se desarrolló con base en este principio rector: una vez recibida la noticia criminis (criminal), surgía la obligación de iniciar la investigación penal. Tal función fue encomendada a la Fiscalía General de la Nación por la Constitución de 1991, y era armónica con los principios y derechos relativos al proceso establecidos en la Carta, como el derecho de igualdad ante la ley (Constitución Política, 1991, Artículo 13), que implica que no se puede seleccionar arbitrariamente a qué personas se investigará y a quienes no; a la independencia de la administración de justicia como función pública (Constitución Política, 1991. Artículo 228), lo que justifica que exista un ente distinto al juzgador y que obliga a que no dependa de las otras ramas del poder público; a la jurisdicción y al acceso a la administración de justicia (Constitución Política, 1991. Artículo 229); al debido proceso, a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa (Constitución Política, 1991. Artículo 29).

Sin embargo, en el desarrollo jurídico del principio de Legalidad se ha ido aceptando en los países de tradición continental europea la posibilidad de admitir excepciones al mismo. Al resultado de la introducción de algunos criterios de oportunidad (como la mínima gravedad, la descongestión del sistema judicial o la pena natural) se le ha denominado "Sistema de Oportunidad Reglado".

Definición del Principio de Oportunidad

El Principio de Oportunidad es un postulado rector que se contrapone excepcionalmente al Principio de Legalidad Procesal, corrigiendo su exceso disfuncional, con el objeto de conseguir una mejor calidad de justicia, facultando al Fiscal, Titular de la Acción Penal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, independientemente de estar ante un hecho delictuoso con autor determinado, concluyéndola por acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma, todo ello amparado en la necesidad de solucionar, en parte, el grave problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria y asimismo, promover bajo formas novedosas y premisas propias del derecho conciliatorio, que el derecho penal no sólo llegue a sus destinatarios, sino que sea con mayor justicia para la víctima.

Justificación para el establecimiento del principio de oportunidad

Para el Dr. Javier Antonio Villanueva en los países que han consagrado e institucionalizado el Principio de Oportunidad, han existido razones más de política criminal y de seguridad social, que estrictas exigencias jurídicas en sí mismas consideradas frente al delito y la delincuencia, que lo demandan, sustentan y que además motivan y justifican su existencia institucional, por lo tanto



considera que el Principio de Oportunidad constituye figura atípica al derecho procesal penal, aunque esté reglamentado en algunos países en su legislación de procedimiento penal. Sobre el origen del Principio de Oportunidad diferencia dos momentos, el mediato y el inmediato.

El origen mediato del Principio de Oportunidad, tiene su propia creación de forma extraprocesal en agencias u órganos distintos al del proceso penal como tal. La mediata premisa, conduce a lo inmediato, distinguiéndose a su vez, a través de la manifestación o creación en una codificación de procedimiento penal y en este mediante un acto procesal determinado.

Aunque en su origen primigenio que surgió frente a conductas de poco impacto en la vida social, no se puede desconocer su evolución y connotación histórica que posteriormente ha llegado a tener. Indica el doctor Villanueva, que el Principio de Oportunidad se encuentra unido al de legalidad e igualdad ante la ley penal y a la intervención mínima estatal en el conflicto penal, lo que es diferente, expresa, es la selección que hace el Estado de la conveniencia o no de intervenir penalmente y otra es la intervención misma en la aplicación de la ley penal a través de la decisión judicial. Lo primero implica un asunto del accionar punitivo por vía excluyente o negativa y lo segundo involucra la acción punitiva incluyente o positiva del Estado.

Decidir si se aplica o no la ley penal, es trasunto que compete a lo político criminal, trascendiendo la decisión judicial. El momento en el cual el Estado en cabeza del ente judicial que lo representa (que en diferentes países pueden ser la Fiscalía, el Ministerio Público o la Policía Judicial), considera excepcionar la actividad punitiva de quien tiene la potestad constitucional y legal de ejercerla o ejercitarla, es la exacta unión o aproximación del Principio de Oportunidad con la decisión judicial que lo concreta. Esta decisión judicial tiene un origen inmediato en lo político criminal, aunque se exprese de forma mediata en lo procesal- judicial.

Principio de Legalidad y surgimiento del principio de oportunidad

La necesidad del Principio de Oportunidad y la recurrencia al mismo surge a partir del manifiesto deterioro del Principio de Legalidad, existiendo aparente pugna entre ellos, teniendo el Estado que recurrir a otros principios como el de oportunidad por abandono de los medios tradicionales (legalidad e igualdad). Todo esto como resultado de la crisis que genera el delito y la delincuencia, por lo tanto es aquí en donde el Principio de Oportunidad puede convertirse en solución a la naciente crisis que la judicatura penal enfrenta, como reflejo de ella de lo que sucede en la sociedad (Villanueva Meza, 2005).

La flexibilidad del principio de legalidad es una de las orientaciones más recurridas para definir el principio de oportunidad. Desde este punto de vista, lo que existe es una distensión de la legalidad en su sentido formal para el cumplimiento de los postulados de justicia material, explica el doctor Bernal Cuellar reiterando que la "importancia de esta concepción radica en su encuadre constitucional, pues, si el principio de legalidad es uno de los pilares del Estado de Derecho, también lo es que éste apunta al fin del valor superior de la justicia. Los aparatos de la administración de justicia penal aseguran de esta manera, que el Principio de Oportunidad le dé solución alternativa y justa a casos que conforme a la legalidad estricta, implicarían una severidad innecesaria, con consecuencias negativas para el orden jurisdiccional como para el propio inculpado" (Cuellar, 2004).

