

El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español)

Ricardo Molina López*

RESUMEN

El proceso penal de menores se ha concebido como una forma especial de proceso empleada para reaccionar frente a una manifestación de criminalidad considerada menos grave. El presente artículo pretende demostrar que, aun cuando el reconocimiento que se ha hecho de la naturaleza procesal penal del mecanismo de aplicación del derecho penal sustantivo a los menores es una conquista en sí misma, esta parcela del ordenamiento todavía requiere un desarrollo doctrinal más amplio en países como España y Colombia en los que su aplicación se ha visto afectada por inconsistencias intrasistémicas y por las crecientes arremetidas del populismo punitivo. Particularmente en lo relativo a la aplicación del principio de oportunidad, la introducción de criterios para su aplicación en la ley procesal de menores debe hacerse de cara a la realidad y luego de un análisis concienzudo acerca de las posibilidades de adelantar una intervención protectora para el menor que comporte una verdadera alternativa democrática al drama del proceso penal tradicional.

* Becario de la Fundación Carolina (España) para cursar el Doctorado en Derecho Penal y Procesal de la Universidad de Sevilla. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (U.P.B.) de Medellín; especialista en Derecho penal de la Universidad de Antioquia, y en Derecho Financiero de la U.P.B. Profesor asociado de la U.P.B. en el Área de Derecho penal. E-mail: ricarmol@hotmail.com

ABSTRACT

The juvenile criminal process has been conceived as a special kind of process used to react to an action considered a less serious crime. This article aims to demonstrate that, although the recognition that has been done on the nature of the criminal procedural mechanism for the application of substantive criminal law to minors is an achievement in itself, yet this area of law requires a broader doctrinal development in countries like Spain and Colombia, where its application has been plagued by intrasystemic inconsistencies and the growing onslaught of punitive populism. Particularly with regard to the principle of expediency, the introduction of criteria for application in the procedural law for minors should be done facing reality and after a thorough analysis on the possibilities to advance a protective intervention for the child involving a real democratic alternative to the drama of traditional criminal process.

PALABRAS CLAVE

Principio de oportunidad, Proceso Penal de menores; Ley orgánica de responsabilidad penal del menor, LO 5/2000 de 12 de enero; Código de la infancia y la adolescencia, Ley 1098/2006.

SUMARIO

A. Introducción, B. El principio de oportunidad, 1. Definición, 2. La discusión en torno al principio de oportunidad, a. Argumentos a favor del principio de oportunidad, b. Argumentos en contra del principio de oportunidad, C. Manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal de menores en los ordenamientos español y colombiano, 1. El principio de oportunidad en la ley orgánica de responsabilidad penal del menor, LO 5/2000 de 12 de enero, 2. El principio de oportunidad en el código de la infancia y la adolescencia, ley 1098/2006, D. Conclusiones. E. Bibliografía.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CE	Constitución española
Cfr.	Confróntese
CIA	Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098/2006
CP	Código Penal colombiano
CPC	Constitución Política de Colombia
CPE	Código Penal español
CPP	Código de Procedimiento Penal colombiano
Dcto.	Decreto
ESDD	Estado social y democrático de derecho
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, LO 05/2000.

A. Introducción

Desde que se asume la tesis de la “*protección integral al menor*” por los Ordenamientos español y colombiano¹, a partir de la introducción de los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el proceso penal de los menores comienza a ser objeto de una serie de cambios orientados al reconocimiento e implementación de las prerrogativas procesales existentes en el proceso penal de adultos, y a la introducción de mecanismos que permiten la simplificación y flexibilidad necesarias en una intervención de carácter esencialmente educativa y protectora.

Reconocer la naturaleza procesal penal del mecanismo de aplicación del derecho penal sustantivo a los menores es una conquista en sí misma, no obstante que todavía esta parcela del Ordenamiento no sea objeto de

¹ Ley 1098/2006, Código de la Infancia y la Adolescencia (en adelante CIA) Art. 7: “Protección integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior (...)”.

un desarrollo doctrinal más amplio². Ahora bien, que el proceso penal de los menores deba ser concebido como una forma de *proceso especial* se justifica porque éste se emplea para reaccionar frente a una manifestación de criminalidad considerada menos grave, tanto cualitativa como cuantitativamente, y por la marcada pretensión de utilizar mecanismos alternativos para solucionar un conflicto delictivo, de difícil manejo en un trámite procesal ordinario³.

De esta manera se presenta un proceso concebido para posibilitar la flexibilidad de los procedimientos que permitan un diálogo constructivo entre los sujetos procesales, buscando la *protección integral del menor* y sin perder de vista su *interés superior*⁴. En este panorama tiene amplia cabida el principio de oportunidad, el cual se materializa de diversas formas en los Ordenamientos español y colombiano, como se verá más adelante.

