

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL —ESTADO ACTUAL—

José Joaquín Urbano Martínez

I. PUNTOS DE PARTIDA

A. EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002

El Acto Legislativo 03 de 2002 modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política con el fin de adoptar el sistema procesal penal acusatorio. Como parte de la incorporación de tal sistema procesal, el poder constituido colombiano introdujo el principio de oportunidad, ajeno hasta entonces a nuestra tradición jurídica.

Como lo ha advertido la doctrina, el principio de oportunidad incorporado a la Carta Política no guarda similitud con la institución del mismo nombre que es propia del sistema anglosajón, sino con el principio de oportunidad adoptado por el sistema continental europeo¹. Pero la reforma constitucional no sólo consagró el principio de

1. En el modelo anglosajón, el ejercicio de la acción penal y la formulación de la acusación constituyen despliegue de función ejecutiva, ejercida de manera discrecional, sujeta a criterios de conveniencia política y sometida a un principio de responsabilidad también política. En este esquema, cuando se promueve una investigación penal, se ejerce una discrecionalidad política y no una competencia jurídica. Por ello, una institución como el principio de oportunidad constituye un factor de equilibrio en el ejercicio de los poderes públicos, pues las decisiones que en materia penal ha tomado el legislador, pasan por un juicio de conveniencia política antes de ser aplicadas por los jueces y tribunales. De allí que en este modelo, el principio de oportunidad esté ligado a la legitimidad misma del sistema político

oportunidad siguiendo este modelo, sino que, además, tomó varias decisiones que resultan fundamentales para comprender el alcance de ese principio. Tales decisiones son las siguientes:

1. Dispuso que la Fiscalía está obligada a ejercer la acción penal e investigar los hechos que revistan la característica de un delito siempre que medien circunstancias que indiquen su posible existencia y que esa entidad no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal. Es decir, el constituyente partió del principio de legalidad como regla general.

2. Estableció que la Fiscalía sólo podrá suspender, interrumpir y renunciar a la persecución penal en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad. De acuerdo con esto, este principio opera como una excepción al principio de legalidad y sólo puede ejercerse en los casos en que establezca la ley.

3. Prescribió que el principio de oportunidad deberá ser regulado dentro del marco de la política criminal del Estado. Es decir, obliga al Estado a hacer algo que nunca ha hecho –fijar una política criminal– y a regular como parte de ella los supuestos de suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal.

4. Ordenó que la aplicación del principio de oportunidad estará sometida al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Este punto es muy importante: El poder constituido colombiano configuró un mandato de acuerdo con el cual la aplicación de ese principio “estará” sometida a control de legalidad. Nótese que en la reforma constitucional no se dijo que tal aplicación “podrá estar” sometida a ese control, sino que inexorablemente deberá estar sometido a él. Es decir, se trata de un mandato dirigido al legislador para que la aplicación del principio de oportunidad siempre sea controlada judicialmente y no de una facultad reconocida a ésta para que, a su buen juicio, establezca en qué casos procede ese control y en qué casos no hay lugar a él².

y del sistema penal. En el modelo continental europeo, en cambio, se parte del principio de legalidad como regla general, pero ello no obsta para que por vía de excepción se aplique el principio de oportunidad. En este caso, aunque con algunas variables, el ejercicio de la acción penal y la formulación de la acusación constituyen despliegue de función judicial, ejercida con estricto apego al principio de legalidad, sometida a control judicial y generadora de responsabilidad jurídica. Aquí, investigar un delito no es ejercer una discrecionalidad política sino desplegar una competencia jurídica orientada a la racionalización del sistema penal. En este contexto, el principio de oportunidad remite a una atribución reglada que se ejerce en el ámbito de la ley. A diferencia de lo que ocurre en el modelo anglosajón, su aplicación está sometida a límites jurídicos y se configuran espacios de control que verifican el respeto de esos límites. Esta concepción del principio de oportunidad, aunque no se cife al origen histórico del concepto, es también legítima. Cfr. *II Foro sobre la justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 324 y ss.