Se puede hablar entonces de oportunidad reglada, en donde el principio de oportunidad es una manifestación del principio de legalidad. El poder de discreción se encuentra delimitado en la ley, por ende, su utilización en el marco del proceso penal acataría la legalidad, puesto que dicha visión positivista concluiría que cada vez que se aplica el Principio de Oportunidad en un evento previsto por el legislador, se estaría dando aplicación a la ley. Se puede ver que el fiscal discrecionalmente



puede escoger, entre los casos que se acomodan a los supuestos legales en cuales aplicarlo y a cuáles no. Por ejemplo, el poder de archivar la acusación por motivos políticos o por una valoración de conveniencia pública como en el caso norteamericano, sin distinción respecto de la gravedad del delito o los afectados con el mismo, entraría claramente en conflicto con la legalidad, pero en cambio, si se trata de una abstención de acusar a un miembro de una organización criminal a cambio de que éste suministre las pruebas que permitan procesar a los jefes de la misma, o del no ejercicio de la acción en un delito menor a cambio de la reparación integral, la oportunidad se fundamentaría en los fines de justicia, en el primer caso, y reparación, en el segundo; de suerte que no existiría enfrentamiento con la legalidad, pues resulta válido, desde el punto de vista de los fines del proceso, el sacrificio del interés general inicialmente protegido con la persecución penal.

Principio rector del sistema acusatorio. En virtud del cual, el órgano investigador (Fiscalía General de la Nación) tendrá la facultad de decidir si una determinada denuncia de un ilícito penal, aun a pesar de prestar mérito para acusar, será o no llevada a juicio con sujeción a las causales que la ley fije para tal efecto.

Fundamento. Escasa relevancia de la infracción lo que distorsiona la condición de "última ratio" del Derecho Penal; Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; Atender a razones de economía y a la falta del interés público en la punición; Estimula la pronta reparación de las víctimas; Permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, de aquellos que son considerados de mínima lesión social. En ese orden de ideas, postulamos que para la aplicación del Principio de Oportunidad son pertinentes los mismos considerandos y argumentos que los que se articulan para las medidas alternativas a la pena privativa de libertad.

Justificación. Las ventajas sociales que el Principio de Oportunidad ofrece en el sistema acusatorio se pueden enunciar así: La escasa lesión social que pueda generar el injusto penal; Propicia la reparación del daño irrogado con el delito; Evita la inutilidad de la imposición de penas cortas; Contribuye a hacer realidad el elemento del debido proceso "juicio razonablemente rápido"; Contribuye a distinguir la mayor o menor gravedad de las conductas delictivas.

Objeto. El objeto del Principio de Oportunidad consiste en corregir la disfuncionalidad del Principio de Legalidad Procesal, postulando una mejor calidad de justicia, facultando al Fiscal, Titular de la Acción Penal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, independientemente de estar ante un hecho delictuoso con autor determinado, concluyéndola por acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión, los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma.

Finalidad. La finalidad del Principio de Oportunidad consiste en la necesidad de solucionar, parcialmente la crisis del sistema, de la que se deriva el grave problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria, promoviendo con ello las nuevas tendencias del derecho conciliatorio frente al procesalismo, permitiendo así que el derecho penal no sólo llegue a su destinatario, sino que además, provea mayor justicia para la víctima.

Aplicación del principio de oportunidad en Colombia

En nuestro país ha regido hegemoníamente el principio de legalidad, en el Código de Procedimiento Penal, en el artículo 6 consagra, LEGALIDAD: *Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas*



propias de cada juicio. La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia; sin que esto signifique, que el Principio de Oportunidad haya estado totalmente ausente, pese a la no consagración específica de criterios de oportunidad en la legislación penal colombiana (Ley 906, 2004. Artículo 6).

Para Gimeno Sendra, el Principio de Oportunidad es la FACULTAD que al titular de la acción penal le asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia, y que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado (Gimeno, Moreno, & Cortés, 1993, pág. 56).

Citando Claux Roxin que define el principio de oportunidad, obviamente arreglado, como aquél mediante el cual se autoriza al fiscal a votar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo -es archivando el proceso- cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado con gran probabilidad, ha cometido un delito (Oré Guardiola, 1996).

En el texto de la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, el Fiscal General de la Nación expuso sobre el Principio de Oportunidad: *"...la regla en materia de investigación y acusación la determina el principio de legalidad y la excepción será el principio procesal de la oportunidad"*.

El principio de legalidad o de obligatoriedad consiste en que la Fiscalía, ante conductas que se perfilan como delictivas (sospechas verosímiles), tiene la obligación de realizar las indagaciones e investigaciones pertinentes y, culminadas éstas, debe acusar a los presuntos responsables ante los jueces de la República, si a ello hubiere lugar.

El principio de oportunidad, no contrasta con otro principio cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, cual es el de la legalidad, pues éste último impone a los administradores de justicia la obligación de adelantar las acciones legales previstas en la ley, mientras que el primero se torna en excepción a este deber.

La antítesis es el principio de oportunidad o de discrecionalidad, según el cual se facultaría a la Fiscalía, en casos expresamente determinados en el Código de Procedimiento Penal que se proyecta, para optar entre investigar o dejar de hacerlo, acusar o precluir, 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 sólo se consuma con el aval del juez que ejerce la función de control de garantías.

Corresponde en Colombia un nuevo orden en el proceso y procedimiento penal, diferente a las introducidas por las legislaciones precedentes. Orden en el cual, el diseño de las actuaciones penales se encuentran en consonancia con la necesidad de reducir el delito y delincuencia a sus mínimos niveles de existencia. Pretendiendo el logro de formas y contenidos, eficientes y eficaces en la respectiva lucha contra la criminalidad organizada, dentro de un nuevo concepto introducido por la Ley 906 de 2004, en la que tiene que ver con la política criminal de Estado y el Principio de Oportunidad como eje de aquella. La idea entonces apunta, a que los procesos penales se desarrollen con máxima celeridad que las circunstancias exigen.