Con todo, esta respuesta reflexiva, educadora y protectora hacia los menores, admite en la actualidad varias críticas, porque el modelo, tanto en España como en Colombia, se ve afectado por inconsistencias intrasistemáticas y por las crecientes arremetidas del *populismo punitivo*⁵. Así pues, nada se hace si el proceso penal especial para los menores se encuentra atado a las disposiciones contenidas en las leyes penales ordinarias, sustantivas y procesales, establecidas para los adultos⁶, porque

² MARTÍN OSTOS, JOSÉ. “Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores”, 1996, p. 154: “Con las debidas excepciones (en general, polarizadas en torno a dos momentos bien concretos: 1918, aparición de la jurisdicción de menores, y 1978, necesidad de su adaptación a la actual organización judicial y política), el Derecho Procesal de Menores no ha recibido en España la atención científica merecida”. En Colombia la situación es idéntica; la doctrina procesal sobre este tema ha sido siempre escasa y reducida a un papel secundario.

³ ARMENTA DEU, TERESA. “Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios”, p. 284.

⁴ CIA, Art. 8: “Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

⁵ Véase, OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DE BARCELONA. RIVERA BEIRAS, IÑAKI. (coord.), *El populismo punitivo: análisis de las reformas y contrarreformas el sistema penal en España (1995-2005)*, 2005.

⁶ Cfr. LORPM arts. 1, 5 y la disposición final primera en la cual se establece la subsidiariedad de la LECr, en general y las normas de procedimiento abreviado en particular; en el mismo sentido para el caso colombiano Cfr. CIA, arts. 151 y 152.

de esa manera se traslada una reacción punitiva concebida para luchar contra una *criminalidad dura* a la criminalidad de los menores, teniendo en cuenta los agigantados pasos con los que transita el llamado “*Derecho penal del enemigo*” por las legislaciones penales del mundo globalizado. Por otro lado, el *populismo punitivo* que reclama más intervención penal con “*mano dura*” o de “*tolerancia cero*”, está llevando a que la respuesta penal a los menores se endurezca, frustrando de esa manera cualquier intento por buscar vías de solución alternativas. En efecto, a pesar de haberse presentado un descenso en la criminalidad juvenil en España durante los cinco primeros años de vigencia de la LO 5/2000⁷, Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (en adelante LORPM), la reforma realizada mediante la LO 8/2006 presenta como justificación, en la exposición de motivos, el argumento según el cual en la comunidad existe una “*sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y las faltas patrimoniales*”; en otras palabras al legislador penal español lo mueve la percepción de la realidad y no la realidad misma, y por esa vía termina dilapidando los beneficios obtenidos hasta el momento con la legislación del año 2000.

Finalmente, cabe considerar dentro de estas cuestiones preliminares la paradoja que puede llegar a presentarse con la utilización de procedimientos flexibles aplicados en el proceso de los menores. Si la sentencia 36/1991, de 14 de febrero del Tribunal Constitucional, marcó un hito en la jurisdicción de menores en España⁸ fue precisamente porque reconoció el carácter procesal a la intervención estatal frente a la delincuencia de menores y

⁷ Al respecto ver, MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA. “La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales”, p. 25: “Los datos publicados por el Ministerio del Interior no reflejan incremento alguno de la delincuencia de menores ni tampoco los de la Fiscalía General del Estado. Según estos últimos, durante los cinco primeros años de vigencia de la ley –2001 a 2005- ha habido un descenso, incluso relevante, de los delitos que se atribuyen a los menores entre catorce y dieciocho años. De 67.824 han pasado a 66.973, acusando un mayor descenso los atentados a la seguridad del tráfico (68.74%), a la salud pública (24.67%) o a la libertad sexual (24.12%)”.

⁸ Así, MARTÍN OSTOS, JOSÉ. Op. Cit., p. 155. En Colombia se produjeron sentencias de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional con similar alcance dentro del Ordenamiento jurídico; así las sentencias C-019 del 25 de enero de 1993 y C-817 del 20 de octubre de 1999, que al igual que en el caso español fueron la piedra angular de la nueva legislación de menores, la Ley 1098/2006.

decretó la aplicación de los principios derivados del derecho fundamental del *proceso justo*⁹ o *debido proceso*¹⁰, entre otras cosas, porque con ello se atacaba frontalmente la discrecionalidad judicial reinante en la legislación sobre los Tribunales Tutelares de Menores, por atentar contra la *seguridad jurídica*. Lo que en principio resulta paradójico es que los mecanismos introducidos al actual proceso penal de los menores -tanto en España como en Colombia, conforme al principio de oportunidad-, que buscan precisamente la flexibilización de los procedimientos, terminan otorgando un margen de maniobra, no al Juez, sino fundamentalmente al Ministerio Fiscal (en España) y a la Fiscalía (en Colombia), quedando facultados éstos para disponer autónomamente del objeto del proceso penal poniendo en peligro la seguridad jurídica y las bases mismas del Estado de Derecho, retornando de esa manera a las actuaciones propias de la *ideología tutelar*. Es difícil establecer una diferencia conceptual entre los términos “discrecionalidad” y “flexibilidad”, pero en todo caso podría pensarse que ambas son válidas constitucionalmente en tanto que vayan orientadas hacia una finalidad *protectora* y no *reformadora* de los menores.

