

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

FARID ANTONIO BEJARANO

JOHANNA CASTRO GOMEZ

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL PROBATORIO

UNIVERSIDAD DE MEDELLIN

2011.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Presentado por:

FARID ANTONIO BEJARANO

JOHANNA CASTRO GOMEZ

Monografía presentada como requisito para optar por el título de

ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL PROBATORIO

ASESOR:

CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL PROBATORIO

UNIVERSIDAD DE MEDELLIN

2011.

TABLA DE CONTENIDO.

GLOSARIO.....	6
RESUMEN.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
1 TITULO: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.....	11
2. PROBLEMA: ¿si la naturaleza del principio de oportunidad consagrado en el artículo 250 de la constitución es compatible con los estándares internacionales?.....	11
3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	14
4. MARCO TEORICO.....	15
5. OBJETIVOS.....	24
5.1. OBJETIVO GENERAL.....	24
5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	24
6. METODOLOGÍA	25
7.1. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	26
7.1.1.1. En Colombia.....	26
7.1.1.2. En Alemania.....	28
7.1.1.3. En Argentina.....	28
7.1.1.4. En Perú.....	30
7.2. UBICACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE PORTUNIDAD EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS.....	33

7.2.1.1 Los fines del Principio de Oportunidad en la legislación extranjera.....	45
7.3. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL.....	54
7.3.1. En Colombia.....	55
7.3.2. En Argentina.....	59
7.3.3 En Perú.....	62
7.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	70
7.4.1.1. RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CON OTROS PRINCIPIOS.....	70
7.4.1.2. con el del debido proceso.....	71
7.4.1.3. con el de de defensa.....	71
7.4.1.4 Con el de Igualdad.....	71
7.4.1.5 Con el Principio de Legalidad.....	73
7.1.1.6 Con el Principio de Obligatoriedad.....	75
7.5. LOS ESTANDARES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD..	78
7.5.1.1. Que son los Estándares.....	78
7.5.1.2. Estándares Jurídicos.....	79
7.5.1.3. Concepto de estándar del principio de oportunidad.....	79
7.5.1.4. Los estándares del principio de oportunidad según la Doctrina.....	80
7.6. CARÁCTER PROCESAL O EXTRAPROCESAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	84
7.6.1.1. En Colombia.....	84

7.6.1.2. En Alemania.....	85
7.6.1.3. En Argentina.....	86
7.6.1.4. En Perú.....	88
7.7. LIMITES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	90
7.7.1.1. Desde la perspectiva de la protección de los bienes jurídicos.....	97
7.7.1.2. Desde los fines de la pena.....	101
7.8. NATURALEZA DE LA DISCRECIONALIDAD DEL FISCAL EN LA SOLICITUD DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SU INCIDENCIA POLITICA.....	103
7.8.1.1. Ejemplo caso DAS. (Chuzadas).....	107
8. CONCLUSIONES.....	114
BIBLIOGRAFIA.....	118

GLOSARIO

Carácter procesal: Son aquellos actos que realizan las partes ante y con los miembros del órgano jurisdiccional pretendiendo convencer al juzgador de la bondad de las alegaciones fácticas, en general, y jurídicas, en ocasiones, que fundamentan la pretensión u oposición

Carácter extra procesal: está comprendida como un Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos porque, en esencia, lo que se busca es evitar el proceso judicial. Es, pues, una institución por la cual las partes acuden a un Centro de Conciliación, a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.

Derecho comparado: consiste en la comparación científica de sistemas jurídicos distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos.

Discrecionalidad: la potestad discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos.

Doctrina: como un sistema de opiniones o postulados más o menos científicos, frecuentemente con la pretensión de posesión de validez general. En el ámbito jurídico, doctrina significa el conjunto de opiniones efectuados en la interpretación de normas por los conocedores del derecho y forma parte de las fuentes del derecho, aunque en un lugar muy secundario.

Estándares: estándar es algo que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia. Desde el punto de vista de la lógica jurídica, los estándares se conciben como el deber ser.

Jurisprudencia: es entendida como la interpretación jurídica que realizan órganos jurisdiccionales competentes con la finalidad de aclarar posibles lagunas de la ley,

y es posible crearla a través de las reiteradas interpretaciones que hacen los tribunales en sus resoluciones de las normas jurídicas y puede constituir una de las Fuentes del Derecho, según el país según el derecho comparado.

Límites: genéricamente, a cualquier limitación o restricción, sea legal, fiscal, social, etc.

Ordenamiento Jurídico: es el conjunto de normas jurídicas que rigen en un lugar determinado en una época concreta.

Principio de oportunidad: toda forma de disposición de la acción penal, implica oportunidad, independientemente del sujeto al que se le reconozca la voluntad de disponer de la acción.

Naturaleza Jurídica: la naturaleza jurídica de un objeto o norma o palabra, quiere decir de donde proviene, cual es su origen y elementos.

RESUMEN

La presente monografía tiene por objeto realizar una descripción del principio de oportunidad en el derecho comparado y llegar a dilucidar si el principio de oportunidad consagrada en el artículo 250 de la constitución es compatible con los estándares internacionales de justicia. Para alcanzar dicha meta, se realiza un estudio cualitativo de los ordenamientos jurídicos de Colombia, Alemania, Argentina y Perú, de la naturaleza jurídica del principio, los límites y la facultad discrecional del Fiscal en la aplicación del principio de oportunidad, para finalmente determinar que nuestro país cumple con los estándares internacionales en cuanto al principio de oportunidad.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to provide a description of the principle of opportunity based on the comparative law and come to question whether the principle of opportunity enshrined in Article 250 of the constitution is compatible with international standards of justice. To achieve this goal, a qualitative study of the laws of Colombia, Germany, Argentina and Perú, related to the legal nature of the opportunity principle, the limits and the Prosecutor's discretion in applying this principle, to finally, determine that our country meets the international standards on the important principle of opportunity.

INTRODUCCIÓN

El acto legislativo 03 de 2002, trajo consigo el advenimiento del principio de oportunidad a nuestra legislación procesal penal, principio que enmarca una nueva óptica del proceso, pues da la oportunidad de renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal a cambio buscar más celeridad, eficacia y eficiencia en la misión que el Estado le da a la rama jurisdiccional, en procura de que su aporte al desarrollo de la sociedad se enmarque dentro de los fines Estatales propuestos constitucionalmente.

El derecho comparado, es un valor agregado significativo para el progreso jurídico de los diferentes Estados, se vuelve un instrumento útil para mejorar los ordenamientos aprovechando las experiencias de los demás, sirve para ensanchar nuestros conocimientos jurídicos a través del espacio, para ampliar y comprender el vocabulario de otros países así como para determinar unos estándares internacionales que sirven de pautas para el buen desarrollo del derecho interno y externo de cada país, lo cual se ve reflejado en la globalización.

La discrecionalidad del Fiscal en la aplicación del principio de oportunidad tácitamente no está inmersa en la norma, pero la sabiduría del legislador instó para que el Fiscal General de la Nación como cabeza visible de la política criminal Estatal, la regulara de la mejor forma posible, lo cual se ha venido desarrollando poco con los aconteceres procesales que paulatinamente se van conociendo. Tal discrecionalidad, es netamente jurídica, pues el ente investigador en el modelo continental europeo pertenece a la rama jurisdiccional del poder público, pero posee un matiz político el cual tiene que ser por el mandato constitucional de colaboración armónica de las ramas del poder público.

1. **TITULO:** EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO
COMPARADO

2. PROBLEMA: ¿si la naturaleza del principio de oportunidad consagrada en el artículo 250 de la constitución es compatible con los estándares internacionales?

El problema se presenta desde la naturaleza del principio de oportunidad y su relación con los principios de obligatoriedad y de legalidad, en nuestro país el problema de la legalidad inicialmente estaría resuelto por su consagración constitucional y legal; pero el asunto no es tan fácil, existen ordenamientos jurídicos que basados en la legalidad, imponen sin condiciones o excepciones, el deber de ejercer la acción penal, por el contrario existen ordenamientos como el nuestro donde la legalidad ha dejado de ser absoluta para dar paso al principio de oportunidad o discrecionalidad el cual presenta diversas variaciones con relación a su aplicación la cual es desarrollada de acuerdo a la estructura y política criminal de cada Estado en particular.

Comenzando encontramos que hay diversas situaciones que debemos tener en cuenta con base a los diferentes ordenamientos jurídicos, en Colombia por ejemplo, gran parte de la doctrina no considera el principio de oportunidad como tal, si no como una regla ya que carece de generalidades por estar formulado como excepción; muy similar a como funciona en Alemania donde es concebido como toda excepción al principio de legalidad y a su correlativa obligación de ejercicio de la acción penal¹. Por el contrario en legislaciones como la de Estados Unidos, que es entendido como “regla absoluta del sistema”².

¹ Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España. Armenta Deu Teresa. Editorial PPU, primera edición 1991. Barcelona. Pag.65.

² Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. Muñoz Neira Orlando. Legis Editores s.a . Primera Edición. 2006. Bogota.

Ademas debemos tener presente la relacion del principio de oportunidad con otros principios en especial con el de legalidad donde inicialmente vemos que pueden existir controversia entre uno y otro; pero *el problema entre legalidad y oportunidad, más que un problema teórico, jurídico, es un problema de implementación del derecho: depende más de las rutinas de los funcionarios judiciales, del control público que se ejerza sobre ellos, de la confianza popular que se les tenga, que de los textos legales mismos*³.

Encontramos, que el principio de oportunidad esta consagrado taxativamente en legislaciones como la Peruana, Colombiana, Mexicana y Alemana entre otras, por el contrario en Italia no hay consagración expresa, taxativa o reglada del principio de oportunidad. En igual sentido como acontece en cuerpos normativos aquí puestos en consideración (como el estatuto de Roma) no existe expresa regulación o reglamentación del principio en estudio. Simplemente, se encuentran algunos criterios legales –difusos-, en algunas normas juridicas, desde las cuales se puede llegar a la inferencia de que aquel principio de oportunidad, considerado en su acepción tradicional (negativa), pueda llegar a ser aplicado, conforme con las especificas circunstancias que en la codificación de procedimiento penal en mencion y el Código penal Sustantivo, se encuentran señaladas respectivamente⁴.

Encontramos una breve alusión a legislaciones extranjeras donde se consagra el principio de oportunidad, resaltando su finalidad en el ordenamiento juridico, en Almania aparece como una forma de terminacion extraprocesal de proceso⁵, en Estados Unidos, la finalidad es hacer preacuerdos y negociaciones para que el indagado se declare culpable, renunciando a su derecho sobre un juicio oral y

³ Sistema Penal Ausatorio, Rol del Perito y la Policia Judicial. Acuña Visacaya Jose Francisco, Muñoz Jesus Antonio y otros. Primera Edición 2006. Graficas Ducal. Bogota.

⁴ El principio de oportunidad. Villanueva Meza javier Antonio. Editorial LEYER 2005 Bogotá Colombia, pag. 62.

⁵ Ibidem,64.

público e, incluso, a la posibilidad de que sea absuelto⁶, en Italia existe el proceso abreviado que es un acuerdo sobre la posible pena siempre que exista atenuación y la pena no sea superior de cuatro años. En Argentina que siendo un sistema político-estatal federal, que sirve a las aproximadas 23 provincias que han hecho concesiones para que el código penal sustancial sea uno solo, se utiliza la “suspensión del juicio a prueba” para suspender la acción penal y establecer periodo de prueba sujeto a condiciones por el Ministerio fiscal para declarar extinguida la acción penal bajo unos requisitos y en Perú, que posee mediana criminalidad y el índice de la administración de justicia es alto, se utilizan dos instrumentos i) posibilidad de archivo del proceso y ii) finalización anticipada del proceso por consenso.

En el diagnóstico que hasta el momento se ha realizado se ha encontrado gran cantidad de información en textos nacionales y extranjeros sobre el principio de oportunidad en diferentes legislaciones, pero la información como derecho comparado es poca solo hay breves alusiones; a nivel de investigaciones se encuentra ampliamente explicado el principio de oportunidad en la legislación colombiana y algunas tesis con comparativos entre la legislación colombiana y la norteamericana.

Existe entonces un déficit en el comparativo con todas las legislaciones donde funciona el principio de oportunidad y que resulta necesario para resolver el problema de la naturaleza y su compatibilidad con los estándares internacionales toda vez que su surgimiento se ha dado a raíz de la ola de cambio en los sistemas de justicia penal de Latinoamérica donde se ha acogido con algunas variaciones.

⁶ Principio de Oportunidad, reflexiones Jurídico Políticas. Vasquez Rivera Juan carlos, Mojica Araque Carlos Alberto. Sello Editorial Universidad de Medellín, primera edición 2010.

Dentro del pronóstico que tenemos en esta investigación están las siguientes preguntas y cuestionamientos: ¿Cuáles son los límites en la aplicación del principio de oportunidad en el derecho comparado? ¿Que debe entenderse por principio de oportunidad según las diferentes legislaciones? ¿cuáles son los criterios comunes en el principio de oportunidad en el derecho comparado? ¿cuál es el carácter procesal o extraprocesal del principio de oportunidad en el derecho comparado? ¿cuáles son las diferentes definiciones del principio de oportunidad en el derecho comparado? ¿cuál es su relación con otros principios como el de obligatoriedad y legalidad? ¿cuáles son los requisitos para la aplicación del principio de oportunidad en cada país?

Como hipótesis planteamos provisionalmente la siguiente; “El principio de oportunidad es diferente y su naturaleza cambia de acuerdo a la consagración jurídica en cada uno de los países donde opera, según sea su modelo de estado, su estructura, su finalidad, la estructura del proceso penal y la política criminal”.

3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

El móvil por el cual surge este cuestionamiento es ante la ausencia de investigaciones sobre el tema en particular y que se hace necesario para tener una visión global sobre el principio de oportunidad, sobre su naturaleza, la correspondencia con los estándares internacionales de justicia y sobre el alcance de este.

Es evidente la diferencia de esta figura procesal, en cada uno de los países donde funciona en cuanto a su origen, evolución, grado de aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia, requisitos, límites de los funcionarios encargados en sus ejercicio, política criminal, entre otros lo que nos lleva a investigar tal disparidad y descubrir los puntos de acuerdo entre las diferentes legislaciones y que además de resolver la inquietud intelectual, nos puede generar un resultado en cuanto a la efectividad de este en nuestro país en comparación con otros.

4. MARCO TEÓRICO.

4.1. Delimitación del problema.

El Principio de Oportunidad es y funciona diferente en países donde opera el modelo acusatorio, para esta investigación estudiaremos la legislación sobre el tema en Colombia, Alemania, Argentina, Perú, dentro de los cuales las discusiones en torno al alcance y límites no ha sido pacífica, por argumentos posicionales que van desde los más conservadores siendo apáticos a la implementación de dicha figura, hasta los menos ortodoxos que han realizado diferentes esfuerzos por explicarlo a la luz del sistema procesal continental, es por ello que con la teoría general del derecho, buscamos detallar como podría darse una mejor y correcta aplicación de la justicia en el derecho comparado de algunos países materia de estudio.

Con el análisis de la generación del problema que nos ocupa **¿si la naturaleza del principio de oportunidad consagrada en el artículo 250 de la constitución es compatible con los estándares internacionales?** descubrimos que este principio es sin duda alguna un instrumento de política criminal, cuya aplicación debería responder a unos lineamientos generales del estado en materia de aplicación de justicia ¹.

Sistema conceptual integrado por hechos e hipótesis que deben ser comparables entre sí en relación con la investigación.

¹ El principio de oportunidad, Bogotá Colombia; Reyes Alvarado Yesid, El espectador, opinión 29/05/2008

En Colombia, el principio de oportunidad consiste en la facultad que tiene la fiscalía General de la Nación de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal por razones políticas criminales. Es una atribución reglada y sometida a control² Este principio es identificado por algunos, con cierta malicia y exageración, como la restauración legal del carácter arbitrario de la justicia penal, y, por otros, como la posibilidad de otorgar a la discrecionalidad judicial un espacio legal que fortalece una concepción eficientista de la administración de justicia, con perjuicio de la búsqueda de la eficacia que debe tener el proceso penal como garantía para el ejercicio y reconocimiento de los derechos fundamentales de quienes se ven sometidos al derecho de castigar ejercido por el Estado³

El auge y esplendor del principio de legalidad corresponde al de la formación del Estado de Derecho. El principio de oportunidad, en cambio, corresponde al auge y esplendor del Estado Social⁴, este principio es aquí equiparado a discrecionalidad judicial, esto es como criterio para la toma de decisiones por parte del fiscal.

El desarrollo de las causales de aplicación del principio de oportunidad, en total, dan la impresión, por su número elevado y por la amplitud de algunas de ellas, que en realidad no son una excepción⁵.

² 4Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad: reforma de la justicia penal Colombiana: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública. Urbano Martínez, José Joaquín. Bogotá: procuraduría General de la Nación, 2006. Pág. 34

³ Facetas penales F-024 No 50/2005, El principio de oportunidad: ¿un acto de discrecionalidad judicial en poder de la Fiscalía? Cruz Reyes, Euménides, pág. 21

⁴ Sistema Penal Acusatorio, Rol del perito y de la policía Judicial, Bogotá Colombia; Convenio interadministrativo 050 de 2004, de cooperación académica de extensión universidad Nacional de Colombia, Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad DAS-Academia superior de inteligencia y seguridad pública. Año Pág. 136.

⁵ Sistema Penal Acusatorio, Rol del perito y de la policía Judicial, Bogotá Colombia; Convenio interadministrativo 050 de 2004, de cooperación académica de extensión universidad Nacional de Colombia,

Causa preocupación las causales de aplicación del principio de oportunidad que están sobre la base de los motivos de seguridad del Estado, porque en ellas no es garantía el Estado Social de Derechos, puesto que pueden dar lugar al desborde del Estado y además porque pueden poner en peligro derechos de las personas⁶.

La discrecionalidad judicial será un criterio útil para la toma de decisiones en materia de aplicación del principio de oportunidad en los denominados casos complejos que impliquen la ponderación del interés preponderante a proteger o del bien mayor que será favorecido en contraposición a bienes menores⁷.

Definición de principio.

Gramaticalmente, principio significa comienzo, primer instante de la existencia de una cosa; es origen, encabezamiento, es el primer día. Etimológicamente, equivale a primero, a primer punto primer instante. Según los estudiosos de la teoría General del derecho un principio es una norma muy general ; problemática

Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad DAS-Academia superior de inteligencia a y seguridad pública. Año Pág. 136.

⁶ Sistema Penal Acusatorio, Rol del perito y de la policía Judicial, Bogotá Colombia; Convenio interadministrativo 050 de 2004, de cooperación académica de extensión universidad Nacional de Colombia, Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad DAS-Academia superior de inteligencia a y seguridad pública. Año Pag.136.

⁷ 9 Facetas penales F-024 No 50/2005, El principio de oportunidad: ¿un acto de discrecionalidad judicial en poder de la Fiscalía? Cruz Reyes, Euménides, pág. 35

o finalística, representativa de los valores supremos del ordenamiento jurídico, dirigida a los aplicadores del derecho⁸.

Definición del principio de oportunidad.

En Colombia este principio consiste en la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación de suspender interrumpir o renunciar a la persecución penal por razones político criminales. Es una atribución reglada y sometida a control.⁹

En Perú ha sido definido el Principio de Oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, para (bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por ley) abstenerse de su ejercicio, o en su caso, para solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos. Debiendo para ello existir elementos probatorios de la comisión del delito y de la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio. Definición que corresponde al **Sistema de Oportunidad Reglada**, toda vez que los criterios de oportunidad obedecen a supuestos expresamente señalados por ley, a diferencia del Sistema de Oportunidad Libre, propia de países anglosajones, como Estados Unidos donde el Titular de la Acción Penal tiene plena disponibilidad y discrecional en su ejercicio¹⁰.

⁸ Los principios Generales del Proceso Penal. Álvaro Orlando Pérez Pinzón . Universidad externado de Colombia. Bogotá, 2004. Pag,19

⁹ Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad: reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública. Urbano Martínez, José Joaquín. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2006. Pág. 34.

¹⁰ PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL. Christian Salas Beteta. : Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007

En sistema anglosajón se desconoce bajo este nombre pero se asume como el ejercicio de una discrecionalidad administrativa en la investigación de los delitos, está exento de controles jurídicos pero se somete a control político¹¹.

En los sistemas europeos se le ha entendido el principio de oportunidad, la decisión de adoptar medidas contra la infracción se deja a la apreciación del fiscal¹².

Ubicación normativa del principio en los ordenamientos jurídicos.

"El *principio de oportunidad*, se ha introducido progresivamente en diferentes ordenamientos europeos como en Bélgica, Francia, Dinamarca, Irlanda, el Reino Unido, Luxemburgo y los Países Bajos. En Alemania, Austria, España, Finlandia, Suecia, Grecia, Italia y Portugal es el principio de legalidad y como excepción el de oportunidad es el que se aplica¹³. Siendo en Alemania donde más detalladamente se consagra en su normatividad orgánica procesal penal.¹⁴

"En el Derecho Anglosajón, *el principio de oportunidad* constituye la regla y se traduce en las figuras del plea guilty; confesión dirigida a evitar el juicio; y del plea bargaining; 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".

En América latina corresponde a la reciente ola de cambio en los sistemas de administrar justicia que hicieron necesaria su implementación y que en su mayoría

¹¹ Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad: reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública. Urbano Martínez, José Joaquín. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2006. Pág. 34.

¹² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS LIBRO VERDE. sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea. eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0334:FIN:ES:PDF

¹³ ibídem, 28

¹⁴ Véase Ley procesal Alemana (StPO), artículo 253: "No persecución de asuntos de poca importancia (1) Si proceso tuviera como objeto un delito castigado con pena privativa de la libertad mínima inferior a un año, podrá la Fiscalía prescindir de la persecución, **con la aprobación del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal**, cuando la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima y no existiere interés público en la persecución (¿)"

el principio está consagrado de manera taxativa con algunas variaciones no sustanciales. Son los casos de Perú¹⁵, Bolivia¹⁶, honduras¹⁷, Colombia, México¹⁸,

Antecedentes del Principio de Oportunidad en Colombia

los antecedentes legislativos que llevaron a la instauración del principio de oportunidad, ponen de relieve el interés del constituyente derivado en el establecimiento no solamente de unos claros límites normativos al instrumento que propiciaría una selectividad institucional y reglada en el sistema penal, sino en la configuración de unos controles materiales de estirpe jurisdiccional que sustrajeran su aplicación del completo arbitrio de la Fiscalía General de la Nación, en virtud del principio medular del Estado de Derecho que indica que no pueden existir potestades discrecionales inmunes al control judicial¹⁹. Pero para llegar al anterior acuerdo no fue fácil en el congreso fueron ampliamente debatidos los

¹⁵ Véase en Perú el artículo segundo del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo No 638) que señala que el *“El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:*

1. *Cuando el **agente haya sido afectado gravemente** por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada.*
2. *Cuando se tratare de **delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público**, salvo cuando la pena mínima supere los dos años de pena privativa de libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.*
3. *Cuando la **culpabilidad del agente en la comisión del delito, o en su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos**, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.*

¹⁶ En Bolivia Ver ley 1970 de 25 de marzo de 1999.