Discusión



Para la Corte Constitucional: La adopción constitucional del principio de oportunidad penal, llevada a cabo mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, que para ese efecto reformó el artículo 250 de la Constitución Política, obedeció a la verificación de un fenómeno social ampliamente conocido: la imposibilidad fáctica de la justicia penal para satisfacer las exigencias de la aplicación irrestricta del principio de legalidad, conforme al cual, la Fiscalía General de la Nación estaba obligada, sin excepción, a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistieran las características de un delito que llegara a su conocimiento, en todos los casos (Sentencia C-095, 2007).

Origen y desarrollo del acto legislativo número 003 de 2002.

En el mes de abril de 2002, durante el gobierno del ex presidente Andrés Pastrana Arango, sus ministros del Interior y de la Justicia y el Derecho, presentaron ante el Congreso Nacional un proyecto de Acto Legislativo encaminado a introducir reformas en el sistema de administración de justicia vigente. Esta iniciativa de reforma constitucional tiene la finalidad de modificar la estructura del sistema de procesamiento criminal colombiano, para adoptar uno de clara tendencia acusatoria, en donde el eje del proceso sea el juicio oral y, por esta vía, se respeten de mejor manera los derechos de los ciudadanos durante la investigación y el juzgamiento.

El proyecto de reforma constitucional fue recibido el 26 de abril de 2002 en la Cámara de Representantes, en donde fue radicado como "Proyecto de Acto Legislativo Número 237-Cámara, Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política" cuyo texto normativo se encuentra en la Gaceta del Congreso número 134 del año XI, correspondiente al viernes 26 de abril de 2002 (Gaceta del Congreso número 148, 2002).

Se hizo la inclusión del Principio de Oportunidad, manifestando: "Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos tutelados por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema. La filosofía del principio de oportunidad radica en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta" (Gaceta del Congreso número 148, 2002).

Como se ve, los ponentes recogieron el espíritu con el cual se había adoptado en los países europeos la filosofía del Principio de Oportunidad, esto es, una razón de simplificación, aceleración y eficiencia práctica en la administración de justicia. Y para completar su opinión acerca de la naturaleza de dicha figura, dejaron sentado que: "El mencionado principio se concreta en una excepción al de legalidad, y funcionaría de una manera similar a como operan las figuras del *plea guilty* (*declaración de Culpabilidad*) y el *plea bargaining* (*pedir rebaja*) en el sistema anglosajón, donde la primera es la confesión y su efecto es evitar el juicio, y la segunda es la negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado" (Gaceta del Congreso número 148, 2002).

Acto Legislativo 3 de 2002.

Este acto legislativo modificó la Constitución Política para introducir el sistema penal acusatorio. En desarrollo de ella, el Congreso de la República expidió una Ley que modificó el Código Penal (Ley 890, 2004) y la nueva ley por medio de la cual se expidió el Nuevo Código de Procedimiento Penal



(Ley 906, 2004); de esta manera, se inició en nuestro país el proceso de adecuación normativa, con miras a la implantación del nuevo sistema procesal penal. Ley declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-193-05 de 3 de marzo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, por el cargo analizado, esto es haber sido tramitada como ley ordinaria y no como ley estatutaria

El Principio de Oportunidad está dentro de este sistema penal como una excepción al principio de legalidad, cuyas directrices están exegéticamente señaladas en la ley. La reforma a la Constitución Política, implica una transformación sustancial en la manera como el Estado persigue el delito.

El artículo 2º del acto legislativo No. 3 de 2002 enuncia el Principio de Oportunidad y modifica el artículo 250 de la Constitución Política el cual: Señala la obligatoriedad de la acción penal, como el principio general de aplicación, lo que quiere decir que el mandato constitucional para la Fiscalía general de la Nación, implica la investigación y la promoción de acusación, en los eventos en los que se compruebe la comisión de la conducta punible. La aplicación del Principio de Oportunidad es excepcional (Acto Legislativo 03, 2002).

La noción de oportunidad reglada, tiene plena cabida en el texto constitucional, pues es la ley la que señala su aplicación, tal y como se desprende del texto. No obstante, la interpretación de la Corte Constitucional se ha guiado por la acepción de disposición de la acción.

La aplicación del Principio de Oportunidad ha de estar enmarcado en unas decisiones de política criminal del Estado para que sea la que defina las sustanciales regulaciones y manejo que ha de tener el Principio de Oportunidad, lo cual quiere decir que la noción de política criminal, debe estar inspirada constitucionalmente. Dicha orientación constitucional, se corresponde con la acepción de flexibilidad del principio de legalidad, en el sentido de mitigar la formalidad de éste, para darle paso a una política criminal que determine la realización de justicia material. El Principio de Oportunidad está sujeto a control de legalidad por parte del juez de garantías. Este control que ejerce el juez de garantías sobre la aplicación del Principio de Oportunidad, independientemente de sus consecuencias provisionales, precarias o definitivas, debe estar orientado no solamente a emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado (Sentencia C-979, 2005). En cuanto a la decisión de preclusión por falta de méritos para acusar, el competente es el juez de conocimiento.

La Constitución no deja a un lado el principio de legalidad, solo establece la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad. Lo anterior se explica, por los deberes de respeto y protección que advierten la actividad del Estado. Como se ha dicho, es un deber de perseguir el delito, como mecanismo para restaurar el disfrute de los derechos; pero puede resultar desproporcionado el adelantamiento de la acción penal. Por lo anterior y bajo una óptica del derecho penal como ultima ratio (Sentencia C-820, 2005), el Principio de Oportunidad se instituye como mecanismo para ponderar intereses y derechos constitucionales en conflicto.