Visto este panorama, cabe anunciar que en los próximos acápite se presentará una definición del principio de oportunidad, las discusiones y los argumentos a favor y en contra de éste, las manifestaciones que de él se presentan en las legislaciones de menores de Colombia y España, y finalmente se ofrecerán unas conclusiones.

B. El principio de oportunidad

En la búsqueda de espacios de consenso dentro del conflicto que genera la delincuencia juvenil el proceso penal de los menores ha abierto sus puertas a vías alternativas para buscar soluciones, dentro de las que cabe destacar aquellas que se enmarcan en el espacio del principio de oportunidad, que si bien no es algo nuevo en la órbita de los procesos penales de cuño liberal, como el español o el alemán, sí lo es, si se considera como una consecuencia derivada de la Recomendación del Comité de Ministros de Consejo de Europa a los Estados miembros sobre

⁹ Cfr. Constitución española (en adelante, CE), art. 24.

¹⁰ Cfr. Constitución Política de Colombia (en lo sucesivo, CPC), art. 29.

la simplificación de la justicia penal¹¹. Dentro de este principio pueden ser abarcados diversos mecanismos, denominados como de *desjudicialización* o de *no intervención*, siempre orientados por una idea de flexibilidad en cuanto a las posibilidades procesales de procurar la satisfacción del *interés superior del menor* y los intereses de los demás actores del conflicto, prevaleciendo en todo caso aquél sobre éstos últimos.

Estas soluciones alternativas implican de cierto modo la anticipación de la imposición y ejecución de sustitutivos penales¹², porque sin llegarse a producir una declaratoria de responsabilidad penal del menor éste se obliga a cumplir una serie de prestaciones con la víctima o con la comunidad, evitando su procesamiento -y con ello todas las nefastas consecuencia que el *drama penal* acarrea-, y procurando su rehabilitación, en algunos casos, mediante el cumplimiento de medidas que buscan su protección. Se trata, en síntesis, de buscar un proceso penal aplicable a los menores “*sin vencedores ni vencidos, sin humillar ni someter al infractor, sin amenazar a éste con las «iras» o el «peso» de la ley, sin apelar a la «fuerza victoriosa del derecho»*”¹³.

1. Definición

El principio de oportunidad se entiende generalmente como la antítesis del principio de legalidad en materia procesal penal. Con todo, esta concepción no es satisfactoria al no definir el contenido del mismo, es decir, ella comporta una *definición negativa* del principio, enuncia lo que no es, pero no establece lo que es. Una definición que englobe los elementos esenciales del principio de oportunidad, esto es, una definición en *sentido estricto*, indica que aquel es un mecanismo por medio del cual el titular del ejercicio de la acción penal puede desistir del inicio de las actividades de persecución, en otras palabras, de iniciar el proceso penal, así como de procurar el sobreseimiento o preclusión en el curso de la actividad investigativa, y de disponer del contenido de la pretensión penal en cuanto

¹¹ Véase, BERZOSA FRANCOS, MARÍA VICTORIA. “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, p. 14.

¹² Véase, TORRES FERNÁNDEZ, MARÍA ELENA. “La desjudicialización como respuesta de menores de edad”, pp. 85-86. En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO. “Alternativas a la pena privativa de la libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal”, p. 1018.

¹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Tratado de criminología*, p. 1134.

a su supuesto y consecuencias, con fundamento en motivos definidos de manera inequívoca en la ley procesal. Algunos autores restringen la facultad de disposición a los sujetos que hacen parte de la estructura persecutoria del Estado, por entender que tienen el deber legal de iniciar la persecución penal¹⁴. Entendido así el principio de oportunidad, quedan excluidas de su contenido las hipótesis de inicio de la persecución penal a partir de la actividad de sujetos particulares, en cuyo caso se estaría en frente de condiciones o requisitos de procedibilidad, como en el caso de los delitos particulares en España¹⁵ o de los delitos querellables en Colombia¹⁶.

En un *sentido amplio* el principio de oportunidad equivale al principio de *necesidad de intervención penal*, de índole penal sustantiva. Así, dentro del principio de oportunidad, y dentro de la órbita del derecho penal sustantivo quedarían abarcadas hipótesis como aquellas que excluyen la imposición de la pena, la retractación en los delitos contra el honor, la oblación en los delitos que tienen señalada pena de multa, en los cuales la acción penal se extingue por el pago total de la hipotética multa; y de naturaleza procesal penal se aplicaría en supuestos como los del desistimiento de la querrela, la indemnización integral, la conciliación, la mediación, la conformidad simple o negociada, y aquellas hipótesis propias de la oportunidad específicamente reglada, como las descritas en el art. 324 del CPP.

Como puede verse, dentro del principio de oportunidad cabe la posibilidad de introducir diversas hipótesis de muy distinta naturaleza cuyo único factor común es que se presentan como alternativas a la persecución penal adelantada mediante el agotamiento de la acción penal dentro de un proceso, lo cual no deja de ser uno de los puntos de crítica como se verá a continuación.