¹⁷ En honduras ver Decreto 9-99 en vigencia febrero de 2002.

¹⁸ En México véase El artículo 216 establece el principio de obligatoriedad de la persecución penal. Dice: Deber de persecución penal. Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la existencia de un hecho que revista caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley.

La iniciativa de aplicar un principio de oportunidad debe provenir del propio Ministerio Público. La decisión sobre su aplicación es su facultad exclusiva

Las causales de oportunidad establecidas en el CPPO son las siguientes (artículo 196):

- a) Hechos insignificantes. b) Hechos donde la culpabilidad del imputado o partícipe sea mínima.
- c) Hechos en los que el partícipe haya tenido una contribución mínima.

La aplicación del principio de oportunidad, implica que el agente del Ministerio Público tome alguna de las siguientes decisiones (artículo 196 segundo párrafo):

- a) Prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal; b) Limitar la persecución penal a alguno o a varios hechos; c) Limitar la persecución penal a alguna de las personas que participaron en la realización del delito.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C- 673-2005

artículos del proyecto donde se creaba el principio de oportunidad y la forma como operaría en Colombia teniendo en cuenta que según el derecho comparado, nuestro país desde la estructura del Estado presentaba amplias diferencias con la consagración constitucional y legal de las funciones del Fiscal en relación los países donde venía operando este principio. De estos debates sobre la ley que finalmente lo aprobó resaltamos el siguiente extracto: segundo debate muestra claramente la actitud de recelo frente a la consagración del referido principio, que fue finalmente incorporado en el entendimiento de que su aplicación sería objeto del control judicial. **interpela el senador Héctor Helí Rojas Jiménez:** *“Igualmente, señor Presidente y señores senadores; hay que decir: que el principio de oportunidad que reclama la Fiscalía fue negado en la Comisión Primera con argumentos muy importantes, la mayoría de la Comisión Primera negamos el principio de oportunidad, porque consideramos que en Colombia lo que debe regir es el principio de legalidad y que no debe haber en manos de funcionarios la potestad de decir qué delitos se investigan y cuáles no, o qué sindicatos deben ser investigados y cuáles no”.*

Ubicación jurisprudencial del principio en Colombia.

En Colombia han sido múltiples las sentencias que se han promulgado con ocasión de la aplicación del principio de oportunidad, pero en relación a este en el derecho comparado, encontramos las siguientes C - 673, C - 979 de 2005 donde se hacen breves referencias a la relación del principio de oportunidad con el de legalidad y a la consagración de este como sistema reglado o libre, todo a modo de ilustración o pequeña comparación a fin de dar las consideraciones acerca de la exequibilidad o no de algunas normas acusadas de la ley 906 de 2004 por la cual se adopta lo regulado en el acto legislativo 03 de 2002.

Definición de principio de obligatoriedad

Encuentra su fuente en el principio de legalidad y se fundamenta en los derechos de acción y acceso a la justicia configurados, a su vez como derechos

fundamentales, consagrados en los artículos 228,229 y 230 de la Carta Política. Consiste en la obligación de que todo hecho en apariencia delictivo debe necesariamente traducirse en el desarrollo de una investigación penal, en condiciones de igualdad y sin recurrir a criterios discrecionales para definir el ejercicio de la acción penal²⁰.

Relación del principio de oportunidad con el de obligatoriedad

La relación entre el principio de oportunidad y el principio de legalidad radica en el momento de saber si “en todos los casos en que hay un hecho punible, la persecución ha de ser obligatoria, (entendida no como principio de legalidad sino de obligatoriedad), o si hay que tomar en cuenta también consideraciones de oportunidad, sobre el interés público (principio de oportunidad)”²¹

Relación del principio de oportunidad con el principio de legalidad

Encontramos que esta relación ha sido algo traumática en algunos países donde ha generado controversia por parte de la doctrina es así como la Corte Constitucional se ha referido sobre las diversas concepciones al respecto así: “*De conformidad con una primera concepción, el principio de oportunidad resultaría ser la antítesis del principio de legalidad, por cuanto el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio. Tal es el caso de los países en los cuales no está previsto el principio de oportunidad, como ocurría en Colombia antes del Acto Legislativo 03 de 2002. Una segunda concepción entiende el principio de oportunidad como una manifestación del principio de legalidad. También se le conoce como principio de*

²⁰ Principio de oportunidad. Juan Carlos Vasquez Rivera, Carlos Alberto Mojica Araque, Universidad de Medellín. Primera edición, Medellín, 2010. Pag 22-23

²¹ Goldschmidt James. Principios Generales del Proceso II. Problemas del proceso Penal. Buenos Aires: Ediciones jurídica Europa-America, 1959. Pag. 120. Cita de Principio de oportunidad. Juan Carlos Vasquez Rivera, Carlos Alberto Mojica Araque, Universidad de Medellín. Primera edición, Medellín, 2010. Pag -23.

*oportunidad reglada, y consiste en que el legislador establece directamente las causales de aplicación de dicho principio, y por ende, el fiscal únicamente puede invocar aquellas que previamente se encuentren consagradas en la ley*²².

En la comunidad europea los sistemas penales de Estados miembros están divididos por lo que se refiere a los principios de oportunidad y legalidad de la acción penal. De acuerdo con el principio de legalidad, las autoridades competentes para ejercitar la acción penal deben intervenir de oficio - y en consecuencia incluso en ausencia de denuncia - cuando sospechen de la existencia de una infracción. Por el contrario, según el principio de oportunidad, la decisión de adoptar medidas contra la infracción se deja a la apreciación del fiscal. Sin embargo, en la práctica, todos los sistemas jurídicos contienen elementos procedentes de ambos principios. Los que siguen el principio de legalidad aplican, en algunos casos, criterios de oportunidad, por ejemplo, la posibilidad de archivo de las actuaciones bajo condición, y los que se basan en criterios de oportunidad, admiten, por ejemplo, instrucciones de los Fiscales Generales u orientaciones de política criminal emanadas del Ministro de Justicia y se matizan, en particular, por la exigencia de motivación de las resoluciones por las que se archiva la causa y/o por la instauración de vías de recurso efectivas²³.

A favor de una legalidad estricta en el ejercicio de la acción penal y, de contera, en contra de la oportunidad se esgrimen los argumentos de la *objetividad de la justicia y autonomía funcional del Derecho*, según los cuales modular la aplicación de la ley debilitaría su propio valor y además que, con motivos económicos, no puede instrumentalizarse una herramienta como el Derecho que cumple una función social específica; sin embargo, resulta necesario llamar la atención frente a argumentos lógicamente sólidos, pero que ignoran, quienes así razonan, que la lucha eficiente contra la criminalidad exige la combinación de recursos diferentes

²² Corte Constitucional, sentencia C- 979-2005

²³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS LIBRO VERDE. sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea. eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0334:FIN:ES:PDF

(legislación penal, medios policiales y judiciales, política de prevención, etc.). Así por ejemplo, RALF DAHRENDORF, aunque amigo de la autonomía funcional del derecho, alerta del peligro opuesto: “la aplicación rigurosa de la legalidad no puede resolver, por sí sola, todos los problemas sociales, incluido el de la criminalidad. No dejar espacio alguno a medidas de política económica y social y, por lo tanto, a un uso templado de la discrecionalidad equivale a desconocer las necesidades de los más débiles. El puro legalismo puede verse transformado en *darwinismo social*²⁴”

²⁴ cita de sentencia C- 679-2005.

5. OBJETIVO GENERAL

Describir la naturaleza del principio de oportunidad en el derecho comparado.

5.1 .OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer los criterios comunes del principio de oportunidad en el derecho comparado.
- Determinar el carácter procesal o extraprocesal de este principio en cada país.
- Descubrir la relación del principio de oportunidad con el principio de legalidad.
- Esbozar su consagración taxativa o no en cada ordenamiento jurídico.
- Listar los requisitos en cada ordenamiento jurídico.
- Establecer cuáles son los límites para su aplicación.

6. METODOLOGIA

Tipo de investigación: descriptiva, explorativa y documental que se realizará con consulta bibliográfica.

7.1. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La conceptualización del principio de oportunidad en el derecho comparado posee muchas matices, dentro de los juristas y doctrinantes, algunos sostienen que toda forma de disposición de la acción penal, implica oportunidad, independientemente del sujeto al que se le reconozca la voluntad de disponer de la acción. Así, cabrían como oportunidad, además de los casos en que el fiscal discrecionalmente decide no ejercer la acción penal, aquellas instituciones que ponen en manos de otros sujetos la decisión de disponer de la acción, como la indemnización integral, que permite al sindicado inhibir la acción mediante la indemnización integral de los perjuicios o el desistimiento, que da la posibilidad a la víctima de terminar el proceso, con una simple manifestación de ausencia de interés, tratándose de delitos querellables.

Otros en cambio sostienen que la oportunidad vincula exclusivamente al titular del ejercicio de la acción penal, es decir, al fiscal y por otro lado, mirándolo desde el ámbito temporal, están quienes piensan que la oportunidad implica la decisión definitiva de no ejercer la acción penal; del otro, los que sostienen que la oportunidad admite condicionar el no ejercicio de la acción penal a determinados supuestos, reservándose el derecho de proceder con posterioridad. Igualmente existe una tendencia que considera que la oportunidad puede aplicarse aun cuando ya se haya ejercido la acción penal.

7.1.1.1. Concepto del Principio de oportunidad en Colombia.

Es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la Ley, con sujeción a la reglamentación

expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.¹

Este llamado principio de oportunidad, consiste en la 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.²

Es la excepción al principio de legalidad y por él se faculto 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.³

Es la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal por razones políticos criminales. Es una atribución reglada y sometida a control.⁴

¹ Diario oficial No 47.405 de 9 de Julio de 2009, congreso de la república de Colombia, Art. 323B, ley1312/2009. http://www.secretariasenado.gov.co/basedoc/ley/2009/ley_13122009.html.

² axiología y Deontología del proceso penal y el precedente judicial, módulo II, defensoría del pueblo, Dirección Nacional de Defensoría Pública, unidad de capacitación, programa de fortalecimiento y acceso a la justicia. Financiado por USAID, año

³ Revista justicia juris, el principio de oportunidad en el nuevo sistema penal acusatorio, Orejarena Parra VICENTE; Fiscal capacitador, vol. 08, octubre 2007 a marzo 2008, Universidad Autónoma del caribe, Pág. 26.

⁴ Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad. Reforma de la justicia penal Colombiana: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública. Urbano Martínez JOSE JOAQUIN. Bogotá: procuraduría General de la Nación, 2006. Pág. 34.

7.1.1.2. Conceptos del Principio de Oportunidad en Alemania.

En Alemania, no existe ninguna definición legal del principio de oportunidad, como tal por su interrelación con el principio de legalidad, pero se concibe como:

Es toda excepción al principio de legalidad y a su correlativa obligación de ejercicio de la acción Penal.⁵

El Principio de Oportunidad, es aquel en atención al cual el Fiscal debe ejercitar la acción penal con arreglo a su discrecionalidad, en unos determinados supuestos regulados legalmente.⁶

Es la contraposición teórica del principio de legalidad, mediante la que se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo –archivando el proceso- cuando, las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito⁷.

7.1.1.3. Conceptos del Principio de Oportunidad en Argentina:

Es la posibilidad o atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en diversas razones de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitar su extensión objetiva y subjetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar.⁸

⁵ Idem, armenta Deu, pag 65.

⁶ Idem, armenta Deu, pag 65.

⁷ Idem, armenta Deu, pag 65.

⁸ Caffarella Nores Jose I. El principio de oportunidad en el derecho argentino, teoría. Realidad y perspectiva en Nueva doctrina Penal. Ed. Del puerto FRL. 1996/a.

Es la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial, permitiendo evitar los irracionales efectos que en la práctica provoca el abarrotamiento de causas.⁹

Es la conveniencia de canalizar la enorme selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando desigualdades, ajustándola a criterios predeterminados, asignándole responsables e imponiéndoles controles.¹⁰

Es la utilidad de evitar total o parcialmente la punición de algunos delitos cuando esto permita el descubrimiento y sanción de ilícitos de mayor gravedad¹¹.

Es el que establece reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un presunto hecho delictivo¹².

7.1.1.4. Conceptos del Principio de Oportunidad En Perú:

Es la institución procesal que permite al representante del Ministerio Público abstenerse del ejercicio de la acción penal en los casos previamente establecidos en nuestro ordenamiento procesal penal¹³.

⁹ Cirille EDUARDO NESTOR, VI congreso nacional de derecho procesal garantista. www-derecho.org.ar/congresoprocesal/EL%20rol%20del%20fiscal%20frente%20a%20201%20a%20oportunidad%20_cirille_.pdf.

¹⁰ Idem, cita anterior

¹¹ Idem, cita anterior

¹² Maglione ENRIQUE ANIBAL, El principio de oportunidad como instrumento de política criminal del Estado para la resolución del conflicto penal. Trabajo presentado en el año 2001 en la maestría de ciencias penales de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco. Trelew-Chubut, publicado en la revista "El Repórter" de la escuela de capacitación del poder judicial de la provincia del Chubut, Año 4-No 14-Diciembre de 2004.

Según J. B. Maier, es la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad social o razones político criminales¹⁴.

Es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, para (bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por ley) abstenerse de su ejercicio, o en su caso, para solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos. Debiendo para ello existir elementos probatorios de la comisión del delito y de la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio¹⁵.

Es la facultad que el titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. Gimeno Sendra¹⁶.

¹³ www.justiciaviva.org.pe/jvnn/07/arti1.doc. Benavides Vargas, ROSA RUTH, Vocal titular de la segunda sala penal de la corte superior de Justicia de Lambayeque-Perú.

¹⁴ Manrique Zegarra CESAR EDMUNDO; El principio de oportunidad y facultad conciliatoria del juez de paz en materia penal, Perú 30 diciembre 2007.

¹⁵ Principio de oportunidad: conciliación en el ámbito penal. Salas Beteta CHRISTIAN. Revista internautita jurídica. N0 19 enero-junio 2007.

¹⁶ El principio de oportunidad: un criterio de justicia y simplificación procesal, Torres Caro CARLOS. Editorial grafica Horizonte, 1994. (Escrito de Revista internautita salas Beteta Christian)

Es un procedimiento de abstención fiscal de ejercitar la acción penal, en virtud del cual, vía la aplicación de alguno de los criterios de oportunidad concretos, el fiscal se apartará discrecionalmente de su función persecutoria, ofreciendo al inculpado, una propuesta conciliatoria que, finalmente, de ser aceptada, culminará con resolución final que tendrá el carácter de irrevisable¹⁷.

En suma, la conceptualización del principio de oportunidad implica la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del representante del Ministerio Público, cuando ocurra alguna de las circunstancias taxativamente señaladas en la ley¹⁸.

Se trata de la facultad que se otorga a los fiscales para cerrar aquellos casos en los que, aun habiendo antecedentes para investigar o incluso acusar, se considere que los hechos son de una gravedad muy reducida y no comprometen gravemente el interés público¹⁹.

Es una institución procesal que se aplica facultativa y discrecionalmente por el Ministerio Público, extra o intra proceso, y que se concreta con la resolución de abstención del ejercicio de la acción penal o con la petición al juez del

¹⁷ . El principio de oportunidad en el nuevo código procesal penal; Félix Tasayco GILBERTO; Fiscal superior penal-Docente de la AMAG Y UIGV. Concepto de Angulo Arana PEDRO MIGUEL. <http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.com/2010/12/el-principio-de-oportunidad-en-el-nuevo.html>

¹⁸ Ídem, concepto de Rosas Yataco JORGE.

¹⁹ Ídem, concepto del profesor chileno Duce, MAURICIO.

sobreseimiento del proceso ya promovido, en delitos de mínima lesividad y que no comprometen gravemente el interés público²⁰.

El principio de oportunidad es una excepción al carácter obligatorio de la acción penal, pues autoriza al Ministerio Público y al Juez Penal, a disponer de la acción penal en los casos expresamente contemplados en la Ley Procesal.²¹

En este sentido, es un mecanismo procesal a través del cual se faculta al Fiscal titular de la acción penal para decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, o en caso a solicitar el sobreseimiento cuando concurren los requisitos exigidos por ley.²²

En conclusión, en las legislaciones estudiadas y analizadas, no existe un concepto uniforme del Principio de oportunidad. Su contenido y alcance, dependen de la

²⁰ . El principio de oportunidad en el nuevo código procesal penal; Félix Tasayco GILBERTO; Fiscal superior penal-Docente de la AMAG Y UIGV. <http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.com/2010/12/el-principio-de-oportunidad-en-el-nuevo.html>

²¹El nuevo código procesal penal: la necesidad del cambio en el sistema procesal peruano; Vélez Fernández, GIOVANNA FABIOLA, La autora se desempeñó como Secretaria Técnica de la Comisión de Coordinación Interinstitucional de la Justicia Penal del Poder Judicial. Dicha comisión tuvo a su cargo la implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Actualmente Asesora de la Alta Dirección del Ministerio del Interior y como tal miembro del equipo de adecuación normativa de dicho ministerio en la Reforma del Código Procesal Penal. http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/marzo/01/5_velez.doc BURGOS MARIÑOS, Víctor. *La Implementación del Nuevo Código Procesal Penal en la Ciudad de Trujillo y sus Retos*. Publicado en el Anuario de Derecho Penal- Coordinador Dr. José Hurtado Pozo- Universidad de Friburgo en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm>. pp. 1-19.

²² El nuevo código procesal penal: la necesidad del cambio en el sistema procesal peruano; Vélez Fernández, GIOVANNA FABIOLA, La autora se desempeñó como Secretaria Técnica de la Comisión de Coordinación Interinstitucional de la Justicia Penal del Poder Judicial. Dicha comisión tuvo a su cargo la implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Actualmente Asesora de la Alta Dirección del Ministerio del Interior y como tal miembro del equipo de adecuación normativa de dicho ministerio en la Reforma del Código Procesal Penal. http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/marzo/01/5_velez.doc ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, p.133.

☞ Caffarella Nores JOSE I. El principio de oportunidad en el Derecho Argentino, Teoría. Realidad y perspectiva en nueva doctrina penal. Edit. Del puerto SRL. 1996/a.

forma como en cada sistema se desarrolle. Lo único cierto y universal, es que la oportunidad es sinónimo de discrecionalidad.

Finalmente, hay quienes le dan cierta malicia y exageración, como la restauración legal del carácter arbitrario de la justicia penal, y, también quienes lo consideran como la posibilidad de otorgar a la discrecionalidad judicial un espacio legal que fortalece una concepción eficientista de la administración de justicia, con perjuicio de la búsqueda de la eficacia que debe tener el proceso penal como garantía para el ejercicio y reconocimiento de los derechos fundamentales de quienes se ven sometidos al derecho de castigar ejercido por el Estado.²³

7.2. UBICACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS.

En Colombia

En nuestro país partimos de la consagración constitucional realizada con la reforma del acto legislativo 03 de 2002 donde se modifica la constitución en sus artículos 116, 250 y 251 para dar nacimiento al sistema penal acusatorio. El artículo 250 introduce el principio de Oportunidad en Colombia y reforma las funciones de la Fiscalía General de la Nación.

En relación con el artículo 250, el principio de Oportunidad quedó consagrado como sigue: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No

²³ Facetas penales F 024 No 50/2005, el principio de oportunidad ¿un acto de discrecionalidad judicial en poder de la Fiscalía? Cruz Reyes, EUMENIDES, PAG 21

podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Esta consagración constitucional fue desarrollada por la ley 906 de 2004, donde en el artículo 66 faculta a la Fiscalía General de la Nación a aplicar el principio de Oportunidad: Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos 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, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

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 Título V rige el principio de Oportunidad. El artículo 321 reitera que la aplicación del principio de Oportunidad está sujeta a la política criminal del Estado, lo que significa que la decisión de investigar o no ciertos delitos no sólo queda en manos del Fiscal General de la Nación, sino que éste deberá tomarla de común acuerdo con el Presidente de la República, según la definición que haga el Consejo de Política Criminal acerca de las conductas que el gobierno considera prioritarias, graves y leves. El Fiscal deberá desarrollar el plan de política criminal del gobierno a través de un reglamento que determine de manera general el procedimiento interno de la Fiscalía “para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley” (artículo 330).

El artículo 322 consagra el sistema de Oportunidad Reglado. Al tenor de la ley, “la Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código”. El artículo 324 establece los casos en los que el principio de Oportunidad puede aplicarse, y los artículos 325 y 326 regulan la suspensión del procedimiento a prueba. El control judicial en la aplicación del principio de Oportunidad, cuando la decisión es extinguir la acción penal, se encuentra en el artículo 327, y a continuación, en el artículo 328, se impone la obligación del Fiscal de tener en cuenta los intereses de las víctimas y escucharlas si se presentaron en la actuación-, antes de aplicar el principio de Oportunidad. Finalmente, el artículo 329 prescribe los efectos de la aplicación del principio en cuestión.

En Alemania

El principio de legalidad es aquel que rige como base esencial de su ordenamiento criminal. En orden a este principio, se señala que el ministerio fiscal está obligado a investigar todo hecho con suficiente apariencia delictiva, y si de estos hechos existen motivos suficientes, está obligado a ejercitar la acción penal (Arts. 152, II y 170 de la StPO).

Es totalmente indiscutible dentro de la doctrina alemana, que existen diversas excepciones al principio de legalidad y que este dista en lo absoluto de ser único e inmodificable en su aplicación, por lo que cuando hablamos de criminalidad de bagatela, o delitos de menor entidad o importancia, se puede hablar sin ningún temor del principio de oportunidad. Es importante mencionar que la regla general, como ya dijimos, el principio de legalidad en el ordenamiento criminal alemán, presenta dos excepciones. Estas dicen relación con que lo que es común no es la legalidad, sino que el principio de oportunidad. Estas excepciones están constituidas por las infracciones de orden administrativo y la jurisdicción de menores , en donde es la discrecionalidad la que prima como criterio fundamental

en la recepción y seguimiento de casos. En materia criminal, es la legalidad la que prima como regla general.

En cuanto a las causales de aplicación del principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico alemán, para exponerlas seguiremos la clasificación que hace Teresa Armenta Deu, quien sistematiza estas causales en cuatro, la cual sigue a su vez el orden que estableció para éstas el profesor Roxin en su texto "*Shsfverfahrensrecht*"

1) *Reprochabilidad escasa (153 StPO)*

Dentro de este grupo se pueden hacer distintos subgrupos:

a) *Casos en los que la culpabilidad es mínima* y por esto se considera que la persecución penal carece de fundamento y casos en los que existe falta de interés público en la misma. Junto con estos casos, aquellos también en que expresamente la StPO prescinde de aplicación de pena alguna.

b) *Casos de Reprochabilidad relativa*, tratándose de casos en donde la persecución es constituida por hechos accesorios no esenciales (154StPO), bien por serlo de partes no esenciales de un mismo hecho (154^a StPO).

