

INTRODUCCIÓN:

El sistema penal colombiano, como tantos otros sistemas penales a nivel mundial entraron en crisis. Esta crisis, como se detallará, tiene consecuencia en la aplicación del principio de legalidad, pues lo que se busca es dar aplicación rotunda a dicho principio, para tratar, bajo este parámetro, de controlar la delincuencia que azota el país. Sin embargo, está demostrado históricamente que ningún Estado puede investigar y acusar a cada uno de los responsables de las conductas punibles que afectan a la ciudadanía en general. No sólo es imposible físicamente, sino inalcanzable como propuesta de control social para una mejor convivencia, pues la delincuencia en todas sus facetas, esto es, organizada y común, puede tener alguno de sus orígenes en políticas y sistemas económicos inequitativos que no permiten a los habitantes de un determinado territorio recibir una amplia educación que brinde oportunidades continuas para mejorar la calidad de vida de los diferentes núcleos sociales que la conforman. Esta educación, en nuestro país, brilla por su ausencia y unida a la inequidad y corrupción rampante de los políticos tradicionales provenientes desde los tiempos de la colonia arroja actualmente ese resultado delincencial tan alto e incontrolable que se presenta en nuestra sociedad.

William Ospina (2013), en su texto “Pa’ que se acabe la vaina”, introduce al lector en una radiografía pasada, presente y futura de los conflictos de nuestro país y el manejo que la clase política le ha dado a esos conflictos, conllevando ello a ese desbordamiento de la delincuencia:

Desde hace medio siglo, Colombia vive uno de los conflictos políticos más dramáticos del hemisferio occidental, con cientos de miles de muertos, millones de víctimas y de refugiados internos, millones de migrantes a otros países, y un creciente deterioro del

orden institucional que se puede medir por la crisis de la justicia, los niveles escandalosos de corrupción, el número de congresistas y gobernantes que pasan directamente del poder a la celda, los índices de pobreza y miseria, la inseguridad, la delincuencia, el atraso de la infraestructura y la incapacidad de convertir la indudable riqueza del territorio en algo que beneficie a las mayorías y garantice la prosperidad general. (Ospina, 2013, p7).

Esas razones hacen que actualmente exista un cúmulo de procesos que vienen año tras año sin resolverse y atiborran fiscalías y juzgados penales, llevando a la congestión e impunidad del sistema, por lo que nuestros legisladores optaron, siguiendo las políticas norteamericanas trazadas a través del Plan Bush para las Américas- o Plan Colombia-según Shcünemann, (citado por Calle, 2005), por cambiar el modelo procesal penal y acoger un sistema acusatorio que permitiría a los operadores jurídicos acudir a fórmulas mucho más ágiles de resolución de conflictos- preacuerdos y negociaciones -, con los autores de las conductas punibles para hacerlos acreedores a beneficios y ventajas procesales que favorecieran sus intereses recibiendo sentencias condenatorias de manera ágil y rápida, e igualmente la aplicación de una figura tomada directamente del derecho anglosajón conocida como principio de oportunidad, el cual, a pesar de no haber sido introducido bajo las mismas condiciones de discrecionalidad que tienen los funcionarios en aquellas latitudes, pues en nuestro país se reglamentó bajo unas causales taxativas, si buscaba el mismo fin para el que fue creado y es la elección, bajo criterios de política criminal, de casos representativos que debían ser llevados a Juicio ante los jueces de la República.

Así, el principio de oportunidad, no buscaba otra situación diferente a la descongestión de la justicia penal, pero encontró como obstáculo, su exigente reglamentación y trámite procesal, con control del Juez de garantías en presencia de la víctima y el Ministerio Público quienes se

pueden oponer a la pretensión de la Fiscalía aportando pruebas en la misma audiencia. Ello, dificulta su aplicación convirtiendo ciertas causales en inaplicables, máxime si se tiene en cuenta, como en la causal 13 la cual será nuestro objeto de estudio, analizáremos los elementos normativos que quedan al arbitrio de interpretación del operador jurídico, pues no existe jurisprudencia que trace el camino para determinar con certeza el significado términos como “afectación mínima” cuando se habla de bienes colectivos, ni tampoco criterios puntuales donde se indique, bajo esta causal, cómo y a quien reparar integralmente o garantizarle a la sociedad que un hecho contra un bien jurídico colectivo “no volverá a presentarse”.

El planteamiento del presente escrito va dirigido a cuatro temas centrales: el primero, ¿el porqué del principio de oportunidad en la legislación colombiana? indicando como fundamento de su existencia, la crisis del principio de legalidad y la pena; el segundo a las pautas de aplicación de dicho principio en nuestro sistema procesal penal y el manejo que da la Fiscalía al mismo, el tercero abordará la causal número 13, cuyo desarrollo, permitirá conocer el sentido y significado de cada elemento normativo que la conforma a fin de que el operador judicial tenga las pautas que lo lleven a determinar en qué casos de afectación de derechos colectivos se puede dar aplicación y, por último, un apartado de problematizaciones del concepto para concluir si es aplicable la misma tal y como está consagrada en la ley procesal o existen otras posibles soluciones jurídicas.

Pretendo así desarrollar un tema que ha sido abordado en múltiples ocasiones por diferentes autores, pero desde una perspectiva dogmática diferente a la planteada, dado que me concretaré en la causal 13 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 con la finalidad de demostrar, que a pesar de ser el principio de oportunidad un instrumento diseñado para descongestionar la justicia, dicha norma procesal queda como simple letra muerta, pues existen otros mecanismos

jurídicos procesales entregados tanto por el código adjetivo como sustantivo para resolver los casos que se presentan.

Principio de oportunidad

1. Pena y Principio de legalidad

1.1 La Pena.

Para empezar es necesario indicar que la discusión principal en cuanto al castigo gira en torno a la potestad del Estado para ejecutarlo como único legitimado en el monopolio de la fuerza. De allí entonces surgen dos teorías:

Teoría abolicionista, que busca acabar con el derecho penal, “precisamente porque se coloca de parte de quien sufre el coste de la penas y no del lado del poder punitivo” (Ferrajoli, 1997, p.252). Esta teoría ha tenido el mérito de favorecer según el mismo autor:

La autonomía de la criminología crítica que suscita sus investigaciones acerca de los orígenes culturales y sociales de la desviación y de la relatividad histórica y política de los intereses penalmente protegidos, y de contrarrestar por todo ello, quizás en mayor medida que cualquier otra orientación teórica, el latente legitimismo moral de las doctrinas dominantes (Ferrajoli, 1997, p.252).

Deslegitima el derecho penal desde un punto de vista radicalmente externo, por lo que denuncian no sólo su arbitrariedad, sino además el sufrimiento que ocasiona a los ciudadanos, retando con base en ello, a ofrecer réplicas convincentes al desafío que pregona su abolición y mostrando no sólo que la suma total de sus costes cuyo resultado es inferior a las ventajas que proporciona, sino también que lo mismo puede decirse de cada una de las penas, así como de sus prohibiciones y de las técnicas efectivas de la indagación, por lo que sus seguidores consideran

que el derecho penal no es el mecanismo que permite solucionar los conflictos interpersonales dado, como se insiste en que el sufrimiento causado es mayor que su beneficio social.

Teoría justificacionistaretribucionista, que se subdivide en dos, las absolutas y las relativas, siendo la primera de ellas según Ferrajoli, aquellas que conciben la pena como fin en sí mismo, es decir, como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito justificada por su valor axiológico intrínseco, por consiguiente no un medio, y menos aún un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento (Ferrajoli, 1997, p.253).

Las relativas, por su parte, son todas las doctrinas utilitaristas, que consideran y justifican la pena sólo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos, siendo fundamental para ella la prevención especial y general, positiva a través de la corrección del delincuente o de la integración de sus asociados y negativa, mediante la neutralización del primero o la intimidación de los segundos.

Según nuestra legislación Penal Colombiana y siguiendo los parámetros del principio de legalidad, todo hecho cometido por un sujeto y que constituya una conducta punible debe ser investigado. Como consecuencia de ello el autor será sancionado con una pena que impone el Estado a través de un juez a fin de proteger bienes jurídicos, buscando una convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad a quienes con la pena se les envía un mensaje de prevención especial y general, y de esta manera, la corrección que se atribuye a la pena, la neutralización del reo, la integración de éste a la sociedad y la intimidación a fin de disuadir a los ciudadanos mediante el ejemplo de la amenaza de la sanción (Ferrajoli, 1997).

Así mismo este autor señala, teniendo como referencia el aspecto filosófico de la pena, y las tesis expuestas por Kant y Hegel, que la teoría absolutista se atribuye como “retribución ética, justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y del castigo que consiguientemente se le inflige ”(Ferrajoli, 1997).Y la relativa como “una retribución ética, justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden legal violado” (Ferrajoli, 1997).

Kant (citado por Maglioni, 2009), además define la pena como:

Una necesidad ética, un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y el sentido de la misma es la retribución de la culpabilidad y con la aplicación de una compensación justa se agota el contenido de la misma. Esta sanción se impone al delincuente porque ha quebrantado una norma, considerar cualquier otro fin punitivo atentaría contra la dignidad de la persona y la reduciría a la condición de un objeto (Maglioni, 2009p.263).

Colorario de lo anterior, la pena parte de una teoría absoluta en cuanto “en forma imperativa y categórica todo hecho en apariencia delictivo debía traducirse necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal” (Maglioni, 2009) conforme lo anterior, la pena, como se señaló, conseguiría esa retribución del daño ocasionado protegiendo de esta manera a la sociedad.

Por su parte Grocio, (citado por Ferrajoli, 1997), indica, dentro de la teoría de la justificación utilitarista de la pena, que debe perseguir utilidades futuras, como es la enmienda del delincuente y la prevención de los delitos mediante el ejemplo, según Hobbes (citado por Ferrajoli, 1997):

Al amenazar con penas, en polémicas con el retribucionismo vengativo, no hay que preocuparse del mal ya pasado, sino del bien futuro: es decir, no es lícito infligir penas si no es con el fin de corregir el pecador o de mejorar a los demás con la advertencia de la pena infligida (p.260).

Locke (citado por Ferrajoli, 1997) entre otros, la define como:

Un mal negocio para el ofensor, tal como para darle motivo de arrepentirse y disuadir a los demás de hacer lo mismo (...) ello lleva a determinar que se impone esa concepción utilitarista del derecho penal y el conjunto de principios y garantías reivindicando como principios el derecho natural: La estricta legalidad, dice, es el carácter subsiguiente de la pena, la lesividad, la exterioridad y la culpabilidad de la acción criminal, la jurisdiccionalidad y la carga de la prueba (p.260).

1.2 Principio de Legalidad.

La obligación impuesta por el principio de legalidad, contribuyó a la congestión del sistema judicial, así como los centros de reclusión de nuestro país, motivo éste, para que se produjera, además, con influencia del sistema norteamericano el cambio de paradigma procesal, que a la postre garantizaría los recursos y la capacitación de los funcionarios para la implementación del sistema acusatorio. El principio de legalidad según Ferrajoli(1997) tiene dos aristas la primera denominada como principio de mera legalidad expresado, según él, en el axioma “*nulla poena, nullum crimen sine lege*” como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes o positivamente existentes, las cuales tiene en efecto para el jurista el valor de una regla meta-científica, que se limita a exigir que los presupuestos de las penas estén

establecidos de antemano por un acto legislativo, y la segunda arista denominada principio de estricta legalidad:

(...) Cuya función garantista reside en el hecho de que los delitos estén predeterminados por la ley de manera taxativa, sin reenvío (aunque sea legal) a parámetros extra-legales, a fin de que sean determinados por el Juez mediante aserciones refutables y no mediante juicios de valor autónomos, que exige además, que la ley penal esté dotada de referencias empíricas para que sea posible su aplicación en propósitos verificables, lo que presupone, por el contrario todas las demás garantías – las penales o sustanciales de la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad y las procesales o instrumentales de la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho de defensa (p.376).

Y es ese principio de legalidad, tal y como se aplica en Colombia, lo que dificulta la solución de los conflictos a través de otras formas menos traumáticas para la sociedad que la cárcel como único medio de retribución de la víctima, principio que entró en crisis, tal y como lo reconoce Ferrajolien su texto, tomando como referencia el derecho penal italiano y sus estudios y análisis sobre ello.

Esa crisis del principio de legalidad, describe una radiografía aplicable en un todo a nuestro país y permite demostrar, además, la crisis de la pena y para sustentarlo, aún más, basta con indicar un estudio realizado por la Fiscalía General de la Nación, que sirvió como fundamento a la introducción en el nuevo régimen procesal penal de la figura procesal del principio de oportunidad, a través de la cual se atacaría la descongestión judicial y carcelaria. El estudio señaló:

(...) De acuerdo con estadísticas de la Dirección Nacional de Fiscalías, en el año 2000 ingresaron a la Fiscalía por asignación 589.403 investigaciones previas, salieron 605.563 y quedó un acumulado de 308.575 para el mes de enero siguiente; para el año 2001, ingresaron 747.427 (158.024, más que el año anterior, equivalente al 26.81%), salieron 659.180 y, pese a que se superó el número de asuntos despachados en la antecedente anualidad, quedó un acumulado de 396.396 (87.821 más equivalente al 22.15%); para el año 2002 ingresaron 913.911, lo cual significa un aumento de 165.789 (22.18%) salieron 822.550, es decir, se evacuaron 163.370 asuntos más que el año anterior, pero, a pesar del trabajo significativo, ya se computa un acumulado de 484.651 (88.255 más que el año anterior, que equivale al 22.26%)(...).(Fiscalía General de la Nación, 2007, pág. 26).