En ejercicio de la discrecionalidad reglada que la Constitución asigna al fiscal en materia de Principio de Oportunidad, le impone no solamente una evaluación acerca de la aplicación de alguna de las causales legales para que opere este mecanismo, sino que deberá determinar las consecuencias de la aplicación del Principio de Oportunidad: la interrupción, la suspensión o la renuncia de la acción, a la vez que habrá de constatar el respeto por las garantías del investigado. Son por ende los tres supuestos, expresiones del Principio de Oportunidad con alcances distintos en cuanto que respecto de los dos primeros la fiscalía, excepcionando su deber general de investigación, cesa

transitoriamente en el ejercicio de la acción penal con la posibilidad de su reanudación, en tanto que el último de los supuestos comporta la extinción de la acción penal. En los tres eventos se presenta una cesación, autorizada por la ley, de la acción penal, ya sea de carácter transitorio o precario, ya de carácter definitivo, y sometida en todos los eventos al control jurisdiccional de legalidad (Sentencia C-979, 2005).

La función de ponderación, tiene importantes consecuencias para la caracterización de la figura, pues supone un análisis de las condiciones particulares de cada caso. Quiere decir esto, que no se establece por vía general la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, sino que serán las circunstancias de cada caso concreto, las que definen si ha de aplicarse el principio.

Por otra parte, la Constitución concede al legislador el señalamiento de las condiciones del ejercicio del Principio de Oportunidad, que son las que integran la política criminal del Estado. Por lo tanto, la Fiscalía no es autónoma para disponer sobre el ejercicio del Principio de Oportunidad, pues es, una actividad reglada de una autoridad pública. Podemos concluir, que el legislador no puede establecer una facultad discrecional en cabeza de la Fiscalía, sino que debe de contemplar condiciones de aplicación del principio, las cuales deben ser además, compatibles con los principios y derechos constitucionales.

(...) A nivel internacional, se aceptan dos formas de ejercer sus funciones la Fiscalía, a saber, dando aplicación al principio de oportunidad en forma amplia, en donde el ente acusador, sin limitación a precepto legal, decide, por sí y ante sí, por ejemplo si acusa o no a determinada persona, no obstante existir la prueba necesaria para ello, con base en criterios como la alarma social, la gravedad del delito, el uso óptimo de los recursos escasos, el interés público en la represión de ciertos tipos delictivos, y como contrapartida surge la capacidad de responder políticamente ante la comunidad por no actuar. O por el contrario, rigiéndose por el principio de oportunidad reglada, en donde previamente el legislador le establece los parámetros dentro de los cuales puede decidir si ejerce o no la acción penal. Precisamente es la vía de la oportunidad reglada, conocida en otras latitudes como la discrecionalidad técnica, la que se ha acogido como regla de comportamiento de la Fiscalía, y de todas maneras se adiciona previo el control judicial, porque será una decisión de esa naturaleza la que avale la posición del ente acusador (Pabón Parra, 2002).

Diversas justificaciones se esgrimieron para la incorporación de esta figura en el derecho penal procesal colombiano. De un lado, la Fiscalía pretende emplearla como herramienta para desarticular organizaciones criminales, cuando alguno de sus miembros ayude a desmantelaras y con ello evitar una acción penal en su contra. También como mecanismo para diferenciar la respuesta penal entre la criminalidad menor y la grave, según el principio de Proporcionalidad, lo que lo convierte en instrumento para descriminalizar, cuando existan otras sanciones más eficaces o se considere innecesario iniciar un proceso o penalizar al imputado. Por otra parte, se busca dar un mejor uso a los escasos recursos, concentrando los esfuerzos de investigación en los delitos más graves, y una mayor eficacia y celeridad del sistema, en tanto que lograría descongestionar los despachos judiciales. Adicionalmente y según el modelo de justicia restaurativa, se persigue como finalidad el obtener la rápida indemnización de la víctima y contribuir a la consecución de la justicia material sobre la formal.

Ley Nueva

El artículo 324 de la Ley 906 regula las excepciones al principio de Legalidad, es decir, la lista taxativa de eventos en los cuales puede aplicarse el Principio de Oportunidad. Los casos son:



Delitos de criminalidad mínima y media (numeral 1): Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años, se exige reparación previa integral a la víctima (en caso de que se conozca), y además, que se haya determinado de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la acción penal. En el proyecto de ley se contemplaba esta causal para delitos de máximo 10 años y no se exigía la reparación previa. Con la Ley 890 de 2004, diversas conductas que podían resultar incluidas en esta causal fueron retiradas, ante el aumento de los topes máximos de las penas.

Delitos cometidos por personas entregadas en extradición: El Principio de Oportunidad se aplica frente a los delitos por los cuales fueron entregados (numeral 2) y si se tiene conocimiento de que algún perjudicado directo con el delito reside en Colombia, se intenta su ubicación para informarle y conocer su pretensión de reparación integral, o frente a otra conducta punible cuya sanción en Colombia carezca de importancia en comparación con la sanción que le sería impuesta en el extranjero (numeral 4), se le informa a la víctima y al ministerio público.

Colaboración con la justicia: Puede aplicarse el Principio de Oportunidad, frente al imputado o acusado que colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada (numeral 4). También cuando sirva como testigo principal de cargo contra los demás procesados, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial (numeral 5). En este caso, los efectos de la aplicación del Principio de Oportunidad serán revocados, si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.