Dentro de esta letra también se establece que es posible prescindir de la persecución penal en los casos en los que, por la naturaleza del hecho, no se pueda esperar una sentencia en un tiempo razonable y cuando pareciera suficiente para la actuación sobre el autor y la defensa del ordenamiento jurídico la pena o la medida de corrección impuesta por otro hecho o que fuera de esperar por el mismo (1541,2 StPO)

c) *Casos en que se presentan determinados elementos de extranjería*, que por diversas razones, eliminan el interés en la persecución o lo convierten en

demasiado escaso (153Ci, 1 y 2 StPO Y 153Ci, 3 StPO)

- *Existencia de interés en la persecución*, que puede verse satisfecho, en lugar de mediante el cumplimiento de la pena, mediante el de una serie de condiciones o mandatos

En este sentido es importante decir que estas condiciones o mandatos muchas veces son de carácter reparatorios de los daños ocasionados o consistentes en la entrega de cantidades de dinero a diversas instituciones sociales o finalmente, el cumplimiento de obligaciones alimenticias. Para el cumplimiento de las mismas se establece un plazo máximo de seis meses en el supuesto general y de un año en las pensiones alimenticias.

En caso que se cumplan estos mandatos o condiciones, la resolución jurisdiccional adquiere fuerza de cosa juzgada. Si no se cumplen no se restituye nada ni se entrega ningún dinero, sino que se sigue el procedimiento desde donde había quedado luego de ser archivado.

-*La presencia de un interés contrapuesto al de la persecución de mayor peso que éste*. Este grupo a su vez puede subclasificarse en tres, más un cuarto que comprende, a su vez, otros tres:

a) *Intereses estatales* (153d, I Y II StPO);

b) Arrepentimiento activo en el caso de delitos contra la seguridad del Estado (153eI StPO);

c) *Chantaje*, a menos que la gravedad del hecho por el que éste que se produce sea tal que obligue a la persecución (154c StPO) y;

d) *La existencia de una acción prejudicial civil o la existencia de una contenciosa*,

para cuyo ejercicio el ministerio fiscal haya concedido un plazo y éste haya transcurrido infructuosamente (154d StPO). Aquí se pueden incluir también los casos de injurias y falsas sospechas si el denunciado o declarado estuviera pendiente de procedimiento penal o disciplinario

El cuarto grupo lo comprenden los *delitos privados* en los que, con arreglo al 376 StPO el ministerio fiscal ejercitará la acción pública por entender existente un interés público en la persecución.

Sobre la titularidad para decretar el principio de oportunidad en Alemania, hay que distinguir si se intenta decretar antes o después del ejercicio de la acción penal, donde en el primer caso puede ser el ministerio fiscal el facultado, o posteriormente una vez ejercida esta puede ser el órgano jurisdiccional respectivo²⁴.

En argentina

El ordenamiento de argentina consagra en el art. 71 del C.P., impone dos obligaciones: 1) que el Estado se haga cargo de perseguir los delitos de acción pública, “principio de oficialidad”; 2) que el organismo estatal responsabilizado de tal actividad, deba iniciar la investigación de toda hipótesis delictiva consistente; esto es, que el Estado, sin requerir de actividad alguna por parte de la ciudadanía (salvo las acciones públicas dependientes de instancia privada) y aún con su oposición (a pesar de un acuerdo extrajudicial entre víctima y victimario), debe comenzar a perseguir las conductas tipificadas en el Código Penal.

La Constitución Nacional Argentina, impone a los estados locales crear una institución judicial capaz de administrar los conflictos de modo de afianzar la

²⁴.cybertesis.uahurtado.cl:8080/sdx/uahurtado/contenu.xsp?id=uahurtado.2010.zeran_o%7CTH.5&base=documents

justicia en sus territorios; y si bien unifica la legislación de fondo colocándola en manos del legislativo federal (Código Penal), reserva a los estados partes el diseño de las instituciones que permiten cumplir con aquella obligación (Código Procesal Penal y Leyes de organización judicial).

El Estado Federal debe mantener la facultad de fijar en cuáles injustos las provincias quedan obligadas a comprometer su esfuerzo institucional (deber de iniciar oficiosamente la investigación penal), como instrumento idóneo para asegurar en todo el territorio nacional aquellos bienes jurídico penalmente protegidos, considerados básicos en el mantenimiento del orden social (delitos de acción pública). Pero determinar qué organismo estatal debe perseguirlos (juez de instrucción o fiscal) y de qué manera (política de persecución penal más eficaz localmente) son cuestiones atinentes a la esfera provincial, justamente por ser ella la responsable de asegurar la administración de justicia (art. 5 C.N.). Aunque, obviamente las provincias no pueden establecer un “principio de disponibilidad” semejante al anglo-americano, ni una acción popular que desobligue al organismo estatal correspondiente del inicio obligatorio de la investigación las hipótesis sobre delitos de acciones públicas. Es decir, en los procesos provinciales debe constar la obligación estatal, pero luego puede establecerse excepciones que permitan discontinuar la persecución penal (criterios de oportunidad) a condición de ser reglados y su aplicación fundada (atendiendo a los principios jurídicos de proporcionalidad, mínima lesividad, etc)²⁵.

No existe precepto constitucional alguno que explicita la prohibición de legislar, para las provincias, sobre los criterios de oportunidad,; sólo hay interpretaciones doctrinarias al respecto.

El art. 16 de la C.N. no obstaculiza establecer políticas de persecución a nivel provincial, pues al escindir la legislación procesal de la sustantiva, ha sido la

²⁵ ALGO MAS RESPECTO AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LOS CRITERIOS ALTERNATIVOS PARA RESVOLVER LOS CONFLICTOS PENALES. Bibiana Alejandra Santella.
www.cmfbas.org.ar/archivos/11_RP4-14-Algo%20+%20Princ%20Oport.pdf

Constitución la que consintió las asimetrías en la “aplicación” del derecho penal, a fin de que cada provincia pueda asegurar la administración de justicia (art. 5 CN), con las instituciones y funcionarios elegidos sin intervención del poder federal (art. 121/3 C.N.). Es posible fijar “criterios de oportunidad reglados” en cuyos supuestos, los titulares de la acción pública, deberán encuadrar fundamentalmente las decisiones sobre suspender o hacer cesar la persecución penal; que permitan su aplicación en casos análogos (art. 16 CN), motivando en ello sus decisiones (art. 1 C.N.). La potestad de administración de la justicia se reservó para las provincias y esta consagrado en los arts. 5, 75 inc. 12, y 121, 122 y 123 de la C.N.

La legislación Nacional ha acogido criterios de oportunidad en diversos Institutos. Asimismo, el art. 26 del CPP no se opone a la legislación de fondo, por cuanto el Código Penal indica que las acciones deben iniciarse de oficio, salvo excepciones por él contempladas, y en el caso de los artículos del Código Procesal que regulan el principio de oportunidad, taxativamente se indica que el Ministerio Público deberá ejercer la acción en todos los casos, lo que supone que cuando solicite el beneficio, ya se encuentre iniciada de oficio la misma; el ejercicio de la persecución penal debe ser regulado por cada provincia puesto que ello dependerá de las realidades locales. Luego de ser analizado el fallo se resuelve declarando la constitucionalidad de los incs. 1 y 2 del art. 26 del CPP y remite las actuaciones al Tribunal interviniente a fin de que prosiga la causa según su estado²⁶.

Queda claro que cada provincia en Argentina cuenta con la potestad constitucional para la administración de justicia y establecer los criterios para la aplicación del principio de oportunidad, por cuestiones netamente académica del trabajo que nos concierne no citamos la consagración jurídica de cada una de estas provincias por lo que a modo de ejemplos traemos la consagración de La Provincia de **Río Negro**, en su art. 180 prevé normas respecto de la aplicación de los criterios de oportunidad. Y cuenta con la Ley de Mediación Penal del 13 de mayo de 2005, la

²⁶ ibídem, Santella.

cual posee 28 artículos. En la exposición de motivos del anteproyecto de Código Procesal penal para la Provincia de Entre Ríos, se definen criterios de oportunidad (art. 37 “in fine”, autorizando al Fiscal a prescindir de la persecución penal pública en casos de insignificancia, o cuando el imputado ha sufrido un daño físico, psíquico o moral grave o cuando la pena que pueda aplicarse carezca de importancia en consideración a otra pena ya impuesta o esperable o, para ciertos delitos, cuando exista conciliación y el imputado haya reparado el perjuicio causado. Siempre deberá realizarse una audiencia previa con la notificación a la víctima, antes de resolver la procedencia del criterio (art. 260). En los casos de discordancia, la víctima puede procurar una revisión de la resolución ante otro Fiscal Superior, o bien ejercer la acción a través del instituto de la conversión (art. 38). Asimismo, se regulan diversas herramientas que posibilitan la obtención de respuestas eficientes en término de pacificación y al mismo tiempo permiten prescindir del componente exclusivamente punitivo o atenuado sin que ello se entienda como impunidad. Son ejemplos de ello: la reparación (art. 37 inc. 4), la conciliación (art. 80) y la suspensión de proceso a prueba (art. 285)²⁷.

La **Provincia de Buenos Aires**, el marco legal de esta provincia la encontramos en diferentes normatividades así: artículos 37 y 38 de la ley provincial No 12.061, los arts. 1, 2 y 6 de la Ley 13.433 (Mediación Penal) esta ley establece un régimen de resolución alternativa de conflictos penales. Es decir el fin de la ley es la utilización de mecanismos de resolución de conflictos, como la mediación y conciliación para procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado y evitar la revictimización. Los casos en que procede la aplicación del principio de oportunidad están en el artículo 6 (es decir que la pena máxima del delito no supere los seis años de prisión). Especialmente: - las que estén vinculadas con hechos suscitados por motivo de familia (ejemplo; convivencia o vecindad; las de contenido patrimonial).

- expreso consentimiento de la víctima por la elección de éste régimen alternativo;

²⁷ Exposición de motivos del anteproyecto de Código procesal para la provincia de Entre Ríos, INECIP-Honorable Cámara de Diputados de la Pcia. De Entre Ríos- 1/12/2003.

Debe ser evaluada su procedencia con arreglo a las pautas de selección establecidas en el **art. 56 bis del C.P.P.**

- los informes dactilares o nominativos respecto de los antecedentes penales del o los imputados.

-Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los seis años de prisión;

-Es decir se pretende que, por lo menos, estén reunidos los extremos para llamar al imputado a declarar a tenor del art. 308 del C.P.P., resultando óptimo que la derivación se realice antes o inmediatamente después de ser intimidado por el hecho que se le reprocha.

-Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público;

-Puede ser requerido de oficio por el Fiscal actuante o a solicitud de cualquiera de las partes. Este último caso, el Fiscal apreciará si la solicitud encuadra en los parámetros establecidos en el art. 6o de la ley;

-Cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros imputados.

La **provincia de Mendoza**, donde opera la ley 6730 que aprobó el Código Procesal penal y estableció criterios de oportunidad, en el ámbito de una facultad otorgada al Ministerio Público Fiscal para poder solicitar suspensión, total o parcial de la persecución penal o limitaciones de algunas infracciones personales de conformidad a determinados casos concretos y previsto en la ley.

Existen otras consagraciones que coadyuvan al perfeccionamiento de la aplicación de los criterios de oportunidad en casos determinados (arts. 1 y 2),,

arts. 38 y 45 inc. 3 de la Ley 12.061 (Ministerio Público) y arts. 56, 56 bis, 86 y 87 del C.P.P. (Ley 11.922 y sus modificatorias).

En Perú

El marco legal del principio de oportunidad, lo encontramos de la siguiente manera: Artículo 2 del C.P.P, ley 27664/2002.

Ley 28117 de eficacia y celeridad procesal

Circular No 006-95-MP-FN, aprobado por resolución de la Fiscalía de la Nación No 1072-95-MP-FN del 15 de Noviembre de 1995.

La definición legal del Principio de Oportunidad la hallamos en el artículo segundo del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo No 638) que señala que el *“El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:*

1. *Cuando el **agente haya sido afectado gravemente** por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada.*
2. *Cuando se tratare de **delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público**, salvo cuando la pena mínima supere los dos años de pena privativa de libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.*
3. *Cuando la **culpabilidad del agente en la comisión del delito, o en su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos**, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.*

En los supuestos previstos en los incisos 2) y 3) será necesario que el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil.

*Si el **acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento***

privado legalizado por Notario no será necesario que el Juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del Principio de Oportunidad.

Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el Juez podrá, a petición del Ministerio Público, o de la parte agraviada, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos, en un plazo no mayor de diez días.

En los delitos de lesiones leves, hurto simple y apropiación ilícita de los artículos 12, 185 y 190 del Código Penal y en los delitos culposos, en los que no haya pluralidad de víctimas o concurso con otro delito, antes de formalizar la denuncia penal, el Fiscal citará al imputado y a la víctima para proponerles un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen en el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal formalizará la denuncia correspondiente."

Entonces, pues, el Principio de Oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, para (bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por ley) abstenerse de su ejercicio, o en su caso, para solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos. Debiendo para ello existir elementos probatorios de la comisión del delito y de la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio.

El trámite para la aplicación del Principio de Oportunidad se encuentra establecido en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1470-2005-MP-FN y su Anexo, publicada el 12 de julio del año 2005. De donde se desprende que, cuando el Fiscal Penal, al tomar conocimiento de la comisión de un hecho ilícito considere que el mismo constituye delito, que existe documentación sustentada suficientemente, así como causa probable de imputación penal, y que el hecho se encuentra dentro de los supuestos establecidos por el artículo 2° del citado cuerpo legal, emitirá resolución motivada, declarando la pertinencia para la aplicación del Principio de Oportunidad, citando a las partes (imputado, agraviado y tercero civilmente responsable, de ser el caso), a efectos de propiciar un acuerdo

conciliatorio respecto al monto y forma de pago de la reparación civil. Adoptándose, supletoriamente, los plazos establecidos en el Reglamento, a diferencia del cual, ya no se requiere citar previamente al imputado para que preste declaración, pues su consentimiento se recabará en la misma Audiencia.

La actuación del Fiscal en la diligencia de acuerdo tiene similares características que la del conciliador en la audiencia de conciliación. Excepto que, el Fiscal tiene la facultad, excepcional, de fijar el monto que estime conveniente cuando las partes acepten la aplicación de la oportunidad, pero no logren acordar uno por reparación civil. Siendo que, en caso que el agraviado discrepara con el monto fijado podrá apelar, elevándose los actuados al Superior, quien se pronunciará de manera definitiva e indiscutible. Esta atribución se encuentra consagrada tanto en el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad (Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público No 200-2001-CT-MP) y en el Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo No 957)²⁸.

7.2.1.1 Los fines del Principio de Oportunidad

En Colombia

Al hablar de los fines del principio de oportunidad tenemos que pasar por la incorporación del principio de Oportunidad que 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.

²⁸ PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL. Christian Salas Beteta. : Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007

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 Proporcionalidad²⁹.

Entonces el principio de oportunidad aparece como el instrumento viable y novedoso para lograr la disminución en la elevada carga laboral de la Rama Judicial y la exagerada congestión en los centros penitenciarios, pretendiendo promover, bajo las formas novedosas y premisas propias del derecho conciliatorio, que el derecho penal no sólo llegue a sus destinatarios, sino que cumpla con la necesaria realización de justicia. Otros aspectos considerados como esenciales para la aplicación del principio de oportunidad son el interés social y la utilidad pública, bajo el supuesto de encontrarnos con delitos que por su insignificancia, su escaso impacto social o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público. En este punto, la finalidad a la cual apunta el principio de oportunidad sería, en primer lugar, degradar o eliminar del sistema penal, dada su escasa importancia, ciertos delitos para los que se establecen penas irrisorias, privativas de la libertad; y en segundo lugar, descongestionar la administración de justicia, cuyos órganos jurisdiccionales se encuentran abarrotados de expedientes, muchos de los cuales carecen de relevancia político-criminal, permitiendo de este modo el reordenamiento racional de los recursos disponibles, para lograr de esta manera la mayor eficiencia y eficacia del sistema; eliminando la apertura de procesos inútiles, la imposición de penas privativas de la libertad y el desgaste del aparato jurisdiccional, en procesamiento de delitos de bagatela; desviando de esta manera recursos que deben emplearse en el procesamiento de conductas

²⁹ www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL75.pdf

delictivas de verdadero impacto social.³⁰

En Alemania

En este país los fines del principio de oportunidad pasan en principal medida por lo que ha llamado la doctrina una criminalidad de bagatela. Y por razones de utilidad³¹ que si los agrupáramos podrían ser:

- a)- la escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución;
- b)- estimular la pronta reparación de la víctima;
- c)- evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad;
- d)- favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación;
- e)- favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y;
- F)- construir el único instrumento desde el punto de vista de la “praxis” que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros “con un mínimo interés social y en los que la pena carezca de significación”³².

Frente a estos fines ha sido severa la crítica y la censura por parte de la doctrina penal alemana que se opone al principio de oportunidad como solución prevalente para los problemas de falta de medios de la administración de justicia, y pese a

³⁰ EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. Carlos Alberto Mojica, Juan Carlos Vásquez Rivera. Sello Editorial Universidad de Medellín. Pag 29 y 30.

³¹ Alcalá Zamora citado por Almagro Nosete , “el nuevo proceso Penal”, pone de manifiesto el único fin real de obviar el necesario aumento de medios materiales y humanos judiciales, lo que conllevaría un incremento presupuestario.

³² Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania España, Armenta Deu TERESA, primera edición 1991. Editorial PPU. S.A Barcelona España. Pags. 194 y195

reconocer su utilidad desde la perspectiva eminentemente práctica se centra en los aspectos constitucionales.

En este sentido, tres son los puntos más debatidos: el principio de legalidad, la administración de justicia como función atribuida exclusivamente a los órganos jurisdiccionales y el principio de igualdad. Se denuncia la vulneración del principio de legalidad en una triple vertiente: legalidad "sub especie", taxatividad y necesidad de que todo ciudadano pueda prever las consecuencias de su delito. Esto incide negativamente, entre otros aspectos, en la seguridad jurídica y en la pérdida de credibilidad del sistema desde la perspectiva de prevención general.

Finalmente la vulneración del principio de igualdad se infiere de la eventualidad de trato diverso que permite la discrecionalidad atribuida al fiscal, máxime cuando se efectúa través de conceptos insuficientemente determinados como "falta de interés público en la persecución" o "culpabilidad mínima".la discriminación se incrementa en aquellos casos en que la aplicación de la oportunidad se liga a prestaciones económicas.³³

En Argentina

desde una perspectiva político-criminal que el criterio de la "oportunidad" no es más que uno de los instrumentos con que se puede racionalizar el sistema penal de este país y ser eficiente y eficaz. Por lo que, la reglamentación a través de la ley de criterios de selección de los casos o hechos punibles de importancia para un Estado de Derecho, pueden al menos paliar los defectos que presenta hoy el sistema penal con el principio de "**legalidad**" como único criterio de persecución

³³ idem, Armenta Deu, pag 197.

penal estatal, que no reconoce teóricamente la selección real que se da en la práctica de los ilícitos que se cometen en este país.³⁴

La doctrina argentina ha recogido como fines del principio de oportunidad los conceptos establecidos por el Dr. Maier, que dice que por intermedio de los criterios de oportunidad, se puede brindar una contribución útil a la solución de problemas actuales del sistema penal, y resume la idea mencionando dos objetivos principales, que son:

-“La **descriminalización** de hechos punibles, en un intento por evitar la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte necesaria su aplicación”.

- “La **eficiencia** del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método social, en procura del **descongestionamiento** de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural provoca la afirmación rígida del principio de legalidad.”³⁵

En síntesis en este país, el principio de oportunidad es una herramienta más, para operar en forma racional el sistema penal, orientando la selección hacia fines político-utilitarios plausibles para un Estado de Derecho (social y democrático).

En Perú

³⁴ www.robertexto.com/archivo5/legalidad_vs_oportunidad.htm

³⁵ Julio B.J. Maier, “Derecho Procesal Penal” Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto SRL, Bs. As. 1999, 2da. Edición, 1ra. Reimpresión, pág. 836 y 837

La Ley tiene por finalidad precisamente la celeridad y eficacia procesal penal, es decir, la aceleración por los órganos jurisdiccionales de los procesos penales que tiene a su cargo; Los conceptos de celeridad y eficacia procesal penal que pregona la ley como una innovadora propuesta legislativa viene a cubrir los conceptos de urgencia y validez, respectivamente, que se exigen en todo proceso penal, sin embargo, en la presente norma se incluye otro concepto, que dista de la urgencia y de la validez, como es la reducción y restricción de plazos procesales. De acuerdo a esto se podrían agrupar los fines del principio de oportunidad de la siguiente manera:

a)Descriminalización, frente a la concurrencia de hechos punibles calificados como “bagatela” el jus-puniendi suspende su ejecución a fin de alcanzar mejores resultados que los efectos que podrían causar la imposición de una pena, es decir se considera los criterios de utilidad de sanción y políticas preventivas especiales y generales, dejando proscrita el absolutismo o retribución como efecto de aplicación de pena.

b)Resarcimiento a la víctima; se permite resarcir el daño a la víctima evitando dilaciones de tiempo resultando esta pronta y oportuna, evitando además que el procesado sea sometido a los efectos de una persecución en instancia jurisdiccional.

c)Eficiencia del sistema; la aplicación del Principio de Oportunidad debe permitir reducir la sobre carga laboral en instancia jurisdiccional dejando que el órgano judicial conozca conductas delictuosas graves donde resulte necesario hacer uso de las medidas coercitivas facultadas por ley, así mismo debe evitarse el sobrepoblamiento de internos en centros penitenciarios como ocurre en la actualidad en los diversos lugares del País³⁶.

³⁶ EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. Rosa Ruth Benavides Vargas_Vocal Titular de la Segunda Sala Penal Corte Superior de Justicia de Lambayeque. www.justiciaviva.org.pe/jvnn/07/art/arti1.doc

Pero estos fines han sido objeto de crítica por parte de la doctrina así, tenemos que en el artículo 40° del Código de Procedimientos Penales el tema central radica en la inadmisibilidad de la recusación si ésta no es interpuesta hasta tres días antes del día fijado para la audiencia, su trámite se da por cuerda separada no suspende la prosecución del proceso ni la expedición de la sentencia, lo cual obedece al concepto de validez y urgencia en la conclusión de un proceso que resuelve un conflicto.

En el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, en cambio, se plantea la exigencia de contar con indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito. Exigencia que si bien antes no se encontraba consignada de manera expresa, se esperaba, quizás de forma muy optimista, que todo juzgador basara su análisis en estos temas. Por otro lado, se debe resaltar y celebrar la exigencia de que se consigne en el auto los elementos de prueba en que se funda la imputación y la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado; asimismo, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, incluidas la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción, los elementos de prueba – según afirma –, entendidos como información objetiva que se presenta de manera legal, son capaces de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva; y como dice Vincenzo Manzini, en su libro Tratado de Derecho Procesal, el elemento de prueba es el hecho o circunstancia en que se funda la convicción del Juez, si es así, se espera que este elemento de prueba sea definitivamente muy objetivo y suficiente para sustentar una medida de detención o el embargo de determinados bienes, los que se han visto incrementados sin sustento jurídico ni valedero, la última modificación de este artículo se refiere a la apelación de un auto de no haber lugar a abrir proceso penal. Antes facultad discrecional del Ministerio Público.

