

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA DECISIÓN SOBRE LA PUNIBILIDAD DEL IMPUTADO*

Alfonso Daza González**

RESUMEN

Se analiza en este artículo si el principio de oportunidad establecido en el Acto legislativo 03 de 2002 cumple con el fin del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho de decidir sobre la punibilidad del imputado.

Se trata de una investigación básica jurídica, porque el objeto de estudio lo constituye la norma jurídica. Para el efecto, utilizamos métodos cualitativos y cuantitativos de investigación. El primero, referente al estudio de la institución procesal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, para determinar el respeto por las garantías de los procesados y de las víctimas; y el segundo, frente a la estadística que presenta la Fiscalía General de la Nación y el Derecho comparado, relacionado con la aplicación de la institución objeto de estudio, para determinar su eficiencia.

Se combinan fuentes secundarias y terciarias. En cuanto a las secundarias, se analizan boletines estadísticos, artículos, ensayos, monografías, tesis y sitios web, entre otros, relacionados con los diversos ejes temáticos y problemáticos propuestos; y con relación a las fuentes terciarias, se analizan las fuentes obtenidas o utilizadas por otros autores.

El problema de investigación es el siguiente: ¿El principio de oportunidad cumple con los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho?

Para resolver esta pregunta se plantean las siguientes hipótesis: 1. El principio de oportunidad SÍ cumple con los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, porque logra el equilibrio entre garantismo y eficiencia; 2. El principio de oportunidad NO cumple con los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, porque no logra el equilibrio entre garantismo y eficiencia.

Fecha de recepción del artículo: 20 de octubre de 2011

Fecha de aprobación del artículo: 17 de noviembre de 2011

* Artículo de reflexión producto de la investigación doctoral adelantada en la Universidad Externado de Colombia por el autor, bajo el nombre de "El principio de oportunidad frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho". Esta investigación puede consultarse en ALFONSO DAZA GONZÁLEZ. "La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho", Bogotá, Universidad Libre, 2011. La defensa de tesis puede consultarse en AA.VV. *Defensas de Tesis Doctorales*, Bogotá, Universidad Libre, 2011, pp. 313 - 338.

** Abogado de la Universidad Libre; especialista y magíster en Derecho Penal y Criminología de la misma Universidad; máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, de la Universidad de Alcalá (España). Doctor en Derecho, de la Universidad Externado de Colombia; candidato a un segundo doctorado en la Universidad Alfonso X El Sabio, de Madrid (España). Docente y director del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Correo electrónico: alfonso.daza@unilibre.edu.co, adazaabogado@hotmail.com

De acuerdo con lo anterior, se estableció el siguiente objetivo general: Determinar si el principio de oportunidad cumple con los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho en Colombia.

En tales condiciones, la investigación tiene dos aspectos importantes: por un lado, el análisis teórico del principio de oportunidad y de los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, orientado especialmente a determinar si la institución es garantista, y por el otro, al estudio de la aplicación de la institución procesal para determinar su eficiencia.

En ese orden de ideas, los objetivos específicos de la investigación fueron los siguientes:

1. Determinar si el principio de oportunidad cumple con el fin de obtener una decisión materialmente justa sobre la punibilidad del imputado.
2. Determinar si el principio de oportunidad cumple con el fin de proteger los derechos fundamentales del procesado.
3. Determinar si el principio de oportunidad cumple con el fin de garantizar los derechos de la víctima.
4. Determinar si el principio de oportunidad cumple con el fin de solucionar el conflicto social que genera el delito, y
5. Establecer cuál ha sido la aplicación del principio de oportunidad en Colombia.

PALABRAS CLAVE

Principio de oportunidad, fin del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, decisión sobre la punibilidad del imputado.

ABSTRACT

It is analyzed in this article if the principle of opportunity established in legislative Act 03 of 2002 fulfills aim of the penal process in the Social and Democratic State of Right to decide on the punishability of the imputed one.

KEY WORDS

Principle of opportunity, aim of the penal process in the Social and Democratic State of Right, decision on the punishability of the imputed one.

INTRODUCCIÓN

A raíz del conjunto de reformas constitucionales y procesales penales que se iniciaron en Colombia en la década de 2000, con miras a la implementación de un sistema procesal penal de corte acusatorio, tomamos la decisión de estudiar el instituto del principio de oportunidad establecido en el acto legislativo 03 de 2002, como una excepción al principio procesal de legalidad¹, con sus características: i) figura de apli-

cación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir y renunciar al ejercicio de la acción penal; ii) en los casos que establezca la ley; iii) regulado dentro del marco de la política criminal del Estado; y iv) su ejercicio sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerce las funciones de control de garantías.