2. La discusión en torno al principio de oportunidad

La aplicación de criterios de oportunidad dentro del proceso penal en general, y en el de los menores en particular, no está exenta de discusiones

¹⁴ En ese sentido, ARMENTA DEU, TERESA. Op. Cit., p. 273-274; Montero Aroca, Juan. Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón, p. 71; y Berzosa Francos, María Victoria. Op. Cit., p. 16.

¹⁵ Cfr. LECr art. 104, concordado con el Código Penal español (en adelante, CPE) art. 215.

¹⁶ Cfr. Código de Procedimiento Penal colombiano (en lo sucesivo, CPP) art. 74.

de muy diversa índole, entre las que se destacan el cuestionamiento acerca de su posible inconstitucionalidad. Con todo, el centro del debate está conformado por las consideraciones que desde varias perspectivas como son la jurídico-penal, la procesal, la político-criminal y la criminológica, se presentan a favor y en contra del mismo.

Por ejemplo, desde la perspectiva constitucional se discute en España, al tenor del art. 124 num.1 y 2 de la CE, si es posible establecer una compatibilidad entre el principio de oportunidad y las funciones que debe cumplir dentro del proceso penal el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad¹⁷. El art. 124.1 de la Constitución dispone que el Ministerio Fiscal “(...) tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad”; y el 124.2, que el “Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”. Con todo, una interpretación sistemática con el art. 105 de la LECr deja en claro que el concepto de legalidad prescrito en sede constitucional guarda relación con la sujeción a la ley en el ejercicio de la competencia, y que la competencia legal del art. 105 LECr le permite al Ministerio Fiscal “(...) ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes (...)”; es decir, que se le otorga un margen de discrecionalidad en lo que tiene que ver con el ejercicio de la acción penal. Entonces, en lo que tiene que ver con la aplicación del principio de oportunidad -entendido éste en un sentido estricto- por parte del Ministerio Público, no se presenta ningún problema en relación con el mandato constitucional.

En Colombia no obstante que en la legislación procesal penal aplicable a los menores desde 1989 -el derogado Código del Menor, Decreto 2737/1989- se establecían criterios de oportunidad, estos se “formalizan” tan sólo en la legislación del año 2006, el actual Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098/2006. La discusión antes señalada para España sería válida en Colombia, pero el legislador antes de modificar el CPP y la legislación reguladora de los menores realizó una reforma constitucional por medio del Acto Legislativo 03/2000 en la cual dejó claramente establecida la competencia de la Fiscalía para aplicar criterios de oportunidad en el

¹⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO. Op. Cit., pp. 1019-1020.

proceso penal ordinario, en general y por aplicación subsidiaria del menor en particular. A partir de la citada reforma el texto del art. 250 de la CPC quedó establecido en los siguientes términos: *“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”*. En armonía con la norma constitucional en el proceso penal de los menores la Fiscalía debe actuar oficiosamente en el ejercicio de la acción penal, como lo dispone el CIA en su art. 171: *“La acción penal será oficiosa salvo en aquellos delitos en los que exija su denuncia o querrela”*; así pues, la Fiscalía debe ejercitar la acción penal de oficio, sin perjuicio de la aplicación de los criterios de oportunidad según la regulación legal que de éstos se haga.

Vista la discusión sobre su constitucionalidad, a continuación se hace una reseña de los diversos argumentos que desde las perspectivas jurídico-penal, procesal, político-criminal y criminológica, se presentan a favor y en contra del principio de oportunidad.

a. Argumentos a favor del principio de oportunidad

A favor del principio de oportunidad se esgrimen las siguientes razones: en primer lugar, desde una perspectiva jurídico-penal puede decirse que se posibilita que el proceso penal del menor pierda cualquier contenido retributivo para convertirse realmente en un proceso preventivo-especial en el que se ven aminoradas las finalidades del derecho penal ordinario, de manera que se atenúa la proporcionalidad entre hecho y sanción, y por ende el nivel de intimidación a los menores. En segundo lugar, con un enfoque estrictamente procesal se argumenta que la aplicación del

principio permite la flexibilidad en los procedimientos que pueden ser orientados a la protección del menor facilitando también la satisfacción de los intereses de la víctima al estimular la pronta reparación de ésta. Por esa vía se favorece el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En cuanto a la averiguación y el establecimiento de la verdad, el principio de oportunidad exime al proceso penal de menores de depurar la *verdad material* y estando en procura de buscar más bien una *verdad con forma de justicia*¹⁸ en beneficio de todas las partes involucradas. En tercer lugar, con carácter político-criminal, se puede considerar que contribuye a descargar el aparato judicial de los procesos que debe adelantar contra los menores, los cuales en su gran mayoría tratan acerca de conductas que pueden ser consideradas *como delitos bagatela*. Se mejora ante la comunidad, además, la imagen de la jurisdicción penal que se presenta como un aparato Estatal que funciona de manera eficiente. Finalmente, en cuarto lugar, una visión criminológica indica que se evitan los efectos estigmatizantes y criminógenos del proceso penal, y de muchas de las medidas aplicables a los menores, sobre todo de aquellas que implican restricción de la libertad individual, a más de que se comienza a generar en la sociedad una cultura de la solución alternativa a los conflictos penales.