Se concluye así, que la aplicación estricta del principio de legalidad no ha demostrado ser esa respuesta de justicia que busca la sociedad quien desesperadamente pide se amparen sus bienes jurídicos afectados por los cientos de delitos que a diario se cometen. Igualmente, aunque la pena impuesta da visos de seguridad por cuanto el autor es castigado en muchas oportunidades con prisión, llevando ello un mensaje de prevención general, la criminalidad desborda el sistema judicial y carcelario, por lo que se hace necesario implementar otro tipo de figuras jurídicas que ayuden a descongestionar ambos sistemas, ejemplo es el aumento del mínimo de la pena para acceder a la prisión domiciliaria o para obtener la libertad condicional; o con figuras de descongestión que privilegian cantidad de casos resueltos sobre la calidad jurídica de las decisiones.

El principio de oportunidad entonces, trata de soliviar aquella carga buscando servir de soporte a los funcionarios judiciales para terminar cientos de procesos bajo las causales taxativamente señaladas y presentar ante la judicatura sólo aquellos casos relevantes y de

connotación social y nacional que deben ser investigados, bajo la exigencia que impone el principio de legalidad, contra los máximos responsables de los hechos.

2. Excepciones al principio de legalidad.

2.1 Concepto del Principio de Oportunidad.

Es importante para comenzar, hacer referencia a Winfried Hassemer, jurista alemán quien desde el año 1988 elaboró un detallado estudio del principio de oportunidad, figura procesal novedosa para dicho sistema jurídico regido por el principio de legalidad estricta. En su documento publicado en la revista *Jueces Para la Democracia*, hizo un completo análisis de las implicaciones normativas que existen en el modelo acusatorio de cara a la política criminal, los principios de legalidad, oportunidad y conveniencia. Este análisis es importante, porque hizo comparaciones jurídicas entre los principios de legalidad y oportunidad, demostrando las ventajas de cada uno de ellos en el contexto de la justicia penal. El primero proveniente de la legislación alemana y el segundo de la anglosajona que como “excepción relativa” a esa legalidad a partir de la vigencia en nuestro país de la reforma al sistema procesal penal con tendencia acusatoria debía ser implementado.

Hassemer (1988), indica sobre las consideraciones de política criminal, principio de legalidad y principio de oportunidad, que el primero de ellos, está basado en la constitución política y por tanto supone que el proceso penal debe aplicarse tal y como el derecho material lo dispone, es decir, una legalidad jurídico-material. Por ello, dice, una implementación selectiva de los casos a fin de darle aplicación al principio de oportunidad, daría lugar a un debilitamiento de

la legalidad a largo plazo, trayendo esa implementación desigualdad en el proceso penal, además de una repercusión negativa en el sistema jurídico criminal en su conjunto, dado que el ciudadano alberga que esa expectativa sancionadora de las normas penales se traslade a la realidad y sea castigado quien afecta bienes jurídicos tutelados y de no ser así, ello conllevaría a que se transmita una sensación de desigualdad, inconsecuencia y desilusión (p. 9).

El principio de legalidad, interpretado entonces, con base en el autor, se representa como ese trato igualitario a todos los ciudadanos, puesto que busca que se aplique el derecho penal de la misma manera para todos los coasociados. El principio de oportunidad, en cambio, no puede excluir, con seguridad, el que el poder social (político, financiero, personal) determine la aplicación de las normas penales y con ello lesione el mandato de la igualdad de trato.

Hassemer (1988), continúa haciendo un análisis bastante relevante de ambos principios, indicando que el de oportunidad pone en peligro el principio de la división de los poderes en aquellos casos en que la autoridad encargada de investigar puede decidir acerca de los hechos a perseguir y cuáles no, y aunque la libertad de los delincuentes es cosa de los jueces, la actividad de investigar debe llenar los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para probar la responsabilidad del inculcado a fin de preparar el proceso judicial que en un caso determinado se presentará o se terminará por principio de oportunidad. Por ello, el significado de la división de poderes para el derecho penal consiste en que el ejecutivo debe dejar al poder judicial el juicio sobre la punibilidad de determinado comportamiento y cómo la justicia debe resolverlo.

Otra de las consideraciones, indica que el principio de oportunidad atenta contra la publicidad en el proceso penal. La fase sumarial, se sustrae casi por completo a la publicidad, y

no puede ser de otra manera, puesto que cuantas más decisiones normativas sobre la publicidad recaigan en la fase de la instrucción, más padece este principio en la aplicación del derecho, ello por cuanto personas con poder económico o político van a querer “arreglar” el proceso en esta fase sumarial y por otro lado, el ente investigador tiende en los casos delicados a realizar arreglos discretos con los implicados en el hecho.

Una conclusión parcial del texto, permite definir que las razones en favor del principio de legalidad son contundentes, y ellas residen, en ese ámbito de la justicia en la aplicación del derecho.

El principio de oportunidad, posee unas razones en su favor fortalecidas en la medida en que se entienda que el derecho penal está orientado hacia unas consecuencias jurídicas, es decir, esas razones se fortalecen en cuanto se demuestre efectividad en su aplicación y sus razones son varias en comparación con los argumentos en favor del principio de legalidad:

1. Es imposible la aplicación estricta de la ley bajo el criterio del principio de legalidad, pues en ningún caso se plasma el derecho penal material en la realidad, más bien cada norma tiene una zona gris y esa zona varía en función del tipo penal, ejemplo: el homicidio con dolo y el hurto calificado, por tanto no puede hablarse de aplicación igualitaria ni completa del derecho penal.

2. El proceso penal y el derecho procesal penal no son meramente una prolongación del derecho penal material sino que más bien sirven, no sólo a la realización de las normas jurídico-penales -conforme a la idea del principio de legalidad que les subyace-, sino que además tienen

sus propias metas. Ellas son "derecho constitucional aplicado". El proceso penal no está obligado a depurar la "verdad material" sino más bien, a la averiguación de una "verdad con forma de justicia". Las ideas acerca de la relación entre el derecho penal material y el derecho procesal penal tal y como se entienden por el principio de legalidad, estarían, por tanto, superadas.

3. Haciendo un análisis desde el punto de vista económico y político, el texto refiere que es imposible obligar a las autoridades encargadas de la investigación a esclarecer todos los delitos que llegan a su conocimiento, pues los recursos materiales y personales siempre serán insuficientes. Debido a ello, el ente investigador debe concentrar sus esfuerzos de manera selectiva, lo que también es ordenado por el legislador, buscando así, perseguir intensamente unas conductas establecidas, tratando con indulgencia otras y otro pequeño grupo no serán perseguidas. Además, debe marcar las pautas para que a través de unos criterios de selección se limite la persecución en unos casos, como puede ser cuando se trate de delitos catalogados como bagatelas, o se puede prescindir de la persecución penal por unas razones determinadas o si esa persecución no puede conducir a una pena conforme a los lineamientos jurídicos.

4. Además de lo anterior, político-criminalmente hablando debe tenerse una gran visión del derecho penal y aplicar en el momento de la instrucción aquellas herramientas jurídicas que otorga el derecho penal material, sin esperar a llegar a un juicio, esas herramientas podrían ser aplicadas para unos casos determinados. Tomando como referencia nuestro sistema judicial, la conciliación y la mediación, serían dos ejemplos de terminación del proceso, de manera que ante la expectativa de aplicación de ellas el proceso penal terminaría antes de iniciar o llegar siquiera a un juicio.

5. Refiere Hassemer(1988)que para alivianar la carga de los Tribunales – en nuestro casos jueces – debe tenerse en cuenta la posibilidad de acortar el proceso, además de otorgar al ente instructor posibilidad de desistir de los procesos en delitos de “hasta mediana gravedad”, sin que ello signifique que el Estado se abstenga de aplicar unas consecuencias jurídicas pues ya dejarían de ser delitos bagatela, consecuencias que pueden convertirse en una reparación del mal causado, pago de cantidades, el restablecimiento del derecho afectado, etc. Ahora bien, debido a que esta sanción se dirige a alguien no culpable, pues no será presentado ante los Jueces, debe cumplirse con todos los elementos de la conducta punible, como son tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sustentando lo anterior en el contenido del artículo6 de la Convención Europea para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, e indicando que el imputado deberá estar de acuerdo con dicho procedimiento, el cual debe ser avalado por un Juez competente.

Reflejadas así algunas ideas, sobre legalidad versus oportunidad, Hassemer (1988), presenta unas conclusiones, las cuales son válidas para nuestro sistema jurídico, dado que allí se demuestra la mezcla entre una estricta legalidad y lo novedoso del principio de oportunidad, veamos:

1.- Los principios de legalidad y oportunidad referidos a la persecución penal, hacen hincapié en distintas partes de la idea de derecho: la legalidad recalca en la justicia y la oportunidad en la finalidad, esto es efectividad e inteligencia política. Una opción político-criminal debería, por tanto, tener en cuenta que la justicia es la meta, pero que la finalidad es la condición restrictiva para alcanzar la meta. Expresado sucintamente sería: tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica en la actualidad) sea necesario (Hassemer 1988), p.10).

2. El principio de legalidad podría ser encuadrado bajo unas teorías penales absolutas, sin embargo, confrontado con el principio de oportunidad, nos encontramos aquí ante una figura de teorías relativas. El principio de legalidad, como ya se expuso defiende la igualdad de todos ante la ley y el automatismo en la aplicación de las que estén vigentes, así como la justa compensación y castigo del hecho. El principio de oportunidad defiende la ponderación en el caso concreto, y la consideración de las eventuales particularidades de cada hecho, así como una inteligente orientación hacia las consecuencias. Dado lo anterior, el principio de legalidad, se define como una figura de derecho clásica y el de oportunidad una figura procesal moderna (Hassemer 1988, p.10).

3. El principio de oportunidad sirve igualmente para descongestionar la justicia penal, a parte de la aplicación de los mecanismos jurídico-materiales que se pueden aprovechar en aquellos casos no merecedores de pena y de los procedimientos cortos y sumarios que deben existir con la participación del imputado (Hassemer 1988, p.11).

4. Mientras el principio de oportunidad se justifique en el marco de un cálculo de utilidades deberá preguntarse críticamente por el concepto de “beneficio” y “perjuicio”. En opinión de Hassemer (1988):

(...) Es injustificado, político-criminalmente, e irracional, pretender únicamente el beneficio inmediato (por ejemplo, la desarticulación de un grupo terrorista) y pasar por alto los perjuicios que a largo plazo proporciona una aplicación del derecho conforme a una regulación de oportunidad. Quien desprecia delitos graves por cálculos estratégicos de índole criminalístico o de política, no sólo daña la justicia sino también perturba extraordinariamente la confianza de la población en la igualdad del derecho penal, y sin

esta confianza, no puede sobrevivir la administración de justicia (...) (Hassemer 1988, p.11).

5. Mientras un derecho penal albergue supuestos de oportunidad, el respeto al Estado de derecho por parte del procedimiento, dependerá de si los casos están determinados con absoluta precisión. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas, destruyen por completo el principio de legalidad. La persecución penal oportunista se extiende entonces de forma epidémica: las decisiones de las autoridades instructoras de no perseguir un delito no pueden controlarse eficazmente y, por tanto, no pueden limitarse (Hassemer 1988, p.11).

6. Ante la aplicación del principio de oportunidad, existen otros mecanismos de limitar ese peligro para el Estado de derecho, y esos mecanismos no son otros que la participación de un Tribunal competente, según Hassemer (1998), en nuestro caso la participación del Juez de Control de Garantías, permitiendo ello establecer una instancia de control de la decisión y así aminorar esas objeciones que se plantean en cuanto a la escogencia por parte del ente investigador de los casos en los cuales se dará aplicación a la figura procesal. Igualmente, debe sustentarse jurídicamente la decisión de no juzgar a un ciudadano, pues de esta manera aquél continuará siendo inocente, dado que no hay un juicio condenatorio en su contra y de contera los demás asociados pueden comprobar las razones de la decisión de no juzgamiento (p. 11).

7. La relación entre legalidad-oportunidad en la persecución penal de las conductas, depende, según el autor, de la ética de los Tribunales y Jueces, reforzado en esa confianza

que exista de parte de los asociados en la aplicación del derecho, pues el principio de legalidad, según él muy débil para implementarse totalmente en la persecución de todas las conductas punibles y el de oportunidad tiene muchas aristas oportunistas que lo convierten en inestable e incontrolable, lo que puede llevar a reclamaciones y suspicacias sino se posee esa confianza en la aplicación del derecho.