2. En este punto no se discute sobre la conveniencia o no de este sistema de control de ejercicio del principio de oportunidad sino que se extrae una conclusión a partir de la normatividad constitucional vigente. En nuestro sentir, la redacción del artículo 250 de la Carta cierra el paso a cualquier

5. Decidió que el principio de oportunidad no opera en el fuero militar. Es decir, en ese ámbito especializado de la administración pública que cumple funciones judiciales conocido como justicia penal militar siempre regirá el principio de legalidad y por ello los delitos deberán investigarse y en ningún caso se podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal.

Estas decisiones tomadas por el poder constituido colombiano en el ámbito del principio de oportunidad son ineludibles. Constituyen el fundamento y límite de esa institución y una carta de navegación que en manera alguna puede desconocerse.

B. EL CONTEXTO INTEGRAL DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Entre nosotros aún es frecuente que las normas jurídicas se lean, interpreten y apliquen de manera asistemática; es decir, sin una visión de ellas como parte del ordenamiento jurídico entendido como un sistema normativo. Y esto suele ocurrir también con las normas constitucionales: Éstas se asumen de manera aislada y no como elementos integradores de un conjunto de principios orientados a la promoción de la vida civilizada.

En este orden de ideas, los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, mucho más luego de su reforma, deben asumirse como normas jurídicas que no se dotan a partir de una racionalidad desprendida de sí mismas, sino como elementos integrantes de un sistema normativo pues es éste el llamado a darles sentido y armonía. Por lo tanto, el sistema acusatorio en su integridad, incluida esa institución tan problemática que es el principio de oportunidad, debe interpretarse en el contexto del sistema de valores superiores, principios y derechos plasmado por la Constitución de 1991, al menos de aquellos que subsisten a 13 años de su promulgación³.

Por lo tanto, el alcance del principio de oportunidad debe determinarse no sólo en el contexto del acto legislativo que lo consagró, sino en el contexto del sistema constitucional del que entró a hacer parte pues éste constituye un límite también ineludi-

intento de someter el control de la aplicación del principio de oportunidad a la previa solicitud de la víctima o del Ministerio Público pues contiene un mandato inexorable: La aplicación de ese principio, siempre, deberá estar sometida a control judicial.

3. Esta hermenéutica ha llevado a la Corte Constitucional de nuestro país, por ejemplo, ha promover una nueva lectura de los derechos de las víctimas en el derecho sancionatorio. A partir de esa nueva lectura ha removido los obstáculos para que pueda ejercer sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación y por ello, en el sistema procesal vigente, ha permitido su comparecencia al proceso en calidad de parte civil desde la investigación preliminar (sent. C-228 de 2002); ha extendido la acción de revisión a supuestos de sentencias absolutorias proferidas en delitos constitutivos de graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (sent. C-004 de 2003) y ha hecho viable la revocatoria de los fallos disciplinarios absolutorios proferidos en procesos disciplinarios promovidos con ocasión de las faltas disciplinarias cometidas con tales violaciones (sent. C-014 de 2004).

ble. De acuerdo con ello, entonces, el principio de oportunidad debe asumirse como un mecanismo puesto al servicio de la justicia penal, es decir, como una alternativa de realización de los fines constitucionales del proceso penal a un menor costo político criminal y no como un mecanismo idóneo para renegar de tales fines y, entre ellos, de los derechos de las víctimas. Mucho más cuando se trata de delitos particularmente graves como, por ejemplo, el desplazamiento forzado, la tortura y las graves infracciones al derecho internacional humanitario, entre otros.

En fin, se trata de comprender que en el contexto integral de la Carta, el principio de oportunidad es un instrumento que debe orientarse a la promoción de un orden justo y no al fomento de la impunidad.