¹ Entendido éste como el deber que tiene la Fiscalía de investigar cuando existe sospecha de que se ha cometido un

hecho punible y de acusar cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha vehemente. CLAUS ROXIN. *Derecho procesal penal*, 25ª ed., trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2000, p. 89.

En el proceso de recolección de información y análisis comparativo de la figura, encontramos que el proceso penal, entendido como el “sismógrafo” de la Constitución según la afortunada expresión de ROXIN², debía necesariamente ser estudiado e interpretado en clave finalista, es decir, de acuerdo con los propósitos o fines que aspira a cumplir el proceso penal en el Estado, en el sistema jurídico y, finalmente, en la sociedad.

Por esta razón, el estudio de la mencionada institución procesal no se podía hacer simplemente a partir del estudio del Código de Procedimiento Penal, sino que se debía hacerlo a partir del estudio de los fines del proceso penal en el modelo de Estado adoptado por Colombia, esto es, Social y Democrático de Derecho.

Estos fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, de acuerdo con nuestro análisis son los siguientes: i) la decisión sobre la punibilidad del imputado; ii) la protección de los derechos del procesado; iii) la protección de los derechos de la víctima; y iv) la solución del conflicto social que genera el delito.³

CRITERIOS DE ANÁLISIS O INTERPRETACIÓN

Los criterios de análisis e interpretación surgieron de la lectura de las investigaciones del profesor Mirjan Damaska, y en esas condiciones determi-

namos que hoy la legitimidad del procedimiento penal, sea cual sea el contexto en que se desarrolla y el modelo de Estado del que sea expresión concreta, depende de la atención y la observancia que tribute a las exigencias del garantismo y de la eficiencia del proceso. Dicho de otra forma, un proceso penal legítimo y admisible debe estar presidido por un constante equilibrio entre ambos ejes: el respeto a los derechos de los justiciables y la eficiencia de sus estructuras.⁴

De esta manera consideramos que los fines del proceso penal antes señalados tienden a satisfacer los ejes rectores del procedimiento penal, así: la obtención de una decisión sobre la punibilidad del procesado y la solución del conflicto social que genera el ilícito, son propósitos de la *eficiencia*; y la protección de los derechos fundamentales del procesado y el amparo de los derechos de la víctima, son propósitos del *garantismo*.

En estas condiciones, un proceso penal equilibrado debe contar con institutos que cumplan con los fines señalados y, de esta forma, deben lograr la balanza entre los ejes rectores mencionados.

Pues bien, no son sencillos estos problemas. En su resolución deben tenerse en cuenta diferentes situaciones a fin de corroborar la potencialidad de la figura para lograr la satisfacción de los más importantes fines estatales. Así, por ejemplo, la obtención de una decisión sobre la punibilidad del procesado y la solución del conflicto que genera que podríamos calificar como fines propios de la eficiencia, y la protección de las garantías del imputado y de los derechos de la víctima como fines del garantismo, generan toda una serie de conflictos y de tensiones entre estos dos extremos, y por eso es necesario encontrar puntos de acuerdo entre uno y otro según el caso concreto que se pretenda resolver, en razón a que el garantismo exige el respeto sin condiciones de los derechos fundamentales de procesados y víctimas durante el curso del proceso, la eficiencia

² CLAUS ROXIN. *Op. cit.*, p. 10.

³ Para definir este fin especialmente, además del estudio del Art. 2º de la Constitución Política, se analizó la doctrina de CLAUS ROXIN, quien considera como meta del procedimiento penal la obtención de una decisión sobre la punibilidad del imputado materialmente correcta, obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal y que restablezca la paz jurídica. La garantía de los derechos de la víctima, si bien no es considerada por el maestro alemán como un “fin”, sí supone un propósito esencial del procedimiento ligado a la necesidad de restaurar la paz jurídica a través de la reparación del ofendido. CLAUS ROXIN, *Derecho procesal penal*, *Op. cit.*, pp. 2-5, y sobre la participación de la víctima en el proceso, pp. 526 y ss. Este catálogo de fines también es hallable en JULIO B.J. MAIER. *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., t. II, Parte general: Sujetos procesales, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2003, pp. 148-150.