Pena natural (numeral 6): Cuando el imputado o acusado hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva. Es el caso del conductor que pierde el control de su vehículo por embriaguez y en el accidente muere su esposa.

Culpabilidad disminuida: Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social (numeral 11); cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración, que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social (numeral 12); o cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad (numeral 15).

Cumplimiento en la suspensión del procedimiento a prueba (numeral 7): Cuando exista la posibilidad de suspender el proceso para someter a prueba al imputado, en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de éste se cumple con las condiciones impuestas.

Revaloración del interés público en la persecución de la conducta: Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado (numeral 8); o cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas (numeral 14). En este último evento, el Principio de Oportunidad no procede en los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores,

organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas (parágrafo 1º del artículo 324 Código de Procedimiento Penal).

Importancia ínfima: Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios (numeral 9); cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio (numeral 10); o cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral el hecho no volverá a presentarse (numeral 13).

Mínima participación (numeral 16): El Principio de Oportunidad puede aplicarse cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas. Se excluyen de la aplicación de esta causal los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización (parágrafo 1º del artículo 324). El numeral 16 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-673-05: "Al respecto la Corte considera que, en el presente caso, el legislador no reguló con la necesaria precisión y exactitud el ejercicio de esta facultad discrecional con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal en el marco de la política criminal del Estado, vulnerándose el artículo 250 C.P.

La Corte considera, que hacer depender la aplicación del Principio de Oportunidad de una investigación, en cuanto dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia otra de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, resulta de esta manera una norma completamente ambigua, indeterminada y oscura (...) La advertida imprecisión de la norma acusada, imposibilita por su parte el ejercicio de un adecuado y real control por parte del juez de garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del Principio de Oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley."

La aplicación del Principio de Oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto, según lo ordena el parágrafo 2º del artículo 324.

Límites al Principio de Oportunidad

Debido a que la Constitución incorpora los tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado y las normas de derecho internacional humanitario al bloque de constitucionalidad (Constitución Política, 1991, Artículos 93 y 214 numeral 2), y que por ello las leyes internas deben ser acordes a tales normativas, el Principio de Oportunidad fue limitado por el legislador al prohibir su aplicación, cuando los hechos de los que se trate, puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma (parágrafo 3º del artículo 324 de la Ley 906, modificada por la Ley 1313 de 2009). De otro modo, podría invocarse el artículo 1.1. de la Convención Americana, que impone a los Estados Parte (entre ellos Colombia) "la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Tratado a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, lo que supone a su vez no sólo que exista un orden jurídico que propenda por la realización de este



mandato" (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969), sino además que el Estado se organice de tal modo que pueda asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos. "Si se admitiera la aplicación del Principio de Oportunidad frente a delitos como la desaparición forzada o el genocidio, el Estado violaría este mandato e incumpliría su obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos fundamentales" (Sentencia de 29 de Julio, 1988).

Desde la más temprana jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha sostenido que: El Estado está (...) obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

Por lo anterior, el Principio de Oportunidad no puede aplicarse frente a hechos en los que se hayan visto afectados los Derechos Humanos protegidos por la Convención Interamericana. Por lo tanto, delitos como el homicidio doloso, el genocidio o la desaparición forzada siempre deberán ser investigados. Una interpretación distinta podría comprometer la responsabilidad internacional de Colombia ante la Corte Interamericana.

Esto tiene incidencia en el tema del conflicto armado, dado que numerosos jefes guerrilleros y paramilitares están vinculados a investigaciones por este tipo de delitos. El uso del Principio de Oportunidad como mecanismo para otorgar "indultos" o "amnistías" a grupos armados ilegales por delitos que no pueden ser perdonados ni por el gobierno ni por la rama judicial, hubiera generado un conflicto con la Constitución y los Tratados internacionales, que habría de resolverse en la Corte Constitucional (mediante sentencia de inexecutable), y en la Corte Interamericana, respectivamente. No obstante, frente a delitos políticos, el Principio de Oportunidad sí podría operar, v. gr., por colaboración con la justicia (numerales 4 y 5 del artículo 324 de la Ley 906, modificada por la Ley 1312 de 2009), o en los eventos contemplados en el numeral 14 del artículo 324 de la Ley 906, con la excepción ya mencionada de improcedencia a favor de los jefes, organizadores, promotores o personas que suministren elementos para la realización del delito. Una limitación adicional, introducida en el último debate en la plenaria del Senado, consagra el párrafo 3º del artículo 324 y que posteriormente fuera modificado por la Ley 1312 de 2009: No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

De la Discrecionalidad en la función de la Fiscalía. El Estado tiene recursos "limitados", y esa insuficiencia tiene efectos en la forma concreta en que la ley es aplicada. Se admite, incluso por críticos acérrimos de la discrecionalidad, que salvo que se multiplicara por diez la fuerza laboral de los fiscales, es humanamente imposible que se procesen todos los delitos de los que se tienen conocimiento. Por tanto, los fiscales deben escoger los casos que van a procesar a partir de criterios que, en su mayor parte no aparecen escritos en un manual, mucho menos en una ley, aunque es dable suponer que motivos de gravedad del hecho y de soporte probatorio jueguen un papel concluyente a la hora de decidir que acusar y que no. El Estado ni lo puede todo, ni lo debe todo, entonces la discrecionalidad surge como una herramienta que permite utilizar los recursos existentes de la manera más eficiente posible. Sin embargo, no deja de ser un arma de doble filo, pues si la descripción de las conductas punibles es demasiado amplia, no pocos comportamientos, y con ello,



no pocas personas pueden caer en las redes del poder del fiscal, como fruto de la discrecionalidad de éste (Muñoz Neira, 2006).