El sistema penal colombiano está basado en la legalidad y la pena. Pena que actualmente atraviesa uno de sus mayores momentos de crisis al aplicarla como método de respuesta del Estado para combatir a la criminalidad (Fiscalía General de la Nación, 2007). Esa crisis, según se aprecia, tiene como resultado una saturación en las cárceles, e igualmente, el rebosamiento de los Tribunales y Juzgados que pese a los grandes esfuerzos de sus funcionarios no logran evacuar las miles de denuncias que llegan día a día y que por mandato constitucional –principio de legalidad- deben ser impulsadas procesalmente.

Buscando descongestionar la justicia penal, resolver los casos más importantes y de relevancia nacional a fin de evitar que conductas delictivas de impacto quedaran en la impunidad ya sea por el fenómeno de la prescripción o por la habilidad de muchos litigantes en crear las dudas probatorias que favorecen a los imputados o acusados obteniendo su absolución, se buscó un nuevo paradigma procesal penal que ciñéndose a nuestra tradición jurídica permitiera dar aplicación al principio de legalidad, pero también a que, con base en criterios de utilidad y necesidad se pudiera evaluar en qué casos la Fiscalía debía desplegar todo su andamiaje humano y físico para identificar a los responsables del hecho.

Varios pronunciamientos de juristas y periodistas dan a conocer que en el ámbito penal el Estado es incapaz de adelantar y terminar las investigaciones que a diario recibe, (Mata Colorado, 2014) y (Mendoza Diago, 2014), ese lastre se presenta en nuestra justicia de antaño e igualmente de manera actual, tal y como lo señala uno de los artículos periodísticos sobre la impunidad, la cual, según la Corte Suprema de Justicia, bordea el 97% de los casos (Colombiano, 2014), lo que ha conllevado a que de manera práctica, bordeando incluso el prevaricato por omisión, los funcionarios públicos creen tácitamente, de acuerdo a su criterio personal y jurídico, unas hipótesis delictivas que pierden aplicación de la persecución penal, abandonando en los anaqueles de los despachos las noticias criminales que consideran producirán un desgaste innecesario del sistema y más bien, enfocar sus esfuerzos en resolver casos de mayor connotación social local o nacional.

Ese atiborramiento de expedientes penales, crisis de la pena y carcelaria, forjó el camino para introducir cambios significativos en el sistema procesal penal, surgiendo el sistema acusatorio, el cual trae aparejado como uno de sus pilares fundamentales el principio de oportunidad, cuya fórmula jurídica permitiría, previa aplicación taxativa de sus causales, descongestionar la justicia penal dado que se prestaría mayor atención a las conductas delictivas de impacto social, los delitos transnacionales y delincuencia organizada, sin que ello significara un abandono del principio de legalidad, ni mucho menos una desprotección de la sociedad afectada por delitos menores, tal era la pretensión de asesores del entonces Fiscal General de la Nación, quienes para los momentos de la discusión del proyecto aspiraban a que solo el 20% de los casos que ingresaran al sistema penal, terminarían en juicio oral, eso permitiría descongestionar los despachos judiciales, pues en su gran mayoría los procesos terminarían a

través de las negociaciones, los preacuerdos y la aplicación del principio de oportunidad (Calle, 2005).

En reunión de la comisión redactora constitucional, creada por el Acto legislativo 003 de 2002 que debatió la creación del principio de oportunidad, buscando darle celeridad a los procesos penales, se hizo un análisis de las causales taxativas que se incluirían en la norma procesal penal para su aplicación. Allí, se discutieron temas relativos a las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, función de la pena, así como el principio de insignificancia y la antijuridicidad material, de igual manera que su el contenido jurídico. Igualmente, se determinó que la Fiscalía General de la Nación reglamentaría la figura procesal, dejando por sentado que al momento de su aplicación se presentarían temas de valoración subjetiva por parte del funcionario público de acuerdo al caso particular determinado, valoraciones subjetivas de elementos normativos incluidos en cada una de ellos y que eran definidos como “afectación al bien jurídico funcional poco significativa”, o “afectación mínima de bienes colectivos”, entre otros. Así mismo, quienes conformaron la discusión, trataron temas referentes a la aplicación de las figuras de suspensión, interrupción o renuncia y en qué casos debía de aplicarse cada una de ellas.

Respecto de la causal analizada, esto es la número 13, y que correspondió en su momento a la distinguida dentro de la discusión como la número nueve, se dijo lo siguiente:

Cuando se afecten bienes colectivos y se presente una reparación integral siempre y cuando resulte previsible que la situación que origine el delito no volverá a presentarse”, al revisar las gacetas y discusiones de la comisión redactora encontramos que no hubo mayor discusión y solamente se indicó textualmente “la idea estaba incluida dentro del

mismo numeral y se había combinado con los bienes colectivos (Reunión de la comisión redactora constitucional, 2002, p.17).

Por su parte en las sentencias C-673 de 2005 y C-095 de 2007, se hizo alusión a los análisis y discusiones formuladas en el Proyecto de acto legislativo 237 de 2002 en la Cámara de Representantes, antes de implementar en la reforma judicial el principio de oportunidad. Veamos que se sostenía en su momento:

En el texto del “Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara. Por medio del cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política, se expusieron los siguientes motivos (i) se trata de un principio que se viene aplicando “ en forma larvada”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial (ii) existen numerosos conflictos que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos lo que harían innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuenta o no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica (iii) constituye “una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontanea de todo sistema penal” (iv) ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema americano constituye la regla y se traduce en las figuras del *pleagUILTY* o confesión dirigida a evitar el juicio, y el *pleabargaining*, es decir, 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; (v) es necesario simplificar , acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana

criminalidad y (vi) bajo la estricta regulación legal, se le permitirá al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible(...). (p.21).

Con esos planteamientos y teniendo presente que nuestro país no acogió el principio de oportunidad bajo el sistema de discrecionalidad total, como se regula en los Estados Unidos, sino más bien, el sistema reglado de los países continental europeos, que exigen la intervención de la víctima, imputado o acusado, así como el control judicial automático del juez, es que la Corte Constitucional en la Sentencia C-095 de 2007 continuó con su pronunciamiento en la decisión, señalando que el Fiscal Delegado, tiene la facultad de determinar la aplicación del principio de oportunidad y las consecuencias de ello es la interrupción, la renuncia o la suspensión de la acción, a la vez que se debe de constatar el respeto por las garantías de los procesados y de las víctimas bajo la figura del control jurisdiccional de legalidad.

Deteniéndonos entonces en lo que conllevó el surgimiento del principio de oportunidad, implementado a través de la reforma constitucional y legal, y luego de exponer la crisis del principio de legalidad, de la pena como respuesta social y el concepto de una justicia penal más pragmática, es necesario entrar a analizar el punto de vista de la política criminal del Estado y como opera el principio de oportunidad.

8. Principio de oportunidad en Colombia

8.1 Aspecto político criminal del principio de oportunidad

Según Baratta (1997), política criminal desde su concepto unívoco es definida como “la finalidad de controlar la criminalidad, es decir, reducir el número de infracciones delictivas” (p. 78), y bajo los presupuestos de la victimología por él estudiados, la política criminal se ocupa:

En particular por las necesidades de la víctima, de su ambiente social y de la sociedad, el campo de acción de la política criminal se extiende (por lo menos potencialmente) hacia el control de las consecuencias del crimen, además de su prevención (p. 80).

El artículo 321 del Código de Procedimiento Penal (Ley 599, 2000) señala expresamente: “La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la *política criminal* del Estado” norma que replica la disposición constitucional descrita en el artículo 250 la cual impone como imperativo a la Fiscalía General de la Nación el principio de legalidad, con la excepción de aquellos casos en que se vaya a aplicar el principio de oportunidad dentro del marco de la política criminal del Estado.

La Sentencia C-936 de 2010 que analizó la constitucionalidad de los artículos 2, parágrafo 3 y 17 de la Ley 1312 de 2009 permite acercarnos a una definición de lo que para nuestra Corte Constitucional es política criminal; La noción de “política criminal” ha sido definida por la Corte, como:

El conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción (p. 51).

La jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010 ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que:

La legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”. Así mismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma (p. 52).

La Corte señala igualmente:

Entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de “política criminal”, (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal. Así mismo ha reconocido esta Corporación que las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo de la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica (p. 2).

Como lo resalta el máximo tribunal constitucional y se aprecia en nuestra tradición jurídica, la política criminal de nuestro país viaja al vaivén de las circunstancias históricas criminalizando y descriminalizando conductas, concediendo beneficios a los procesados o negándolos en un determinado periodo y según los grupos criminales dominantes de la población, obligando al Estado a crear unas respuestas acordes con las necesidades de protección de la comunidad. Esa protección ha dado pie para que se flexibilicen los requisitos al momento de imponer medidas de aseguramiento de detención preventiva, así como sentencias condenatorias que disponen la prisión de los procesados, igualmente, permitió que se introdujeran al sistema penal un tipo de conductas llamadas de peligro abstracto que llevan a adelantar las barreras de protección de los bienes jurídicos, según Hassemer (1991).

La forma de los delitos de peligro abstracto facilita enormemente la utilización del derecho penal. Si se renuncia a la comprobación de la lesión, ya no es necesario atender a la relación de causalidad. Lo único que debe mostrarse es la peligrosidad de la acción, peligrosidad que no depende de la comprobación del juez, sino que aparece el motivo por el cual se criminalizó. La tarea del juez resulta así aligerada (...)” (p.242).

Lo anterior redundante en que a menores requisitos para castigar, menores las posibilidades para defenderse, e igualmente, menor espacio de interpretación le queda al juez cuando debe aplicar en un determinado supuesto fáctico esas normas penales abstractas, según el mismo autor, conllevando ello a que el derecho penal deje de ser *ultima ratio* y se utilice como mecanismo de control social bajo la política criminal que el Estado haya implementado en ese momento histórico.

Como conclusión entonces, tenemos que una política criminal del Estado, corresponde a la creación de aquellos mecanismos que buscan criminalizar cuando es necesario, ejercer el control de una parte de la población o descriminalizar cuando se encuentra, como en nuestro caso, atiborrada la justicia penal de presos y procesos, brindando para ello opciones legítimas, como es la aplicación del principio de oportunidad, representando según Fiscalía General de la Nación (2010) Principio de Oportunidad, Bases conceptuales para su aplicación:

Un mecanismo de terminación de la actuación penal, orientado a enfocar los recursos de la administración de justicia, incentivar la auto composición del conflicto, facilitar la colaboración de imputados y acusados para combatir la delincuencia organizada, y evitar la imposición de penas innecesarias.

Abordaremos a continuación, los temas correspondientes al trámite para su aplicación, los requisitos de la causal; la definición de bienes colectivos; qué se entiende por afectación mínima; que es la reparación integral y cómo se puede aplicar la definición “que el hecho no volverá a presentarse”, así mismo, se indicará si existen otros mecanismos jurídicos diferentes al principio de oportunidad para resolver los casos, bajo la causal Nro. 13.

Herederio del sistema continental europeo, el derecho penal colombiano se fundó en el principio de Legalidad. La estructura del proceso penal se desarrolló con base en este principio rector, por lo que una vez recibida la noticia *criminis*, surgía la obligación de iniciar la investigación penal. Tal función fue encomendada a la Fiscalía General de la Nación por la Constitución de 1991, y era armónica con los principios y derechos relativos al proceso establecidos en la Carta, como el derecho de igualdad ante la ley (artículo. 13 CP), implica la no selección arbitrariamente de decidir a qué personas se investigará y a quienes no; a la

independencia de la administración de justicia (artículo. 228 de la CP), lo que justifica que exista un ente distinto al juzgador y que obliga a que no dependa de las otras ramas del poder público; a la jurisdicción y al acceso a la justicia (artículo. 229 CP); al debido proceso y a la presunción de inocencia (artículo. 29 de la Constitución).

Sin embargo, en el desarrollo jurídico del principio de legalidad se fue aceptando en los países de tradición continental europea la posibilidad de admitir excepciones al mismo. Al resultado de la introducción de algunos criterios de oportunidad (como la mínima gravedad, la descongestión del sistema judicial o la pena natural) se le ha denominado “Sistema de Oportunidad Reglado”. En Alemania se instauró desde los años setenta, concediendo una licencia a los funcionarios para renunciar a las investigaciones por delitos menores “bagatela” y dado el “sobrepeso de la conflictividad sobre la administración de justicia”(Calle, 2005, p.162). Con lo cual se creaba esa regla de excepción, contemplando taxativamente los eventos en los que el Fiscal podía suspender el proceso o declinar la persecución penal, según lo tratado anteriormente por Hassemer (1988).

Varios factores explican este cambio: De un lado, el desbordamiento de la delincuencia produjo congestión judicial, lo que a su vez obligó a la justicia a concentrarse en ciertos delitos, dejando sin respuesta crímenes que eran denunciados pero no atendidos. Los sistemas judiciales aplicaban de facto el principio de oportunidad, y lo limitado de los recursos económicos del país en este ámbito, aumentando ello el espectro de delitos que no son investigados. A su vez, lo anterior, genera un impacto sobre la comunidad, que muchas veces no pone en conocimiento de la justicia diversos crímenes, porque presumen no serán sancionados, generando de este modo un círculo vicioso de impunidad. De allí que incorporar el principio de oportunidad significaría, en su momento para la Fiscalía 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. Dicho principio propendería por la celeridad procesal, al abstenerse de investigar hechos de mínima lesividad.