⁴ DAMASKA, MIRJAN. “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”, en DUQUE QUICENO, MAURICIO y QUICENO ÁLVAREZ, FERNANDO (comp.), *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*, 1ª ed., s.l., Editora Jurídica de Colombia, 2004.

demanda un proceso ágil, efectivo, sin demasiados controles, que permita la fluidez de casos a través del sistema que evite el anquilosamiento de la justicia penal y la impunidad de los delitos.

El principio de oportunidad, entonces, deberá inscribirse en este escenario de tensiones y complementariedades que supone un proceso penal dirigido a fines. El análisis de la figura dentro de este marco nos permitirá entender si el principio de oportunidad sirve a los postulados del garantismo o de la eficiencia, o mejor, si puede servir simultáneamente a unos y otros mandatos bajo ciertas condiciones y en ciertas circunstancias.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA DECISIÓN SOBRE LA PUNIBILIDAD DEL IMPUTADO

El principio de oportunidad fue incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano a través del Acto Legislativo 03 de 2002, regulado legalmente en la Ley 906 de 2004 y después reglamentado en diversas leyes, decretos y resoluciones⁵, como un instituto procesal que faculta a la Fiscalía General

de la Nación para tomar tales decisiones frente al ejercicio de la acción penal, bajo ciertas causales señaladas en la ley y en atención a la política criminal del Estado.⁶ Además, su aplicación está sujeta al control de legalidad que ejerce el juez de control de garantías, el cual debe velar por la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas del delito.⁷

Así concretado en el nivel constitucional, el principio de oportunidad quedó establecido en el orden colombiano como un instituto procesal en atención al cual, bajo ciertas circunstancias, puede prescindirse de enfilar el aparato estatal hacia el castigo y,

⁵ LEY 1312 DE 2009 (julio 9). “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el *Diario Oficial* No. 47.405, de 9 de julio de 2009; LEY 1098 DE 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, publicada en el *Diario Oficial* No. 46.446, el 8 de noviembre de 2006. Artículos 174, 175 y 193, Numeral 6; DECRETO 3391 DE 2006, (septiembre 29), “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005”, publicado en el *Diario Oficial* No. 46.406, de 29 de septiembre de 2006. Artículo 14, incisos 4 y 5; DECRETO 4760 DE 2005 (diciembre 30), “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005”, publicado en el *Diario Oficial* No. 46.137, de 30 de diciembre de 2005. Artículo 13, párrafo; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Resolución 0-6618 de 2008, “Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del Principio de Oportunidad para los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, en el marco de las Leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 y se adicionan las Resoluciones 0-6657 y 0-6658 de diciembre 30 de 2004”, publicada en el *Diario Oficial* No. 47.157, el 29 de octubre de 2008; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Resolución 0-6657 de 2004, “Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad”, publicada en el *Diario Oficial* No. 45.781, el 4 de enero de 2005.

⁶ ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002. Artículo 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: *Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (...); LEY 906 DE 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicada en el *Diario Oficial* No. 45.657, el 31 de agosto de 2004. Artículo 322. Legalidad. 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.*

⁷ LEY 906 DE 2004. Artículo 327, modificado por la LEY 1312 DE 2009. Artículo 5. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad. Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano (...).

en cambio, optar por una solución racional y ponderada del fenómeno delictivo.

Surge entonces inevitable la necesidad de determinar los fines constitucionales a los que debe estar orientado el proceso penal colombiano, para así evaluar la potencialidad del principio de oportunidad para alcanzar su satisfacción. Basta apenas apelar al concepto de seguridad jurídica y en concreto a las nociones de estabilidad y coherencia de las leyes para advertir que los fines del proceso penal deben ser los mismos fines estatales.

Sobre el fin que nos ocupa en este artículo: la obtención de una decisión sobre la punibilidad del imputado –que se trató en el capítulo segundo de la investigación– supone un propósito asignado al procedimiento penal desde los albores del Estado de Derecho: averiguar si concurren los elementos materiales del delito, si el procesado es penalmente responsable por ellos y, de esta forma, si se hace merecedor a una sanción penal. En ese orden de ideas, el enfrentamiento teórico de este fin con la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal tiene por objeto establecer si el principio de oportunidad sirve al propósito de obtener una decisión cierta y definitiva sobre la punibilidad del imputado.