La Ley Nro. 28117 permite ahora que sea el denunciante quien interponga recurso de apelación contra este auto. Antes, solo el Fiscal podía impugnar este tipo de autos, al respecto, debemos señalar dos cosas. Primero, resulta favorable para el

denunciante impugnar un auto de no ha lugar, que le cierra las puertas por completo de mantener su pretensión, pues de esta manera el derecho a la tutela jurisdiccional no se le ve restringido de ninguna forma; Segundo, debemos tener en cuenta que con el auto de abrir proceso se da inicio a un proceso penal. Si es así, antes de éste, o en el caso de que se emita un auto de no ha lugar, no tenemos proceso penal en curso; por ende, no hay partes procesales con facultades de interponer ningún medio impugnatorio.

En el artículo 245° del Código de Procedimientos Penales, se indica que en caso de que el procesado guardara silencio, sus declaraciones en otra etapa procesal, como en la instrucción, serán valoradas conforme al artículo 283° del mismo cuerpo de leyes. Es decir, si el acusado se negara a declarar en juicio, las manifestaciones que se tomarían en cuenta serían las que prestó en la instrucción, las cuales finalmente serían evaluadas según el criterio de conciencia de la sala.

Criterio ampliamente discutible, que muy, por el contrario de irradiar celeridad o eficacia, emana inseguridad y hasta rasgos de parcialidad.

En el artículo 271° del Código de Procedimientos Penales, se ubica en la etapa procesal del juicio oral, en que los incidentes, además de plantearse de manera verbal, tendrán sólo una instancia, es decir, la resolución que emita la sala será inimpugnable, salvo los casos en que la ley lo permita expresamente.

Esta disposición legal, además de atentar contra el derecho de defensa, afecta el derecho que tiene toda persona a la pluralidad de instancia (aunque en realidad sean sólo dos). Presumimos que el objetivo de ella ha sido precisamente la celeridad, aunque no creemos que sea también con la eficacia.

Otro ejemplo de falta de celeridad se puede apreciar en el artículo 279° del Código de Procedimientos Penales, en que el tema principal es la ampliación de los días para emitirse sentencia, de uno a cinco días posteriores al cierre del debate, bajo sanción de nulidad. Si bien es cierto la ampliación de este plazo obedece, o debe obedecer, a la complejidad del asunto (proceso) o a lo avanzado de la hora, consideramos que plantear criterios tan subjetivos, además de no brindar seguridad jurídica, dista mucho de la celeridad que debe existir en todo proceso

penal, pues se trata de postergar la resolución final en que se determina la responsabilidad penal y la comisión del delito denunciado, Definitivamente, podemos pensar que permitir ahora que sea el denunciante quien apele un auto de no ha lugar, de ninguna forma permitirá la celeridad que la Ley Nro. 28117 que se pregona.

De igual forma, Ley Nro. 28117 “Ley de Eficacia y Celeridad Procesal “ en su artículo 3°, incorpora al artículo 2° del Código Procesal Penal en vigencia los criterios de oportunidad facultativos, en nuevos casos penales en los que obligatoriamente los Fiscales deberán intentar la aplicación del principio de oportunidad.

La modificación amplía el contenido de la Ley No 27664 del 23 de febrero del año 2002, Ley que Agiliza el Procedimiento de Abstención del Ejercicio de la Acción Penal por parte del Ministerio Público, habida cuenta que en aquella vez el legislador sólo se limitó a tratar los cinco casos en que se concedieron, desde la dación de la norma, facultades a los representantes del Ministerio Público para aplicar la oportunidad.

Por ello, ante el cambio de orientación efectuado, presentamos estos análisis:

Por ejemplo, en los casos de aplicación facultativa sigue vigente y en boga desde abril del año 1992 la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad, hasta ahora poco instados como exprese en el exordio por los abogados defensores, lo que si bien constituye, sobre todo, una facultad del Fiscal en lo penal, el espíritu de la norma es altamente beneficioso para el agente del ilícito denunciado, ya que éste evita el proceso y la sanción penal, tanto como para el agraviado, que se ve pronta y eficazmente reparado en el daño que se le causó.

Los casos en que se aplicó la oportunidad fueron de la pena natural (cuando el agente resulta dañado en sí mismo al intentar realizar o al cometer el ilícito), de lesividad menor (cuando el ilícito penal no afecta gravemente el interés público), de infrecuencia del delito (criterio estadístico y que denota escaso interés de la atención pública), de culpabilidad mínima (en que circunstancias objetivas

aminoran la culpa) y de mínima contribución (casos de participación menor: inductores y complicidad accesoría)³⁷.

7.3 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

La **Jurisprudencia**, es entendida como la interpretación jurídica que realizan órganos jurisdiccionales competentes con la finalidad de aclarar posibles lagunas de la ley, y es posible crearla a través de las reiteradas interpretaciones que hacen los tribunales en sus resoluciones de las normas jurídicas y puede constituir una de las Fuentes del Derecho, según el país según el derecho comparado.

Puede decirse también que es el conjunto de fallos firmes y uniformes dictados por los órganos jurisdiccionales del Estado, para conocer el contenido cabal de las normas vigentes considerando cómo se están aplicando en cada momento, es decir, la jurisprudencia es el conjunto de sentencias que han resuelto casos iguales o similares de la misma manera o en el mismo sentido.

El estudio de las variaciones de la jurisprudencia a lo largo del tiempo es la mejor manera de conocer las evoluciones en la aplicación de las leyes, quizá con mayor exactitud que el mero repaso de las distintas reformas del Derecho positivo que en algunos casos no llegan a aplicarse realmente a pesar de su promulgación oficial.

En el Derecho anglosajón, es una fuente de importante magnitud, debido a que los jueces deben fundamentar sus decisiones mediante un estudio minucioso de los precedentes, hechos o pruebas que incriminen al detenido sin violar o vulnerar sus principales derechos.

En el Derecho continental, es también una fuente formal, aunque varía sustancialmente su valor y fuerza vinculante de acuerdo a las legislaciones de cada país. Es por ello que en algunos casos, los fallos de ciertos tribunales superiores son de aplicación obligatoria para algunos equivalentes en tribunales

³⁷ Benavides Vargas, ídem.

inferiores; en otros, las decisiones de instancias jurisdiccionales similares no son por lo regular vinculantes para jueces inferiores, excepto que se den ciertas circunstancias específicas a la hora de unificar criterios interpretativos uniformes sobre cuestiones determinadas en materia de derecho (como en el caso de las sentencias plenarias en el derecho argentino). Finalmente, y como alternativa más extendida en los Estados que ostentan estos sistemas jurídicos, puede que los fallos de nivel superior, en ningún supuesto resulten obligatorios para el resto de los tribunales, aunque sí suelen ostentar importante fuerza dogmática a la hora de predecir futuras decisiones y establecer los fundamentos de una petición determinada frente a los tribunales inferiores.

7.3.1 Jurisprudencia colombiana

La Corte Constitucional colombiana se ha ocupado desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, de varios problemas jurídicos planteados a partir de la forma como quedó regulado en ella el principio de oportunidad. De esta forma la Corte Constitucional ha asumido la discusión sobre la constitucionalidad de varias de las causales establecidas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, bien porque se han cuestionado los términos en que fueron redactadas al considerarse amplios y vagos dando pie al arbitrio de la fiscalía (Sentencias C-673 de 2005, C-095 de 2007) o bien porque se ha cuestionado la aplicación del principio de oportunidad como una institución que conduce a la desprotección de bienes jurídicos de especial importancia en la Constitución Nacional (C-988 de 2006).

También se ha ocupado la Corte de varias discusiones relacionadas con el control de legalidad que debe ejercer el juez de control de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, en este sentido ha determinado el alto tribunal desde en qué casos es procedente tal control (C-984 de 2005, C-979 de 2005) hasta qué aspectos son los que en dicha audiencia se pueden controvertir (C-1154 de 2005,

C-209, C-210 y C- 342 de 2007).

Adicionalmente han sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional, las facultades de reglamentación que la Ley 906 de 2004 mediante los artículos 330 y 527 ha conferido al Fiscal General de la Nación en materia de principio de oportunidad y mediación (C-979 de 2006). Finalmente y en cuarto lugar, la Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la participación de las víctimas y la forma como resultan limitados o garantizados sus derechos con la aplicación del principio de oportunidad (C- 095 de 2007, C-209 de 2007).

En desarrollo de éstas temáticas la Corte ha hecho referencia a las características generales del principio de oportunidad y a la finalidad del constituyente derivado al establecerlo mediante el Acto Legislativo 03 de 2002; también se ha referido a la relación del principio de oportunidad con el principio de legalidad, tanto en su acepción procesal como sustancial, a algunas consideraciones dogmáticas y de teoría del delito que tocan con la procedencia de ésta figuran y al tipo de control o parámetros que debe tener en cuenta el juez de garantías al aprobar o no la aplicación de esta figura: La Corte Constitucional en las sentencias C-673 de 2005, C-095 de 2007 y C-988 de 2006 resolvió sobre la constitucionalidad de varias de las causales contempladas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004. En las dos primeras, aunque con resultados paradójicamente encontrados, la Corte analizó cargos que sustentaban la inconstitucionalidad de los numerales demandados en la amplitud de los términos en que fueron redactados, mientras que en la tercera la Corte analizó si existe un deber de protección a través del derecho penal de ciertos intereses, que se derive de la Constitución y que pueda resultar menoscabado por la aplicación del principio de oportunidad; en los tres casos la Corte Constitucional orientó sus argumentos teniendo en cuenta su jurisprudencia sobre la potestad de configuración del legislador, como potestad que ofrece un margen amplio para que mediante el debate legislativo se tomen decisiones de política criminal, pero limitada por el respeto de los derechos y garantías constitucionales, en especial por los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

En la sentencia C-673 del 30 de Junio de 2005, con ponencia de Clara Inés Vargas, la Corte aborda el problema de si el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 resulta contrario al artículo 250 de la Constitución Nacional, debido a la amplitud de los términos en que se encuentra redactado. La Corte decide declarar inexecutable la norma demandada puesto que el principio de oportunidad tal y como se consagró en el ordenamiento jurídico colombiano (principio de oportunidad reglado) es de aplicación excepcional y de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Nacional, debe aplicarse únicamente “en los casos que establezca la ley”, por lo que las causales, para ajustarse a lo dispuesto en la Constitución, “deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria”

De acuerdo con lo anterior, la norma demandada es declarada inconstitucional, debido a que “... 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 de esta manera el artículo 250 constitucional”.

Es importante tener en cuenta que en sus consideraciones, la Corte Constitucional se remite a la doctrina extranjera sobre el tema, señalando dos formas de entender el principio de oportunidad, la primera, que lo concibe como excepción al principio de legalidad (obligatoriedad del ejercicio de la acción penal cuando se ha configurado una conducta punible), la segunda, que lo entiende como manifestación de dicho principio, en tanto su ejercicio se encuentra reglado.

En la sentencia C-095 del 14 de Febrero de 2007, con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra, se demandan los numerales 4, 5, 6, 9, 11, 12, 15 y los párrafos 1 (parcial) y 3, del artículo 324 de la Ley 906 de 2004. El demandante en esta sentencia presenta una serie de cargos genéricos frente a todas las disposiciones demandadas y posteriormente realiza anotaciones puntuales sobre cada una de ellas, por esta razón la Corte Constitucional, igualmente primero realiza una serie

de consideraciones genéricas y luego si se refiere en particular a la constitucionalidad o no de cada disposición.

El demandante se apoya en la sentencia C-673 de 2005 y retoma el argumento de la Corte sobre la claridad y precisión que debe tener el legislador al estructurar las causales del principio de oportunidad, con miras a mantener su aplicación como algo excepcional y de dotar al juez de control de garantías de parámetros claros para realizar su labor. Adicionalmente, el demandante llama la atención sobre cómo en otros ordenamientos el principio de oportunidad procede en unos pocos supuestos que atienden a la necesidad de racionalizar el sistema penal (el país que más causales contempla es Alemania con cuatro), contrario a lo que ocurre en Colombia en donde se contempla gran cantidad de causales (17, pero una ya declarada inconstitucional).

En esta sentencia, al igual que en la C-673 la Corte para fundamentar su fallo realiza una serie de consideraciones sobre las características del principio de oportunidad, teniendo en cuenta su consagración constitucional, en este sentido aborda el estudio de sus características constitucionales y del límite de las facultades legislativas en el diseño de las causales para su aplicación. La Corte afirma entonces que la adopción del principio de oportunidad obedeció a la necesidad de reconocer la incapacidad del sistema penal de cumplir estrictamente las exigencias del principio de legalidad

Con la sentencia C-988 del 29 de Noviembre de 2006, ponencia de Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional abordó el estudio del numeral 10 del artículo 324. De acuerdo con lo planteado por los demandante, la Corte Constitucional debía determinar si el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 desconocía el principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior y consecuentemente los artículos 1° y 2° constitucionales por cuanto dicho numeral hacía primar “la figura excepcional de la oportunidad” en detrimento de uno de los “valores irrenunciables en la administración de justicia” como función pública, a saber el principio de moralidad de toda función estatal, con lo que se estaría lesionando la

confianza de los ciudadanos en la acción del Estado.

La Corte Constitucional en las sentencias C-984, C-979, C-1154 de 2005 y C-209, C-210 y C-342 de 2007, se ha ocupado de cargos de inconstitucionalidad formulados en contra del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, el cual regula lo relacionado con el control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. A través de estos pronunciamientos la Corte ha venido trazando importantes directrices para el control que adelantan los jueces ante la aplicación del principio de oportunidad al resolver los distintos problemas jurídicos que se le han planteado.³⁸

7.3.2 Jurisprudencia Argentina

Dos fallos referentes al tema que ameritan ser mencionados:

Es apropiado mencionar el fallo de la **Suprema Corte de Mendoza del 19/09/05** Sala Segunda, causa nro. 83.449 caratulada “Fiscal contra Sosa Morán, Juan Rafael y otros por daño agravado s/Casación”, donde se habla justamente del principio de oportunidad previsto en el art. 26 del C.P.P. de la Pcia. de Mendoza, su constitucionalidad y la relación con el art. 274 del C.P.16.

Coincido con la resolución del fallo puesto que considero que el art. 26 del CPP de Mendoza al igual que el art. 56 bis del CPP de la Pcia. de Buenos Aires, no son inconstitucionales, ello es así porque ambos artículos se encuentran plasmados en leyes rituales, no en normas de fondo, y por lo tanto, al delegar la Constitución Nacional en las Provincias el dictado de las referidas leyes queda de esta forma salvado el escollo de la inconstitucionalidad alegada. Así mismo, considero que en ciertos casos resulta necesaria la aplicación del principio de oportunidad para remitir a juicio las causas importantes o complejas y solucionar las sencillas con alguna forma alternativa de solución del conflicto. Estimo que no se violan las garantías constitucionales del art. 18 de la C.N. puesto que allí surge que nadie

³⁸ www.ejrb.net/medios/docs/146/236_01_principio_de_oportunidad.pdf

puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, pero no se impone la obligatoriedad en la imposición de una pena o de la persecución penal, es decir surge la necesidad de acusación como presupuesto del juicio, pero no ordena que aquella se produzca en todo caso. Y finalmente, al ser el Fiscal el director de la acción pública, él bien puede decidir conforme a las pruebas colectadas, las causas que solicitará las requisitorias de elevación a juicio al Juez de Garantías, o las que desestimaré según corresponda, o las que archivaré porque no hay suficientes pruebas para continuar con el ejercicio de la acción o porque aplicó el principio de oportunidad y solucionó el conflicto entre las partes utilizando alguna de las maneras alternativas para hacerlo; por ejemplo, conciliando a las partes en el marco de la audiencia legislada en el art. 38 de la Ley 12.061 del Ministerio Público Fiscal, aplicando alguno de los criterios especiales de archivo previstos en el art. 56 bis del C.P.P. o echando mano a la reciente Ley de Mediación y Conciliación Penal (13.433), etc.

En el caso se plantea la inconstitucionalidad del art. 26 inc. 1° y 2° del Código Procesal Penal por inobservancia de la ley sustantiva. El Procurador General de la S.C.J se expide por la constitucionalidad del artículo argumentando que cuando un tribunal tiene que pronunciarse en un planteo de esta naturaleza, debe estarse siempre por la validez de una norma y sólo en última instancia declarar la inconstitucionalidad.

En el fallo citado rescato lo siguiente: "... El otro aspecto que debe ser abordado, es el referido a la posible contradicción existente entre normas sustantivas (art. 274 Código Penal) y el art. 26 del rito penal. Citamos al Dr. Dante Vega, quien expresa: "a nuestro entender, es cierto que en un sistema en donde impere la oficialidad y la legalidad en la promoción y ejercicio de las acciones penales sin admitirse otros excepciones que las previstas en el propio Código Penal, el agente fiscal que solicitaba la suspensión de la persecución penal argumentando criterios de discrecionalidad política y el Juez que lo concedía podían incurrir en el tipo referido. Pero a partir de la sanción del art. 26 del C.P.P., el art. 274 del Código Penal, jamás podría atrapar conductas del Fiscal, la de su Superior ni la

del Juez que implementen el principio de oportunidad por una simple razón de coherencia en el ordenamiento jurídico en general que no puede facultar por un lado lo que prohíbe el otro. Contra esto no se podría argumentar que la ley procesal está creando una causal de atipicidad o de justificación porque en realidad éstas ya están previstas en el art. 34 inc. 4to. del Código Penal (legítimo ejercicio de un cargo); y en éste entendimiento “orden normativo” no significa orden normativo sustantivo, sino en general, esto es, comprensivo de las normas sustanciales y procesales.³⁹

Otro fallo importante es el de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, Sala I, c.9366 “R., Néstor Indalecio y G. Osvaldo Ernesto s/ Omisión de los deberes del oficio” Rta. 13/12/05, donde se habla del principio de oportunidad y se trata el tema del archivo condicionado previsto en el art. 56 bis del CPPBA y sus alcances.

impugnación del Agente Fiscal Adjunto, quien expresa que tal decisión extra- limita la competencia de la jurisdicción, incrementando la restricción de las facultades de las partes, generándoles a los interesados un perjuicio (art. 201 del C.P.). Asimismo, entiende que la jurisdicción carece de las facultades para objetar oficiosamente un archivo o una desestimación, debiendo respetarse el procedimiento establecido por el art. 83 inc. 8 del C.P.P., esto es, la revisión por parte del Fiscal General. Así también, argumenta que tratándose de delitos de funcionarios públicos, cuando no se advierte una particular gravedad, la Fiscalía que integra dispone archivar las actuaciones en los términos del art. 56 bis del C.P.P. Todo esto lo relata el Dr. Marcelo A. Riquert, integrante de la Sala de la

³⁹ “Estudios Sobre el Nuevo Código Procesal Penal de Mendoza, Lavado Diego Jorge, Vega, Dante Marcelo, Ediciones Jurídicas Cuyo, pág. 109, 110”)...

Cámara, a quien le tocó votar en primer término como consecuencia del sorteo efectuado⁴⁰.

7.3.3 Jurisprudencia Peruana

Resaltamos dos fallos que consideramos importantes en el ordenamiento jurídico peruano; el primero de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia que dice “El artículo 22 del Código Procesal Penal vigente contempla una innovación con respecto a la anterior normativa , puesto que el Código de Procedimientos Penales de 1973 establecía la vigencia del principio de legalidad en los delitos de acción pública sin excepción alguna. En este ordinal se regula la aplicación del principio de oportunidad reglado, aceptándose en ciertos supuestos el dictado de un sobreseimiento a favor del imputado con base en criterios de política criminal de carácter preventivo. La doctrina que se refiere al principio de oportunidad reglado señala que uno de los objetivos político criminales de los que parte es que, a través del mismo se pueden concentrar los esfuerzos investigativos en la criminalidad no convencional. En efecto, ese parece ser también el objetivo del legislador nacional, por cuanto el numeral de cita permite que el fiscal a cargo de la investigación pueda, en ciertas hipótesis bien determinadas y previa autorización del superior jerárquico, solicitar que se prescinda, total o parcialmente de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho. IV.- En realidad no existe un derecho fundamental y ni aún legal del imputado a que en su caso concreto se le aplique un criterio de oportunidad, habida cuenta que depende de que su situación particular y la información que brinde al Ministerio Público se ajuste a los parámetros establecidos en el Código Procesal Penal, y de ser así, que se suscriba el respectivo convenio, el cual según el artículo 23 *ibidem* debe contar con la aprobación del tribunal, a fin de que se produzca la extinción de la acción penal, que es el efecto jurídico de su aplicación. En el caso concreto, del atento

⁴⁰ ALGO MAS RESPECTO AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LOS CRITERIOS ALTERNATIVOS PARA RESVOLVER LOS CONFLICTOS PENALES. Bibiana Alejandra Santella.
www.cmfbas.org.ar/archivos/11_RP4-14-Algo%20+%20Princ%20Oport.pdf

estudio de los autos concluye la Sala que el derecho a la libertad del amparado no ha sido conculcado por parte de la Fiscal recurrida, quien en cumplimiento de su deber procedió únicamente a escuchar la información que le brindó el imputado (amparado), con el fin de valorarla y de estimarlo necesario verificarla, sin que con ello adquiriera el compromiso de efectivamente aplicarle el criterio de oportunidad y menos aún de no solicitar en su contra una medida cautelar restrictiva de la libertad, como lo es la prisión preventiva. Ciertamente la información brindada se consignó en un acta, pero en la misma no consta el compromiso que pretende hacer valer el aquí recurrente; además, los argumentos de la recurrida para ni siquiera solicitar a su superior la aplicación del criterio de oportunidad a favor del amparado resultan sólidos y razonables, puesto que se fundamentan en que luego de la evaluación y verificación de parte de la información obtenida se concluyó – conjuntamente con los oficiales del Organismo de Investigación Judicial encargados del caso– que la misma no era eficaz y válida para lograr el cometido del artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal que se refiere al crimen organizado, pues no se constituía en prueba autónoma e independiente que permitiera vincular al autor intelectual y cabecilla de la banda delictiva dedicada a falsificar tarjetas de crédito y utilizarlas en perjuicio patrimonial de los ofendidos. en la causa penal que se tramita contra el amparado y otros, sino a lo sumo se lograría vincular al proceso a otras personas o co-imputados cuya conducta no resulta ser menos reprochable que la que se le endilga a S.C., con fundamento en suficiente prueba que de cargo con que cuenta la Fiscalía. Por otra parte, el amparado aún iniciadas las negociaciones con el Ministerio Público para la aplicación del criterio de oportunidad siguió conservando su condición de imputado en la causa penal que nos ocupa, y existiendo peligro de fuga debidamente fundamentado por la Fiscal recurrida, no procedió arbitraria ni ilegítimamente al solicitar al tribunal competente que dictara la prisión preventiva contra S.C., que finalmente fue acogida por el órgano jurisdiccional, siendo por tanto legítima la privación de libertad que sufre.” 1999. **SALA CONSTITUCIONAL**, No. 6857 de las 9:30 h del 3 de setiembre⁴¹.