Otra consideración tomada en cuenta por el legislador, esta vez desde la perspectiva de los derechos del imputado, se esgrimió en favor del principio de oportunidad y en los casos de delitos de escasa relevancia social o de mínima culpabilidad, por lo cual debía otorgarse al Fiscal la posibilidad de suspender un proceso que cumpliera estos parámetros, para no exponer al imputado a una reacción penal injustificada, dado los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad.

Siendo así, el principio de oportunidad, era en su momento una figura jurídica novísima en nuestra sistemática procesal que se traduce en la decisión de la Fiscalía General de la Nación de no procesar a algunas personas por razones de conveniencia general. Dicho principio, se entendió como una potestad reglada a cargo del ente Fiscal para investigar o no determinadas conductas, de allí que su aplicación fuera concebida como un instrumento de política criminal del Estado y no estrictamente jurídico, que debía responder a unos lineamientos generales en materia de aplicación de justicia.

En nuestro país, la figura fue introducida constitucionalmente a través del acto legislativo 03 de 2002 que reformó la Carta política, al aprobarse la modificación del artículo 250 en el cual el Gobierno Nacional estableció facultades y funciones especiales a la Fiscalía General de la Nación en cuanto a reformar el principio rector de legalidad, sobre la existencia de dar inicio a una investigación cuando se revistan hechos o características de un delito. Su desarrollo legal lo encontramos en La Ley 906 de 2004, artículos 321 y siguientes. Dicha norma procesal hace una descripción del instituto y su relación con la política criminal, expresamente contempla el texto

normativo: “*Principio de Oportunidad y Política Criminal*”. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado”.

La Fiscalía por tanto puede, en casos expresamente determinados en el Código Procesal Penal y la Ley 1312 de 2009 optar entre investigar o dejar de hacerlo, acusar o terminar un proceso, de acuerdo con conveniencias político criminales, así la prueba conduzca bajo el principio de legalidad a una sentencia, pero con el requisito adicional de que esa decisión sólo se consuma con el aval del Juez de Control de Garantías, según lo establece la normatividad señalada, por medio de la cual se reformó la Ley 906 de 2004, que dispone:

Artículo 1: 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 el código la aplicación de dicho principio (Ley 1312, 2009).

Según el artículo 27 numeral 1 de la Ley 938 de 2004 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, le corresponde a la Dirección Nacional de Fiscalías asesorar al Fiscal General de la Nación en la formulación de la política del Estado en materia de criminalidad. Por ende se ha incorporado en el Plan Operativo Anual de la Dirección Nacional y Direcciones Seccionales de Fiscalías la contribución en la formulación de la Política Criminal.

En materia de política criminal, como se ha señalado, ésta se aplica de acuerdo a las necesidades específicas del contexto social y acorde a los complejos desarrollos de la criminalidad en Colombia, por ejemplo, la década de los ochenta tuvo la tendencia fuerte en política criminal de atacar el narcotráfico y el terrorismo, en tanto el gobierno de esa época dirigió sus esfuerzos hacia el desmantelamiento de los grupos insurgentes bajo la figura de la

“Política de seguridad democrática”. La década de los “90 y primeros años del milenio, la política criminal estuvo encaminada al desarme de los grupos paramilitares, a buscar la reconciliación y la paz. Actualmente el marco de nuestra política es el desmantelamiento de estructuras armadas de poder, analizando el contexto de la estructura, su génesis y demás.

Si miramos las últimas leyes proferidas en nuestro país, como la ley 1142 de 2007, por medio de las cuales se adoptaron medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana; la ley 1121 de 2006 creada para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo; la ley 1453 de 2011 a través de la cual se reformaron varios artículos de la legislación penal y procesal penal y la ley 1474 de 2011 por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, encontramos respaldo en la afirmación antes indicada respecto a que el legislador ha ido restringiendo el principio de afirmación de la libertad de índole constitucional y procesal artículo 2 y 295 de la Ley 906 de 2004.

Juristas y estudiosos del derecho han cimentado la razón de ser del principio de oportunidad, en nuestro modelo de Estado, como una herramienta encaminada a humanizar la justicia, al lado de la mediación, conciliación y preclusión, ante la incapacidad del mismo Estado, bajo el ropaje del principio de legalidad de perseguir todas las conductas que revistan la característica de delito, sin embargo, dicha afirmación no es totalmente acertada, pues como el mismo Ferrajoli(1997) lo señaló en su estudio, este desbordamiento del derecho penal ha sido a nivel mundial, por ello inclusive es que se acoge la figura “ moderna” de la oportunidad.

La reforma constitucional y procesal penal lo que buscó fue hacer el sistema más eficaz, y se indica, que ello se logra a través de una escogencia selectiva de casos que serían adelantados por el ente investigador, previa aplicación de las políticas establecidas por el Fiscal General de la Nación en los temas de priorización de casos y la creación de una Unidad Nacional de contexto, Unidad que luego de un análisis detallado de hechos elige bajo parámetros de política criminal cuáles adelantar con mayor fortaleza investigativa de recursos humanos y económicos y cuáles por su poca connotación nacional o regional pueden terminar incluso aplicándose el principio de oportunidad. Así mismo, se persigue, a través de éste principio, un proceso penal sin dilaciones, una resolución pronta de los conflictos, una indemnización y reparación integral de las víctimas, evitar un desgaste innecesario del aparato judicial cuando se produzcan las extradiciones, una colaboración eficaz en el desmantelamiento de organizaciones criminales, garantías de no repetición y especialmente la descongestión de los despachos judiciales a través de la solución de las miles de denuncias que atiborran el aparato judicial penal.

Tomando entonces lo dicho hasta ahora, podemos indicar que el principio de oportunidad, tiene por finalidad, permitir, la investigación, persecución y condena de los responsables de los hechos de mayor relevancia local o nacional; el archivo de los diferentes casos que bajo las causales taxativas señaladas puedan terminar para cumplir con los objetivos propios de la política criminal del Estado, no obstante que existan elementos de prueba que permiten inferir la estructura del delito y la autoría o participación de la persona; así mismo: minimizar la aplicación del derecho penal bajo la búsqueda de una solución más humana y razonable de los casos; proteger a la víctima de una segunda victimización; procurar que la víctima obtenga cuando ese es su interés, una indemnización integral o una reparación simbólica; una criminología de la tolerancia y la aplicación de los conceptos básicos que aseguran la justicia y la convivencia pacífica (Fiscalía General, 2007, P. 48).

Conforme lo anterior se pretende, una solución práctica y útil al sistema único de las penas, a fin de evolucionar en este campo para evitar que toda aquella conducta delictiva tenga que terminar con un castigo físico en contra del ser humano, al ser privado de su libertad de locomoción por la afectación de bienes jurídicos tutelados, y en cambio, sopesar su actuar bajo otra lectura menos drástica que conlleve a solucionar su caso de una manera poco perjudicial para sus intereses. Además, el principio de oportunidad como instrumento de política criminal busca principalmente, la descongestión de la justicia penal, tratando en lo posible de llevar a juicio, sólo aquellos casos relevantes para la sociedad, los cuales al terminar con sentencias condenatorias, ya sea por acuerdos con la Fiscalía o luego de un juicio, permitirán enviar unos claros mensajes de eficacia de la justicia en nuestro país, situación que hasta ahora no se observa dado el desconocimiento de la figura por parte de los operadores jurídicos.

El principio de oportunidad, como se indicó es un instrumento jurídico reglado, esto es, sólo se puede aplicar bajo las condiciones procesales señaladas en la norma adjetiva, y siguiendo así la tradición anglosajona de donde proviene y del derecho continental europeo, es por lo que se implementó en nuestro país como excepción a la legalidad bajo ese tipo de discrecionalidad conforme lo destaca el artículo 324 del C. de P. Penal, reuniendo allí las 18 causales en que se aplicará, entre ellas la Causal número 13, que señala la afectación mínima de bienes colectivos, la reparación integral y la deducción que el hecho no volverá a presentarse.

3.2 Trámite y aplicación del principio de oportunidad

No se ahondará mucho en la parte procesal, pues ello no es objeto de este artículo, sin embargo, es necesario hacer referencia a ella, de manera sucinta para que se tenga una información completa sobre el manejo técnico de la figura jurídica. Para dar aplicación al

principio de oportunidad, cuya competencia es exclusiva de la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en su potestad constitucional derivada del artículo 250 de la Carta magna, el funcionario público debe:

- (i) conocer adecuadamente el caso a partir de los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida; (ii), establecer la procedencia de alguna de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad (jurídica, fáctica y probatoriamente); (iii) precisar la modalidad de aplicación del Principio de Oportunidad (renuncia, suspensión o interrupción); (iv) velar por la protección de los derechos de la víctima y garantizar su participación en el proceso de aplicación del Principio de Oportunidad; (v) determinar la competencia al interior de la Fiscalía General de la Nación para la aplicación del Principio de Oportunidad; (vi) adelantar el trámite regulado al interior de la Fiscalía General de la Nación, bien cuando el fiscal del caso puede aplicar directamente el Principio de Oportunidad o cuando dicha decisión debe ser tomada por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial; (vii) agotar el trámite ante el Equipo de Principio de Oportunidad, y (viii) solicitar y participar en la audiencia de control ante el juez de garantías (Bedoya, Díaz y Vanegas, 2010, p.27).

Por lo que a continuación se pasará a desarrollar algunos de los anteriores numerales, veamos:

Ese conocimiento del caso, descrito en el primer numeral, implica el conocimiento de lo fáctico, lo probatorio - elementos mínimos de prueba para demostrar la conducta punible - y lo jurídico - tipicidad antijuridicidad, culpabilidad, autoría y participación-, especificando, además,

los perjuicios materiales y morales, así como el lucro cesante, el daño emergente y las circunstancias que atenúan el juicio de reproche, lo que redundará en un mecanismo de protección de la presunción de inocencia.

Una vez conocido completamente lo anterior, ello permitirá determinar la procedencia de la causal de aplicación del principio de oportunidad, lo cual ayuda al Fiscal para demarcar la norma sustantiva violada, así como a determinar si hubo o no lesividad en el bien jurídicamente tutelado. Respecto de la causal Nro. 13, es necesario demostrar a través de los elementos materiales de prueba, la afectación a los bienes colectivos, y la reparación integral por el hecho causado. Determinado ello, y siguiendo los derroteros trazados por el artículo 325 del Código de Procedimiento Penal, regla general del procedimiento de suspensión a prueba, se analiza si opera la interrupción o renuncia, de acuerdo a la causal esgrimida, así como a los acuerdos llegados con los imputados, su defensor y las víctimas, acudiendo luego ante el Juez de Garantías para su control jurisdiccional.

Ahora, para proteger y garantizar la transparencia de la aplicación del principio de oportunidad en toda su extensión la ley exige que deba acudirse al control jurisdiccional tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional en Sentencia C-979/2005 la cual concluyó que el control del Juez procede frente a cualquier modalidad del Principio de Oportunidad. Al respecto debe tenerse en cuenta que la Resolución 3884 del 27 de julio de 2009 ajustó la reglamentación del trámite al interior de la Fiscalía General de la Nación a lo decidido por la Corte Constitucional, para lo cual modificó las Resoluciones del Fiscal General números 6657 y 6658 de 2004 en el sentido de “ Adicionar el artículo 8º de la Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004, así: el control judicial en la aplicación del principio de oportunidad

previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 tendrá lugar en la renuncia, suspensión e interrupción de la persecución penal (Fiscalía General, 2009).

9. Análisis del artículo 324, causal Número 13.

Ahora bien, continuando con lo anteriormente señalado y después de conocer los orígenes del principio de oportunidad, así como la competencia y circunstancias procesales en que puede ser aplicado, se pasará a analizar la causal número 13, objeto de estudio.

Artículo 324. El Principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse

Para comprender íntegramente la causal 13 del artículo 324, objeto de estudio, es necesario entrar a descomponerla, señalando que la misma posee tres elementos estructurales los cuales deben ser definidos a fin de determinar en qué casos se aplica y en cuáles no. Dichos elementos estructurales son los siguientes:

1. Afectación mínima de bienes colectivos.
2. Reparación Integral.
3. El hecho no volverá a presentarse.

9.1 Afectación mínima de bienes colectivos.

Para definir que es la afectación mínima de interés colectivos es necesario identificar primero qué es bien jurídico y cuáles son los bienes colectivos.

Para Jakobs (1997) bienes jurídicos “se definen por ejemplo como: objetos en su relación con la persona...”, unidades funcionales valiosas, potenciales o participales, es decir, condiciones de posibilidad de participar en la interacción social” y continua.

No cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino sólo aquel que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano. Este concepto evita, además, el malentendido de que un bien jurídico deba referirse a algo perceptible sensorialmente o a un objetivo similar.