II. LOS DESARROLLOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Hasta este momento, la Corte Constitucional ha proferido tres sentencias respecto del Acto Legislativo 03 de 2004. Estos pronunciamientos, fundamentalmente el segundo, suministran valiosísimos elementos de juicio para comprender el alcance que el intérprete autorizado de la Constitución le da al principio de oportunidad.

A. SENTENCIA C-966 DE 2003

Mediante este pronunciamiento se declaró exequible el parágrafo del artículo 250 de la Carta, referido a las facultades del Ministerio Público en el nuevo esquema procesal. La Corte encontró que, respecto de este punto, no se había incurrido en vulneración del principio de consecutividad que rige el proceso legislativo.

B. SENTENCIA C-1092 DE 2003

Mediante este pronunciamiento se declaró inexecutable, en forma parcial, el numeral segundo del artículo 250, relativo a la función de la Fiscalía de adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y al control posterior por parte del juez de control de garantías. En este fallo, la Corte:

a. Infiere que el juez de control de garantías tiene la finalidad de examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecuan o no a sus fundamentos constitucionales y, de manera especial, si se han respetado o no los derechos de los ciudadanos. Nótese que se habla de ciudadanos, indistintamente de su calidad de imputados o de víctimas pues a favor de unos y otros está configurado el control de garantías: del imputado para que se controle, por ejemplo, la medida de aseguramiento y de la víctima para que, por ejemplo, se controle la aplicación del principio de oportunidad⁴.

4. Afirma la Corte: "En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judicia-

b. Del artículo 250 superior infiere que las funciones del juez de control de garantías pueden agruparse tomando como criterio el momento en que se ejercen. Por ello distingue entre control previo y control posterior y, un punto muy importante, ubica en el control previo el que ejerce el juez de control de garantías respecto de la aplicación del principio de oportunidad⁵.

c. Establece que el control de garantías es formal y material; que esa integridad del control es de su esencia y que la limitación de esa integridad modifica la identidad de ese control. Por ello, concluye que la limitación introducida en el proceso legislativo para que la intervención del juez de control de garantías no sea integral sino sólo sobre la validez de la medida adoptada por la Fiscalía, afecta la esencia de la institución y es inexecutable⁶.

les ejercidas por la Fiscalía se adecuan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos estos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento”.

5. Sobre este particular, en la sentencia se indica que “... las funciones a cargo del juez de garantías, de acuerdo con el Acto Legislativo, podrían agruparse tomando como criterio el momento en el que se ejercen”. Así, de acuerdo con las previsiones del artículo 250 constitucional, corresponde al juez de garantías ejercer un control previo y con ocasión de él autorizar o no las solicitudes que eleve el fiscal para que se adopten medidas que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Así mismo, corresponde al juez ejercer el control sobre la aplicación del principio de oportunidad. De otra parte, el juez de garantías ejerce un control posterior que deberá realizarse a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la diligencia en el caso de: i. Las capturas que realice de manera excepcional la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con los límites y la reglamentación que establezca la ley y, ii. Las diligencias de registro, allanamiento, incautaciones e interceptación de comunicaciones” (art. 250 num. 1 y 2).
6. Se dice en el fallo: “Para la Corte con la expresión añadida en el séptimo debate se integró al texto constitucional una limitación del alcance de la función del juez de control de garantías que no fue objeto de discusión en los debates que precedieron su inclusión. Al respecto, se observa que dicho texto representó una modificación esencial, en tanto restringió las facultades que desde el inicio se concibieron en cabeza de este funcionario judicial. En efecto, el examen sobre la validez de la diligencia a cargo del juez de garantías, al que alude el aparte añadido, constituye una modificación esencial como quiera que antes que una precisión, termina circunscribiendo la función de aquel a una tarea de especificidad tal, que permite interpretar que quedan excluidas labores que a pesar de estar encaminadas a la protección de las garantías fundamentales de las personas, no pueden ser ejercidas por el

d. Infiere que los fiscales, en su calidad de funcionarios judiciales y en ejercicio de las funciones judiciales que desempeñen, se someten a los principios de autonomía e independencia predicables de la función judicial y que ello no plantea contradicción alguna con el principio de autonomía pues, por el contrario, precisa el alcance de este último. Esta consideración de la Corte es consecuencia de un hecho incontrovertible: La Fiscalía General de la Nación hace parte de la rama judicial del poder público y cumple funciones judiciales y no administrativas.