Así, el primer fin del proceso penal, en cualquier estructura político-jurídica que decida adoptarse, es la realización del Derecho penal material, o dicho de otra forma, la aplicación de la ley penal vigente a su infractor.⁸ A la comisión de una conducta considerada punible por la ley vigente se sigue *en todo caso* una consecuencia jurídica traducida en un procedimiento reglado que arriba finalmente al castigo del transgresor.⁹ Aunque esta condena era antaño patrimonio de la víctima ofendida, hoy es impuesta por un ente abstracto, institucionalizado y dotado de poder suficiente para ello que recibe el nombre de Estado. Al Estado corresponde el llamado *ius*

puniendi o derecho a castigar, lo que en realidad es un poder de sanción o potestas *puniendi* en virtud del cual pone en funcionamiento sus estructuras jurisdiccionales para la persecución¹⁰ y el eventual juzgamiento del sujeto que ha infringido las normas penales vigentes.¹¹

En ese sentido se hace referencia a los fines de la pena en el ordenamiento penal colombiano, a saber, la retribución justa, la prevención general –positiva y negativa– la especial, así como la resocialización del delincuente¹², con el fin de determinar si la renuncia a la acción penal que implica el principio de oportunidad puede dar satisfacción a tales fines sin necesidad de hacer uso de esa “violencia programada” que es la pena. Se espera así criticar la indispensabilidad de la pena como mecanismo para el logro de ciertos fines de pacificación social, sin caer de momento en el abolicionismo¹³, y en cambio defender el principio

¹⁰ El término *persecución*, para efectos del presente trabajo, comprende el conjunto de la actividad penal estatal, desde la investigación hasta la expedición del fallo. En ese sentido la entiende un importante autor alemán, ver CLAUS ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Op. cit., cap. II, p. 82: “Así, bajo persecución penal se entiende, en sentido estricto, la actividad de la fiscalía hasta la formulación de la acusación, pero en un sentido más amplio, aquí tomado como base, la actividad estatal íntegra (comprendido el tribunal) hasta la sentencia”.

¹¹ La vigencia de las normas alude a su aspecto temporal y sólo se predica de las normas válidas (o con presunción de validez). Una norma (válida) está vigente cuando ha entrado en vigor, ha sido publicada y no ha sido anulada o derogada expresamente.

¹² Recordemos que la antigua lucha entre las escuelas de la retribución y las de la prevención aún no ha concluido. Ver KARL-HEINZ GÖSSEL, *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, 1ª ed., trad. Verónica Román Quiroz y Marco Antonio Chichino Lima, México, D.F., Editorial Porrúa, 2002, p. 1. También FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial B de F, 2001, cap. I, p. 73.

¹³ WINFRIED HASSEMER. *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, trad. Miguel Ontiveros, México D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 37. “La demanda de suprimir el Derecho penal de ninguna forma es una opción agradable para los seres humanos y mucho menos para los derechos humanos. Tan sólo se lograría, toda vez que el control social seguiría rigiendo nuestras

⁸ En la investigación se analizó cómo la aplicación de la ley penal o del castigo al responsable como primer fin del proceso penal queda relativizada en el marco del sistema procesal penal de tendencia adversativa.

⁹ Los conceptos *castigo* y *sanción* se entienden aquí en el sentido lato del concepto jurídico *pena*, aunque se consideran intercambiables.

de oportunidad como un mecanismo de raíz preventiva concebido para un uso racional y ponderado de la justicia penal que además supone un importante logro de la civilización en términos de tratamiento del comportamiento “desviado”, presente en todas las sociedades y en todas las épocas.

Por otra parte, vale la pena plantear algunas preguntas: ¿Por qué debe pensarse que la intimidación o amenaza de castigo es el medio idóneo para evitar que los delitos ocurran?¹⁴ ¿Ha dejado acaso este método importantes resultados? ¿Ha logrado disminuir los índices de criminalidad o mejorar el *estado de cosas inconstitucional* de las cárceles?¹⁵ ¿No debería pensarse en otros medios menos violentos y más efectivos para la reducción del crimen como la protección efectiva de los derechos sociales, la reducción de la pobreza, la activación de la eco-

vidas, eliminar los límites de las injerencias, dejando así vía libre a los poderosos intereses sociales para imponer sus sanciones. Y eso sí que sería una verdadera miseria”.

¹⁴ SILVA revela una encuesta en la cual 82% de los operadores jurídicos encuestados rechazan la prevención general o intimidación. “*Dado que la intimidación es la principal estrategia del poder ejecutivo en materia de política penal, de lo cual, por ejemplo, ha sido abanderado el Gobierno Pastrana, es evidente el divorcio entre tal concepción y el imaginario de los operadores del derecho. Así mismo, es protuberante el rechazo al más antiliberal de los fines de la pena, que supone escoger ‘chivos expiatorios’ para atemorizar al resto de integrantes de la sociedad*”. Ver GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia, Tomo IV: Las ideologías profesionales*, Bogotá, D. C., Universidad Externado de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2001, p. 167.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “*Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc.*”

nomía, el mejoramiento de las condiciones de vida? Queda la cuestión abierta para el debate y, quizá, para una próxima investigación.