⁴¹ www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/jurcon17.htm

El segundo de La Sala de Apelaciones para Reos Libres de la Corte Superior de Lima señaló que conforme se advierte de los fundamentos legales que rigen el principio de oportunidad, el representante del Ministerio Público, en ejercicio de la función persecutoria del delito que la Constitución Política le reconoce en el inciso 5 del artículo 159, es el único que, en aplicación del citado principio, puede decidir abstenerse de ejercitar la acción penal, o prestar su conformidad para su procedencia cuando esta sea invocada intra proceso, lo cual le permite (al Ministerio Público) expresar también su disconformidad ante la solicitud hecha por el encausado de que el mismo se active. (Resolución recaída en el Expediente N° 4327-97A. En: *CD Explorador Jurisprudencial 2003-2004*)⁴² .

7.4. NATURALEZA JURIDICA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Principio, según el diccionario de la Real Academia Española, significa base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia. La sustancia de los principios consiste en que constituyen normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad respecto de los problemas fundamentales de su organización (Flórez Valdez: 1990. P. 63).

Según RONALD DWORKIN, los principios jurídicos establecen metas o fines, pero no pautas concretas de comportamiento. La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de orientación que dan.

La doctrina en Colombia y en el derecho comparado, no ha sido pacífica con relación a si la oportunidad es o no un principio, ya que el principal paradigma normativo de los principios orientadores del derecho como normas de

⁴² www.gacetajuridica.com.pe/consultas_sem/diciembre_05/consulta_01.php

interpretación, integración, creación y validación de otras normas positivas, está intrínsecamente ligado al desconocimiento de las transformaciones de las teorías jurídicas advenidas con la llegada del Estado Social de Derechos lo cual se transforma en infracciones que el derecho da a su misma naturaleza jurídica. Esto conlleva a que el argé fundamental de un principio en este caso el de la oportunidad se salga del contexto constitucional y pase a lo político –jurídico, “porque la falta de actualización o simple contextualización de los conceptos frente a las nuevas circunstancias políticas y jurídicas conduce a la afirmación de una teoría de los principios que en síntesis predica: **a.** el carácter subsidiario de los mismos frente a la ley. **b.** su carácter de norma jurídica a condición de estar formalmente consagrada en el ordenamiento jurídico. **c.** su fundamentación unidimensional, esto es, una explicación solo a partir de corrientes filosóficas excluyentes que impiden una comprensión integral de los mismos. d. el empleo de los principios como sinónimos de valores”⁴³.

Para no ir muy lejos, en Colombia, la Corte Constitucional, en sentencias T-406/1992 y C-083/1995, esgrime dos posiciones frente a los principios, su diferencia con los valores y la relación de estos con las fuentes del derecho, en primer lugar acota; “Los principios constitucionales son normas de derecho fundamental que condicionan la expresión axiológica, política y dogmática del poder de Estado. En segundo lugar, los principios solo son normas si están enunciados en una disposición, su posición es subsidiaria respecto de la ley”.

--El vocablo principio deriva del latín *principium*, cuyas principales acepciones son inicio y fundamento. Por ello, en la filosofía griega, específicamente en Aristóteles, se dice que principio es el punto de partida de la cosa, “como el principio de la línea, del viaje”. Y, así, también entendían que principio era la parte esencial y primera de donde proviene una cosa, como “el cimiento es el principio de la casa”, se ha indicado, del mismo modo, que lo que ha dado el primer conocimiento de

⁴³Revista facultad de derecho y ciencias políticas vol 37, No . 106, pp 298 Medellín Colombia Enero –Junio de 2007, Universidad Pontificia Bolivariana.

una cosa es el principio de esta cosa y, en tal sentido, se afirma que las premisas son los principios de las demostraciones.⁴⁴

Para el tratadista español ROBERT ALEXY, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

La naturaleza jurídica del principio de oportunidad cobra importancia desde la perspectiva de los derechos fundamentales y su injerencia en el ordenamiento jurídico, pues, necesariamente, en la práctica judicial, se presentarán tensiones, no solo normativas sino políticas, entre el principio de legalidad desarrollado por el de obligatoriedad y, la aplicación del principio de oportunidad. Nos parece suficiente, para considerarlo como principio el hecho de que el legislador le haya dado ese carácter, pues, como se dijo, a pesar de ser simplemente una facultad discrecional reglada, que por sí sola no amerita considerarla como principio a la luz de los criterios que en la doctrina nacional e internacional se exigen para tal consideración, compartimos la naturaleza jurídica de principio, en razón de que cumple con los criterios exigidos para la estructuración de esta categoría, los cuales pueden resumirse en i) consagración expresa (dimensión normativa); ii) contenido esencial (dimensión axiológica); iii) función en el ordenamiento jurídico (dimensión Política); y iv) su universalidad (dimensión de igualdad).⁴⁵

El origen del principio de oportunidad se puede explorar desde varios frentes: desde la evolución de los sistemas procesales; desde la progresión de los vínculos

⁴⁴prueba penal y apreciación técnico-científica; Morales Marín, GUSTAVO. Bogotá 2001. Pág. 161.

⁴⁵principio de oportunidad, Reflexiones jurídico políticas, Vásquez Rivera JUAN CARLOS, Mojica Araque CARLOS ALBERTO. Universidad de Medellín 2010.

existentes entre los criterios de ejercicio de la acción penal y el derecho penal sustancial, y desde el papel que la investigación de los delitos juega en el marco del sistema penal de un Estado.

No podemos dejar de lado que para entender la naturaleza jurídica de un principio, es menester estudiar y analizar a que sistema procesal pertenece, por lo cual de conformidad con estos, podemos claramente dilucidar que en el sistema procesal de los países de Europa continental, que siguen la tradición Romano-germánica, No reconocen la oportunidad como un principio, porque riñe con cimientos jurídicos como la igualdad, la legalidad y porque su aplicación es excepcional y en los países con sistema procesal de tradición anglosajona, si se le reconoce tal categoría de principio como orientador de la administración de justicia. En ultimas podemos considerar que la oportunidad es reconocida como principio en los países con sistema procesal de modelo acusatorio, más no en el mixto.

Para dar una mayor claridad a nivel académico, relacionamos algunas diferencias que se pueden resaltar entre los principios jurídicos y el principio de oportunidad así:

- 1- *Es un peligro pretender conservar una igualdad entre dos conceptos que por su naturaleza merecen un tratamiento diferente: Un principio y una facultad política. Se avizora así un reto para la teoría de la ponderación: fortalecer sus elementos metodológicos para lograr el mantenimiento del equilibrio necesario entre la política y el derecho. La situación es más compleja cuando se advierte la sutil frontera entre lo jurídico y lo político en afirmaciones dirigidas a justificar el principio de oportunidad: se señala que el principio está dirigido al fortalecimiento de la jurisdicción mediante la efectivización de su actividad, razón que simultáneamente puede ser analizada bajo una perspectiva utilitarista como la necesidad de descongestionar la jurisdicción. ¿Cómo equilibrar el interés estatal de perseguir el delito y de descongestionar la jurisdicción, y el interés de la víctima (persona) y de toda la comunidad de obtener una reparación? La respuesta está en la ponderación que debe realizar todo juez de control de garantías al momento de ejercer una veeduría al ejercicio de la aplicación del principio de oportunidad.⁴⁶*

⁴⁶Revista facultad de derecho y ciencias políticas vol 37, No . 106, pp 298 Medellín Colombia Enero –Junio de 2007, Universidad Pontificia Bolivariana.

2- *No es posible una contradicción a priori entre dos principios. Solo será el caso específico el que determinará las condiciones que exigen o permiten la disminución de la protección de un principio a favor del otro principio (regla de precedencia condicionada). Si se acepta que el principio de oportunidad es una facultadesencial política, en el caso específico se deberá extremar el rigor para su aplicación en atención a que no se trata sólo de un conflicto intrajurídico (entre dos normas), sino entre el derecho y la política. En otros términos, la ponderación como mecanismo para la solución de conflictos entre principios jurídicos deberá ser reforzada en los eventos en los que se aplique el principio de oportunidad. En síntesis, tanto mayor sea la potestad política, más fuerte deberá ser el control frente a su ejercicio.*⁴⁷

Si se consideran los vínculos existentes entre el ejercicio de la acción penal y el derecho penal sustancial, el surgimiento del principio de oportunidad se explica por el viraje que se presenta en la concepción del derecho penal y de la pena. Así mientras se creyó que la pena tenía una función retributiva orientada exclusivamente a la realización de la justicia entendida como el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, el ejercicio de la acción penal solo podía estar orientado por el principio de legalidad. Es decir la acción penal debía promoverse siempre, en todos los casos y hasta sus últimas consecuencias.⁴⁸

Y, si se tiene en cuenta el papel de la investigación de los delitos juega en el marco del sistema penal de un Estado, el principio de oportunidad adquiere sus caracteres más definidos.

La investigación de los delitos constituye ejercicio de la función pública administrativa orientada por criterios de conveniencia política, quien está a cargo de su ejercicio discrecional es el ejecutivo, y su responsabilidad por el ejercicio de esa función es fundamentalmente política.⁴⁹

⁴⁷ Idem, cita anterior

⁴⁸ Estado actual de la justicia Colombiana; bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal Colombiano. Contextualización; Bernal Cuellar JAIME, Coordinador. Bogotá 2005

⁴⁹ idem, cita anterior

En tal contexto, este principio constituye un factor de equilibrio en el ejercicio de los poderes públicos, pues las decisiones que en materia penal ha tomado el legislador pasan por un juicio de conveniencia política del ejecutivo antes de ser aplicadas por los jueces y tribunales.⁵⁰

Nuestra carta magna, establece en sus primeros diez artículos, cuales son los considerados como principios fundamentales, el acto legislativo 3 de 2002, reformativo del artículo 250 entre otros, para disponer que la Fiscalía General de la Nación está obligada a ejercitar la acción penal dio vida jurídica a la oportunidad no enmarcada en un contexto axiológico de principio como tal sino como una excepción que se opone al principio de obligatoriedad, porque carece de las generalidades suficientes que debe tener un principio, situación similar que acontece con lo normado en la ley 906/2004, que enmarca los principios rectores y garantías procesales en el articulado del 01 al 27 y, configura el principio de oportunidad por fuera de estos y lo estipula en el artículo 321 y ss de la norma, con vista a lo anterior consideramos que la oposición de este principio se configura no con la legalidad sino con la OBLIGATORIEDAD.

Con base en lo expuesto es pertinente decir “el principio de oportunidad tiene, a la luz de la teoría general del derecho, el carácter de principio, traducido en la discrecionalidad política y jurídica del fiscal para disponer en la etapa de investigación, y creemos aún en la de juzgamiento, sobre su pretensión punitiva, mediante los procedimientos procesales establecidos.”⁵¹

En conclusión, “los principios son el fundamento del ordenamiento jurídico, ya sea que se asuman como abstracción de normas particulares positivizadas (Kelsen), como concreción deontológica de los valores (Blanca Martínez de Vallejo), o que sean estimados como derivaciones o construcciones lingüísticas de una

⁵⁰ idem, cita anterior

⁵¹ idem, principio de oportunidad, Reflexiones jurídico políticas.

comunidad (Habermas). Así, lo que sirve de fundamento no puede poseer una naturaleza divergente a lo que resulta fundamentado”.⁵²

7.4.1 RELACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CON OTROS PRINCIPIOS.

Como ya lo expresamos anteriormente, nuestra carta política consagra una gama de principios fundamentales los cuales se articulan intrínsecamente con el principio de oportunidad, por lo cual este no puede invocarse fehacientemente en contra de los mandatos constitucionales, por disposiciones netamente académicas de este trabajo, solo trataremos algunos principios que consideramos tienen carácter universal sin tratar de demeritar bajo ningún punto de vista los que no insertamos en esta obra.

7.4.1.1. Con el Principio del “Debido Proceso”.

El debido proceso, consagrado en el artículo 29 constitucional, se ve vulnerado con la aplicación del principio de oportunidad por cuanto la aplicación de este rompe con el esquema natural y estructural con el cual se le ha dado aplicación a través de los tiempos, se vulnera también, porque <<la persona implicada tiene el derecho a exigir que se adelante todo el proceso hasta que se determine la verdad, **“verdad determinada por un Juez, no por un Fiscal”**. Luego si la aplicación de la oportunidad comporta que no se llegue a un juicio, la persona implicada quedará como autor del delito aun cuando no se haya demostrado más allá de toda duda razonable su responsabilidad a través de una sentencia condenatoria; puesto que el ejercicio del mencionado principio se da cuando haya

⁵²Revista facultad de derecho y ciencias políticas Vol 37, No 106, pp 298 Medellín Colombia Enero-junio de 2007, Universidad Pontificia Bolivariana. Acerca de la potestad de modulación de la acción punitiva o del mal llamado principio de oportunidad, Estrada Vélez SERGIO IVAN

probabilidad de la comisión del hecho y la autoría del responsable>>⁵³. (Negrillas fuera de texto).

7.4.1.2. Con el Principio de “Derecho de Defensa”.

El artículo 29 de la Constitución Nacional Colombiana, se consagra el derecho de defensa, como un derecho fundamental.

“Dado que en Colombia, contra la providencia dictada por el juez en función de control de garantías referente a la aplicación o no del principio de oportunidad, no procede recurso alguno; con la discrecionalidad de la acción penal se ve vulnerado este derecho, puesto que se carece de recursos de impugnación contra la providencia judicial que refrende o rechace la disponibilidad de la pretensión penal. Así se consagro en Colombia, en la ley 906 de 2004, donde la resolución de prescindir de la acción penal no puede ser objeto de ataques mediante los recursos pertinentes”⁵⁴. Es decir en el evento que el Juez, no avale la aplicación de este principio en un caso concreto, tal decisión queda incólume y en firme, no siendo merecedora de otra oportunidad procesal recursiva.

7.4.1.3. Con el principio de “Derecho a la Igualdad”.

El derecho a la igualdad es universal, es fundante del Estado social de derechos de ahí que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 mediante resolución 217^a, estableció:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

⁵³Principio de oportunidad, Garzón Marín, ALENJANDRO; Londoño Maya, CESAR AUGUSTO, Ediciones nueva jurídica, colección estudios No 8, Bogotá 2006.

⁵⁴ Idem, cita anterior.

En esta declaración la igualdad y la libertad se ligan a la dignidad del ser humano, debiéndose tener en cuenta que la igualdad general que se establece mediante la ley es de carácter formal, pero como la realidad enseña que las personas socialmente son desiguales, entonces bajo esta percepción el principio lo que implica es que a todos los individuos se les debe dar tratamiento igualitario cuando están frente a una misma hipótesis o situación, lo cual se traduce en una igualdad material⁵⁵.

El artículo 13 Constitucional, establece el derecho a la igualdad ante la ley, y como garantía de este se concibe el principio de legalidad, al tenor de que a iguales supuestos normativos, iguales consecuencias jurídicas, ya que no es justificable la aplicación del derecho penal bajo criterios que no sean meramente jurídicos. No es un secreto, que existía una práctica generalizada de ejercer la acción penal solo a conveniencia del ente persecutor bien por motivos personales, económicos, sociales y hasta culturales, lo que llevó a que muchas causas penales con demasía de elementos probatorios y/o con mucha inferencia razonable sobre participación material o intelectual no fuesen objeto de investigación.

Ante la tanta discrepancia surgida con los sistemas inquisitivos que imperaban en los Estados, bien sea por escasez de recursos humanos, escasez de recursos técnicos o falta de capacitación entre otros, la introducción del principio de oportunidad nace como una necesidad de transparencia y garantía para la descongestión judicial y materialización del derecho a la igualdad.

7.4.1.4. Con el Principio de “Legalidad”.

Han surgido muchas tesis y críticas sobre la justificación de la aplicación del principio de oportunidad como antítesis al principio de legalidad, aunque también se pregonaba que la discrecionalidad y la legalidad son complementarias, pero si en el marco del sistema continental europeo, todos los funcionarios están sometidos

⁵⁵Principio de oportunidad; comentarios y Jurisprudencia. Martínez Lozada; LUIS EDGAR, Ediciones nueva jurídica, Colección estudios No 10, Bogotá 2006.

al imperio de la Constitución y la ley, mientras que en el sistema anglosajón los funcionarios están sometidos a cierta discrecionalidad para sustraerse de la acusación por razones de causa probable o insuficiencia probatoria, es decir poseen un sometimiento no tanto jurídico-penal sino político.

Según WINFRIED HASSEMER cada uno de estos principios opuestos acentúa partes diferentes de la idea de regulación jurídica. La legalidad se coloca del lado de la justicia ideal, del lado de las teorías absolutas de la pena, y es respetado como clásico; mientras que la oportunidad se inclina hacia la orientación a fines del derecho penal, hacia las teorías relativas de la pena, y se lo menciona como moderno. Los peligros que encierran las soluciones drásticas son también posibilidades de poner en peligro la igualdad y el Estado de Derecho, de sobrepasar las fronteras clásicas que el derecho penal coloca a la injerencia estatal. Pero, al mismo tiempo el principio de legalidad, formulado jurídicamente, es demasiado débil para realizarse en la praxis de la persecución penal y, por ello, posibilita la práctica de criterios de oportunidad, difícilmente controlables. La relación de legalidad y oportunidad es un problema de implementación del derecho, antes que un problema teórico-jurídico; depende más de las rutinas de los funcionarios judiciales, del control público sobre ellos y de la confianza popular sobre ellos, que de los textos legales en sí mismos (HASSEMER: 1995. Pág. 29)⁵⁶

En últimas lo que se presenta es una atenuación del principio de obligatoriedad de la acusación. En ese sentido el principio de oportunidad es un complemento del principio de legalidad procesal, el cual solo se vulneraría si el titular de la acción penal se abstiene de ejercitar está sin tener en cuenta el consentimiento del imputado y de la víctima sin que se permita un control jurisdiccional eficiente (ALVARADO: 2004. Pág. 44)⁵⁷.

La aplicación del principio de oportunidad, no significa dejar de un lado los *principios nulla poena sine indicio, nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*, debido a que el respeto a estos postulados es fundamental para la vigencia de la

⁵⁶ Idem, cita anterior.

⁵⁷ Idem, cita anterior

legalidad Penal en un Estado de Derecho. Es tan solo una forma de adecuar el funcionamiento del sistema para controlar la excesiva carga de trabajo, a través de la racionalización de la persecución penal, función encomendada a los Fiscales (ALVARADO: 2004. Pág. 44)⁵⁸.

En la comunidad europea los sistemas penales de Estados miembros están divididos por lo que se refiere a los principios de oportunidad y legalidad de la acción penal. De acuerdo con el principio de legalidad, las autoridades competentes para ejercitar la acción penal deben intervenir de oficio - y en consecuencia incluso en ausencia de denuncia - cuando sospechen de la existencia de una infracción. Por el contrario, según el principio de oportunidad, la decisión de adoptar medidas contra la infracción se deja a la apreciación del fiscal. Sin embargo, en la práctica, todos los sistemas jurídicos contienen elementos procedentes de ambos principios. Los que siguen el principio de legalidad aplican, en algunos casos, criterios de oportunidad, por ejemplo, la posibilidad de archivo de las actuaciones bajo condición, y los que se basan en criterios de oportunidad, admiten, por ejemplo, instrucciones de los Fiscales Generales u orientaciones de política criminal emanadas del Ministro de Justicia y se matizan, en particular, por la exigencia de motivación de las resoluciones por las que se archiva la causa y/o por la instauración de vías de recurso efectivas⁵⁹.

A favor de una legalidad estricta en el ejercicio de la acción penal y, de contera, en contra de la oportunidad se esgrimen los argumentos de la *objetividad de la justicia y autonomía funcional del Derecho*, según los cuales modular la aplicación de la ley debilitaría su propio valor y además que, con motivos económicos, no puede instrumentalizarse una herramienta como el Derecho que cumple una función social específica; sin embargo, resulta necesario llamar la atención frente a argumentos lógicamente sólidos, pero que ignoran, quienes así razonan, que la

⁵⁸ idem, cita anterior.

⁵⁹COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEASLIBRO VERDE. Sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea. eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0334:FIN:ES:PDF

lucha eficiente contra la criminalidad exige la combinación de recursos diferentes (legislación penal, medios policiales y judiciales, política de prevención, etc.). Así por ejemplo, RALF DAHRENDORF, aunque amigo de la autonomía funcional del derecho, alerta del peligro opuesto: “la aplicación rigurosa de la legalidad no puede resolver, por sí sola, todos los problemas sociales, incluido el de la criminalidad. No dejar espacio alguno a medidas de política económica y social y, por lo tanto, a un uso templado de la discrecionalidad equivale a desconocer las necesidades de los más débiles. El puro legalismo puede verse transformado en *darwinismo social*⁶⁰.”

7.4.1.5. Con el de “Obligatoriedad”.

El principio de oportunidad surge luego de dilucidar la prevalencia entre el concepto de legalidad del proceso y el de necesidad del proceso mismo⁶¹, lo que se soporta, como es sabido, en la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por parte del Estado y, de conformidad con lo que se plantea en la reforma, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, de manera casi que privativa⁶².

Nuestro Código de Procedimiento Penal, ley 906/2004, en su artículo 66 establece: “**Titularidad y Obligatoriedad.** El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos 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, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.....”

⁶⁰ cita de sentencia C- 679-2005 Corte Constitucional.

⁶¹ TOMAS VIVES ANTON. La libertad como pretexto, valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p.286.

⁶² Estado actual de la justicia Colombiana. Bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano, Coordinador, Bernal Cuellar JAIME. Aproximaciones al principio de oportunidad Corredor Beltrán DIEGO E. pág. 110.

El surgimiento del problema de la obligatoriedad, se presenta por varios aspectos, bien sea por el monopolio del Ministerio Público o Fiscal en el ejercicio de la acción penal, porque garantiza el derecho a la igualdad, reivindica la seguridad jurídica, da acceso a la administración de justicia, actualiza o da fuerza a la división de poderes y evita la arbitrariedad jurídica entre otros.

El principio de obligatoriedad se sustenta, en primer término, en el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia penal mediante la garantía constitucional del derecho de petición por medio del cual toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas y a que estas prontamente sean respondidas, así como el derecho de acceso a documentos públicos salvo casos previstos legalmente por reserva o secreto profesional y el derecho a la tutela jurídica para reclamar en todo momento y lugar protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales amenazados por cualquier persona natural o jurídica.

Se sustenta también en el principio de igualdad jurídica, en la medida en que todos somos libres y no se puede seleccionar arbitrariamente a los ciudadanos que deba acusarse ante la jurisdicción penal por razones de sexo, raza, origen, credo, condición social, religión, ideología, etc. no puede servir de sustento a una selección jurídica de los casos a tramitar ante la jurisdicción penal. En consecuencia, debe garantizarse que el Ministerio Público o la Fiscalía actuarán sin sujetarse a ninguno de estos criterios.

Otro caso concreto de sustentación es la independencia del juez penal, en la medida que ningún sujeto distinto al juzgador asuma la función de acusador en forma obligatoria, salvo los casos expresamente señalados por la ley en materia de conciliación.