C. SENTENCIA C-1200 DE 2003

Mediante este fallo, la Corte se inhibió de resolver de fondo la demanda instaurada contra los artículos 4.º y 5.º del Acto Legislativo 03 de 2002. Esta decisión se apoyó en la ineptitud sustancial de la demanda.

No obstante su carácter inhibitorio, se trató de una decisión dividida en la que hubo 4 salvamentos de voto. En éstos se afirma, entre otras cosas, que la autorización por parte del poder constituido al ejecutivo para que expida, modifique o adicione la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de *habeas corpus*; los códigos penal, de procedimiento y penitenciario y el estatuto orgánico de la Fiscalía, plantea múltiples problemas constitucionalmente relevantes que, eventualmente, podrían conducir a la declaratoria de inexecutable del acto legislativo por exceso de competencia del poder constituido. Esto por cuanto de la Carta se infiere que existe reserva legal sobre la materia penal; que incluso la regulación de algunos ámbitos de ésta está sometida al procedimiento legislativo calificado inherente a las leyes estatutarias y que en esas condiciones, en ese punto específico, se está sustituyendo la Carta al permitir que sea el ejecutivo el que regule esa materia.

III. CONCLUSIONES PROVISIONALES

De lo expuesto hasta este momento se pueden extraer varias conclusiones provisionales, útiles para el análisis de la regulación del principio de oportunidad que hace parte del proyecto de Código de Procedimiento Penal que actualmente se tramita en el Congreso de la República:

1. El Estado colombiano debe adoptar una política criminal antes de regular y aplicar el principio de oportunidad. Esto es así porque el constituyente ha dispuesto que este principio se aplica en el marco de la política criminal del Estado.

funcionario judicial en tanto no las abarca la competencia definida en dichos términos [...] De manera que siendo la integridad del control de garantías cuestión de la esencia de la institución de acuerdo con la forma en que fuera estructurada la norma en la primera vuelta o período legislativo, la expresión acusada al afectar de manera directa dicho elemento modifica la identidad de la misma”.

2. La aplicación del principio de oportunidad debe estar, en todos los casos, sometida a control judicial. En ese punto, la Constitución consagra un deber para el legislador y no una facultad.

3. En el contexto integral del constitucionalismo colombiano, el principio de oportunidad es un instrumento que debe orientarse a la promoción de un orden justo, con menores costos político criminales, y no al fomento de la impunidad.

4. La intervención del juez de control de garantías tiene la finalidad de examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecuan o no a sus fundamentos constitucionales y, de manera especial, si se han respetado los derechos de los ciudadanos y esto es así también cuando se trata del control judicial de la aplicación del principio de oportunidad.

5. Los fiscales, en ejercicio de funciones judiciales, se someten a los principios de autonomía e independencia. Luego, como la aplicación del principio de oportunidad constituye una función judicial, en ella los fiscales están sometidos a esos principios. Esto no obsta para que, sin interferir el ámbito de esa función en cada caso particular, la Fiscalía fije políticas generales orientadas a la aplicación de ese principio.

6. El control judicial sobre la aplicación del principio de oportunidad debe ser previo y no posterior.

En mi criterio, las conclusiones 1 a 5 son ineludibles y deben ser observadas inexorablemente por el legislador. La conclusión provisional número 6, en cambio, por no inferirse directamente de la Carta, creo admite un margen de discusión, mucho más si ella no constituyó la *ratio decidendi* de la Sentencia C-1092 de 2003.