Igualmente, en este capítulo se critica la manera como fue concebido el principio de oportunidad en Colombia, atado al principio de legalidad, y por eso al estar sujeto a unas causales legales –que ascienden a 17–, su ejercicio es, de hecho, una expresión de la legalidad. Por esa razón, además de la crítica al principio de legalidad frente a la aplicación del principio de oportunidad, nos proponemos hacer una crítica a las causales de la mencionada institución.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En lo que tiene que ver con *el principio de oportunidad en la decisión sobre la punibilidad del imputado*, precisamos que para entender este fin era necesario comprender la función de la pena de acuerdo con el modelo de Estado.

De esta manera, siguiendo a Mir Puig establecimos que del principio de **Estado de Derecho** se impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del *principio de legalidad*. Del **Estado social** comprendimos que sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Lo cual implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la *necesidad social de la intervención penal*. Y de la concepción del **Estado democrático** aprendimos que este obliga, en lo posible, a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de *dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano*.¹⁶

No obstante lo anterior, el hecho de que el principio de oportunidad sea simplemente una excepción al principio procesal de legalidad demuestra que se privilegia la retribución frente a la prevención general positiva limitada, y constata, entonces, que tal situación no corresponde con la necesidad de resolver conflictos de manera rápida, fluida y eficiente.

¹⁶ Al respecto véase Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Barcelona, julio de 2003, Tecfotó, S.L., Barcelona, p. 74.

Así, la inclusión del principio de oportunidad como un mecanismo excepcional, residual, secundario, a nuestro juicio contradice el postulado que entiende el Derecho Penal como una reacción de última ratio, pues sitúa la sanción penal en un primer lugar y resta capacidad a las figuras alternas al juicio oral esenciales en un sistema procesal acusatorio.

En cuanto a las causales de aplicación del principio de oportunidad, además del número elevado (17), encontramos que unas generan confusión entre la aplicación de la preclusión y la aplicación del principio de oportunidad¹⁷, y otras resultan confusas y por ello requieren más de una lectura y análisis.¹⁸

¹⁷ En razón de que antes de acudir al principio de oportunidad se debe acudir a la teoría del delito para determinar si existió o no delito, así tenemos: i) aplicación en los casos de delitos de escaso o nulo impacto social, relacionados con la poca relevancia, como sucede en los delitos contra bienes del Estado (numeral 9), en los delitos contra el patrimonio económico en deterioro (numeral 10), en las conductas de mínima significación jurídico y social (numeral 11), y en la afectación mínima de bienes colectivos (numeral 13); ii) en los casos en que no sea necesaria la imposición de la pena por retribución natural, como es el evento contemplado en el numeral 6, ya que antes de acudir al principio de oportunidad, se debe ir al inciso 2° del Artículo 34 del Código Penal; iii) en los casos en que el juicio de reproche de culpabilidad es de tan secundaria consideración que hace de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social (numeral 12), y iv) en los eventos en que se presenta un exceso en una causal de justificación si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable desde la culpabilidad (numeral 15).

¹⁸ En segundo lugar, encontramos otro grupo de causales que reclaman una mejor redacción, y en ese caso sólo sería necesario tener una causal: i) en los casos en que existen razones pragmáticas o de interés nacional, relacionadas con la extradición, se establecieron dos causales (numerales 2 y 3) cuando se hubiera podido contemplar una; ii) en los casos de colaboración con la justicia y desarticulación criminal, también se establecieron dos causales (numerales 4 y 5) cuando se hubiera podido definir una sola causal; iii) en los casos en que el presupuesto es la reparación de las víctimas se incorporaron tres causales (numerales 1, 7, y 16) cuando se hubiera podido definir una sola; y iv) en los casos en los cuales prima el interés público se establecieron dos disposiciones diversas (núm. 8 y 14) cuando igualmente se hubiera podido definir una sola.