Teniendo como referencia lo anterior, podemos indicar que los bienes jurídicos son aquellos valores materiales o inmateriales personales y colectivos que son objeto de protección del derecho penal, y está formado por unos derechos individuales y otros colectivos. Los individuales protegen a la persona natural como tal de conductas que afectan su vida e integridad personal, su libertad sexual, autonomía personal, libertad individual, patrimonio económico, etc. Los bienes colectivos por su parte, lo conforman aquellos cuya titularidad corresponde al conjunto de los ciudadanos en general, y están regulados en los títulos que describen atentados contra la Fe Pública, el orden económico y social, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, la seguridad pública, la salud pública, la administración pública, la eficaz y recta impartición de justicia, la existencia y seguridad del Estado y el Régimen Constitucional y Legal. Las normas penales allí consagradas buscan proteger colectivamente a los ciudadanos de conductas punibles que afecten los intereses en común de toda la población.

Al hacer claridad sobre lo anterior se debe precisar que para dar aplicación al principio de oportunidad bajo esta causal es necesario que se presente esa afectación mínima a los derechos colectivos anteriormente reseñados.

Ahora bien, ¿qué significado tiene, cuando se dice afectación mínima a los bienes jurídicos?

Este apartado no es tan pacífico como parece en su descripción, pues se debe tener en cuenta aspectos jurídicos relevantes como son: ¿qué se considera como afectación de un bien jurídico e igualmente cuándo considerar que se afecta mínimamente un bien jurídico colectivo?

Debemos partir primero del contenido del artículo 11 de la Ley 599 de 2000, dicha norma prescribe que para que una conducta típica sea punible se requiere que lesiones o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley. Por tanto, es necesario adentrarnos en la definición de conductas punibles de lesión o resultado, peligro concreto y peligro abstracto, ello, porque dependiendo de la categorización del delito podemos establecer si se presenta una afectación total al bien jurídico como lo señala el artículo 11, o si, por el adelantamiento de los barreras de protección de la sociedad con base en los criterios de delitos de peligro, se afecta mínimamente, lo que permitirá determinar la posibilidad de aplicar o no el principio de oportunidad.

Los delitos de peligro han sido definidos como aquellos que no requieren una lesión sobre el objeto jurídico de la conducta, sino que la acción haya creado un peligro, concreto o abstracto de sufrir un menoscabo. El legislador buscaba así en los delitos de peligro abstracto incriminar la conducta antes de la efectiva afectación del bien jurídico protegido y en los de peligro concreto lo que se pretende es sancionar aquellas conductas que representan un peligro concreto sobre el bien jurídicamente tutelado, previo análisis ex ante de la situación ocurrida y que conlleve a determinar

el daño, ejemplo típico de ello el incendio, tipo penal consagrado en el artículo 350 de la Ley 599 de 2000.

La Corte en Sentencia 31362 del 13 de mayo de 2009, describió de forma clara lo anterior, veamos:

(...) La anterior clasificación, sin embargo, no es precisa o, por lo menos, da lugar a equívocos. En primer lugar, suele confundirse la división existente entre tipos de resultado y tipos de mera actividad con la dicotomía que hay entre delitos de lesión (en los que el objeto de la acción ha de ser destruido o realmente menoscabado para que se consume el hecho) y delitos de peligro (en los que la conducta sólo supone una amenaza de daño para el bien jurídico), que a su vez han sido divididos en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, de suerte que al final terminan asimilándose los tipos de resultado con los de lesión y los de mera actividad con los de peligro, para con ello concluir, de manera equivocada, que toda conducta de peligro no exige efecto verificable alguno en el mundo exterior.

En segundo lugar, no es cierto que los tipos de peligro, y en especial los denominados delitos de peligro concreto, sean de mera conducta, en la medida en que comprenden una “*situación de riesgo de lesión en el mundo real*”, que en principio tiene que ser valorada *ex post* y en función del objeto material de la conducta, al igual que de los derechos de las personas involucradas, tal como se sostuvo en precedencia (*supra* 2.3).

De ahí que el efecto que se requiere en los delitos de peligro es la concreción de un riesgo respecto del bien materia de protección, lo que no lo convierte en un resultado material sino en uno valorativo y, en todo caso, graduable conforme a su mayor o menor intensidad, aspecto que a la vez podría predicarse para la exigencia de la afectación

trascendente en los delitos tentados.

En tercer lugar, frente a los llamados tipos de peligro abstracto, que son los únicos que podrían asimilarse al concepto de mera actividad, la Corte ha mantenido la exigencia de un resultado al señalar que en ellos la producción del riesgo para el bien jurídico es presumida por el legislador, sin perjuicio de que pueda admitir prueba en contrario dentro de la apreciación del caso concreto.

Y es importante la anterior descripción de delitos de peligro, porque al adelantar el legislador las barreras de protección de la sociedad en aquellas conductas, una vez ocurran las mismas y con el conocimiento de los hechos y las pruebas en su totalidad recolectadas, nos permitirían demostrar si esa conducta de peligro abstracto o concreto produjo una afectación mínima a los bienes jurídicos colectivos, y de allí, llegar a concluir la forma como se debe compensar los perjuicios ocasionados. Sin embargo no sólo ante estas dos figuras se pueda dar aplicación a la causal 13, pues pueden llegar a presentarse situaciones con delitos de resultado o de lesión que afecten derechos colectivos lo que llevará igualmente a reevaluar la afectación mínima o no del bien jurídico que se protege.

Sin embargo llama la atención el análisis realizado por Bedoya, Díaz y Vanegas (2010), allí refieren en cuanto a lo denominado como el efecto acumulativo del delito que se presenta al ejecutar diferentes conductas todas ellas dirigidas a afectar bienes jurídicos colectivos como son el medio ambiente, los derechos de autor y la salubridad pública, entre otros, reflejando allí una situación a ser tenida en cuenta por el operador jurídico al momento de dar aplicación a un principio de oportunidad y corresponde a los delitos cometidos por uno o varios infractores en un lugar específico y que al ser estudiados y analizados de manera independiente no parecerían ocasionar mayores daños a la colectividad, sin embargo, al ser revisados en su contexto, de manera sistemática y unificada se puede llegar a apreciar

que de aplicarse un principio de oportunidad a todas las situaciones denunciadas acarrearían una grave afectación del bien colectivo. Ejemplo de ello sería un caso cuando se aplica el principio de oportunidad a un pequeño minero artesanal que está contaminando un afluente (-bien jurídico colectivo delitos contra la salud pública -) y que por falta de sanción administrativa o penal del Estado se envía un mensaje a la comunidad para que muchas otras personas desarrollen la actividad sin ningún control (Caso Municipio de Buriticá Antioquia - y su explotación incontrolada de la minería, lo que está ocasionando un grave daño ecológico y de contaminación del medio ambiente por mercurio), o cuando un pequeño grupo de campesinos talan indiscriminadamente un bosque (bien jurídico colectivo Daño en los recursos naturales), o una empresa contamina secuencialmente las aguas de un río y otra más al ver que no existe sanción administrativa o penal alguna realizan la misma actividad (caso vertimientos de colorantes al río Medellín por parte de varias empresas de curtiembres y tintorerías), por lo que plantean los juristas, tomando como referente ese análisis acumulativo la respuesta del derecho penal frente a los hechos debe ser una sanción atenuada teniendo como base el principio de proporcionalidad, esto es una sanción que no conduzca a una pena privativa de la libertad, pues en este tipo de casos debe primar el derecho administrativo por encima del derecho penal que es ultima ratio, pero que conlleve a enviar un mensaje a cada uno de los que ejecutan dichas conductas punibles en pequeñas cantidades para que conozcan que su accionar afecta gravemente un bien jurídico colectivo pudiendo ello vincularlos a procesos penales que los afectara personalmente.

La Fiscalía General de la Nación, en su manual del Principio de Oportunidad sobre la Causal número 13, expuso lo siguiente a sus operadores jurídicos:

Esta hipótesis tiene la característica de ser acumulativa, para que se pueda aplicar el principio de oportunidad a través de esta causal, es necesario que se trate de bienes colectivos (por ejemplo orden económico social; la fe pública, los recursos naturales y el

medio ambiente), que su afectación sea mínimo o escasa, que se repare de manera integral los perjuicios ocasionados y que existan circunstancias que permitan suponer que la conducta no volverá a ejecutarse (p. 122).

Con dicho mensaje el ente investigador, indica que los procesos que se lleven por la afectación a esos bienes jurídicos colectivos pueden ser solucionados bajo dicha causal, teniendo presente sí, que la lesividad del mismo debe ser mínima, significando con ello que aunque se cometa la conducta punible la afectación no debe ser muy trascendental, por ejemplo, si un número de especies que se retira de su hábita no son tan significativas, o como el caso de la falsificación de los sellos oficiales, el hecho no tenga tanta trascendencia para afectar de manera grave el colectivo en razón del número de unidades falsificadas, puede buscarse bajo este panorama obtener un resarcimiento de los daños a través de la indemnización integral de las víctimas, y se garantice bajo circunstancias objetivas que el hecho no volverá a repetirse lo cual puede ser garantizado incluso con una caución.

4.2 Reparación integral.

El artículo 94 del Código Penal nos define el daño, indicando que toda conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales que se ocasiona con ella, dicha norma refiere como perjuicios el daño material y moral. El artículo 97 ibídem nos indica que la indemnización por esos perjuicios equivale a una suma de hasta 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta si, factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los perjuicios materiales son catalogados como aquél daño al patrimonio económico del perjudicado y está integrado por el daño emergente y el lucro cesante. Los morales por su parte son aquellos subjetivos catalogados como ese deterioro en el patrimonio moral ocasionado en los derechos de las víctimas.

Por su parte el Código de Procedimiento penal en su artículo 11 exige a favor de los afectados una reparación integral de los daños padecidos a cargo de los autores o partícipes del delito y de los terceros civilmente responsables, dando precisas facultades al Fiscal para acudir a que se tomen medidas cautelares sobre bienes del autor de la conducta con el fin de proteger el derecho a la indemnización integral de perjuicios, conforme lo señala el artículo 92 del Código de Procedimiento Penal, buscando así que la indemnización sea equitativa y proporcional a los perjuicios causados. En consecuencia, para que se dé una reparación integral, se debe presentar la afectación al bien jurídico y unos perjuicios materiales y morales demostrables probatoriamente ya sea a través de la víctima o un perito.

La causal número 13 exige la reparación integral, esto es, la aplicación extensiva del artículo 94 del Código Penal, y para ello debe existir una conducta punible que ocasione unos perjuicios verificables. Por tanto, para entrar a determinar si aplica o no la misma, es necesario identificar dos elementos de la causal, denominado uno de ellos como bien jurídico colectivo y el segundo reconocer a la víctima para de esta manera poder establecer un monto aproximado de los perjuicios padecidos.

De otro lado el profesor Fernando Velásquez, define bien jurídico de la siguiente manera: “...consecuencia de una de las funciones de la norma penal es la protección de bienes jurídicos, es la exigencia según la cual todo tipo penal contiene en su aspecto objetivado un determinado objeto de protección denominado “bien jurídico” o “bien jurídicamente tutelado”. Por ello, para él, es un “...concepto abstracto que en ningún caso puede ser confundido con el objeto sobre el cual recae la acción del agente como se verifica...” (Velásquez. 2002, p. 274).

Mir Puig, por su parte, lo entiende en sentido dogmático, como aquello que debe ser protegido por la norma penal vulnerada, es decir lo define como “el objeto de tutela jurídica”, ya sea la vida, la propiedad, la libertad, el honor, la administración de justicia, el Estado, etc., dichos bienes a proteger, sean

tangibles o intangibles, depende en todo momento de los intereses y valores del grupo social dominante en cada momento histórico de un país (2003, p.274).

Ahora bien, teniendo claro lo que es bien jurídico, pasaremos a definirlo cuando se habla de bien jurídico colectivo. Para Hefendehl (2002, p.3) bien jurídico es: "...aquellos presupuestos valiosos y necesario para la existencia". También "...aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de la concepción de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema." Y son colectivos, según el autor, aquellos que sirven a los intereses de muchas personas o de la generalidad, denominándose igualmente como universales.

Hefendehl hace una clara distinción del bien jurídico colectivo y amplía su concepto indicando que "... la definición puede precisarse aún más acudiendo a los conceptos de "no exclusión en el uso" y "no rivalidad en el consumo". Y continúa:

La seguridad colectiva de un Estado se trata, de un bien jurídico colectivo, puesto que, en primer lugar, nadie puede ser excluido de su uso y, en segundo lugar, por el uso o disfrute de ese bien por un individuo A, no perjudicaría ni impediría el de un individuo B. Para la delimitación entre bienes jurídicos individuales se utiliza el concepto adicional de no distributividad. Puede decirse que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir en partes y asignar una porción de éste a individuos. Todo bien jurídicamente colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, por ello no es posible relacionarlo en todo o en parte a un sector de la misma. De la seguridad en el tráfico monetario, como de la seguridad interior del Estado se beneficia cada ciudadano en igual medida" (p.3).

En resumen, los bienes jurídicos colectivos son aquellos cuya titularidad corresponde al conjunto de los ciudadanos, sin poder dividirlos para su disfrute individual. Lo anterior, genera una dificultad para dar aplicación a la casual Número 13 y es, en establecer quién es la víctima en determinados casos y a quién o quienes se deben indemnizar, pues como se ha resaltado, los bienes jurídicos son de todos, es decir son bienes universales.