IV. VARIACIONES ENTRE EL PROYECTO ORIGINAL Y EL PROYECTO ACTUAL

A. CUADRO ESQUEMÁTICO

En la regulación del principio de oportunidad se deben incluir varios aspectos como el concepto, la procedencia, el momento procesal, las variables para su aplicación, las causales, los requisitos para la suspensión condicional de la actuación, la naturaleza del control judicial, el término para el control, los efectos de la aplicación del principio, los casos en que procede, la situación de la víctima y la competencia para la reglamentación de esa materia legal.

A continuación se incluye un cuadro esquemático en el que se determina cada uno de esos aspectos y la manera como aparece regulado en el proyecto original presentado al Congreso de la República⁷ y en el proyecto aprobado en primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes⁸.

7. Esta regulación estaba contenida en los artículos 348 a 355 del proyecto original.

ASPECTOS	PROYECTO ORIGINAL PRESENTADO AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA	PROYECTO APROBADO EN PRIMER DEBATE EN LA COMISIÓN PRIMERA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES
Concepto	Facultad de la FGN para abstenerse de ejercer la persecución penal, suspenderla o renunciar a ella.	No se fija un concepto pero se afirma que es una competencia exclusiva de la FGN, no extensiva a la policía judicial. Ordena la concertación de un plan para garantizar la aplicación efectiva de la ley penal. Afirmación del principio de legalidad como regla general y del principio de oportunidad como excepción.
Procedencia	En todos los delitos	No en todos los delitos
Momento procesal	Antes de la acusación	Antes del inicio del juicio oral
Variables	Abstención Suspensión Renuncia	Abstención Suspensión Renuncia
Causales	De abstención – Sustanciales: supuestos cercanos a la atipicidad, ausencia de antijuridicidad material o inculpabilidad y reparación integral en caso de afección de bienes jurídicos colectivos. – Procesales: supuestos de colaboración eficaz, peligro para la seguridad exterior del Estado, extradición y no necesidad de pena en delitos culposos. De suspensión – Sustanciales: cercanía al consentimiento, bien jurídico deteriorado, desproporción de la pena en caso de sujeto activo plural y de atención de intereses de las víctimas o en caso de delito masa.	De abstención, suspensión y renuncia: – Ausencia de interés (pena no superior a 10 años). – Decaimiento de interés con reparación (pena mínima inferior a 4 años). – Decaimiento de interés sin reparación (pena mínima inferior a 2 años). – Sanción sin importancia frente a otra por otro hecho – Extradición. – Entrega a CPI. – Colaboración eficaz – Testigo de la corona. – No necesidad de pena por daño físico o moral. – Conciliación preprocesal o suspensión por justicia restaurativa

8. Esta regulación está contenida en los artículos 345 a 356 del proyecto de Código de Procedimiento Penal aprobado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.

Causales (cont.)	<ul style="list-style-type: none"> – Procesales: Existencia de procesos más importantes, aceptación de responsabilidad en delitos de baja pena de prisión y delitos con pena de poca significación. De renuncia: Existencia de causal de preclusión antes de la formulación de la imputación. 	
Requisitos para la suspensión	Período de prueba de 3 a 5 años y cumplimiento de condiciones, incluida reparación.	Período de prueba no superior a 3 años y cumplimiento de condiciones, incluida reparación
Control	<ul style="list-style-type: none"> – Posterior – Rogado: a petición de la víctima o del Ministerio Público. – Inimpugnable 	<ul style="list-style-type: none"> – Posterior – Rogado: a petición de la víctima o del Ministerio Público. – Impugnable
Término para control	Cinco días siguientes	Sin término
Efectos de la aplicación del principio	<ul style="list-style-type: none"> - La abstención, extingue la acción penal respecto del interviniente favorecido – La suspensión con cumplimiento de condiciones, extingue la acción penal respecto del interviniente favorecido. – La suspensión sin cumplimiento de condiciones, reanuda la acción penal. 	- Se extingue la acción penal respecto del interviniente, salvo si es por falta de interés, caso en que beneficia a todos, a menos que la ley exija la reparación integral.
Casos de procedencia	Dos veces en 10 años	Ilimitado
Víctima	<ul style="list-style-type: none"> – La FGN debe proteger sus intereses – Puede solicitar control de legalidad 	<ul style="list-style-type: none"> – La FGN debe proteger sus intereses – Puede solicitar control de legalidad
Reglamentación	FGN	FGN