En conclusión, “*Las razones en favor del principio de oportunidad se fortalecen en la medida en que se entienda el Derecho Penal como orientado hacia las consecuencias jurídicas*”¹⁹, que en el caso de los menores no son otras que su protección y educación de cara a la realización de su proyecto de vida en la sociedad.

b. Argumentos en contra del principio de oportunidad

En contra del principio de oportunidad se argumenta, entre otras cosas, lo siguiente: en primer lugar, desde una perspectiva jurídico-penal, el principio de oportunidad supone en gran medida la desvirtuación del Derecho penal material por medio del proceso, toda vez que a través de la aplicación de aquel se evita cualquier discusión sobre la estructuración dogmática de la responsabilidad penal, en este caso la del menor; en otras palabras, la aplicación de una norma procesal que contenga un supuesto de oportunidad termina por desplazar todo el Derecho penal sustantivo.

¹⁸ HASSEMER, WINFRIED. “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, p. 9.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 9.

De esta manera se afecta también el mensaje preventivo general que el legislador pretende enviar al momento de la elaboración y promulgación de la conminación penal.

En segundo lugar, con una mirada procesal, se alega que este principio conlleva una quiebra del sistema procesal penal que está fundado en la aplicación estrictamente jurisdiccional del *ius puniendi* del Estado, considerando las posibilidades de disposición de la persecución penal que tiene el Ministerio Fiscal, el cual termina ejerciendo facultades que son propias del Juez dentro de un Estado de Derecho, como lo es aquella de decidir de fondo sobre el objeto del proceso penal, apareciendo lo que un célebre doctrinante colombiano ha llamado como la figura del *fisjuez*²⁰. Además, se afecta la seguridad jurídica, la cual se basa en la certidumbre de que el órgano encargado de la acusación perseguirá todo hecho que revista caracteres de delito. En cuanto a la víctima, esta termina siendo victimizada otra vez, pero ya con la aceleración que se pretende dentro del proceso penal, lo que la obliga a disminuir al máximo su participación. En lo atinente a la estructura del proceso, las partes llegan a ser desvirtuadas al no tener claro cuál ha de ser su papel en el proceso, qué pretensiones pueden tener y cómo y en qué momento deben alegarlas y probarlas; además en la práctica de la aplicación del principio de oportunidad el Fiscal en muchos casos no busca ni el resarcimiento de la víctima, ni la protección del menor, sino la simple descarga de trabajo, y por otro lado aparece un abogado que se transforma en un *agente mercantil* entre Fiscal y procesado. También se destaca que la estructura flexible del proceso puede mermar gravemente las garantías del imputado al no existir criterios uniformes de actuación.

En tercer lugar, a partir de baremos político-criminales se ataca el principio de oportunidad atribuyéndole la vulneración del principio de igualdad en la medida que legitima la selectividad del sistema penal formal cuando otorga facultades de discrecionalidad al Ministerio Público en la persecución penal. Por otro lado, se ve como una burla al sistema, en lo teórico, y una defraudación a la colectividad, promulgar públicamente las leyes penales por las que se crean nuevos delitos para excluirlas clandestinamente a través del proceso penal²¹.

²⁰ VARGAS, ÁLVARO. La Fiscalía General de la Nación desde el "Sueño de la mariposa". p. 36, hablando del Fiscal que termina cumpliendo funciones de Juez.

²¹ HASSEMER, WINFRIED. *Op. Cit.*, p. 11.

Finalmente, en cuarto lugar, el análisis criminológico refleja que en una sociedad plural, conflictiva y desigual, las soluciones alternativas o negociadas no suelen restablecer el equilibrio real entre los implicados; no negocia, ni pacta quien quiere, sino quien puede, con el riesgo de que bajo unas anunciadas libertad y autonomía aparezcan nuevas formas de dominación²².

En conclusión la crítica más dura se sintetiza en reconocer “*que el Estado en cuanto juzgador no puede cumplir con las promesas que hace como legislador*”²³, y por ello acude a este tipo de mecanismos para pretender una cobertura ideológica sobre la sociedad presentando la imagen de que la justicia penal de menores sí funciona.

C. Manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal de menores en los ordenamientos español y colombiano

En el tratamiento procesal para determinar la responsabilidad penal de los menores, las legislaciones española y colombiana presentan varios supuestos que comportan manifestaciones del principio de oportunidad, entendido éste en un *sentido estricto*; es decir, concibiéndolo como un mecanismo que le permite al órgano del Estado titular del ejercicio de la acción penal no sólo desistir del inicio de las actividades de persecución o de iniciación del proceso penal, sino también de procurar el sobreseimiento o preclusión en el curso de la actividad investigativa, y de disponer del contenido de la pretensión penal en cuanto a su supuesto y consecuencias, con fundamento en motivos definidos de manera inequívoca en la ley procesal penal de menores.

Bajo ese entendido se presenta seguidamente una descripción de las hipótesis que comportan aplicación del principio de oportunidad en los Ordenamientos español y colombiano.

²² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. Op. Cit., p. 1160.

²³ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 80.

1. El principio de oportunidad en la ley orgánica de responsabilidad penal del menor, LO 5/2000 de 12 de enero

En cuanto al inicio del trámite procesal y al ejercicio de la acción penal, la LORPM concede una amplia discrecionalidad al Ministerio Fiscal para la aplicación de criterios de oportunidad. El ente investigador se encuentra facultado para *desistir de la incoación del expediente* cuando los hechos sean constitutivos de faltas o delitos graves sin violencia o intimidación en las personas, según lo dispuesto en el art. 18. También puede desistir de la continuación del expediente cuando el delito sea menos grave²⁴ o sea una falta, si el menor adelanta una *conciliación* con la víctima o procura su *reparación*, y se compromete a cumplir la actividad educativa conforme a lo prescrito en el art. 19. En otros eventos, el Ministerio Fiscal puede presentar escrito de alegaciones con la *conformidad* del menor, dentro de las hipótesis de los arts. 32 y 36 en los cuales se plasman situaciones de allanamiento frente a la imputación formulada y la medida solicitada²⁵. Con todo, nada impide que el menor en vez de allanarse decida negociar con el Ministerio Fiscal, a la luz de lo dispuesto por la LECr en su art. 801, contenido de la regulación de la *conformidad en los juicios rápidos*, en donde se otorga un beneficio punitivo, lo cual sería aplicable por la remisión que hace la LORPM a la LECr por medio de la disposición adicional segunda de aquella; en esta hipótesis se plantea una discusión, y ella tiene que ver con el eventual ámbito de negociación en el contexto del trámite de un juicio rápido, porque en este caso el menor no negocia una pena con sentido retributivo, como en el caso del proceso penal de los adultos, sino una medida que se aplica con finalidad preventivo especial y en aras de su protección.

Es necesario aclarar que los supuestos contemplados en los arts. 40 y 51 de la LORPM, que comportan la *suspensión del fallo* y la *sustitución de las medidas impuestas*, no caben dentro de la definición del principio de

²⁴ Cfr. CPE arts. 13 y 33.3

²⁵ “Dentro de la LECr la conformidad del imputado es la institución considerada por la doctrina como principal exponente del mismo. Seguramente por esta razón la reforma del proceso penal, llevada a cabo por la LO de 28 de diciembre de 1988, intenta potenciarla e incluso modificar, en cierto modo, su configuración, ya que la introducción de otros criterios de oportunidad habría requerido profundos cambios en un sistema procesal en el que está muy arraigado el principio de legalidad”, así: BERZOSA FRANCO, MARÍA VICTORIA. Op. Cit., p. 19.

oportunidad aquí sostenida, toda vez que el presupuesto de las hipótesis aludidas es la extinción de la acción penal por *agotamiento* y, por tanto, es imposible realizar actos dispositivos de algo que no existe. Se trata, pues, de la aplicación judicial de verdaderos sustitutivos a las medidas impuestas al menor²⁶.

2. El principio de oportunidad en el código de la infancia y la adolescencia, ley 1098/2006

En Colombia, no obstante que el CIA en el art. 171 establece el ejercicio de la acción penal de manera oficiosa por medio de la Fiscalía, la posibilidad de aplicación de criterios de oportunidad dentro del proceso penal de menores emana desde el texto del art. 250 de la CPC.

Como ya se anotó, la *querella* aparece como un requisito de procedibilidad para el inicio de la actuación procesal penal por parte de la Fiscalía en aquellos delitos donde el legislador expresamente lo dispone, los cuales, en términos generales, serían equiparables a los delitos públicos o semipúblicos en España²⁷, salvo si la víctima de los mismos es un menor de edad, en cuyo caso la actividad persecutoria penal se inicia de oficio²⁸. En estricta relación con la *querella* está la *conciliación*, que aparece también como un requisito de procedibilidad ligado a la formulación de aquella. En la legislación procesal penal colombiana ordinaria, esto es, el CPP, al formularse la *querella* contra una persona determinada, necesariamente debe agotarse, a continuación, una audiencia de conciliación entre víctima y victimario. Sólo en caso de no prosperar la *conciliación*, bien porque el querellado no comparezca a la audiencia, porque no se logre un acuerdo o porque no se cumpla con lo que eventualmente se haya acordado, la Fiscalía iniciará el trámite del proceso penal. Por tanto, vale reiterar que en Colombia la *querella* y la *conciliación* no comportan la aplicación del principio de oportunidad. Con todo, si tratándose de un delito querellable se llega a iniciar la actuación procesal penal, cabe el *desistimiento de la querella* por parte del querellante legítimo, quien realiza un acto dispositivo

²⁶ Véase, ZAFFARONI EUGENIO RAÚL/ SLOKAR, ALEJANDRO/ ALAGIA, ALEJANDRO. *Derecho penal: parte general*. 2ª ed., pp. 964 y ss.

²⁷ Cfr. art. 105 CP.