Existen fórmulas cuando de aplicarse exhaustivamente el Principio de oportunidad se trata, como son:

Plea Bargaining (Pedir rebaja). Es un mecanismo institucionalizado por el cual se evita un juicio prolongado o una condena mayor, por acuerdo entre las partes en la causa penal.

El Plea Bargaining consiste en el acto por el cual el imputado se declara culpable y conforme con los cargos que le formulen, renuncia al derecho de que su causa sea vista en un juicio con las garantías de un debido proceso en el que tiene la posibilidad de llegar a ser absuelto. En este supuesto se tiene que el Principio de Legalidad deja paso al Principio de Oportunidad. Estas alegaciones, constituyen un instrumento procesal de negociación a través del cual, con mediación de su defensor, se obliga a aceptar su culpabilidad –alegación de culpabilidad- por el delito imputado en la acusación o en la denuncia, o por una infracción menor o una relacionado con el delito imputado y el fiscal a cambio, se obliga alternativamente a: 1.-Solicitar el archivo de otros cargos pendientes; Eliminar la alegación de reincidencia o delincuencia habitual; 3.- Recomendar una sentencia en particular, o no oponerse a la solicitud que haga la defensa sobre una sentencia específica, o acordar que determinada sentencia es la que dispone adecuadamente del caso.

La recomendación de determinada sentencia o la no oposición a la solicitud que haga la defensa sobre determinada sentencia, no obliga al Tribunal, quien además no participa en la negociación. En los Estados Unidos de Norteamérica, es innegable la utilización pragmática de éste mecanismo de terminación prematura del proceso penal, a través del cual el imputado renuncia a los derechos constitucionales que le ofrece un juicio ordinario a cambio del compromiso por parte del fiscal, de asumir en el juicio una de las actuaciones ya reseñadas.

Las declaratorias de culpabilidad con sus consecuentes rebajas de pena, no están prohibidas por la Constitución, dada no solo la gama de posibilidades que el juez y el jurado tienen en la individualización de la sanción, sino, porque, con frecuencia, ambas partes encuentran ventajas al evitar la imposición de la máxima penalidad autorizada por la ley. Así, para el procesado que observa muy pocas posibilidades de absolución, el declararse culpable trae consigo una pena reducida y la dispensa de las cargas propias del juicio. Para el Estado, por su parte, hay también ventajas: una administración de justicia más pronta que conduce a que los escasos recursos de jueces y fiscales se puedan conservar para casos cuya trascendencia social cause un mayor impacto.

Para que la suspensión sea completamente válida se exige que el procesado actúe con conocimiento, inteligencia y voluntad. El sistema primario de garantías que se designa para el cumplimiento de los requisitos de inteligencia y conocimiento recaen en el consejo de la defensa, por esa razón es imperativo que el procesado esté representado por defensor quien debe estar presente al momento de hacerse la solicitud; en caso de no tener representación en dicho momento, puede hacerse la solicitud siempre y cuando se posea efectiva asistencia, como lo ha establecido la jurisprudencia. Ahora bien, en palabras de la Corte, el procesado no puede desistir de su declaratoria de culpabilidad una vez hecha simplemente porque descubra después, que su aceptación se basó en un cálculo errado acerca de la solidez de la posición del Estado en el caso respectivo o de un juicio equivocado respecto de las posibles sanciones y alternativas; por ende, si la decisión de declararse culpable se basó en una premisa que luego resultó ser incorrecta, no por ello la declaratoria o sus efectos pierden validez (Muñoz Neira, 2006).



Según la jurisprudencia de los Estados Unidos, si bien es cierto el plea bargaining reviste un carácter contractual, no puede negarse que se trata de una transacción especialísima, a la cual no pueden aplicarse todas las consecuencias de los contratos civiles, pues de ser así, el simple acuerdo de voluntades en torno a la responsabilidad del implicado, antes de la aceptación por el Tribunal, generaría consecuencias y obligaciones para las partes. Regularmente se establece que la oportunidad para iniciar alegaciones pre-acordadas es "antes del juicio", preferiblemente en el acto de lectura de la acusación. Pero tal limitante temporal de oportunidad no es absoluta, pues se prevé que el Tribunal podrá discrecionalmente permitir la negociación "en cualquier momento". La terminación prematura del proceso penal, con sentencia condenatoria, se produce en un importante porcentaje, siempre que se respete el debido proceso, conveniente para la administración de justicia.

Chargebargaining (negociación de carga): Consiste básicamente en hacer una negociación conducente a obtener una rebaja de pena o el beneficio de la no persecución penal, a través de la sustitución de cargos originarios por unos menos graves, o la reducción del número cuando sean varias las imputaciones. Para hablar de las formas que puede revestir el acuerdo, hay que recalcar que los fiscales norteamericanos gozan de una gran discreción en la elaboración de la acusación, tan solo se requiere, jurisprudencialmente hablando, que exista causa probable para soportar el cargo y que consecuentemente las imputaciones no sean arbitrarias. El amplio poder discrecional del fiscal tiene consecuencia en la medida de la punibilidad, pues bajo la ley Federal es común encontrar un buen número de estatutos según los cuales un fiscal puede escoger para una misma conducta distintas formas de tratamiento dosimétrico para presentar ante la Corte, o para obtener la sentencia acordada, según se hayan adelantado las conversaciones con la defensa. La discrecionalidad del fiscal de los Estados Unidos sobre el monopolio de la acusación, se puede apreciar en el contexto de la formulación.