El acto Legislativo 03 de 2002, en su artículo 250 numeral 7, le fija a la Fiscalía “velar por la protección de las víctimas.” y “solicitar al Juez que ejerce las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.”

Cabe señalar que dicha valoración implica los derechos de las víctimas, así como los fines públicos que justifica, según los casos previstos en la ley, aplicar el principio de oportunidad. En varias causales sus estructuras incluyen la necesidad de sopesar la reparación, los intereses y derechos relevantes previstos en ellas. Así, por ejemplo, el numeral 1 del artículo 324, admite la aplicación del principio de oportunidad en relación con delitos sancionados con pena privativa de la libertad inferior a 6 años siempre que se haya “reparado integralmente a la víctima”. Igualmente, el numeral 13 del artículo 324, señala que se podrá aplicar el principio cuando se trate de delitos que afecten mínimamente derechos colectivos, “siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse”, pero ello aplicaría cuando se tiene documentado e identificado al afectado. ¿Qué pasa entonces cuando ello no es posible?

Este problema jurídico, ha sido resuelto por la doctrina tomando como referente si cuando hay bienes jurídicos colectivos afectados es posible identificar a las víctimas o no. Existen casos como los descritos en la usurpación de marcas y patentes (Fiscalía General, 2007), o la Violación a los Derechos Patrimoniales de autor donde el afectado es identificable, y puede ser reparado integralmente, pues el

representante de la compañía o del artista tiene la oportunidad de acudir al proceso penal, demostrar sus perjuicios y la afectación concreta al bien jurídicamente tutelado: sin embargo, hay otros delitos tan generales y abstractos como aquellos que afectan bienes colectivos como la Fe Pública, el Orden económico y social, recursos naturales y el medio ambiente, la seguridad pública, la salubridad pública, la administración de justicia, la existencia y seguridad del Estado, donde el daño se produce a la comunidad, como cuando se tala un bosque utilizado como reserva forestal, se daña el medio ambiente con la emisión de gases tóxicos, se hacen vertimientos de químicos en los afluentes, se vuelan oleoductos produciendo contaminación ambiental, se arroja carbón en los mares que afectan la vida coralina, las playas y el turismo, se desecan humedales para construir urbanizaciones ilegales, se porta armas de manera ilegal, se expenden estupefacientes para consumo, se falsifican sellos, patentes y documentos públicos donde es difícilmente identificable la víctima o perjudicado con el hecho.

Por tanto, para acudir a la reparación del daño –perjuicios materiales y morales – la solución sería dar aplicación a lo dispuesto en el Código Penal, artículo 97, el cual fija como monto máximo de la indemnización un equivalente en moneda nacional de hasta 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que puede ser solicitada por el Ministerio Público quien funge como representante de la sociedad y de las víctimas indeterminadas, y que se puede demostrar acudiendo a peritos en el área o estudios de profesionales de universidades respecto al daño al medio ambiente, salud, seguridad etc.-. Así entonces se sortearía este impase, pues aunque el código ni la jurisprudencia establecen una cifra exacta, la norma señalada nos da un límite en el cual movernos como posible tope máximo de indemnización.

Otra solución sería la reparación del daño causado al bien jurídico colectivo, mientras ello sea posible – reforestación, limpieza de cuencas hídricas, descontaminación de aguas residuales etc., pues ¿cómo reparar en un caso de tenencia de estupefacientes, porte ilegal de armas, delitos contra la fe pública

o la seguridad del Estado? O a quién en cada uno de estos casos se debe reparar para que el imputado o acusado pueda negociar con la Fiscalía y acogerse al principio de oportunidad para resolver su proceso?

Este apartado genera claridad en cuanto a la forma como se puede reparar a la sociedad en unos determinados casos, pero en otros no se lograría cumplir con ese segundo requisito de la causal y por tanto, se tornaría inaplicable dada la falta de demostración del cumplimiento de los requisitos normativos ante el Juez de control de Garantías a quien se le presentaría el caso.

Con base en lo anterior, siempre que se vaya aplicar esta causal del principio de oportunidad se debe buscar, siguiendo las disposiciones constitucionales y jurisprudenciales, la indemnización integral de la comunidad afectada con un delito que atenta contra un bien jurídico colectivo, para que dicho mandato amparado en la norma y que busca la protección de las víctimas no quede simplemente en el papel y se obtenga un resultado que beneficie no solo al imputado o acusado, sino también al conglomerado social en general con la reparación al daño causado, exigencia constitucional que debe ser cumplida como derecho fundamental de segunda generación, descrita en el artículo 80 de nuestra carta política, por lo que el Funcionario público debe velar por su aplicación.

4.3 Garantía de que el hecho no volverá a presentarse.

La garantía de que el hecho no volverá a presentarse, cómo vemos está asociada a la reparación integral de la víctima, por tanto, para garantizar el último requisito de la ley, es necesario, de acuerdo al conocimiento del caso concreto que se pueda acordar entre por las partes -ente investigador, imputado o acusado, Ministerio Público y víctima- la no repetición del hechos. Para ello se pueden establecer pautas particulares que debe cumplir quien es beneficiado del principio de oportunidad. En el caso de la contaminación ambiental, la garantía de reparación del medio ambiente y no repetición del hecho generador de la conducta punible, puede ser, como primera medida una indemnización económica a la

entidad administrativa encargada del cuidado y control del medio ambiente en la localidad, y para que continúe con la actividad que la produjo exigir la instalación de equipos tecnológicos que eviten o controlen la emisión de gases contaminantes; otra forma sería el tratamiento de las aguas residuales utilizadas por la industria que serán posteriormente arrojadas a los afluentes, a fin de evitar la muerte por falta de oxígeno de los ríos, tal y como ocurre con el río Bogotá; la reforestación de una zona determinada por la explotación irracional de los bosques, tal y como sucede en el departamento de Chocó y Amazonía, etc., acciones que como se aprecia pueden ser cumplidas por el imputado o acusado, siempre con la vigilancia y control del ente investigador para demostrar posteriormente que ello si se realizó.

Y en el caso de los delitos contra la administración pública, la reparación del daño reintegrando el objeto del apoderamiento, y la desvinculación automática del cargo de manejo o control de recursos apropiados o dilapidados. Cada caso, por tanto, debe tener una manera creativa siguiendo las pautas jurídicas y administrativas de garantizar que ese hecho no volverá a presentarse, sin embargo, no se desconoce la dificultad en los mecanismos de control que se usarían para alcanzar dicho objetivo, debiendo la Fiscalía y la Procuraduría por mandato constitucional proteger a las víctimas individuales, colectivas o indeterminadas en la verificación de que se cumple con lo acordado en caso de aplicar un principio de oportunidad bajo esta causal.

Otra forma de garantizar lo anterior, podría ser acudiendo a los principios de verdad y justicia, pues conociendo, a través del autor del hecho lo ocurrido se puede establecer las causas de la comisión del delito para prevenirlas a futuro, ejemplo de ello, determinar cómo y porqué las empresas de curtiembres arrojan las aguas contaminadas a los afluentes principales de las grandes ciudades. Cuál es la ruta del mercurio utilizado por los mineros ya sean artesanales o integrantes las grandes bandas delincuenciales para extraer el oro en las zonas selváticas, causando erosión y contaminación en ríos; o cuál es la ruta y las personas dedicadas a la explotación ilícita de la madera en las grandes zonas selváticas de nuestro país,

para así atacar aquellas actividades que ocasionan grandes perjuicios al medio ambiente perjudicando con ello no sólo a pobladores cercanos de las zonas afectadas, sino a la humanidad completa por los cambios climáticos que están ocurriendo. Ahora bien, en los delitos contra la administración pública, podría conocerse a través del autor del hecho cómo funciona y quienes dirigen aquellas agrupaciones dedicadas a desfalcar al Estado en entidades públicas y contratación estatal; en delitos contra el orden económico y social, conocer las rutas del contrabando y su manejo a través de las diferentes entidades oficiales o bodegaje y comercialización de los productos una vez llegan a las grandes ciudades, buscando así, que al conocerse lo anterior se trate de evitar la continuación de dichas actividades delincuenciales. En cuanto a la justicia lograr sanciones así sean económicas o simbólicas, tal y como lo señala anteriormente Hassemer(1988), sin que ello signifique que “el Estado se abstenga de aplicar unas consecuencias jurídicas que pueden convertirse en una reparación del mal causado, el pago de cantidades o el restablecimiento del derecho afectado”, sanción sí que debe ser lo suficientemente disuasiva a fin de brindar satisfacción a las víctimas colectivas y sociedad en general.

Retomando el texto (Fiscalía General d. , 2010), sobre la garantía de no repetición, podemos indicar como lo describen los autores que las consecuencias de un proceso penal pueden llegar a influir en el autor para que desista de su actividad ilícita contra los bienes colectivos, señala el texto:

(...) también puede inferirse de las consecuencias negativas que de la conducta se hayan derivado para el autor. En efecto, cuando una persona ha realizado por primera vez un atentado contra un bien colectivo (con afectación mínima), y se ha visto avocada a afrontar el proceso penal y, además, ha tenido que indemnizar integralmente los perjuicios ocasionados, es factible concluir que no reincidirá en su comportamiento, valoraciones que tendrán que hacerse caso a caso, conforme

se ha reiterado a lo largo de este escrito. Cuando la garantía de no repetición no pueda inferirse con claridad de las circunstancias que rodean la conducta punible, o de las consecuencias negativas que sufre el autor a causa de su conducta, podría acudir a la aplicación del Principio de Oportunidad en la modalidad de suspensión, para hacer en ese interregno las verificaciones que resulten necesarias en pro del cumplimiento de este requisito (...) (p.122).

Vemos así que las únicas normas que regulan lo anterior, están descritas en los artículos 325 y 326, modificada por la Ley 1312 de 2009, artículos 3 y 4, allí dispone que se puede dar la suspensión del procedimiento a prueba para que el imputado o acusado, manifieste "...un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir..." analizado lo anterior, se presenta un complemento del numeral 13, pues éste exige la reparación y que de ella pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse, por tanto, el artículo, permite, como se indicó, que los sujetos procesales dispongan o acuerden cómo hacer efectivo los requisitos descritos en la causal. Y el artículo 326 por su parte, autoriza al Fiscal para que esa suspensión a fin de cumplir con el acuerdo sea por un tiempo máximo de hasta tres años, regulando sí, ciertas condiciones que, se insiste, no describen concretamente la forma de llevar cabo la ejecución del acuerdo.

De lo anterior se concluye que no existe un manual, una reglamentación o institución creada por la legislación penal para constatar el cumplimiento de las víctimas con esa garantía de no repetición de la conducta típica, sin embargo, no puede dejarse de lado, lo descrito en el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal, allí muy claramente se expone que "... en materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal...". La pregunta que surge es, ¿sí podríamos utilizar la

reglamentación administrativa para obtener el cumplimiento de lo acordado con el beneficiario del principio de oportunidad en casos, por ejemplo, como las afectaciones al medio ambiente? ¿Y si se puede acudir a estas normas administrativas para solucionar lo anterior, qué decir de aquellos casos donde la vulneración es al bien jurídico de la seguridad Pública, la salubridad pública, el Régimen Constitucional y Legal o la seguridad del Estado? Nada pacífico por tanto es el tema de la no repetición del hecho, tampoco existe jurisprudencia al respecto, más bien, como se indicó, esta solución debe partir de los sujetos procesales y su compromiso de cumplirlas.

5 Existen otros mecanismos jurídicos, diferentes al principio de oportunidad para resolver los casos?

La última inquietud planteada en el tema corresponde a establecer si existe otra vía judicial diferente al principio de oportunidad para resolver los casos en que es posible aplicar la causal número 13.

El profesor Armado Calle, crítico de la implementación del sistema procesal penal acusatorio, dado su origen, americano y de Puerto Rico, justicias éstas que son reconocidas por su “...modelo selectivo, racista, desigual” y fundamentado en los institutos de “ las negociaciones, delaciones, las confesiones para sentencias de conformidad ”, indica que el sistema penal colombiano, tenía institutos que constituían “ verdaderas fórmulas de oportunidad”, señalando entre ellas la figura procesal de terminación de procesos penales a través de “...la sentencia anticipada, por virtud de la reparación y de la indemnización integral, las regulaciones de la Ley 418 de 1997 prorrogada por la Ley 548 de 1999 contentiva de disposiciones para facilitar el dialogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación y la convivencia pacífica...”, como ejemplos de descongestión de

nuestro sistema procesal penal. Institutos estos que permitían llegar a situaciones similares a las del principio de oportunidad en un proceso escrito e inquisitorio.