Podemos acotar también que se da una sustentación con relación al término, ya que parte de la doctrina aduce que el principio de obligatoriedad es idéntico al de legalidad, nosotros pensamos que no, por cuanto si la ley le permite al Ministerio Público no ejercitar la acción penal (por razones de oportunidad) está actuando

legalmente, es decir está cumpliendo con la norma y, por tanto se adecúa a la legalidad, lo que acontece es que excepciona el criterio de la obligatoriedad.

Ahora bien, “*El principio de obligatoriedad*, entonces, consiste en la obligación de que todo hecho en apariencia delictivo debe necesariamente traducirse en el desarrollo de una investigación penal, en condiciones de igualdad y sin recurrir a criterios discrecionales para definir el ejercicio de la acción penal. Quiere decir que en la obligatoriedad como principio o regla procesal, discusión no zanjada en la actualidad, la selección opera de facto, mientras que el principio de oportunidad, *como excepción constitucional al de obligatoriedad*, utiliza criterios reglados y precisos definidos dentro del marco de la propia ley procesal, como son las causales de aplicación consagradas en el artículo 324 de la ley 906/2004, formando parte, de esta manera, de la propia legalidad”⁶³.

Por lo tanto, la relación entre principio de oportunidad y el principio de obligatoriedad radica en el momento de saber si “en todos los casos en que hay un hecho punible, la persecución he de ser obligatoria, (entendida no como principio de legalidad sino de obligatoriedad), o si hay que tomar en cuenta también consideraciones de oportunidad, sobre todo el interés público (principio de oportunidad)”⁶⁴. Significa lo anterior que el principio de oportunidad, entre otros, encuentra su fundamento en motivos como la eficiencia y la eficacia del sistema, la descongestión de la Administración de justicia, delitos de pequeña y mediana criminalidad, evitar los efectos nocivos de las penas cortas y la pronta reparación a las víctimas⁶⁵.

⁶³ idem, principio de oportunidad, Reflexiones jurídico políticas.

⁶⁴ GOLDSCHMIDT james. “Principios generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1959. P. 120.

⁶⁵ idem, principio de oportunidad, Reflexiones jurídico políticas.

7.5. ESTANDARES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

5.5.1.1. ¿Qué es un estándar?

Según el DRAE, estándar es algo que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia.⁶⁶

Estandarizar es adoptar ciertas medidas o protocolos que compatibilicen unos productos con otros, o especifiquen si los niveles de calidad son aceptables entre las diversas fuentes que las emiten.

Son principios orientadores para evaluar conocimientos generalizados ya adoptados por una comunidad y que modulan las precauciones o recomendaciones a seguir para obtener resultados satisfactorios.

Una norma, es un conjunto de reglas estandarizadas que contienen un catálogo de requisitos, es tos requisitos se refieren tanto a productos como a procesos. La estandarización, recoge los deseos, las propuestas de todas las instituciones relevantes como fabricantes, centros de investigación, juristas etc.

7.5.1.2. Estándares jurídicos.

Desde el punto de vista de la lógica jurídica, los estándares se conciben como el deber ser. Para J, Cassasus son: construcciones de referencias elaborados y acordados entre personas con la autoridad y conocimiento para hacerlo; por consiguiente vemos como se cumple el estándar en los países materia de estudio como son Alemania, Perú, Colombia y Argentina, donde el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal, inicialmente se sujeto al principio de legalidad; a diferencia de otros países de nuestro entorno en los que se plantea la

⁶⁶ Diccionario de Real Academia de la lengua

imposibilidad de perseguir todas las conductas tipificadas conforme a la estricta aplicación de aquel principio⁶⁷.

Por otro lado vemos, en tal contexto este principio constituye un factor de equilibrio en el ejercicio de los poderes públicos, pues las decisiones que en materia penal a tomado el legislador pasan por un juicio de conveniencia política del ejecutivo antes de ser aplicados por los jueces y tribunales, se trata de una concesión del ejercicio de la acción penal que este estrechamente ligada a una visión particular de ejercicios del poder político; de allí que este esquema exija en todos los niveles, una asunción racional y responsable de la función pública, pues se trata de hacer alta política con ocasión de la investigación penal y no de poner la justicia penal al servicio de fines politiqueros, que es algo completamente diferente⁶⁸.

El principio de oportunidad se aplica únicamente en los países que tienen como modelo el sistema anglosajón, donde quien investiga posee la discrecionalidad de decisión de iniciar o no una investigación, contrario sensu el sistema continental europeo donde se parte inicialmente del principio de legalidad como regla general y como excepción el principio de oportunidad.

7.5.1.3. concepto de estandar del principio de oportunidad.

Los estándares del principio de oportunidad, son las estructuras básicas que cimentan el funcionamiento del principio de oportunidad que se desarrolla en el sistema anglosajón el cual es regido en cada uno de los países que tiene como modelo el sistema anglosajón que rige en los estados que poseen este modelo, con el objeto de establecer la viabilidad o no de ejercer la acción penal en algunas actividades delictivas en la búsqueda del buen desarrollo y eficacia de la política criminal que cada estado ha determinado.

⁶⁷ Artículo Revista: estudios penales criminológicos, hacia un nuevo proceso Penal (investigación y juicio de acusación) Castillejo Manzanares RAQUEL. Vol. 29, Universidad Santiago de Compostela 2009, pág. 228.

⁶⁸ Estado actual de la Justicia Colombiana: Bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal Colombiano; Bernal Cuellar JAIME, (Coordinador), Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003. El principio de oportunidad, José Joaquín Urbano Martínez.

7.5.1.4. los estándares del principio de oportunidad según la doctrina.

Las modalidades que adquiere el principio de oportunidad en el derecho comparado son múltiples, no obstante es preciso su reagrupación en dos tendencias.

Cabria pues, distinguir entre un principio de oportunidad libre, o también conocido como *plea bargaining*, y el que en derecho continental se conoce como reglado, que supone en términos generales la posibilidad que tiene el titular de la acción de abstenerse de perseguir determinadas conductas delictivas o de suspender el procedimiento en curso con o sin condición para ello en atención, como se ha anunciado, a factores diversos inmersos en una concreta política criminal rectora en un momento y lugar dado, y que podrían corresponder a muy variados supuestos que en nuestro concepto deben estar previamente consagrados en la ley procesal.⁶⁹

Sistema reglado. La característica básica de esta modalidad la constituye la presencia de supuestos previamente fijados en la norma que harían viable aplicar el principio de anotado; supuestos que el operador de justicia al cual previamente se le ha reconocido tener esa disposición de la acción deberá tener en cuenta y que generará como efecto el abstenerse de perseguir determinadas conductas o el suspender determinadas acciones que encuentren en curso, para lo cual se podría plantear dos caminos, la autonomía y discrecionalidad que se reconoce al funcionario del ente fiscal o la necesaria consulta que el mismo debería realizar al juez o tribunal competente para juzgar el hecho.

El alcance de esta tendencia, en los regímenes que conforman el sistema continental, lo refiere ASCENCIO MELLADO, de la siguiente manera “no se fundamenta en una negociación sobre la reducción de la pena o la mutación o alteración del hecho procesal de manera que se obligue a una calificación jurídica distinta, sino que, manteniendo el hecho punible como tal, su conformación real y la calificación jurídica apropiada, se ha uso de ciertas medidas tendientes a evitar el proceso penal en sí y en atención a intereses no siempre concordantes con la retribución pura y simple”.

Sistema Libre. Esta es el acogido por el sistema anglosajón, aquí la manifestación es más amplia que en los regímenes del sistema continental, aquí se trata de que la autoridad que adelanta la investigación penal pueda abstenerse de realizar la acusación o de seguir adelante con esta. Este modelo se traduce en

⁶⁹ Idem,

dos figuras el *plea guilty*, o confesión dirigida a evitar el juicio o bien el llamado *plea bargaining* que consiste en la negociación previa que se da entre el fiscal y el reo, pero que va a terminar con la imposición de una sanción por parte de un juez o tribunal. En España por ejemplo, se ve como más cercano a su tradición un sistema que atienda al denominado “principio de oportunidad reglado”, ya que con este sistema no se contempla posibilidad alguna de archivo del asunto o de no ejercicio de la acción bajo condición o sin ella; con lo cual no se atiende a fines concretos y lícitos como los salvaguardados por vía del sistema que tratamos, y solo se tutela un interés de economía procesal o de más fácil condena en asuntos que, por su complejidad, serían en exceso costosos o de muy difícil prueba.

La legislación Peruana, se rige por la legalidad pero la aplicación del principio de oportunidad puede ser extra proceso-antes del inicio de una investigación judicial- e intra proceso – durante el proceso judicial, aunque no se precisa si quien tiene la facultad es el juez o el fiscal, aunque este principio desde su publicación estuvo divorciado y distante para su total aplicación en la praxis procesal, debido fundamentalmente a la poca difusión y confusión que existía por los abogados y litigantes por la no entrada en vigencia de la integridad del Código Procesal Penal, hay que tener en cuenta que aquí las partes no pueden ser citadas para que presten su consentimiento, es decir, se interpreta en contrario sensu que es necesario también que la víctima, o de ser el caso el tercero civilmente responsable preste sus consentimientos expresos, además del imputado lo cual sería un error adverso.

La ley tiene por finalidad precisamente la celeridad y eficacia procesal penal, es decir la aceleración por los órganos jurisdiccionales de los procesos penales que tiene a su cargo; los conceptos de celeridad y eficacia procesal penal que pregona la ley como una innovadora propuesta legislativa viene a cubrir los conceptos de urgencia y validez, respectivamente, que se exigen en todo proceso penal.

En Chile, donde se ha empezado a utilizar criterios de oportunidad desde cero, en las regiones donde ya rige el nuevo modelo procesal penal se ensayaron distintos métodos para ganar tiempo.

La oportunidad reglada, vigente en el derecho continental europeo, y en especial en Alemania, Italia, Portugal y España, donde las disposiciones que lo reglamentan establecen una serie de condicionamientos o criterios para su aplicación, las causales son taxativas y se encuentran enumeradas en la ley. Por regla general, está sujeto a la aprobación de un Tribunal. En Latinoamérica, dicho principio es acogido por legislaciones como la de Argentina, Chile, Bolivia, Paraguay, Perú y Venezuela.

La doctrina en Argentina, el ordenamiento jurídico se rige por el principio de la legalidad siendo este el principio rector, aunque sin perjuicio a ello e influenciado tal vez por la mayoría de la doctrina nacional, se manifiestan ciertas excepciones con la incorporación del principio de oportunidad, por lo cual algunas provincias han dejado sentadas sus bases.

En la provincia de Mendoza, con la sanción de la ley 6730 que aprobó el código procesal penal, estableció criterios de oportunidad, como por ejemplo, la facultad que se le otorga al Ministerio Público Fiscal de solicitar que se suspenda, total o parcialmente la persecución penal o se limite con respecto a algunas infracciones o personas con arreglo a determinados casos previsto por la ley, por ello el artículo 27 reza “si el tribunal admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad, se produce la suspensión de la persecución penal con respecto al autor o participe en cuyo beneficio se dispuso, si la decisión se funda en la significancia, sus efectos se extienden a todos los que reúna las mismas condiciones” y, el artículo 28 establece con un sentido de amplia flexibilidad procesal que los criterios de oportunidad pueden solicitarse durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su inicio.⁷⁰

En la provincia de Buenos aires, el nuevo código de procedimiento penal legisló los criterios de oportunidad como excepción al principio rector de legalidad, donde se le otorgan amplias facultades al Procurador Fiscal para conducir toda la investigación desde su inicio, con la posibilidad de detener persecuciones sin interés estatal, lo cual es un gran avance procesal. Es el funcionario del Ministerio Público Fiscal quien determina cuando resulte viable renunciar a la promoción de la acción o suspender su ejercicio, también le confiere un rol más protagónico a la víctima dentro del proceso convirtiéndola en la figura central y principal del conflicto social.⁷¹

En la provincia de Neuquén, según el artículo 6 del anteproyecto del código de procedimiento penal establece que “La acción penal pública se ejercerá exclusivamente por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio, su oficio

⁷⁰ El principio de oportunidad como instrumento de política criminal del Estado para la resolución del conflicto penal; Maglione, ENRIQUE ANIBAL. Trabajo presentado en el año 2001, en la maestría de ciencias penales de la Universidad Nacional de la Patagonia, san Juan Bosco, Trelew-Chubut, publicado en la revista “El Repórter” de la escuela de capacitación del poder judicial de la Provincia del Chubut, Año 4-No 14- Diciembre de 2004.

⁷¹ Idem,

no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar excepto en los casos expresamente previstos en la ley”, con lo cual deja totalmente abierta la posibilidad de que el Procurador Fiscal se apartase de la legalidad en algunos casos.⁷²

En conclusión, en Argentina como país federal, se apertura un procedimiento de prueba que detiene la acción penal, cumplido el periodo de prueba satisfactoriamente se declara extinguida la acción penal, para lo cual debe haber: i. consentimiento del imputado, ii. Reparación del daño y iii. No haber cometido un delito anterior.

La doctrina en Alemania, en este país el principio de oportunidad tiene sus orígenes a través de la *ley Emminger* del 04 de enero de 1924, donde según el artículo 153, el Ministerio Público quedo facultado a abstenerse del ejercicio de la acción penal para satisfacción de determinados presupuestos como son: Reparar el daño, otorgar prestaciones de utilidad pública y cumplir determinadas obligaciones.⁷³

7.6. CARÁCTER PROCESAL Y EXTRAPROCESAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El proceso es el medio o instrumento que actualiza el Estado para administrar justicia a través de la actividad que despliegan sus órganos jurisdiccionales. Por eso, el devenir de los actos de las partes y del juez que conforman el proceso, viene informado por un conjunto de normas o principios rectores desde los cuales se puede descubrir la naturaleza del sistema procesal escogido por un ordenamiento jurídico⁷⁴. El carácter procesal o Extraprocesal en el estudio que adelantamos va referido a sí las actuaciones en las que se realiza el acuerdo por

⁷² idem,

⁷³ El principio de Oportunidad; Vargas Benavides, ROSA RUTH. Vocal titular de la segunda sala penal, Corte Superior de Justicia de Lambayeque, peru.
www.justiciaviva.org.pe/jvnn/07/arti1.doc

⁷⁴ Desistimiento; caducidad; terminación del proceso por satisfacción extraprocesal y desaparición sobrevenida del interés legítimo. María del pilar Prieto Blanco.
www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD87.pdf

parte de la Fiscalía en las que se acepta el principio de oportunidad son dentro o fuera del proceso, para lo que analizaremos como funciona en este sentido el principio objeto de nuestro estudio en el derecho comparado.

7.6.1 EN COLOMBIA

El principio de oportunidad tiene un carácter procesal, según se desprende del artículo 1 de la Ley 1312 del 9 de julio de 2009, el artículo 323 del código de procedimiento penal queda, en su primera parte, así: “Aplicación del principio de oportunidad. 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, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad”. Lo que nos lleva a esta conclusión es que esta facultad discrecional del fiscal solo es posible su aplicación cuando estamos ante un proceso donde el funcionario esta en la dicotomía de ejercer o no la acción penal. Esta facultad, que su aplicación debe ser excepcional, lo que evidentemente entra en contradicción con su principal función, como es la de proporcionar herramientas que hagan al sistema penal más eficiente y menos congestionado desde su concepción esta pensada como un instituto procesal.

MESTRE distingue dos tipos de funciones en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, unas funciones procesales, que califica de “micro” y una función esencial, que consiste en la ejecución de la política criminal del Estado. La Fiscalía General de la Nación “... tiene una serie de funciones procesales que han tomado un protagonismo exagerado y han desviado la atención frente a su principal función: la ejecución de la política criminal. En el marco de esas funciones procesales, a la fiscalía le corresponde asumir la posición de parte acusadora en los procesos penales y, con el fin de facilitar y hacer más efectiva su función procesal, en algunos sistemas se le han otorgado funciones de carácter judicial. Sin embargo, dos precisiones iniciales son necesarias: en primer lugar, que las funciones

procesales o funciones en sentido “micro” de la Fiscalía no son las más importantes que tiene y, en segundo lugar, que el nuevo sistema de persecución le ha retirado las principales funciones judiciales a esta entidad, sin desnaturalizarla ni afectarla para el desarrollo de su función esencial”⁷⁵.

Es por lo anterior que consideramos que dada la facultad otorgada a la Fiscalía, y lo reglado del sistema bajo el cual se aplica el principio de oportunidad, y si a eso le sumamos la necesidad de la aceptación del juez para la implementación de este instituto, tenemos que decir que su carácter es netamente procesal.

7.6.2 EN ALEMANIA

El principio en Alemania tiene un carácter procesal, esta inferencia resulta del estudio de ley procesal de este país que en palabras de Armenta Deu, “el principio de oportunidad rige a lo largo de toda la tramitación del procedimiento que regula la citada ley, de forma, que el archivo puede llevarse a cabo tanto por las autoridades administrativas en la fase inicial, como por el órgano jurisdiccional, si el asunto ha pasado a su conocimiento”⁷⁶.

Originariamente se entendía como caso general aquel en que la facultad correspondía al órgano jurisdiccional competente. A través de la evolución que el principio de oportunidad ha sufrido en Alemania y, fundamentalmente, desde que la fase investigadora del proceso se atribuyó al ministerio fiscal, han surgido muchos casos en que tal facultad recae en dicho órgano. Es de resaltar, no obstante, que tal dualidad se presenta tan sólo en la fase previa al ejercicio de la acción. Una vez se ha ejercitado ésta, la facultad de archivo se atribuye únicamente al órgano jurisdiccional.

⁷⁵ www.ejrlb.net/medios/docs/146/236_01_principio_de_oportunidad.pdf

⁷⁶ Idem, Armenta Deu, pag, 44, 45.

7.6.3 EN ARGENTINA

En este país el carácter del principio de oportunidad es procesal, aunque desde sus fines podría pensarse lo contrario, no cabe duda que el propósito de la Ley 24.825 descansa en descongestionar la acumulación de asuntos penales a la espera del juicio, cuando se de el acuerdo entre el Ministerio Público Fiscal y el imputado y su defensor respecto de los hechos delictivos (descripción del suceso con sus circunstancias témporo-espaciales y su modo de ejecución, como la calificación legal) y la pena a aplicar. Esto demuestra claramente que este instituto reposa en el "**principio de oportunidad**" o **de ejercicio discrecional de la acción penal**, distinto del "**principio de legalidad procesal**" que sustenta la estructura del sistema de derecho penal argentino. Siguiendo con un análisis constitucional-procesal, diremos que en el sistema penal anglosajón el carácter ejecutivo de la persecución penal se extrae del poder genérico para ocuparse de la aplicación de las leyes que atento al dispositivo II de la Constitución Federal de los Estados Unidos corresponde al Poder Ejecutivo. Ello lleva a la conclusión tocante a que, la posibilidad de que las decisiones del Ministerio Público Fiscal sean controladas por algún órgano extraño al Poder ejecutivo ocasionaría un problema constitucional vinculado al "principio de la división de poderes" ; más concretamente existiría un "conflicto de poderes". En cambio, el sistema penal de Argentina se **sustenta** no sólo en **el "principio de legalidad procesal"**, sino también en otros principios como son el **de la inderogabilidad o indeclinabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción**, según la primera regla una vez que el juez ha sido investido del conocimiento del hecho punible, no puede sustraerse al ejercicio de su función ; tiene el deber de pronunciarse de acuerdo con la ley, cuyo mandato resulta inexcusable ; no tiene potestad para indultar o perdonar. A su vez, la segunda se refiere a que las normas legales sobre jurisdicción y competencia penal son absolutamente improrrogables ; es decir que no pueden ser modificadas por la voluntad del juez o de los sujetos procesados, y, también en la igualdad. Según tales principios el consenso manifestado por el Ministerio

Público fiscal y el imputado con presencia de su defensor, en cuanto al hecho típico, antijurídico y culpable como la pena, **deben someterse a la jurisdicción para su aprobación**. Tal circunstancia no es así, si nos atenemos a lo establecido por el inciso 31 del artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación, toda vez que según tal norma el Tribunal (en caso de un delito criminal) o juez (si es un delito correccional), **está obligado a homologar el consenso expresado entre el Ministerio Público fiscal y el acusado, tanto con los hechos, calificación legal, responsabilidad penal y pena**. En síntesis éste instituto veda al órgano jurisdiccional que debía llevar adelante la etapa del juicio a discrepar con la pena acordada por las partes o sujetos esenciales del proceso penal (Ministerio Fiscal y acusado). A su vez observando desde otra óptica este instituto y referidas a las garantías constitucionales contempladas por el artículo 18 de la Constitución Nacional, relacionadas al debido proceso y defensa en juicio, consideramos que al no llevarse a cabo el juicio propiamente dicho donde deben estar presente la acusación, defensa y prueba para dictar la sentencia ; tales garantías se hallan conculcadas o violadas⁷⁷.

7.6.4 EN PERU

En este país el principio de oportunidad tiene un carácter mixto, en una parte este instituto es netamente procesal, pero en algunas circunstancias consagradas en la ley procesal peruana es extraprocesal; tal como lo pasaremos a exponer; la definición legal del Principio de Oportunidad la hallamos en el artículo segundo del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo No 638) que señala que el *“El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:*

⁷⁷ LA PERSECUCIÓN PENAL: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD. Prof. Dr. Winfried Hassemer Profesor de Derecho Penal, de Derecho Procesal Penal y Sociología del Derecho de la Universidad de Frankfurt del Meno. www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/hassem10.htm

1. *Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada.*

2. *Cuando se tratase de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos años de pena privativa de libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.*

3. *Cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito, o en su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratase de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.*

En los supuestos previstos en los incisos 2) y 3) será necesario que el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil.

Si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el Juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del Principio de Oportunidad.

Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el Juez podrá, a petición del Ministerio Público, o de la parte agraviada, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos, en un plazo no mayor de diez días.

En los delitos de lesiones leves, hurto simple y apropiación ilícita de los artículos 12o, 185o y 190o del Código Penal y en los delitos culposos, en los que no haya pluralidad de víctimas o concurso con otro delito, antes de formalizar la denuncia penal, el Fiscal citará al imputado y a la víctima para proponerles un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen en el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal formalizará la denuncia correspondiente."

Entonces, pues, el Principio de Oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, para (bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por ley) abstenerse de su ejercicio, o en su caso, para solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa

bajo los mismos supuestos. Debiendo para ello existir elementos probatorios de la comisión del delito y de la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio. Definición que corresponde al Sistema de Oportunidad Reglada, toda vez que los criterios de oportunidad obedecen a supuestos expresamente señalados por ley, a diferencia del Sistema de Oportunidad Libre, propia de países anglosajones, como Estados Unidos donde el Titular de la Acción Penal tiene plena disponibilidad y discrecional en su ejercicio. Este primer sistema, pues, es adoptado por nuestro ordenamiento procesal penal.

Entonces la conciliación en el Principio de Oportunidad sólo será propicia en los supuestos de la comisión de delitos que no afecten gravemente el interés público y en los de mínima culpabilidad o participación del agente, en los cuales se exige para su procedencia un acuerdo entre imputado y víctima respecto al monto de la reparación civil u otro alternativo.