En cuanto a su aplicación, según las estadísticas de la Fiscalía se advierte que las causales legales de mayor aplicación han sido las siguientes: la primera (delitos sancionados con pena de prisión inferior a 6 años siempre que haya reparación integral)¹⁹, la octava (suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa)²⁰, el parágrafo segundo (delitos sancionados con pena de prisión superior a 6 años)²¹ y la causal trece (falta de utilidad social de la sanción).²²

Así mismo, las causales que según estadísticas no obtuvieron ninguna aplicación fueron numerosas: la segunda, la tercera, la cuarta, la novena, la décimo segunda, la décimo sexta, la décimo séptima y el parágrafo primero, es decir, 8 causales. Esto significa que, adicionalmente a la ínfima aplicación que tiene el principio de oportunidad en Colombia, casi la mitad de los supuestos previstos en la norma son completamente inoperantes, hecho que supone una alerta sobre la regulación que tuvo la figura.

En todo caso, e independientemente del número de causales y de su redacción, indicamos que este exceso estaría justificado si efectivamente se

¹⁹ LEY 906 DE 2004. Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.

²⁰ LEY 906 DE 2004. Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...) 8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

²¹ LEY 906 DE 2004. Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...) Parágrafo 2. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que excedan seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

²² LEY 906 DE 2004. Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...) 13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

aplicarán, pero las cifras indican lo contrario, y en ese sentido tenemos que la mitad de ellas no han solucionado un solo caso y el resto se ejercen en un porcentaje irrisorio de causas penales.

Además de generar una hiper-regulación, que lejos de permitir la discrecionalidad del fiscal lo que hacen es limitarla y convertir el principio de oportunidad en un simple apéndice o accesorio del principio procesal de legalidad, y por eso se convierten en un obstáculo para su aplicación.

CONCLUSIONES

La más importante es que el principio de oportunidad NO cumple con los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, porque no logra el equilibrio entre garantismo y eficiencia, en razón de que la institución estudiada no ha tenido la aplicación que se esperaba²³ ni la que presenta el Derecho comparado.

Esta figura procesal, cuyo contenido, alcances y posibilidades han sido largamente evaluados y discutidos en la doctrina nacional e internacional, no ha recibido, sin embargo, en la realidad jurídica nacional, la atención que se esperaba en el momento de adoptarla. El último Informe de Gestión de la Fiscalía General de la Nación revela que durante el año 2008 y el primer trimestre de 2009 el principio de oportunidad se aplicó en 3.419 asuntos penales, de un total de 209.319 causas en las que no se encontró mérito suficiente para investigar; es decir, se aplicó en 1,63% de los casos.²⁴

Precisa el informe que esta aplicación del principio de oportunidad –a nuestro modo de ver, irrisoria– se orientó a conductas sancionadas con pena privativa de la libertad inferior a 6 años en las que

se ha reparado integralmente a la víctima y corroborado la ausencia de interés del Estado en la acción penal (2.762 casos); a conductas sancionadas con pena privativa superior a 6 años, casos en los que su ejercicio fue adelantado por el Fiscal General de la Nación o su delegado (984 casos); a conductas para las que se halló procedente la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y se evidenció un cumplimiento de las obligaciones impuestas (1.065 casos); y a conductas cuyo juicio de reproche de culpabilidad era tan escaso que la sanción se tornaba innecesaria o inútil (795 casos).²⁵

Adicionalmente, se enuncian los delitos que con mayor frecuencia fueron objeto de aplicación del principio de oportunidad: hurto agravado (1.090 casos); hurto agravado tentado (818 casos); defraudación a los derechos patrimoniales de autor (921 casos); homicidio culposo (535 casos); lesiones personales (454 casos); hurto agravado y calificado (425 casos); violencia intrafamiliar (322 casos); inasistencia alimentaria (162 casos); falsedad material en documento público (89 casos), entre otras.²⁶

Vale la pena contrastar estas cifras con la aplicación que recibe el principio de oportunidad en otras latitudes. Aunque no hay un acuerdo unánime en la doctrina, según cálculos de BASSIOUNI, en Estados Unidos sólo van a juicio (*jury trial*) 6% de los casos penales, mientras que el resto se soluciona por vía del *pleabargaining* o del *guiltyplea*²⁷; algunos tratadistas consideran que esta cifra se aproxima a 10%.²⁸ En el sistema chileno, según estadísticas, el

²³ Aunque la Fiscalía General de la Nación no considera expresamente en su informe que la aplicación del principio de oportunidad sea baja, encuentra que “en la medida en que avanza el sistema penal acusatorio, se toma mayor solidez en la aplicación del principio”. Ver FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Informe de Gestión 2008-2009*, *Op. cit.*, p. 60.

²⁴ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Informe de Gestión 2008-2009*, Bogotá, D. C., Fiscalía General de la Nación, 2009, p. 55. Ver Anexos 1 y 2 al final de este documento.