El principio de oportunidad, tal y como está definido en el nuevo esquema procesal es sólo de carácter residual, esto es, su aplicación es posible sino existe otro instrumento que de acuerdo con la situación fáctica permita solucionar el caso. Esos mecanismos procesales son descritos en la Ley 975 de 2005 artículos: 69 , Requisitos de la denuncia, de la querrela, o de la petición; Artículo 77, extinción de la acción penal; Artículo 79, Archivo de las diligencias; Artículo 332, Causales de Preclusión y del Código Penal, artículo 32, causales de ausencia de responsabilidad. Por tanto, el Fiscal debe tener claras aquellas otras posibilidades de resolver los conflictos pues cada una exige unos elementos fácticos y jurídicos diferentes que en caso de ser observados dentro de la investigación se deben aplicar sin ningún miramiento, pues al momento de ejecutar el control de legalidad sobre el principio de oportunidad, esas otras soluciones jurídicas, pueden ser planteadas por los demás sujetos procesales, buscando amparar la presunción de inocencia, una causal de justificación o de extinción de la acción penal, lo que permite dar mayores garantías al imputado o acusado.

Ciñéndonos al tema concreto de la causal 13, la cual opera especialmente en delitos que afectan bienes jurídicos colectivos, tal y como se expuso, debemos analizar, ante todo, el principio de lesividad, y ello, porque es fundamental establecer si en las conductas punibles que se denuncian y especialmente las que se pretenden resolver bajo dicha causal, sí lesionan un bien jurídico tutelado específico, pues sino se causa dicho perjuicio, las soluciones jurídicas serían diferentes, dado que podría darse aplicación a una de las normas adjetivas y sustantivas ya referidas. En vista de lo anterior, es necesario adentrarnos en la definición del principio de lesividad y cómo opera el mismo al interior del derecho penal.

Claramente Velásquez (2002), describe el principio de lesividad en la legislación colombiana bajo el siguiente aforismo liberal:

(...) *no hay delito sin daño*, que equivale a la no existencia de conducta punible sin amenaza concreta o real, o daño para el bien jurídico tutelado”, pues el cometido del derecho penal no es defender ideas morales, estáticas o políticas, ni patrocinar actividades sociales concretas. En otras palabras: La intervención punitiva sólo es viable en relación con conductas que tengan trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas, sin que le sea permitido al derecho penal castigar comportamiento contrarios a la ética, inmorales o antiestéticos, so pena de invadir los terrenos de la moral; ello, como se recordará, es producto del pensamiento liberal ilustrado, a cuya sombra se gestó el concepto de bien jurídico. Por ello, la doctrina contemporánea clama por la ausencia de criminalización de aquellos comportamientos que no amenacen o lesionen efectivamente el interés jurídicamente tutelado por la ley penal, con lo cual se descarta la punición de los llamados tipos de peligro abstracto por considerarla, justamente, contraria al apotegma objeto de estudio; y, como producto de tasación de la pena, pues para el legislador no es lo mismo cometer un injusto de estafa en cuantía de cinco mil pesos que asesinar a un grupo de ancianos con un “coche-bomba(...) (p 274)”.

Lo anterior, tiene aún más fortaleza al encontrar en Zaffaroni (2002) una descripción de lesividad, en la cual indica que el derecho penal como medio de control social ha forjado desde antaño una discusión entre derecho y moral. Esa discusión, según él, se traslada igualmente al principio de lesividad,

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Por ello sus principales consecuencias pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad (p. 127).

Además de ello, indica el autor:

La lesividad se comprueba constatando la afectación (por daño o por peligro) del bien jurídico en forma significativa, pero también constatando que se trata de un bien jurídico, o sea, que su afectación está prohibida por la norma, lo que no sucede cuando otras normas recortan o limitan el alcance prohibitivo de la norma deducida del sentido semántico del tipo aislado. La imputación se verifica con la comprobación de que el agente, si fue autor, tuvo la dominabilidad objetiva del hecho y, si fue partícipe, hizo un aporte causal no banal ni inocuo (p. 483).

Conforme lo anterior, el principio de lesividad va ligado al daño que se ocasiona al bien jurídico tutelado, y ha marcado el paso de una antijuridicidad formal a otra material, lo que se demuestra a través del daño social que se ocasiona. El comportamiento que despliega el autor por tanto, debe tratarse como lo indica Díaz Ripolles, bajo dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades sociales en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad por su valoración

en las ciencias empíricas sociales. Será a través de este principio como se logra una verdadera distinción entre derecho penal y moral.(ElBienJuridicoProtegidoEnElDerechoPenalGarantista.pdf)

Para Ferrajoli (1998), el principio de lesividad va unido a los principios de necesidad de las penas y utilidad, ello por cuanto deben hacerse valoraciones subjetivas para definir cada uno de ellos, indicando que la valoración gira en torno a determinar, hasta qué punto hay un resultado dañino respecto de un hecho – delito - o una contravención, que afecte un bien jurídico tutelado; valoración similar que se hace al momento de imponer un castigo, donde se evalúa cuándo y cómo castigar con una pena al infractor de la ley; y al de utilidad, porque éste es base para limitar justificadamente “la esfera de prohibiciones penales” (p 464), permitiendo argumentar la existencia de normas que deben prevenir aquellos hechos que afectan de manera grave los valores sociales e individuales cuyo resultado al ser ejecutados arroja efectos lesivos a los bienes jurídicos protegidos.

El principio de lesividad, sostiene Ferrajoli (1998), constituye uno de los elementos sustanciales del delito, indicando además, que lesividad, según varios autores constituye ese daño que se causa a un tercero, permitiendo que surjan los criterios y las medidas de prohibición, así como la pena, lo que configura instrumentos que minimizan la violencia y se resguarda a los ciudadanos más débiles frente a los ataques arbitrarios de los más fuertes como marco de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Sin embargo, hay que tener en cuenta, que el principio de lesividad no puede determinar precisamente el monto del daño que se causa con una conducta penal que afecta un bien jurídico, este daño, según el autor debe ser precisado por “la ciencia y la práctica jurídica”, y es necesario demostrarlo pues de allí surge justificadamente ese concepto utilitarista del derecho penal, por ello términos como lesión, daño y bien jurídico, son “claramente valorativos”, términos que como lo

hemos expuesto anteriormente, y si los concatenamos con el de “afectación mínima” descrito en la casual dejan un amplio margen de movilidad interpretativa al funcionario público, para que sea él quien los llene de contenido y significado.

Retomando a Velásquez (2002), quien analiza en la legislación penal colombiana, el principio de lesividad tal y como lo indica el artículo 11 del Código Penal,

(...)la puesta en peligro del bien jurídico tiene que ser efectiva – Corte Constitucional, sentencia C-430 de 12 septiembre de 1996– y amerita las siguientes reflexiones. En efecto, en primer lugar, no es fácil precisar cuáles son los tipos penales de peligro, pues, como lo demuestra un examen atento de la parte especial, el Código no prevé un título dedicado exclusivamente a regularlos, dado que ellos se encuentran dispersos a lo largo de la misma; Título XI dedicado a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, aparecen figuras como los de manejo ilícito de microorganismos (artículo. 330), daño en los recursos naturales (artículo 331), contaminación ambiental (artículos 332 y 333), etc., así mismo en el capítulo segundo, título XII dedicados a los delitos contra la seguridad pública, se prevén los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones (artículo 350 a 376); en el título XIII destinado a los delitos contra la salud pública, aparecen alguna figuras del mismo género (artículo 368 y ss.) entre otros y en segundo lugar, no es fácil precisar dentro de esas figuras cuáles son de peligro efectivo, pues algunas de ellas están confeccionadas como si fuesen de peligro abstracto...”(p.54).

Vemos aquí la importancia de determinar si con el hecho causado se produjo un daño o una lesión materialmente identificable al bien jurídico colectivo protegido, es importante determinar lo anterior, por cuanto ante la falta de presencia de lesividad, el asunto puede resolverse por otro camino procesal diferente, al punto que sin ese requisito de la conducta punible se podría aplicar la máxima *nulla poena sine crimine*, pues nadie puede ser castigado por un hecho que no es, ni tampoco si el hecho, a pesar de estar regulado normativamente no produce un daño en concreto. Este análisis causa divergencias conceptuales en cuanto al tema tratado en párrafos anteriores sobre los delitos de peligro abstracto, pues estos, una vez adelantadas las barreras de protección para amparar a la sociedad de ciertas conductas, harían difícil para el funcionario demostrar ese daño mínimo al bien jurídicamente tutelado, en caso como por ejemplo el porte ilegal de armas de fuego o la tenencias de estupefacientes, cuyos bienes jurídicos colectivos han sido afectados por el sujeto agente que comete el hecho bajo ese criterio de adelantamiento de las barrera de protección, pero en concreto qué perjuicio o dañosidad se causó al bien jurídico seguridad pública y salud pública?. ¿Cómo entonces inferir de allí que se afectó o que protege el derecho penal?

O cómo demostrar según lo señala Ferrajoli (1998), con base en “ la ciencia y la práctica jurídica” la lesión o el daño, cuantificable, al bien jurídico colectivo en casos como el lanzamiento de sustancias colorantes a nuestro afluente principal, el vertimiento de mercurio en los ríos donde extraen de manera ilícita el oro, la deforestación de una hectárea de bosque nativo en un paraje de cualquier municipio, la incautación a un ciudadano de 20 cigarrillos de marihuana, o varias papeletas de base de coca, la incautación de 10 pares de zapatos de contrabando o una docena de películas no originales en formato DVD?. Demostrar esa lesividad es un gran reto para los operadores jurídicos en delitos relacionados con bienes colectivos que

pueden ser resueltos bajo la causal número 13 del artículo 324, pues como se indica, uno de los requisitos normativos del numeral es probar esa afectación mínima de bienes colectivos, con el fin de tener una base sobre la cual realizar la reparación integral.

Ante esta dificultad surge entonces otro tipo de problema jurídico y es, ¿si hay dificultad para determinar la lesividad de la conducta punible, la solución al caso podría ser entonces, una atipicidad, por antijuridicidad de la misma? ¿O podemos acudir mejor a mecanismos procesales más expeditos, y consagrados de vieja data en nuestra legislación para resolver lo anterior, desechando, por engorroso y poco práctico la aplicación del principio de oportunidad bajo la causal 13, en estos delitos donde se presenta dificultad en la verificación del daño ocasionado con la conducta? La respuesta entonces queda en cabeza del funcionario que adelanta el caso— tal y como lo señala Ferrajoli—, pues si observa que existe esa afectación mínima al bien jurídico y decide darle aplicación a la causal, debe sustentar probatoria y fácticamente cual fue el daño ocasionado y sus consecuencias, valorando si dicha afectación es mínima o de tan gran perjuicio que no posibilita aplicar la causal. Un ejemplo práctico sería: ¿Es posible aplicar el principio de oportunidad, causal número 13, en el caso de las barcazas que derramaron 600 toneladas de carbón en las costas de Santa Marta en diciembre de 2013? Una respuesta podría ser: Aunque se desconocen los pormenores del proceso, que no, pues los estudios revelados en los medios de comunicación demuestran como la afectación por el vertimiento de carbón perturbará la vida coralina por cientos de años, impidiendo el desarrollo del coral, los peces y el micro plancton que allí habita, además de la contaminación de las playas y el agua de la bahía por el polvillo oscuro que contiene el carbón, lo que no permitiría sobrepasar, ni siquiera el primer obstáculo propuesto en la causal. Sin embargo, otra posición podría ser diferente y opinar que el derramamiento causado no ocasionó demasiados perjuicios al medio ambiente, dada la magnitud de la bahía en

esa zona y en caso de que ello se hubiese producido, la multinacional Drummond fue sancionada por el Ministerio del medio ambiente con una multa de \$ 6.965 millones de pesos, dinero que con creces podría satisfacer las pretensiones de la comunidad en general, además, del cierre de la empresa por varios meses mientras se acondicionaban los puertos de carga del mineral y mejoraba el traslado de éste hacia los barcos cargueros que lo sacan vía marítima del país.

Por último nuestros legisladores al entrar en la discusión sobre la lesividad (Gaceta del Congreso 339, 2003) indicaron lo siguiente:

Desde una perspectiva teleológica, si nos remitimos a las discusiones de la comisión constitucional redactora, nuevamente se reitera la premisa básica, consistente en que el presupuesto mínimo para la aplicación del principio de oportunidad es la existencia de una conducta punible, y que la ausencia de lesividad presupone la atipicidad de la conducta: No todo lo que conoce la Fiscalía tiene que investigarlo y esto no constituye principio de oportunidad sino aplicación estricta de legalidad (...) lo que establece el artículo 250 es que le corresponde a la Fiscalía investigar delitos y si no hay delito no tiene que ir ante un juez para que éste diga que no hubo delito, lo que corresponde es el archivo. Se debe tener presente como presupuesto la existencia de un delito (...) en los casos de insignificancia no hay tipicidad, entonces, no daría lugar a ningún ejercicio de la acción penal porque no hay responsabilidad.

Vemos entonces tal y como se describió a lo largo del análisis propuesto que el principio de oportunidad es de carácter residual, por tanto, primero debe explorarse las soluciones a los casos bajo las premisas de la preclusión de investigación, atipicidad de la

conducta o antijuridicidad de la misma si el daño al bien jurídico tutelado es insignificante y luego de ello, si ninguna de los institutos procesales existentes aplica, entrar a analizar la terminación del proceso aplicando el principio de oportunidad, y en este caso al tratar de resolverlo bajo la causal objeto de estudio, llegaremos a concluir sino hay falta de bien jurídico, no se puede aplicar la causal, ya que no hay lesividad, presupuesto de la estructura del hecho punible, deberá resolverse por una de las causales de la preclusión, por falta de lesión al bien jurídico, es decir que el tema es excluyente, ya se encuentra resuelta por el derecho sustancial.