²⁸ Cfr. CPP, arts. 522 y 74, en armonía con el CIA, arts. 171 y 172.

de la facultad que le otorga la ley; en este caso la Fiscalía, si todavía no se ha formulado la imputación, verifica que el desistimiento sea libre, pero su intervención no es más que un acto de sustanciación. Si al momento de producirse el desistimiento de la querrela ya se hubiese formulado la imputación al procesado, la Fiscalía no sólo verifica la libertad del consentimiento del querellante, sino que la disposición sobre la continuación del trámite de la actuación corresponde al Juez de conocimiento quien decide de fondo sobre el asunto, en lo que comporta un verdadero caso de aplicación del principio de oportunidad.

Aunque en el CIA se habla de la indemnización *integral de perjuicios* como una forma de extinguir la acción penal²⁹, lo cierto es que sobre esta hipótesis no aparece en toda la legislación procesal penal colombiana ninguna regulación de los supuestos en los que aquella procedería, ni de las consecuencias que de ella se derivarían, con lo cual resulta inaplicable, no sólo en el proceso penal del menor sino en el proceso penal en general.

Los casos de aceptación de responsabilidad por *allanamiento* del menor frente a la imputación formulada por la Fiscalía aparecen regulados en el CIA en su art. 157; allí se instituye una hipótesis que es asimilable a la prescrita por la LORPM en su art. 32, ya que se trata de la aceptación de responsabilidad en el mismo momento en que se le formula la imputación al menor. En este caso la actuación realizada es remitida al Juez de conocimiento quien valora la situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del procesado, a partir de un estudio realizado por el Defensor de familia, con la finalidad de determinar la medida aplicable. La negociación sobre la responsabilidad penal, vale decir, la *conformidad negociada*, queda expresamente prohibida para ser aplicada en el proceso penal de los menores³⁰.

Además de la existencia de unas hipótesis que la legislación procesal penal ordinaria ha denominado expresa e impropriamente como causales del principio de oportunidad³¹, las cuales son perfectamente aplicables al proceso penal de los menores en cuanto no vulneren la normativa internacional y constitucional orientada hacia el interés superior de aquellos, el CIA regula un evento en el cual la Fiscalía puede renunciar a

²⁹ Cfr. CIA, art. 173.

³⁰ Cfr. CIA, art. 157, inc. 1.

³¹ Cfr. CPP, art. 324.

la persecución penal de los menores que “*hagan parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley*”³², en una clara aplicación del principio de oportunidad. En efecto, cuando el menor por causas de marginación social, carencias económicas, culturales o por constreñimiento, haya ingresado y actuado con grupos armados ilegales, fundamentalmente de guerrillas de izquierda, podrá beneficiarse del cese de la persecución penal por parte de la Fiscalía. En el fondo, lo que allí se regula es un caso de amnistía, figura procesal que extingue la acción penal para los autores de delitos políticos y que es aplicada por el ejecutivo, con la diferencia de que en el CIA es dispuesta por la Fiscalía, órgano de persecución penal perteneciente a la rama jurisdiccional del poder público³³. Nada dice la ley penal de menores colombiana respecto a la utilización de otras normas especiales que regulan casos de justicia transicional con grupos armados ilegales³⁴, pero nada obsta para que con las debidas salvedades frente a la normativa internacional del menor ratificada por Colombia éstas sean aplicadas.

D. Conclusiones

El reconocimiento que se ha hecho de la naturaleza procesal penal del mecanismo de aplicación del derecho penal sustantivo a los menores es una conquista en sí misma, no obstante que todavía esta parcela del Ordenamiento no sea objeto de un desarrollo doctrinal más amplio. Ello se evidencia, por ejemplo, en la ausencia de una definición del principio de oportunidad para ser aplicada en el proceso penal en general y en el de los

³² Cfr. CIA, art. 175.

³³ En una decisión política no exenta de muchas polémicas, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, la Fiscalía en Colombia hace parte de la rama jurisdiccional, según lo dispone la CPC en su art. 116: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar”. De otro lado, es claro que la amnistía propia e impropia, y el indulto, en tanto medidas dispuestas por el poder ejecutivo, no comportan aplicación del principio de oportunidad; en el mismo sentido, MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 72; en contra, BERZOSA FRANCOS, MARÍA VICTORIA. Op Cit., p. 15 y 16.

³⁴ Como por ejemplo, aplicar normas de las contenidas en la Ley 975/2004, de Justicia y Paz, que resulten favorables para la protección del interés superior de los menores que hagan parte de grupos armados ilegales.

menores en particular. No resulta fácil establecer el contenido del principio, más aun, cuando la sola ordenación y sistematización de los supuestos que buscan extinguir la acción penal o la consecuencia jurídica impuesta luego del agotamiento de aquella, comporta en sí misma una gran dificultad.

En ese espacio de indeterminación resulta necesario reivindicar el papel del juez penal de menores dentro del Estado constitucional, para que sea él quien bajo los cauces de la protección al interés superior del menor establezca los baremos de aplicación de las formas alternativas de finiquito al proceso penal de los menores. Con ello se evita la politización de la discusión acerca del papel del Ministerio Fiscal o de la Fiscalía, y se aclara la estructura de la actuación de los sujetos procesales, procurando entre otras cosas buscar una participación constructiva con la víctima teniendo en cuenta sus pretensiones.