²⁵ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Informe de Gestión 2008-2009*, *Op. cit.*, p. 59. Ver Anexo 3 al final de este documento.

²⁶ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Informe de Gestión 2008-2009*, *Op. cit.*, p. 60. Ver Anexo 4 al final de este documento.

²⁷ H. C. BASSIOUNI. “Linee del proceso penale negli USA”, en *Prospettive del nuovo processo penale*, Giuffrè, Milán, 1978, p. 52, citado en LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. III, cap. IX, p. 646.

²⁸ GERARD E. LYNCH. “Pleabargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos”, en *Pensamiento Penal*, 1998/A, artículo electrónico dispo-

principio de oportunidad se aplica en un 60% de los casos que ingresan al sistema penal.²⁹

La ínfima aplicación de la figura en Colombia³⁰ da cuenta de un sistema judicial excesivamente cauteloso, acaso timorato, en el cual se evidencia o bien una escasa preparación de los funcionarios encargados de aplicarla, o bien un fuerte arraigo en su actividad profesional de la cultura retributiva, o bien un temor –ciertamente fundado– de incurrir en la impunidad en los delitos o, en fin, una comprensión insuficiente y parca del proceso penal que desconoce la necesidad de dirigir su actividad al cumplimiento de unos fines ineludibles de estirpe constitucional.

Un trabajo académico elaborado por Gabriel Salamanca incluyó en su metodología una encuesta a jueces, fiscales y estudiantes de Derecho sobre aspectos relacionados con el principio de oportunidad. En este estudio pudo corroborarse una situación paradójica: aunque 83,3% de los encuestados concibe el principio de oportunidad como una herramienta de optimización del aparato de justicia, éstos advierten

*“una gran diferencia entre el plano teórico (finalidad del principio) y el plano práctico (implementación del principio), pues continuamente [referencian] obstáculos de índole administrativa como la posible corrupción o arbitrariedad del aparato judicial en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad”. Por su parte, el 16,6% restante considera que dicha institución está llamada a incrementar la cifra de impunidad, “poniendo de presente los excesos que la Fiscalía podía llegar a cometer aplicándolo en casos muy graves o dejándolo de hacer en casos que no merecían el reproche penal, atendiendo en unos y otros, a razones netamente políticas”.*³¹

Es importante observar que esta situación cuantitativa, que genera una gran brecha entre la norma y la realidad, entre el instituto procesal y el contexto en que espera aplicarse, es el que nos permite señalar que el principio de oportunidad, por su falta de aplicación, no cumple con los fines del proceso penal que exige el Estado Social y Democrático de Derecho como el colombiano, porque no logra el equilibrio exigido entre garantismo y eficiencia, ejes rectores del proceso penal colombiano.

No obstante esta situación, es nuestra tesis que la principal causa de inaplicación de la figura se encuentra en su misma naturaleza, esto es, en las características particulares que le fueron impuestas en el orden colombiano.

Sin duda el legislador colombiano, al incorporar al orden interno una figura que en sí misma es una “salida alterna” al juicio oral, o si se prefiere, un mecanismo orientado a la racionalización del poder de castigo, no estaba pensando en lograr con ella la impunidad de los delitos y menos aún el debilitamiento del sistema judicial, sino antes bien, pretendía brindar un instituto capaz de potenciar las posibilidades de la administración de justicia para solucionar conflictos sociales y de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de los procesados y de las víctimas.

nible en la página web: [<http://www.pensamientopenal.com.ar/ndp/ndp009.htm>]: *“El juicio por jurados del procedimiento penal estadounidense cumple un papel muy limitado en el sistema de atribución de responsabilidad penal, pues solo el 10% de las condenas son resultado de un juicio. El 90% de las condenas son obtenidas sin juicio, porque los imputados se declaran culpables con anterioridad a su realización”.* La cifra coincide con la presentada por TIMOTHY LYNCH en “The case against pleabargaining”, en *Regulation*, vol. 26, n° 3, Fall of 2003, p. 24. *“More than 90 percent of the criminal cases in America are never tried, much less proven, to juries”.*

²⁹ *“Las estadísticas [en Colombia] son pobres, si se tiene en cuenta que en países como Chile [el principio de oportunidad] se aplica en más del 60% de los casos, frente a un porcentaje cercano al 85% de respuestas tempranas de noticias criminales (sic), recuerda [Jaime] Granados”.* ÁMBITO JURÍDICO. “El principio de oportunidad, ¿cómodo o as del sistema acusatorio?”, edición del 2 al 15 de febrero de 2009, p. 20.