Como se aprecia, el Principio de Oportunidad puede ser solicitado y aplicado a nivel fiscal e, incluso, después de formulada la denuncia penal ante el Juzgado Penal.

El Fiscal Provincial, al tomar conocimiento (de oficio, por informe policial o por denuncia de parte) de la existencia de un delito y apreciar indicios razonables de su comisión, así como de la participación del imputado en su realización y, siempre que el hecho revista alguna de las características previstas en el artículo 2o del Código Procesal Penal, procederá a dar inicio al trámite para la aplicación del Principio de Oportunidad. Y en el supuesto en que la acción penal ya hubiera sido ejercida y el caso se encontrare a nivel judicial, el Fiscal podrá (a petición del agraviado) solicitar el sobreseimiento al Juez, conforme a los supuestos expresados por ley, hasta antes de la acusación⁷⁸.

⁷⁸ PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL. Christian Salas Beteta. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007.

Finalmente tenemos que decir que en los países materia de estudio el principio de oportunidad tiene un carácter eminentemente procesal, dejando de presente que en Perú posee una excepción a la regla, porque también posee un matiz de extraprocesabilidad.

7.7 LIMITES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Nuestra carta política en su artículo 93, establece los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El acto legislativo 02 de 2001 lo adiciono quedando su artículo 1 así: (el Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta constitución.....).

El artículo 94, constitucional reza “ *La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos y el articulo 214. 2 los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones.....No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetaran las reglas del derecho internacional humanitario.....*” y el artículo 3 de la ley 906/2004 “*En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad*”.

Con base en lo anterior es claro determinar cómo se incorporan tratados de derechos humanos ratificados por nuestro estado y las normas de derecho internacional humanitario al bloque de constitucionalidad y por ello las leyes internas deben ser de acorde a tal normatividad. 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, lo anterior de acuerdo con el estatuto de roma (art. 324, parágrafo 3 ley 906/2004). De otro modo podrá invocarse el artículo 1.1 de la convención americana, que impone a los estados parte, 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 solo que exista un orden jurídico que propenda por la realización de este mandato, sino además que el estado se organice de tal modo que pueda asegurar jurídicamente derecho el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Existen pues unos límites a la aplicación del principio de oportunidad frente a delitos como la desaparición forzada o el genocidio, ya que de no existir tales el estado violaría tal mandato e incumpliría su obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos fundamentales, ya que desde las más tempranas jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos se ha sostenido que **el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se haya violado los derechos fundamentales protegidos por la convención**. Por tales motivos, el principio de oportunidad, posee unos límites preponderantes ante la constitución y la ley.

Con relación a los compromisos internacionales suscritos por Colombia para la efectiva persecución y sanción de ciertos delitos considerados como graves, están recogidos en instrumentos de derecho internacional como la Convención

Americana de derechos humanos y el pacto internacional de derechos civiles,⁷⁹ la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,⁸⁰ la convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura,⁸¹ la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas,⁸² los compromisos de los cuatro convenios de ginebra, incorporados a nuestro ordenamiento mediante la ley 5 de 1960⁸³, los protocolos I y II de 1977⁸⁴ y el tratado de Roma.

De conformidad con la constitución corresponde al legislador señalar los casos excepcionales en los cuales la fiscalía puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal pero el congreso también posee unos límites para diseñar tales causales excepcionales al principio, en primer lugar, las facultades legislativas están restringidas por la finalidad constitucional de la institución “el principio de oportunidad tiene el propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal”, pero la constitución no señala explícitamente cuales casos no resultan razonables, dejando tal señalamiento al legislador.

Otro limite que encuentra el legislador al diseñar las causales de aplicación del principio, se enmarca en el postulado del preámbulo así como del artículo 2 constitucional sobre el deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un

⁷⁹ estos instrumentos consagran mecanismos para que las víctimas o los perjudicados por una violación de derechos humanos, presenten directamente una queja ante una instancia internacional.

⁸⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984, aprobada mediante la ley 70 de 1986.

⁸¹ Adoptada por la Asamblea general de la OEA en Cartagena de indias en 1985, aprobada mediante la ley 406 de 1997, declarada exequible mediante la sentencia C-351 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁸² , Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Belém do para. Brasil en 1994, aprobada mediante la ley 707 de 2001, revisada mediante la sentencia C-580 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸³ Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; convenio II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra

⁸⁴ leyes 11 de 1992 y 171 de 1994, revisadas mediante las sentencias C-088 de 1993 (M.P. Ciro Angarita) y C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

orden justo, limite referido a la naturaleza de la gravedad del delito como tal, al igual que el limite dado por el perfil del principio, entendido que tiene carácter excepcional y reglado por lo cual el legislador está vedado a establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación del principio y la sociedad no tendría certeza alguna sobre las condiciones de acudir o no ante el juez de control de garantías a solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.

Limites que también se pregonan sobre el artículo 424 de la ley 906/2004 al igual que el No comprometimiento del principio de presunción de inocencia, artículo 327, último párrafo de la misma norma. El Acto legislativo 03 de 2002 consagra como regla general el principio de obligatoriedad, al tiempo que autoriza, de manera excepcional, la aplicación del principio de oportunidad, de conformidad con las siguientes reglas:

- Puede aplicarlo la Fiscalía General de la Nación.
- Puede abstenerse de iniciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal.
- Debe hacerlo con fundamento en razones de política criminal, las cuales deben estar previstas en la ley.
- Está sujeto a control de legalidad por parte del juez de garantías.

La importancia que tiene el papel del Estado en las relaciones internacionales como el de respeto a los derechos humanos como garantes superiores de la personalidad humana, podemos deshilvanarlo así: Dentro de la organización internacional moderna⁸⁵, el estado se erige, sobre todo a partir del pacto de San Francisco de 1945⁸⁶, como el sujeto primario, necesario y pleno del derecho

⁸⁵ que tuvo como sus antecedentes a la sociedad internacional, y como pasado remoto en la conformación de los Estados, la llamada Paz de Westphalia de 1648.

⁸⁶ Carta de las Naciones unidas.

internacional público, pues es él quien lo ha construido y comparece ante la comunidad con el lleno de poderes y facultades para crearlo, modificarlo o extinguirlo. Este sistema que deriva de la convención interamericana sobre derechos humanos, que es el escenario natural frente al cual se desenvuelven los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

A lo largo de los años los Estados Americanos, en ejercicio de sus soberanía, han adoptado una aserie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción de los derechos humanos. Dicho sistema normativo reconoce y define estos derechos, establece obligaciones tendientes a su promoción y protección y crea órganos destinados a velar por su observancia. El preámbulo de la convención americana sobre derechos humanos, tiene como propósito en su primer párrafo “*Consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*”.

En materia de derechos humanos, Colombia contrajo unas obligaciones desde el año 1973 cuando se comprometió con la convención, esta maneja un catalogo de derechos amplios en materia internacional que poco a poco se han ido aceptando, incorporando y traduciendo en la práctica conforme los estándares internacionales, con base a lo anterior también podemos decir que el Estado Colombiano no puede alegar problemas de soberanía cuando se le reclame por violaciones internacionales a los derechos humanos, ya que el sistema de protección es subsidiario.⁸⁷

De igual forma, los límites en la aplicación del principio de oportunidad, han sido demarcados por la jurisprudencia en los siguientes términos “*Ahora bien, en ejercicio de la discrecionalidad reglada que la constitución asigna al fiscal en materia de principio de oportunidad, le impone no solamente una evaluación*

⁸⁷ , Sistema Penal acusatorio, rol del perito y de la policía judicial, convenio interadministrativo de cooperación académica de extensión, Universidad Nacional de Colombia, Fondo rotatorio del DAS y academia DAS. Torres, EULISES; Investigación penal y derechos humanos, Bogotá 2005. pág. 15-26.

acerca de la aplicación de alguna de las causales legales para que opere este mecanismo, sino que deberá determinar las consecuencias de la aplicación de ese principio: la interrupción, la suspensión o la renuncia de la acción, a la vez que habrá de constatar el respeto por las garantías del investigado”⁸⁸.

En el mismo sentido, la sentencia C-673 de 2005, no obstante que se indicó que las causales de aplicación del principio de oportunidad “deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa”, también se admitió que esta claridad y precisión se exigía para que “la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria”.

En condiciones similares se pronuncia la ley procesal penal alemana, teniendo en cuenta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que proclama la vigencia del principio de Justicia Universal sin necesidad de un punto de conexión en Alemania cuando se trate de delitos del Código Penal Internacional, establece en su artículo 153f que la Fiscalía puede abstenerse de perseguir estos delitos cuando el inculcado no se encuentre en el territorio nacional, ni se espere tal presencia.

Sin embargo, si en los supuestos del artículo 153c párrafo 1 numeral 1 el inculcado es alemán, lo anterior sólo regirá cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el tribunal del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho o cuyos ciudadanos fueron lesionados por el hecho. De este modo se asegura que el principio de oportunidad no obre como mecanismo de impunidad.⁸⁹

Por último, es preciso dejar en claro que además de las excepciones constitucionales y legales ya esbozadas, existe también unos límites determinados en la política criminal de cada Estado por lo cual en Colombia es posible que de conformidad con la legislación especial también existen unos límites en la aplicación de este principio para los delitos cometidos por miembros de la fuerza

⁸⁸ sentencia C979 de 2005 M.P Jaime Córdoba Triviño.

⁸⁹ www.menschenrechte.org/lang/de/lateinamerika/oportunidad-procedimiento-penal-colombia

pública en actos y relacionados con el servicio para los cuales debe regir el principio de legalidad, al igual que delitos como: *Genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, secuestro, extorsión, terrorismo, Narcotráfico y todos los delitos contra el DIH.*

Al igual que lo estipulado en el artículo 1 de la ley 1181 de 2007, parágrafo 2 frente al delito de inasistencia alimentaria, el artículo 193 y 197 de la ley 1098/2006 ley de la infancia y la adolescencia, el primero por los intereses superiores del niño y el segundo, por la modalidad dolosa del delito⁹⁰.

7.7.1.1. Desde los Fines de la pena.

La pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable del mismo, pena que se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad, sin la misma la convivencia sería una utopía. La doctrina ha reconocido diversas teorías sobre los fines de la pena como son la **teoría absoluta**, concebida según KANT, como una necesidad ética y según HEGEL, como una necesidad lógica, en el entendido de que el sentido de la pena es la retribución de un mal por otro ya cometido. La **teoría relativa**, cuyo principal exponente el Alemán FEUERBACH, consideraba la pena como una coacción psicológica que se basa en que el fin que se persigue con la pena es la intimidación, similar consideración tenía el alemán FRANZ VON LISZT, quien manifestaba que el delincuente era el objeto central del derecho penal y la pena era una institución para corregir, intimidar o asegurar y la **teoría de la unión**, que intento limar las asperezas o dicotomías surgidas entre quienes se apostaban de la prevención y los de la retribución, cayendo en el eclecticismo por cuando son

⁹⁰ Memorando de derecho, M 056 No 1920 El principio de oportunidad en Colombia, Robledo Toro; JAIME, año 2009.

dos polos totalmente opuestos pues la retribución es *a priori* y la prevención a *posteriori*.⁹¹

A nivel general, mayoritariamente las legislaciones penales determinan los fines de la pena en diferentes categorías como son: preventiva, resocializadora, represiva, protectora y retributiva entre otras, veamos algunas:

Prevención.

En sentido amplio la prevención consiste en preparar y disponer lo necesario anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar una cosa. En términos criminológicos, suele designarse con tal nombre al conjunto de medidas orientadas a impedir la criminalidad.

Por razón de su alcance la prevención puede ser absoluta o relativa, genérica o específica; la primera pretende evitar que un fenómeno socialmente dañoso, no detectado aún en la colectividad, se presente en el futuro; la segunda busca impedir la reiteración de comportamientos criminales, o desviados; la tercera se refiere a medidas relacionadas con factores criminógenos de manera amplia y, la última apunta a formas concretas de criminalidad⁹².

Represión.

Este sustantivo viene del verbo reprimir, que significa contener, refrenar, templar o moderar algo; en el ámbito criminológico tiene un alcance más estrecho en cuanto se refiere a la respuesta negativa del Estado o de la sociedad a un comportamiento delictivo o desviado; dicha respuesta asume la forma de castigo en manos de los particulares (físico, moral social) y de sanción penal o de violación de derechos humanos, cuando la ejecuta el estado por medio de sus agentes.

⁹¹ <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyAFVZuVFKeDipHqm.php>

⁹² Criminología, Reyes Echandia ALFONSO, cuarta reimpresión de la octava edición, Editorial TEMIS, Bogotá 2005.

La represión en cualquiera de sus manifestaciones, tiene interés criminológico, ya sea porque suele generar nuevas formas de criminalidad respecto de quienes la practican y en relación con quienes la padecen, ora porque tendría como finalidad mediata prevenir criminalidad futura⁹³. Esta puede ser legislativa, Ejecutiva (Policial, Militar), judicial y Penitenciaria.

Retribución.

La tesis retribucionista de la pena, suele ser considerada incompatible con una definición secular del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, por lo cual puede emprenderse el análisis de la justificación del principio de retribución desde el punto de vista moral, divino o jurídico. En esta, siempre aflora la "justicia" como valor; sobre todo en la doctrina kantiana y hegeliana. Dichas doctrinas fueron construidas en una época de la historia donde el surgimiento de la libertad individual era la cúspide de todo el ordenamiento y base del contrato social.

Ahora bien si se consideran los vínculos existentes entre el ejercicio de la acción penal y el derecho penal sustancial, el surgimiento del principio de oportunidad se explica por el viraje que se presenta en la concepción del derecho penal y de la pena. Así mientras se creyó que la pena tenía una función retributiva orientada exclusivamente a la realización de la justicia entendida como el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, el ejercicio de la acción penal solo podía estar orientado por el principio de legalidad. Es decir la acción penal debía promoverse siempre, en todos los casos y hasta sus últimas consecuencias. Por el contrario cuando la pena empieza a concebirse en el marco de la prevención general, su imposición se supedita a un criterio de utilidad y entonces se plantea la posibilidad de prescindir de penas inútiles y, en la misma medida de prescindir del ejercicio de la acción penal por razones político criminales.

⁹³ idem. Cita 13

De este modo, la necesidad político criminal de renunciar a la investigación a la acusación en el derecho procesal es, entonces, el equivalente a la necesidad político criminal de renunciar a la imposición de la pena en el derecho sustancial, pues no obstante la efectiva comisión de un delito y la probable responsabilidad del investigado, pueden concurrir razones que muestren como necesario o conveniente renunciar a la investigación o a la acusación.⁹⁴

El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito, para ello se exige la realización de un comportamiento contrario a la norma (delito) y la existencia de la culpabilidad del autor. Los sistemas en su mayoría se basan en el libre albedrío siendo culpable aquel sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma optó por infringirla y por lo cual le corresponde una pena como forma de restablecimiento de la lesión jurídica causada la cual debe ser proporcional a la gravedad del hecho según el orden interno de cada Estado.

Es de tener en cuenta que ningún ordenamiento jurídico en el mundo está en capacidad de responder y atender todos los casos o hechos delictivos producidos por su conglomerado social, ni las fuerzas de seguridad, ni los órganos jurisdiccionales o de control y mucho menos los centros carcelarios o de detención son suficientes para albergar a una sociedad que en su mayoría se dedique a delinquir. Existe a la vez un connotado gran cumulo de hechos delictivos que no son denunciados, aquellos que son denunciados pero prescriben y mucho mayor el número de hechos delictivos que no llegan siquiera a conocimiento de las autoridades respectivas.

Por otro lado, es preciso aclarar que a nivel general, los sistemas penales se aplican más enfáticamente sobre determinados grupos sociales y su persecución es más eficiente y eficaz sobre los denominados delitos convencionales por abuso de poder económico o abuso de poder público. Por lo cual la aplicación concreta del principio de oportunidad en los ordenamientos jurídicos materia de estudio, demuestra ser una declaración ideal de que no se cumple y que no tiene ninguna

⁹⁴ estado actual de la justicia colombiana, bases para la discusión de nuestro sistema procesal penal colombiano; Bernal Cuellar JAIME, coordinador

posibilidad de ser cumplida, ya que su funcionamiento se presenta como estructuralmente incapaz de investigar y sancionar eventualmente todos los delitos que llegan a conocimiento como lo demanda la legalidad.⁹⁵

Esta situación nos lleva a establecer, que se hace necesario que en cada país exista una política criminal con medios idóneos, para poder resolver los problemas de fondo, buscando la eficiencia del sistema judicial, claro que no es tarea fácil pues el cambio de una política criminal lleva consigo el cambio de mentalidad del conglomerado.

7.7.1.2. Desde la perspectiva de la protección de los bienes Jurídicos.

El concepto político criminal del bien jurídico trata de distinguir el bien jurídico de los valores morales, o sea trata de plasmar la escisión entre Moral y Derecho, que si bien a veces pueden coincidir en determinados aspectos, no deben ser confundidas en ningún caso. Esta concepción del bien jurídico es obviamente fruto de un Estado Social y Democrático de Derecho, y dada su vertiente social, requiere una ulterior concreción de la esfera de actuación del Derecho penal a la hora de tutelar intereses difusos⁹⁶.

Se vislumbra un nuevo despertar de intereses y reflexiones teóricas y empíricas por parte de penalistas, sociólogos y filósofos del Derecho, acerca del problema del bien jurídico. En torno a este problema viene a la vez tematizada la función - utilitaria y garantista- del Derecho Penal como técnica de tutela de los ciudadanos

⁹⁵ Maglione ENRIQUE ANIBAL, El principio de oportunidad como instrumento de política criminal del Estado para la resolución del conflicto penal. Trabajo presentado en el año 2001 en la maestría de ciencias penales de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco. Trelew-Chubut, publicado en la revista "El Repórter" de la escuela de capacitación del poder judicial de la provincia del Chubut, Año 4-No 14-Diciembre de 2004

⁹⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/Bien_jur%C3%ADdico

contra la ofensa de derechos subjetivos e intereses fundamentales, sea individuales o colectivos⁹⁷.

Desde las pequeñas infracciones contravencionales hasta las variadas formas de ilícitos en materia monetaria y comercial, desde la tutela del ambiente y de otros intereses colectivos hasta la represión de las desviaciones políticas y administrativas de los poderes públicos, cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción y la única técnica de responsabilización dotada de eficacia y de efectividad⁹⁸

El **Bien Jurídico** hace referencia a los bienes, tanto materiales como inmateriales, que son efectivamente protegidos por el <http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho> Derecho es decir, son valores legalizados, Ahora bien, por razones de política criminal y atendiendo el aspecto académico del derecho comparado, nos avezamos a proponer, por ejemplo en Perú, donde de la lectura del numeral 1) del Artículo 2º del nuevo Código Procesal Penal se aprecia que al señalar que: “El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal (...)”, el legislador ha incluido al texto expreso de la ley la precisión “de oficio o a pedido del imputado”, lo cual se convierte en una limitante a ese bien jurídico del *interés nacional de ejercitar la acción penal como lo estructura la legalidad* y, a cambio proponer la aplicación del principio de oportunidad al igual como acontece en los demás países materia de estudio.

El legislador por lo tanto protege unos bienes jurídicos, al determinar que el principio opera solo cuando el agente allá sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, cuando se trate de delitos que no afecten gravemente

⁹⁷ Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales, Ferrajoli LUIGI profesor universidad de Camerino Italia. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>

⁹⁸ Idem, cita 18

el interés público, cuando exista una culpabilidad mínima bien sea por error de tipo o de comprensión, de igual forma como acontece en la legislación Alemana, donde se sistematizaron unas causales como la reprochabilidad escasa que limita la práctica de la oportunidad para casos que tengan preponderancia social o la presencia de un interés contrapuesto al de la persecución de mayor peso, con lo cual se limita el principio a temas de relevancia de interés nacional y en Argentina donde cada provincia tiene la facultad constitucional para establecer los criterios de aplicación del principio, con lo cual se limita bienes jurídicos del orden Nacional y se supeditan al orden local aun así sea la misma constitución la que le impone a los Estados crear instituciones judiciales para administrar los conflictos.

En estas circunstancias, es preciso connotar que en todas las legislaciones materia de estudio, se concretizan limitantes a los bienes jurídicos tutelados siempre y cuando la afectación de los mismos, no sea significativa para el modelo de cada uno de estos Estados; a manera de ejemplo vemos como ninguno de estos regímenes penales concede aplicación de tal principio a quienes cometan delitos graves o de reprochabilidad internacional como los delitos de lesa humanidad o que atenten contra los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario.

7.8. NATURALEZA DE LA DISCRECIONALIDAD DEL FISCAL EN LA SOLICITUD DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SU INCIDENCIA POLITICA.

Consideramos que para estudiar y analizar la naturaleza de la discrecionalidad del Fiscal para la aplicación o no del principio de oportunidad, debemos tener en cuenta los moduladores de la actividad procesal, estipulado en Colombia en el artículo 27 de la ley 906/2004 y reza: “En desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”.

La aplicación de este principio está en cabeza o bajo exclusividad de la Fiscalía General de la Nación bajo la premisa de una excepción que está sujeta a control de legalidad, la regla general es el ejercicio de la obligatoriedad de la acción penal por lo cual la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad siempre debe estar motivada y ser expuesta en la audiencia de control de legalidad; aunque existe una excepción a la exclusividad de la Fiscalía emanada del artículo 329 de la ley 906/2004, por medio de la cual por decaimiento del interés del Estado en la persecución de la acción penal, el juez puede tomar la atribución de disponer sobre la aplicabilidad o no del principio en mención por respeto al principio de igualdad.

Nuestro modelo acusatorio con tendencia *continental europea*, se erige sobre el principio de obligatoriedad como garantía de aseguramiento del respeto por la igualdad en la persecución de los posibles infractores de la ley penal. Por esa razón la fiscalía se convierte en titular del ejercicio de la acción penal perteneciendo a la rama del poder jurisdiccional con el propósito de dotarla de autonomía e independencia y marginarla así de las injerencias de las ramas políticas del poder público, por lo que los funcionarios del ministerio Fiscal poseen una responsabilidad jurídica y no política como sucede en el *modelo anglosajón*. La interrupción, suspensión o renuncia de la persecución penal, tanto en Colombia como en el derecho comparado, funciona como mecanismo de aplicación del principio de oportunidad y deriva de diferentes causales como son:

La colaboración eficaz con la justicia en el evento de que cese el desgaste administrativo, investigativo o jurídico a cambio de una celeridad, eficacia y materialización del derecho o para dar mayor facilidad de investigación a delitos de mayor relevancia o trascendencia social.

Como ayuda eficaz en la descongestión de los despachos judiciales de la pequeña y mediana criminalidad, no permitiendo la demora y tanta procedibilidad en casos concretos o bajo la aplicación de la justicia restaurativa.

Cuando la afectación de bienes colectivos sea mínima, pueda deducirse que los hechos no ocurrirán de nuevo y se dé la reparación integral.

Cuando el imputado es entregado en extradición por un mismo delito investigado en Colombia y si se trata de otro delito que la pena a imponer extranjera sea superior a la nacional.

En los delitos culposos y el reproche social no sea tan significativo máxime si el imputado también se perjudico notablemente con dicho delito.