Sentencebargaining (negociación de la sentencia): Esta es la forma más común de justicia auto-compositiva penal en los Estados Unidos, y consiste en que una vez determinados los cargos, las partes acuerdan los actos pertinentes del hecho que se presentarán ante la Corte, a efecto de proponer una sentencia que tenga flexibilidad dentro de los rangos de máximos y mínimos que puede aplicar el juez. Estos acuerdos se pueden presentar en forma de estipulaciones sobre sentencia, es decir, recomendaciones autorizadas de la fiscalía, de las cuales la ley exige un contenido material que no sea erróneo o que pueda inducir a error al juzgador, razón adicional para entender que el juez mantiene la potestad de examinar los hechos pertinentes, a efecto de rechazar o aceptar el acuerdo.

Bargaining of cooperation (negociación de Cooperación). Este es un instrumento de lucha contra la criminalidad organizada, por el que un procesado puede obtener una rebaja sustancial de pena, toda vez que las líneas básicas de sentencia que hemos comentado permiten un cálculo distinto con puntos de partida mínimos como contraprestación a la cooperación, siempre y cuando la petición esté reconocida por la fiscalía. Teóricamente la Corte puede denegar la solicitud de la fiscalía pero en la práctica judicial, generalmente estos acuerdos se mantienen inalterables, por el interés que tiene el órgano de acusación en obtener el máximo de información para sus fines. Por ello es claro que las reglas de cooperación otorgan al fiscal un poder total de negociación.

Para iniciar el proceso de negociación el fiscal debe tener certeza de que el colaborador conoce el caso o acerca de otras actividades criminales, pero lo que resulta relevante es que el conocimiento que posee el colaborador sea efectivamente incriminatorio.

En algunos casos la fiscalía dispone de profesionales especializados en este tipo de negociación, los cuales se asignan según se necesite corroborar o desechar información o establecer las relaciones correspondientes con otros actos delictivos o personas, en orden a mantener bajo la más estricta reserva toda la información. Los profesionales que se encargan para estos efectos transmiten una versión general de lo que el acusado está dispuesto a decir, para que con su correspondiente informe se valore la colaboración.

CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico penal colombiano está fundamentado en el principio de legalidad, donde una vez conocida la noticia criminal el Estado tiene la obligación de iniciar la investigación penal, esto es, perseguir y capturar al culpable de la conducta punitiva y antijurídica, esta función la Constitución de 1991 la encomendó a la Fiscalía General de la Nación. Pero los grandes hombres que hacen las leyes colombianas les fue más fácil improvisar con argumentos de celeridad y descongestión judicial, modificar la Constitución Nacional, si el problema de criminalidad está en una deficiente política de Estado que no considera al colombiano como ser humano, sino como un elemento que consume lo que el Estado gasta como inversión social, desconociendo que es la sociedad la que paga los impuestos y quienes incrementan las arcas del Estado.

Si la filosofía del principio de oportunidad radica en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta, porque no ha disminuido la Criminalidad, ahora que los grupos rebeldes firmen la paz, será que desaparece la delincuencia?, claro que no, mientras el Estado no invierta en el Hombre, en la recuperación de los valores morales y cívicos que fortalezcan el tejido social, la familia seguirá el proceso de descomposición; hacen falta fuentes de trabajo que sacien la economía de subsistencia, y donde el Estado democrático sea para todos los colombianos y no para una elite.

La función de hacer efectivo el principio de legalidad era obligatoria y estaba encomendada a la Fiscalía General de la Nación por la Constitución de 1991, y era armónica con los principios y derechos relativos al proceso establecidos en la Carta, como el derecho de igualdad ante la ley (Constitución Política, 1991, Artículo 13), que implica que no se puede seleccionar arbitrariamente a qué personas se investigará y a quienes no; a la independencia de la administración de justicia como función pública (Constitución Política, 1991. Artículo 228), lo que justifica que exista un ente distinto al juzgador y que obliga a que no dependa de las otras ramas del poder público; a la jurisdicción y al acceso a la administración de justicia (Constitución Política, 1991. Artículo 229); al debido proceso, a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa (Constitución Política, 1991. Artículo 29).

El principio de oportunidad aplicado en Alemania llevo al desbordamiento de la delincuencia, que a su vez produjo congestión judicial, lo que a su vez obligó a la justicia a concentrarse en ciertos delitos, dejando sin respuesta crímenes que eran denunciados pero no atendidos. Los sistemas judiciales aplicaban de facto el Principio de Oportunidad. Entre más limitados fueran los recursos en el país, mayor era el espectro de delitos que no eran investigados. Ello a su vez tenía un impacto sobre la comunidad, que no ponía en conocimiento de la justicia diversos crímenes que presumía que no serían investigados, generando de este modo un círculo vicioso de impunidad. Incorporar el



Principio de Oportunidad significaría reconocer que en la práctica se efectúa tal selección, y que es mejor que la misma la realice el legislador y no arbitrariamente el sistema judicial. También propendería por la celeridad procesal, al abstenerse de investigar hechos de mínima lesividad.

Otra consideración, esta vez desde la perspectiva de los derechos del imputado, se esgrimió a favor del principio de Oportunidad. En el caso de delitos de escasa relevancia social o de mínima culpabilidad, debía otorgarse al fiscal la posibilidad de suspender un proceso para no exponer al imputado a una reacción penal injustificada, dado los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. Para evitar una colisión con el principio de Legalidad, se prefirió en los países de tradición jurídica continental europea instaurar el Principio de Oportunidad como excepción al de Legalidad. La regla general es la persecución de todos los delitos; los casos en que puede aplicarse el principio de Oportunidad están taxativamente consagrados en la ley.