³⁰ Aunque la Fiscalía General de la Nación no considera expresamente en su informe que la aplicación del principio de oportunidad sea baja, encuentra que *“en la medida en que avanza el sistema penal acusatorio, se toma mayor solidez en la aplicación del principio”.* Ver FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Informe de Gestión 2008-2009*, Op. cit., p. 60.

³¹ GABRIEL SALAMANCA ROA. “Principio de oportunidad”, trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 29 de agosto de 2008, hallable en: [<http://www.jurisprudencias.com>].

REFERENCIAS

ARTÍCULOS DE REVISTA, PRENSA Y MEMORIAS

LYNCH, TIMOTHY. "The case against plea bargaining", *Regulation*, vol. 26, n° 3, Fall 2003.

CAPÍTULOS EN LIBROS

AA. VV. *Defensas de Tesis Doctorales*, Bogotá, Universidad Libre. 2011.

DAMASKA, MIRJAN. "Aspectos globales de la reforma del proceso penal", en DUQUE QUICENO, MAURICIO y QUICENO ÁLVAREZ, FERNANDO (comp.), *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*, 1ª ed., s.l., Editora Jurídica de Colombia, 2004.

GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE. "La propuesta de un Nuevo Código de Procedimiento Penal", en FUENTES HERNÁNDEZ, ALFREDO y GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE (edit.), *Garantismo, Eficiencia y Reforma Procesal Penal en Colombia*, Bogotá, D. C., Tercer Mundo Editores, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999.

GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE y HARTMANN ARBOLEDA, MILDRED. "El Diseño del Nuevo Proceso Penal Constitucional", en CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Texto del Acto Legislativo 03 de 2002 y Documentos de Trámite*, t. II, 1ª ed., Bogotá, D. C., Corporación Excelencia en la Justicia, 2003.

MIR PUIG, SANTIAGO. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", en AA.VV. *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Bogotá, D. C., Editorial Temis, 1982.

ROXIN, CLAUDIUS. "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Editorial Reus, 1991.

----- "La política criminal en la actualidad", en AA.VV. *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, trad. J. Queralt, Bogotá, D. C., Editorial Temis, 1982.

DOCTRINAS

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Texto del Acto Legislativo 03 de 2002 y Documentos de Trámite*, t. II, 1ª ed., Bogotá, D. C., Corporación Excelencia en la Justicia, 2003.

DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO. *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bogotá, Universidad Libre, 2011.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Informe de Gestión 2008-2009*, Bogotá, D. C.: Fiscalía General de la Nación, 2009.

GÖSSEL, KARL-HEINZ SEMER, WINFRIED. *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, 1ª ed., trad. Verónica Román Quiroz y Marco Antonio Chichino Lima, México, D.F., Editorial Porrúa, 2002.

HASSEMER, WINFRIED. *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, trad. Miguel Ontiveros, México D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., t. I. Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2002.

MAIER, JULIO B.J., AMBOS, KAI y WOISCHNIK, JAN. *Las Reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Editorial Gráfica Laf S.R.L., 2000.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, Reppertor Editores, S. L., 2003.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial B de F, 2001,

SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y de la justicia. Tomo IV: Las ideologías profesionales*, Bogotá, D. C., Universidad Externado de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2001.

ROXIN, CLAUS. *Derecho procesal penal*, 25ª ed., trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2000, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2002.

LEGISLACIÓN NACIONAL

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002 (diciembre 19). “Por el cual se reforma la Constitución Nacional”, publicado en el *Diario Oficial* No. 45.040, de 20 de diciembre de 2002.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (1991). Publicada en la *Gaceta Constitucional* 116.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004. “Por medio del cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad”, publicada en el *Diario oficial* No. 45.781, 4 de enero de 2005.

LEY 906 DE 2004 (agosto 31). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, publicada en el *Diario Oficial*, No. 45.657.

LEY 1312 DE 2009 (julio 9). “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, publicada en el *Diario Oficial*, No. 47.405.

Jurisprudencia nacional

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias:

T-153 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

WEBGRAFIA

LYNCH, GERARD E. “Pleabargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos”, en *Pensamiento Penal*, 1998/A, hallable en la página web: [<http://www.pensamientopenal.com.ar/ndp/ndp009.htm>], visitada por última vez el 4 de junio de 2009.

SALAMANCA ROA, GABRIEL. “Principio de oportunidad”, trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, hallable en: [<http://www.jurimprudencias.com>].