Se debe estudiar si se cumplen las exigencia de los dos elementos, el primero, referente a la comisión de la conducta punible con afectación constatable probatoriamente del bien jurídico colectivo tutelado - medio ambiente, salubridad pública, seguridad del Estado etc., indicando lo significativo o no de la lesión,- y el segundo el cumplimiento de los demás requisitos ya descritos y señalados en dicha causal como son- reparación integral y garantía de no repetición-, para que una vez determinado ello pueda al caso aplicarle la figura procesal descrita en el numeral 13, de artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

Conclusiones:

- Ante la crisis del principio de legalidad y de la pena, y siguiendo las pautas trazadas por la política criminal del Estado, de manos de la asesoría norteamericana a través del Plan Colombia, surgió el principio de oportunidad como una figura procesal que permitiría, al ser aplicada bajo los parámetros constitucionales y legales descongestionar de procesos los despachos judiciales y de presos las cárceles de nuestro país, pretensión que fue expuesta y reafirmada por los asesores del Fiscal General de la época quienes aseguraban que solo el 20% de los casos llegaría a la etapa del juicio oral. Conclusión que, vista en retrospectiva, fue una utopía que fortaleció la idea del cambio del sistema y que no ha sido eficaz dada la rigurosidad de la reglamentación y controles existente a dicha figura procesal.

- En Colombia, ante el cambio de regulación procesal se enfrentaron los principios de legalidad y oportunidad, el primero de ellos, siguiendo las pautas trazadas por el derecho penal alemán, exige la aplicación estricta, el segundo, como figura “moderna” que se incluye en nuestro sistema y proveniente del anglosajón permite, bajo el ropaje de un derecho pragmático, utilitarista y la relación costo-beneficio, escoger los casos relevantes que deben ser llevados a juicio ante los Jueces de la República para su presentación. Lo que demuestra que el Estado siguiendo la política criminal trazada, claudica en adelantar la persecución penal por criterios de conveniencia, pues es mucho más favorable y beneficioso renunciar a una persecución penal que adelantar juicios por casos poco representativos.

- El principio de oportunidad, bajo la causal 13, se encuentra vinculado íntegramente al criterio de lesividad cuando describe – afectación mínima de bienes jurídicos – criterio que queda al arbitrio del funcionario judicial competente quien debe determinar, sin ningún tipo de reglamentación, el grado de dañosidad producido al bien jurídico colectivo afectado, para con base en ello, dar inicio al trámite del mismo. Sin embargo, de presentarse esa afectación mínima la solución al caso no tendría que ser exclusivamente la terminación bajo esta causal, pues ello conllevaría a que aplique otra figura procesal existente en nuestro código adjetivo como es la preclusión de la investigación, por atipicidad de la conducta debido a la antijuridicidad en la misma o la falta de lesividad al bien jurídico tutelado. Entonces, si existe esta figura que puede ser aplicada en los casos donde se presenta ese mínimo daño al bien colectivo, ¿para qué dar trámite a un procedimiento mucho más regulado y costoso? ¿Por qué no terminar el proceso penal bajo los simples parámetros de figuras como la atipicidad?

- Al revisar las diferentes actas de la comisión redactora se encuentra allí que la discusión sobre la causal número 13 fue casi nula, limitándose el legislador a indicar que su contenido era demasiado claro y estaba ligado a los bienes jurídicos colectivos, desprendiéndose la improvisación en un tema nuevo, pero ya regulado por nuestra legislación cuando se presenta una mínima afectación al bien jurídico colectivo, por tanto, se torna dicho numeral inaplicable, no sólo porque la solución jurídica sea otra, sino por la regulación administrativa y el trámite ante la Judicatura con presencia de víctima, defensor y Ministerio Público, convirtiéndose así en una causal simbólica que regula temas procesales ya existentes y menos traumáticos de aplicar para dar por terminado un caso en favor de un ciudadano

- Ahora bien, surge una situación más de controversia y corresponde al tema relacionado con la reparación integral, ello por cuanto existen, como se expuso, en muchos casos problemas para identificar a las víctimas afectadas. Y ello se presenta debido al tipo de bien jurídicamente tutelado, el cual es de carácter colectivo, es decir, la unión de bienes jurídicos individuales que conforman ese bien colectivo que se protege, ejemplos de ello el medio ambiente, la seguridad pública, la salubridad pública, la fe pública, la seguridad del Estado, etc. ¿A quién se debe indemnizar en aquellas situaciones que afectan dichos bienes jurídicos tutelados? Una propuesta que se hace en los delitos contra el medio ambiente, sería establecer un monto sobre el daño o perjuicio ocasionado, cuyo tope máximo según el artículo 97 del Código Penal es de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y bajo aquél parámetro y a través de organismos gubernamentales dedicados a la protección del bien colectivo buscar la reparación de las víctimas indeterminadas. En otros casos en cambio, donde la víctima si es identificada, ejemplo: la falsedad marcaría (artículo 285 del Código Penal), la afectación a los derechos patrimoniales de autor, la reparación integral si puede hacerse directamente al afectado, pues éste es fácilmente identificable y puede de manera concreta determinar el monto de sus perjuicios.

-

- Se debe tener en cuenta, según el bloque de constitucionalidad a la víctima, parte fundamental en la aplicación del principio de oportunidad, pues su presencia es indispensable al momento de acudir a la audiencia de control, sin embargo, bajo esta causal existe la dificultad, como se indicó, de su individualización en los bienes colectivos. Un ejemplo claro de ello se encuentra relacionado en sentencia que por el

delito de Tráfico, Fabricación o Porte de estupefacientes emitió el Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín, el pasado 24 de abril de 2012, dentro del radicado 0500160000206201150953, allí al hablar de los perjuicios ocasionados con la conducta se dijo textualmente lo siguiente “No hay lugar a pronunciamiento alguno por este concepto, como quiera que nos encontramos ante la vulneración de bienes jurídicos abstractos, con los cuales no se produce un perjuicio directo a persona alguna”. ¿Cómo considerar bienes jurídicos abstractos los hechos cometidos en contra de la salubridad pública? Y ¿cómo considerar, tal cual se expuso anteriormente y siguiendo nuestros lineamiento que este delito afectó mínimamente el bien jurídico tutelado si sólo existió una incautación de sustancias sicotrópicas a un individuo? Ello, un solo ejemplo palpable de la concepción de lo que son bienes colectivos y nos permite, demostrar la dificultad que se tiene para identificar en casos como el expuesto a quién o quienes se debe reparar para que se dé el segundo requisito que permitiría una aplicación de la causal.

- Otra conclusión más y que hace casi que inaplicable la causal 13 corresponde a esa garantía de que el hecho no volverá a presentarse. En la afectación a los bienes colectivos, ¿cómo garantizarle a la comunidad de que un hecho contra la salubridad pública, al medio ambiente, la seguridad del Estado o la fe pública entre otros no será vulnerada nuevamente por quién se han beneficiado ampliamente de aquella situación? basta con analizar los hechos que ocurren actualmente como son la explotación ilícita de yacimientos mineros a los que están mutando los grupos subversivos y las bacrim para obtener ingresos causando deforestación y contaminación por mercurio en los afluentes de nuestro país, para concluir que lo lucrativo de esta actividad no permitirá que aquellos que son capturados ejerciéndola dejen de realizarla posteriormente por acuerdo llegado con la

justicia. O aquella contaminación igualmente del medio ambiente producto de la siembra de hoja de coca y la posterior cristalización de la base para lo cual se utilizan miles de toneladas de precursores químicos, solventes, acetonas, gasolina, cemento y sodas causticas, cuyos residuos se arrojan en los bosques naturales, ríos y arroyos de las selvas colombianas. ¿O de las miles de hectáreas de bosques madereros que son taladas cada año en el departamento del Chocó, sin ningún tipo de control estatal? Sera que basta entonces, una simple caución para compensar el daño ecológico ocasionado?. Considero que no, no es suficiente ni tampoco aquello garantiza la no repetición del hecho punible.

Bibliografía

Acta Nro. 030 *Reunión de la comisión redactora constitucional*, creada por el Acto legislativo 003 de 2002, pag. 1 – 17. Julio 15 de 2003.

Acto Legislativo de 003, *por medio del cual se reforma la Constitución Política de Colombia, artículos 116, 250 y 251*, de diciembre 19 de 2002

Arboleda Vallejo, *Código Penal y de Procedimiento Penal*, Editorial Leyer, año 2011

Baratta, A. *Delito y Seguridad de los habitantes, Unión Europea, Programa sistema Penal y Derechos Humanos*, pag. 80.

Bedoya Sierra, L. F., Guzmán Díaz C. A., Vanegas Peña, C. P., *Principio de oportunidad, bases conceptuales para su aplicación*. Fiscalía General de la Nación, Bogotá D.C. 2010. Pág. 27 y ss.

Calle C. A. L. *Acerca de la reforma procesal penal. Una primera aproximación*, en revista Nuevo Foro Penal, Enero – junio 2005, Nro. 67, pag. 157 y ss.

Diez Ripolles, J. L., *El Bien Jurídico protegido, un derecho penal garantista*, Dialnet-ElBienJuridicoProtegidoEnElDerechoPenalGarantista-174728%20(4).pdf

El Colombiano, (17 de 09 de 2014). Y la Impunidad Ahí. *El Colombiano*.

Fernández, D. G. (2004). *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Montevideo - Buenos Aires:Editorial B de F.

Ferrajoli, L. (1997) *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, pág. 252ss
Fiscalía General de la Nación, *Módulo de Formación para Fiscales, Principio de Oportunidad I*,
Noviembre de 2007, pag. 16 y ss.

Fiscalía General de la Nación, *Resolución 3884 del 27 de julio de 2009*, Diario Oficial Nro.
47427 de julio 31 de 2009.

Gaceta del Congreso No. 339 de julio 23 de 2003, *Proyecto de Ley Estatutaria No.01 de 2003*,
Cámara de Representantes, disponible en [http:
//www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm](http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm), consultada el 10 de abril de 2014.

Gómez Sierra, F. *Constitución Política de Colombia*, artículo 80, Derechos Colectivos y del
Medio ambiente, Editorial Leyer, año 2003.

González Navarro A. L. *La víctima en el sistema penal*. Editorial Leyer, Año 2007, pág. 225 y ss.

Günther, J., *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Madrid, Marcial Pons.- Ediciones Jurídicas,
año 1997.

Hassemer, W. *Persecución penal, legalidad y oportunidad*. Jueces para la democracia
información y debate, revista No. 4,- septiembre de 1988. Suscripciones: EDISA apartado 549
F.D. 28080 Madrid. Páginas 9 a 12 y ss.

Hassemer, W., *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*, Conferencia realizada en la UAB
(marzo de 1991), Traducción de Elena Larrauri, pág. 242 y ss.

Hefendehl, R., ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Pag. 3. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf, fecha publicación 25 de julio de 2002

Ley 599 de 2000, *Código Penal*. Junio 06 de 2000. Vigente a partir del 06 de junio de 2001

Ley 906 de 2004, *Código de Procedimiento Penal*, Vigente a partir del 01 de enero de 2005.

Ley 938 del 30 de diciembre de 2004, *Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*.

Ley 1312 de 2009, Julio 09, *Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad*". Bogotá D.C.

Mata Colorado, N. (16 /09/2014) *Drama de una oralidad que quería ser ágil* .El Colombiano, pág. 8.

Maglione, E. A. *El principio de Oportunidad como instrumento de Política Criminal del Estado para la resolución del conflicto penal*. Año 2009.

Mendoza Diago, G. (17 de 09 de 2014). *Sistema Acusatorio requiere Ajustes*.El Colombiano.

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, - Parte General -*, 5ª edición, Barcelona, Julio de 2003, pag 134 -135, 274 y ss.

Ospina, W. *Pa que se acabe la vaina*, Editorial Planeta Colombina, año 2013, pag 7.

Principio de Oportunidad, bases conceptuales para su aplicación. (2010). Bogotá D.C. Fiscalía General de la Nación.

Sentencia C-979/2005, Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño, expediente D-5590, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 78, 192, 327, 330 y 527 de la Ley 906 de 2004, 26 de septiembre de 2005

Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-095 de 2007, M.P. Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional, 14 Febrero de 2007, Pág. 29

Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010, expediente D-8131, Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el párrafo 3º del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, 31362, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca (Corte Suprema de Justicia 13 de 05 de 2009).

Velasquez, V. F. (2007). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Medellín: Temis, año 2002, pag 274 y ss.

Zaffaroni, E. R., *Derecho Penal, parte general*, Sociedad Anónima Editora, año 2002, pag 127

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CAUSAL NUMERO 13

LINA MARIA GALLO BALBIN

**PROPUESTA DE TESIS PARA OPTAR POR EL TITULO EN MAGISTER
EN DERECHO PENAL**

Director:

SEBASTIAN NARANJO

UNIVERSIDAD EAFIT

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

MEDELLIN

2014