El legislador penal debe dejar de lado la tentación política de acudir a la introducción de criterios de oportunidad dentro del ordenamiento penal de los menores pensando en beneficios electorales o en réditos económicos. Del mismo modo, no debe legislar de manera restrictiva sobre ellos e incluso no debe procurar la eliminación de mecanismos de flexibilización del proceso ya existentes en la ley, impulsado por los aires de guerra a la delincuencia que proclama el *populismo punitivo* por medio del llamado “Derecho penal del enemigo”. La introducción de criterios de oportunidad en la ley procesal de menores debe hacerse de cara a la realidad y luego de un análisis concienzudo acerca de las posibilidades de adelantar una intervención protectora para el menor que comporte una verdadera alternativa democrática al drama del proceso penal tradicional.

La existencia de criterios de oportunidad dentro del proceso penal del menor, sobre todo aquellas que han aparecido en la legislación penal colombiana, comportan un verdadero avance en relación con las regulaciones del siglo XX. Con todo, la falta de claridad en cuanto al contenido del principio de oportunidad, la ausencia de una regulación sistemática de los supuestos en los cuales procede, y la constante remisión a la legislación penal ordinaria, genera una indeterminación estructural y operativa que termina por aniquilar los principios del Estado de Derecho dentro del procesamiento penal a los menores. En otras palabras, la flexibilidad jurídica necesaria para proteger de manera personalizada y digna al menor infractor puede terminar por convertirse en el fundamento de la violación de sus más elementales derechos.

Bibliografía

ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER. “Política criminal de menores”, en *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Instituto universitario de criminología de la Universidad Complutense, N^o. 88, 2006, pp. 23-50.

ARMENTA DEU, TERESA. *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

_____ “Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios”, en *Un “Codice tipo” di procedura penale per L’America Latina. Memoria del Congreso Internacional*, Roma 1991, Padova, CEDAM, 1994. pp. 271-288.

BERZOSA FRANCO, MARÍA VICTORIA. “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, en *Problemas actuales de la justicia penal*, Barcelona, Bosch, 2001. pp. 13-24.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO. “Alternativas a la pena privativa de la libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal”, en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*, Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain, Donostia-San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989. pp. 1009-1023.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Tratado de criminología*, 3^a ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2003.

GARCÍA RIVAS, NICOLÁS. “Aspectos críticos de la legislación penal del menor”, en *Revista penal*, Madrid, La ley, N^o. 16, 2005. pp. 88-105.

GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL. “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores”, en *Tribunales de justicia: revista española de derecho procesal*, Madrid, La ley, No. 7, 2000. pp. 827-844.

HASSEMER, WINFRIED. “La persecución penal: legalidad y oportunidad” en *Jueces para la democracia: información y debate*, N^o. 4, Madrid, 1988 (Sep.). pp. 8-11

HERRERA MORENO, MYRIAM. “La “conciliación menor-victima” en el ámbito de la desviación juvenil: reflexiones en torno a la controvertida plasmación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero”, en *Anuario de justicia de menores*, Sevilla, Astigi, N° 1, 2001. pp. 425-441.

HIGUERA GUIMERA, JUAN FELIPE. *Derecho penal juvenil*, Barcelona, Bosch, 2003.

MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA. “La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales”, en *Jueces para la democracia: información y debate*, N° 61, Madrid, 2008 (Mar.). pp. 19-29.

MARTÍN OSTOS, JOSÉ. “Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores”, en *Cuadernos de derecho judicial: menores privados de libertad*. Madrid, CGPJ, 1996. pp. 151-189

MARTÍN RÍOS, MARÍA DEL PILAR. *La víctima en el proceso penal español*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2008.

MONTERO AROCA, JUAN. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997.

NOGUEIRA GANDÁSEGUI, SANTIAGO. “Observaciones críticas al proceso penal de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad de los menores”, en *Justicia*, Revista de derecho procesal, Barcelona, Bosch. N° 3-4, 2004. pp. 239-290

OBSERVATORIO LEGISLATIVO Y DE OPINIÓN. *Nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia: antecedentes, análisis y trámite legislativo*, Bogotá, Facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario, 2007.

RITZER, GEORGE. *La McDonalización de la sociedad*, Madrid, Editorial popular, 2007.

SCHÜNEMANN, BERND. “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)” en *Temas actuales y permanentes del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 2002. pp. 289-302.

TINOCO PASTRANA, ÁNGEL. “Consideraciones sobre la tutela de la víctima en la justicia de menores”, en *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Instituto universitario de criminología de la Universidad Complutense, N^o. 85, 2005. pp. 183-213.

TORRES FERNÁNDEZ, MARÍA ELENA. “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad”, en *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Instituto universitario de criminología de la Universidad Complutense, N^o. 79, 2003. pp. 79-107.