Por seguridad nacional, situación que nuestro contexto nacional prevé con mayor fuerza que las otras legislaciones materia de estudio por las características intrínsecas internas que vivimos con flagelos como el Narcotráfico, Paramilitarismo, Bacrim y/o Grupos Guerrilleros entre otros.

Con estos planteamientos queda claro que cada que el Fiscal de aplicación al principio de oportunidad, debe tener de presente unos aspectos relevantes como el que todo sometimiento al principio de oportunidad está sujeto a una reglamentación, es decir no se da la aplicación de este de manera omnímoda o arbitraria por parte del ministerio fiscal, sino que el funcionario sigue sometido al imperio de la ley y bajo los estándares de unas causales previamente establecidas, con la aplicación de la excepcionalidad legal y solo en determinados tipos delictivos; (ninguno contra DIH), para lo cual es menester aclarar que estas relevancias son de estirpe jurídica no políticas ya que también debe observar la reglamentación interna de la Fiscalía General de la Nación sobre la materia que, entre otras actividades, le señala:

- La obligación de informar de inmediato a su superior jerárquico la iniciación de un proceso y el registro del inicio del trámite en la carpeta del caso.
- Ubicar a la víctima del injusto, de tener noticia sobre ella, para informarle sobre la eventual renuncia a la persecución penal, y escuchar su pretensión de reparación del daño.
- Atender el desarrollo legal previsto para la suspensión del procedimiento a prueba y el cumplimiento de las condiciones aceptadas por el imputado o de aquellas que motivaron la interrupción.
- Acudir, previa solicitud de fijación de día y hora para la realización de la audiencia correspondiente, ante el juez de control de garantías para la verificación de la legalidad de lo actuado y obtener la extinción de la acción penal, con citación del Ministerio Público y de la víctima, si se conociere.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que la política criminal entendida genéricamente como la reacción institucional ante el delito o la puesta en práctica de los principios legislativamente consagrados en los código penal y de procedimiento penal⁹⁹, y que las conveniencias político criminales del Estado, tienen que ver entre otros aspectos con estrategias de prevención, investigación, persecución, control y sanción de la criminalidad, todo esto para generar condiciones de convivencia pacífica en la sociedad¹⁰⁰, se evidencia la estrecha relación entre este principio y el derecho penal mínimo más no con el derecho penal gravísimo, que fue lo que el constituyente fijó para evitar que sea arbitrario.

En últimas la naturaleza jurídica de la discrecionalidad del Fiscal en la aplicación o no del principio de oportunidad tácitamente no se encuentra reglamentada en la ley 906/2004, pero el legislador dejó en manos del Fiscal General de la Nación la reglamentación de la aplicación de este principio y, evidentemente existen resoluciones que así lo estipulan como la No 0-6657 y la 0-6658 del 30/12/2004,

⁹⁹ Reyes Echandia ALFONSO; Criminología, cuarta reimpresión de la octava edición, Editorial TEMIS, Bogotá 2005.

¹⁰⁰ Idem.

las cuales dan un margen amplio de movimiento y acción al Ministerio Fiscal con un debido control jerárquico superior.

En conclusión, bajo el modelo acusatorio de tendencia continental Europea al cual pertenecen las legislaciones materia de estudio comparado, la razón de ser es netamente jurídica, pues la responsabilidad de los funcionarios por el incumplimiento o tergiversación de cualquier precepto es solo jurídico, más no político como sucede en el modelo anglosajón, pero cabe advertir que si posee una incidencia política debido a la colaboración armónica que tiene que existir entre las ramas del poder público por mandato constitucional.

7.8.1.1. Ejemplo caso DAS. (Chuzadas).

A mediados del año 2007, Colombia y la comunidad internacional se estremecieron al salir a la luz pública un comunicado por los medios de comunicación masiva, en el cual se daba cuenta que el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, institución con carácter ministerial (técnico), asemejado a la DEA, o la KGB, que maneja la seguridad nacional e internacional del Estado a través de la inteligencia y contrainteligencia, había realizado unos seguimientos e interceptaciones a personalidades públicas como congresistas de la oposición del gobierno, periodistas, defensores de derechos humanos y magistrados de una de las altas cortes, (situación que los medios y personalidades compararon como el caso del WATERGATE de EE.UU).

Por cuestiones académicas, en el caso objeto de estudio en cuanto al manejo del principio de oportunidad, traemos a colación solo algunos de los ex servidores públicos que se encuentran inmersos en la investigación penal de las chuzadas y entre estos se encuentran:

MARIA DEL PILAR HURTADO AFANADOR, Directora Nacional del DAS, para la época de los hechos. Esta ex funcionaria, fue cobijada con medida de aseguramiento de detención preventiva el día 18/05/2010, aunque se encuentra asilada en el vecino país de Panamá. La medida fue solicitada por los siguientes delitos:

Concierto para delinquir agravado, Violación ilícita de comunicaciones, Abuso de función pública, Peculado por apropiación y Falsedad ideológica en documento público.

BERNARDO MORENO, Secretario general de la Presidencia de la República para la época de los hechos investigados, a quien el miércoles 18/05/2011, se le imputo cargos por los delitos de:

Concierto para delinquir agravado, Violación ilícita de comunicaciones y Abuso de función pública. No ha aceptado ninguna clase de cargos.

MARTHA LEAL LLANOS, Jefe de operaciones, (Acogida al principio de oportunidad)

FABIO DUARTE TRASLAVIÑA, ex-coordinador de operaciones, (Acogido al principio de oportunidad).

ALBA LUZ FLOREZ GÉLVEZ, Detective que infiltró la Corte Suprema de Justicia, (Acogida al principio de oportunidad).

GERMAN ALBEIRO OSPINA ARANGO, Ex jefe del GONI, (Acogido al principio de oportunidad).

Ex servidores públicos que se acogieron al principio de oportunidad y ya fueron condenados:

FERNANDO ALONSO TABAREZ MOLINA, Director General de Inteligencia, se le imputaron cargos por: concierto para delinquir agravado, prevaricato por acción, abuso de función pública y violación ilícita de comunicaciones. Cabe resaltar que inicialmente en audiencia preliminar de legalización de captura del 10/04/2010 ante el juzgado 18 penal municipal con funciones de control de garantías, no acepto los cargos imputados por la Fiscalía, pero se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva. El 10/05/2010, la Fiscalía radico escrito de acusación y correspondió al Juzgado 14 penal circuito de conocimiento, ante los recursos interpuestos se avanzó en calendario hasta el día 28/07/2010 y se fijó entre el 24 y 27 de agosto del mismo año fecha para audiencia preparatoria que culmino el 26/10/2010. Es de tener en cuenta que en el expediente figuraba escrito de ACTA DE PREACUERDO de 21/09/2010, para la cual se convocó a

audiencia de verificación el 12 y 13/10/2010, la cual se aprobó y fue recurrida por el Ministerio Público por lo que se remitieron en alzada al tribunal superior de Bogotá, quienes en sala plena el 16/12/2010 la confirman. Por lo cual queda demostrado que se acogió al principio de oportunidad, a cambio de colaborar en los procesos penales contra otros implicados para obtener una rebaja de penas, reconoció su responsabilidad de las 'chuzadas' y seguimientos ilegales del DAS, asegurando que si se ejecutaron y eran para desprestigiar a magistrados y dirigentes de la oposición sin razón legal alguna.

El primer preacuerdo realizado por el escándalo de las 'chuzadas' del DAS fue firmado el 20 de agosto de 2010 y allí el señor LAGOS LEON, aceptó que "dirigió, coordinó y tuvo conocimiento de las actividades ilegales contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los senadores Piedad Córdoba y Gustavo Petro".

La condena original era por 12 años pero, el imputado "no ha evadido los requerimientos que le ha hecho la justicia, ha brindado información en la investigación y servirá de testigo contra los otros procesados" (...), le dieron una rebaja de la tercera parte.

Con base a lo anterior vemos como al señor **FERNANDO ALONSO TABARES MOLINA**, la Fiscalía partió igualmente de la conducta más grave, por lo que por el concierto para delinquir agravado le impuso una pena de prisión de 133 meses, la cual fue aumentada en razón del concurso punible, de la siguiente forma: 8 meses por el delito de *prevaricato por acción*, 4 meses por el delito de *violación ilícita de comunicaciones* y 2 meses por el delito de *abuso de función pública*, para una pena de prisión de 147 meses de prisión, pero como el señor TABARES MOLINA acepto los cargos y dada la etapa procesal en la que nos hallábamos, a estos 147 meses de prisión se le aplica una rebaja punitiva de la tercera parte (1/3), por lo que la pena impuesta en este momento al señor FERNANDO ALONSO TABARES

MOLINA será de 8 años y 2 meses prisión. Y asimismo multa de 44.43 salarios mínimos legales mensuales para el año 2008.¹⁰¹

JORGE ALBERTO LAGOS LEON, Ex subdirector de contrainteligencia, se le imputaron cargos por: concierto para delinquir agravado, prevaricato por acción, abuso de función pública y violación ilícita de comunicaciones.

En audiencia preliminar de legalización de captura del 10/04/2010 ante el juzgado 18 penal municipal con funciones de control de garantías, no acepto los cargos imputados por la Fiscalía, pero se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva. El 10/05/2010, la Fiscalía radico escrito de acusación y correspondió al Juzgado 14 penal circuito de conocimiento, ante los recursos interpuestos se avanzó en calendario hasta el día 23/06/2010 donde el tribunal superior confirmo la decisión del a quo, ante tal confirmación el 28//2010, se reformula acusación y se fijó entre el 24 y 27 de agosto del mismo año fecha para audiencia preparatoria que culmino el 26/10/2010. Es de tener en cuenta que en el expediente figuraba escrito de ACTA DE PREACUERDO de 20/08/2010, para la cual se convocó a audiencia de verificación el 27/08/2010, la cual se aprobó y fue recurrida por el Ministerio Público por lo que se remitieron en alzada al tribunal superior de Bogotá, quienes en sala plena el 20/10/2010 la confirman. Por lo cual queda demostrado que se acogió al principio de oportunidad, a cambio de colaborar en los procesos penales contra otros implicados para obtener una rebaja de penas, reconoció su responsabilidad de las 'chuzadas' y seguimientos ilegales del DAS, asegurando que si se ejecutaron y eran para desprestigiar a magistrados y dirigentes de la oposición sin razón legal alguna.

¹⁰¹ extracto de la sentencia No 110016000102201000245 N.I. 131.374, del 07 de Marzo de 2011 emitida por el Juzgado 14 penal circuito de conocimiento de Bogotá.

De los planteamientos esgrimidos tenemos que al señor **JORGE ALBERTO LAGOS LEÓN**, se le impone la pena mínima del primer cuarto medio, es decir, la pena de prisión de 132 meses y 22.5 días, aumentándola en otro tanto conforme lo prevé el Art. 31 del C.P. por las conducta concúrsales de prevaricato por acción, violación ilícita de comunicaciones agravada y abuso de función pública, en 112 meses y 7.5 días, para una pena de 144 meses de prisión.

Pena ésta se le aplica la rebaja punitiva de la tercera parte (1/3), dada la etapa procesal en la que nos encontrábamos, conforme lo señala el artículo 352 del C.P.P., por lo que la pena a imponer a Jorge Alberto Lagos León es de 8 años de prisión. Y como el delito de prevaricato por acción contempla una pena de multa, la misma fue pre acordada en 44.43 salarios mínimos legales mensuales para el año 2008.¹⁰²

Ahora bien no podemos dejar de lado que la sentencia aún no está en firme y fue objeto de apelación por parte del abogado de la Universidad Externado de Colombia Dr. **VICTOR JAVIER VELASQUEZ GIL**, quien sustenta su impugnación bajo los siguientes puntos:

<<El derecho fundamental a la verdad. Consagración constitucional. Contenido y alcance>>.

<<Petición subsidiaria de nulidad por falta de congruencia en la acusación entre los hechos objeto de investigación y la calificación jurídica dada>>.

<<Petición subsidiaria de nulidad por violación a los principios rectores que regulan las penas, afectando el derecho de las víctimas a obtener justicia material y a que no haya impunidad>>.

<<Nulidad por pretermisión de una pena principal>>.

<<Revocación parcial de la sentencia>>.¹⁰³

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Extracto de la apelación del Dr. VELASQUEZ GIL. No 2010-245 N.I. 131.374.

En conclusión, vemos como la aplicación del principio de oportunidad en este caso concreto, se está dando de acuerdo a los planteamientos de la legalidad que impone la OBLIGATORIEDAD del cumplimiento de la ley 906/2004, toda vez que independientemente de la apelación que se está surtiendo, el Ministerio Fiscal (avalado por el juez de conocimiento) acogió el planteamiento del artículo 324 que reza: numeral 5 *“Cuando el imputado 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 6 *“Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. 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 motivo”*.

De igual manera se percibe según los planteamientos de las resoluciones expedidas por la Fiscalía General de la Nación por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad como por ejemplo:

Resolución 0-6657 del 30/12/2004, por medio de la cual se estipula que el Fiscal General o su delegado conocerán directamente de la aplicación del principio de oportunidad y se asigna a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías el tratamiento administrativo de la aplicación del principio.

Resolución 0-6658 del 30/12/2004, por medio de la cual designa delegados especiales y/o coordinadores para dar aplicación al principio de oportunidad.

Resolución 0-0060 del 30/12/2004, por medio de la cual se asignó a la Secretaria Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías las funciones relacionadas para la aplicación del principio de oportunidad.

Situaciones estas que se encuentran plenamente ratificadas o demostradas según algunos de los planteamientos expresados por la actual Fiscal general **VIVIAN**

MORALES, durante la imputación de cargos a la doctora. MARIA DEL PILAR HURTADO AFANADOR Y el ex secretario general de la presidencia Dr. BERNARDO MORENO, cuando argumento sobre la existencia de *"un complot contra la Corte desde la Casa de Nariño"* y dijo que *"Bernardo Moreno y María del Pilar Hurtado hicieron parte de una organización criminal para asediar a magistrados, a congresistas y a un periodista"*.

Consideramos pues que con los planteamientos aquí analizados y estructurados, es posible reconfirmar nuestro punto de vista en el sentido de que si bien es cierto que la naturaleza jurídica en la aplicación o no del principio de oportunidad no está expresamente enmarcada dentro de los planteamientos del articulado de la ley 906/2004, el mismo acto legislativo 03 de 2002, concedió las pautas para que las autoridades legales fueran reglamentando la aplicación de este principio de manera netamente jurídica, así se deja entrever dentro de los fundamentos fácticos tenidos en cuenta en la sentencia condenatoria de que fueron objeto los señores LAGOS LEON y TABARES MOLINA. Siendo claros en manifestar también, que las actuaciones de las que se desprenda la aplicación del principio de oportunidad deben tener una incidencia política debido a la colaboración armónica que tiene que existir entre las ramas del poder público.

CONCLUSIONES

- El principio de oportunidad contiene muchas acepciones en el derecho comparado, pero sucintamente consiste en la facultad que tiene la fiscalía General de la Nación o el Ministerio Público de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal de una manera reglada y sometida a control; está inmerso o corresponde al auge y esplendor del Estado Social y se desarrolla en el sistema anglosajón de manera discrecional por cuanto la responsabilidad es política y en el continental europeo de manera facultativa ya que la responsabilidad es jurídica.
- Puede concebirse también como una excepción a la legalidad o a la obligatoriedad, que nació a la vida jurídica para descongestionar los saturados sistemas judiciales.
- Consideramos nosotros que el principio de oportunidad no es una excepción a la legalidad, ya que este principio está contenido en las legislaciones penales de cada una de los países materia de estudio, es decir no podríamos hablar de excepción a la legalidad de algo que también es legal por estar inmersa en el texto legislado, más bien compartimos la teoría de que es excepcional a la obligatoriedad.
- Los fines del principio son la eficiencia y eficacia del sistema, descriminalización, descongestión, resarcimiento de las víctimas, celeridad por utilidad o en delitos de bagatela, disminución de carga laboral.
- La Jurisprudencia es la interpretación jurídica que realizan los órganos jurisdiccionales competentes para aclarar lagunas o vacíos de la ley, es creada con las reiteradas interpretaciones de esta y constituye fuente de

Derecho que con el tiempo se ha convertido en la mejor manera de conocer las evoluciones en la aplicación de las leyes, mejor que el solo repaso de las distintas reformas del Derecho positivo que en algunos casos no llegan a aplicarse realmente a pesar de su promulgación oficial.

- La naturaleza jurídica de esta figura jurídica, consiste en el carácter de principio que el legislador le ha otorgado desde su nacimiento en cada una de las legislaciones estudiadas, independientemente de la dicotomía que pueda existir entre los doctrinantes en relación de que se trate de un principio o solo de una institución procesal sin dicha categoría.
- Bajo un contexto generalizado en el modelo continental europeo, esta figura no es tenida en cuenta como principio porque obedece a una excepción, pero en el sistema anglosajón si es tenida en cuenta como principio porque está inmersa en contenido de la acción penal.
- Al hacer un estudio comparado del principio de oportunidad, vemos que este cumple con unos estándares internacionales como son: La acción penal por parte del Ministerio Fiscal, inicialmente se sujetó al principio de legalidad; a diferencia de otros países de nuestro entorno en los que se plantea la imposibilidad de perseguir todas las conductas tipificadas.
- Este principio, constituye un factor de equilibrio en el ejercicio de los poderes públicos, pues las decisiones que en materia penal a tomado el legislador pasan por un juicio de conveniencia política del ejecutivo antes de ser aplicados por los jueces y tribunales.

- El principio de oportunidad se aplica en países que tienen como modelo el sistema anglosajón, donde se tiene la discrecionalidad de decisión de iniciar o no una investigación, contrario sensu el sistema continental europeo donde se parte inicialmente del principio de legalidad como regla general y como excepción el principio de oportunidad.
- La figura jurídica del principio de oportunidad tiene un carácter eminente procesal en los países materia de estudio (Colombia, Argentina, Alemania y Perú), es decir la aplicación de este principio se da dentro de las ritualidades de las etapas procesales de cada una de estos Estados.
- Cabe destacar que en Perú siendo de carácter procesal tiene un matiz de extraprocesabilidad o mixto en algunas circunstancias, así quedó consignado y estructurado en el texto de este trabajo.
- El principio de oportunidad posee unos límites en su aplicación, los cuales tienen como destinatario al legislador a la Fiscalía y al Juez de Garantías, dentro de estos límites tenemos: que es una excepción, debe respetar el principio de igualdad, es reglado, posee unos controles, tiene tendencia continental Europea entre otros.
- El principio de oportunidad, bajo el modelo acusatorio de tendencia continental Europea al cual pertenecen las legislaciones materia de estudio tiene una naturaleza netamente jurídica no política, ya que la responsabilidad de los funcionarios por el incumplimiento o tergiversación de cualquier precepto es ante la rama jurisdiccional no ante la rama ejecutiva como sucede en el modelo anglosajón, pero cabe advertir que si

posee una incidencia política debido a la colaboración armónica que tiene que existir entre las ramas del poder público por mandato constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Acuña Visacaya Jose Francisco, Muñoz Jesus Antonio y otros .Sistema Penal Ausatorio, Rol del Perito y la Policia Judicial.. Primera Edición 2006. Graficas Ducal. Bogota.

Armenta Deu TERESA; Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania España, primera edición 1991. Editorial PPU. S.A Barcelona España.

Bazzani Montoya DARIO, “Bases para la Discusión del Nuevo Sistema Procesal Penal Colombiano”. II Foro sobre la Justicia en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Febrero de 2003.

Bazzani Montoya DARIO y otros, “Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Acusatorio” Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Diciembre 2004.

Bernal Cuellar JAIME; (Coordinador), Estado actual de la justicia Colombiana; bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal Colombiano. Bogotá 2005. “Diego Corredor Beltrán, Aproximaciones al principio de oportunidad”.

Bernal Cuellar JAIME; (Coordinador), Estado actual de la justicia Colombiana; bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal Colombiano. Bogotá 2003. “José Joaquín Urbano Martínez, el principio de oportunidad”.

Caffarella Nores José I. El principio de oportunidad en el derecho argentino, teoría. Realidad y perspectiva en Nueva doctrina Penal. Ed. Del puerto FRL. 1996.

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES, Derecho Procesal Penal, Madrid, C.E.R.A., 1995.

Garzón Marín ALEJANDRO; Londoño Maya CESAR AUGUSTO; Principio de oportunidad, Ediciones nueva jurídica, colección estudios No 8, Bogotá 2006.

Goldschmidt JAMES. "Principios generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1959.

GÓMEZ, Carlos, La Oportunidad como Principio Complementario del Proceso Penal, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2006.

FERNANDEZ LEON WHANDA, Fiscalía Juez y Parte. Librería del Profesional, 1996.

Maglione ENRIQUE ANIBAL, El principio de oportunidad como instrumento de política criminal del Estado para la resolución del conflicto penal. Trabajo presentado en el año 2001 en la maestría de ciencias penales de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco. Trelew-Chubut, publicado en la revista "El Repórter" de la escuela de capacitación del poder judicial de la provincia del Chubut, Año 4-No 14-Diciembre de 2004.

Manrique Zegarra CESAR EDMUNDO; El principio de oportunidad y facultad conciliatoria del juez d paz en materia penal, Perú 30 diciembre 2007.

Martínez Lozada LUIS EDGAR; Principio de oportunidad; comentarios y Jurisprudencia. Ediciones nueva jurídica, Colección estudios No 10, Bogotá 2006.

Mojica Araque CARLOS ALBERTO, Vásquez Rivera JUAN CARLOS; EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. Sello Editorial Universidad de Medellín. 2010.

Muñoz Neira Orlando. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos.. Legis Editores s.a . Primera Edición. 2006. Bogota.

Morales Marín GUSTAVO; Prueba penal y apreciación técnico-científica; Bogotá 2001.

Posada Maya RICARDO; (Coordinador), Temas de derecho penal, Derecho penal material y principio de oportunidad "Ricardo Echavarría Ramírez".

Reyes Echandia ALFONSO; Criminología, cuarta reimpresión de la octava edición, Editorial TEMIS, Bogotá 2005.

Tomas Vives ANTON. La libertad como pretexto, valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Torres EULISES, (investigación penal y derechos humanos), Acuña Vizcaya JOSE FRANCISCO; Muñoz JESUS ANTONIO (Principio de oportunidad y preacuerdos en el nuevo sistema penal acusatorio). Sistema Penal acusatorio, rol del perito y de la policía judicial, convenio interadministrativo de cooperación académica de extensión, Universidad Nacional de Colombia, Fondo rotatorio del DAS y academia DAS. Investigación penal y derechos humanos, Bogotá 2005.

Urbano Martínez JOSE JOAQUIN, Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad. Reforma de la justicia penal Colombiana: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública. Bogotá: procuraduría General de la Nación, 2006.

VADILLO RUIZ, ENRIQUE. El principio de oportunidad reglada. En: La reforma del proceso penal "II Congreso de Derecho Procesal de Castilla-León". Madrid, Sec. Gen. Tec. Min. Jus., 1989.

Villanueva Meza javier Antonio . El principio de oportunidad.. Editorial LEYER
2005 Bogotá Colombia,