La fórmula que han acuñado los estudiosos, a propósito de la búsqueda de equilibrio que debe realizar la fiscalía es: solicitar inmunidad entre muchos participantes de organizaciones criminales, a aquel testigo menos comprometido penalmente que mayor información posee sobre las actividades delictivas, y es normal que esta tendencia se presente, toda vez que en el núcleo de la cuestión teórico-legal, lo que aparece es la búsqueda de una vía intermedia entre las necesidades de la política criminal y la aplicación irrestricta de las garantías procesales penales, en especial, el privilegio contra la autoincriminación.

En el mismo sentido se entiende que en una fase primigenia de la inmunidad, la culpa de quien testimonia no se suspende, sino que aparta el peligro de persecución penal con fundamento en su testimonio, dependiendo de las condiciones del acuerdo y por eso mismo el testimonio no es suficiente base para inculpar. No obstante, se le advierte al declarante que en el evento en que sea llamado como testigo de la fiscalía en juicio y su información resulte contradictoria con la otorgada originariamente, se pueden adelantar las acciones judiciales correspondientes.

La ley permite la derivación de información, a partir de las declaraciones que da el procesado para su propio juicio o para complementar su propia investigación, lo que representa uno de los principales obstáculos en algunos distritos para la aplicación de la figura. Claro está que en la práctica judicial no sucede esto con frecuencia, porque la estrategia de los abogados defensores en la negociación es la de no permitir, por parte de la fiscalía, la utilización de este tipo de información ejercitando el derecho a permanecer en silencio.

BIBLIOGRAFIA

- Acto Legislativo 03, C. 2002. *"Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Reforma los Artículos 116, 250 y 251, sobre administración de justicia y Fiscalía General de la Nación"*. Bogotá: Publicado en la Gaceta del Congreso 134 de 2002, D.O. 45040 del 2002.
- Alschuler, A. W. 1979. *Plea bargaining and its history (negociación de los cargos y su historia)*. Columbia: Law Review, pp. 79.
- Cerezo Mir, J. 1996. *Curso de Derecho penal español. T-I, 5 edc.* Madrid: Tecnos.
- Código Penal Peruano, C. 1994. *Código Penal del Perú*. Lima: Congreso de la República.
- Código Procesal Penal del Perú, C. 1995. *Código Procesal Penal del Perú*. Lima: Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 6 de Abril de 1995.



- Constitución Política, A. 1991. *La Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, ... decreta, sanciona y promulga*. Bogotá: Gaceta Constitucional N° 116 de Julio 20 de 1991.
- Convención Americana de Derechos Humanos, O. 1969. *Convención Americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos*. San José, Costarrica: OEA.
- Cuellar, J. B. 2004. *El proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dammert, L., Salazar, F., Mont, C., & González, P. A. 2010. *Crimen e inseguridad, indicadores para las américas*. Santiago, Chile: FLACSO-Chile.
- DANE Nov. 18/2015. 2015. *Población de Colombia Hoy*. Bogotá: DANE, disponible en <http://www.dane.gov.co/>.
- Devis Echandía, H. 1972. *Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del proceso, tercera edición*. Bogotá: ABC.
- Gimeno, S., Moreno, C., & Cortés, D. 1993. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gómez Pérez, A. 2011b. *Los problemas actuales en ciencias jurídicas*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.
- Ley 1312, C. 2009. *Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad*. Bogotá: Diario Oficial No. 47.405 de 9 de julio de 2009.
- Ley 890, C. 2004. *Por el cual se modifica y adiciona el Código Penal*. Bogotá: Diario Oficial 45.602 de 7 de Julio de 2004.
- Ley 906, C. 2004. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.
- Muñoz Neira, O. 2006. *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Editorial Legis.
- Olaeta, H. 2003. *Medición del Crimen*. Buenos Aires: Univesidad Nacional de Quilmes.
- Oré Guardia, A. 1996. *Manual del Derecho procesal penal, primera edición*. Lima, Perú: Editorial Alternativas SRL.
- Pabón Parra, P. A. 2002. Normas rectoras de la ley penal colombiana. *Revista de Derecho Penal*, N° 29, 45-54.
- Periódico el Tiempo. (07 de Abril de 2015). Más de 500 pandillas azotan a las principales seis ciudades del país. *El Tiempo*, págs. Nación y Bogotá, disponible en <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/criminalidad-en-ciudades-de-colombia/15527197>.
- Quintero C., D. M., La Huerta P., Y., & Moreno A., J. M. (2008). *Un índice de criminalidad para Colombia, 2008*. Bogotá: Policía Nacional.
- Resolución 200-2001, C. 2001. *Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público n° 200-2001*. Lima: Diario Oficial el Peruano, 24 de Abril del 2001.
- Salas Beteta, C. 2002. *Principio de Oportunidad*. Lima: Universidad Privada San Juan Bautista, disponible en www.alfonsozambrano.com/principio/pr-principio.doc.
- Schunemann, B. 1971. *Límites de la omisión penal, metodología criminal*. Berlín: Gottingen.



Sentencia C-095, C.Con. 2007. *Principio de Oportunidad*, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá: Gaceta Corte Constitucional del 14 de Febrero de 2007.

Sentencia C-820, C.Con. 2005. *Principio de Legalidad Penal, Principio de Favorabilidad*; MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá: Gaceta Corte Constitucional del 09 de Agosto de 2005.

Sentencia C-979, C.Con. 2005. *Principio de la Cosa Juzgada, principio Non Bis in idem, Principio de oportunidad reglado, Justicia restaurativa*; MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: Gaceta Corte Constitucional del 26 de Septiembre de 2005.

Sentencia de 29 de Julio, C.Con. (1988). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. San José: CIDH.

Silva Sanchez, A. 1992. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.

Villanueva Meza, J. A. 2005. *El principio de oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Editorial Leyer