B. PRINCIPALES MODIFICACIONES

Las principales modificaciones que se advierten entre la regulación del principio de oportunidad contenida en el proyecto original y el proyecto actual son las siguientes:

1. A diferencia del proyecto inicial, en el actual no se fija un concepto de principio de oportunidad, aunque se afirma que es una competencia exclusiva de la Fiscalía General, no extensiva a la policía judicial. Se ordena la concertación de un plan para ga-

rantizar la aplicación efectiva de la ley penal y se reitera el principio de legalidad como regla general y el de oportunidad como excepción.

2. Se imponen límites a su procedencia respecto de determinados delitos, en consideración al máximo o mínimo de la pena imponible y a la causal de que se trate.

3. Se varía el momento procesal. Ya no procede hasta la acusación sino hasta la iniciación del juicio oral.

4. Se mantienen como variables de la aplicación del principio la abstención, la suspensión o la renuncia a la persecución penal.

5. Se unifican las causales de abstención, suspensión y renuncia y se suprimen las causales sustanciales. La existencia de una causal de preclusión antes de la formulación de la imputación deja de ser una causal de renuncia a la persecución.

6. En caso de suspensión de la actuación, se disminuye el período de prueba a 3 años.

7. Se mantiene el control judicial posterior y rogado. A la decisión del juez de control se le quita el carácter de inimpugnable.

8. Se suprime el término de 5 días que se había fijado para que el juez de control decida.

9. Se mantienen los efectos de la aplicación del principio: Extinción de la acción penal respecto del interviniente favorecido con tal aplicación.

10. Se suprime el límite que se había fijado para la aplicación del principio sólo por dos veces en diez años.

11. Respecto de la víctima, se mantiene el deber de la Fiscalía de proteger sus intereses y la facultad de aquélla de solicitar el control judicial.

12. Se mantiene la reglamentación de la aplicación del principio por parte de la Fiscalía.

V. EVALUACIÓN DE LA ACTUAL REGULACIÓN

La regulación que se hace del principio de oportunidad en el proyecto aprobado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes genera varios problemas, aunque también reporta varias ventajas en relación con el proyecto original, como pasa a indicarse.

A. PROBLEMAS

1. Constitucionalmente relevantes

a. Hasta este momento no se conoce la política criminal del Estado a la que se sujeta la regulación del principio de oportunidad. Si aquella es el marco en el que éste debe operar, necesariamente debía fijarse con antelación. Con este proceder, se está incumpliendo un mandato constitucional.

b. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad no puede ser rogado pues el artículo 250 de la Constitución dispone que ese principio “estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías” y no que “podrá estar sometido al control de legalidad” a discreción de la víctima o del Ministerio Público. En lugar de esto, emite un mandato para que el ejercicio de ese principio sea controlado en todos los casos. Si se quería que el control no sea oficioso sino rogado, en el artículo 250 de la Carta debió consagrarse ese control como una facultad del legislador y no como un mandato ineludible para él. Como no se procedió de esa manera, hoy no se puede pretender extraer una facultad discrecional de una norma superior que consagra un deber ineludible.

c. Varias de las condiciones que debe cumplir el imputado para acceder a la suspensión del procedimiento a prueba han sido previstas en el Código Penal como penas. Así ocurre con la obligación de residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo, el no poseer o portar armas de fuego y la no conducción de vehículos automotores, naves o aeronaves. En estos supuestos, me parece, lo que en la práctica se está es anticipando la imposición de penas y con ello se está desconociendo que ni la Fiscalía General, ni el juez de control de garantías tienen legitimidad para imponerlas.

2. De límites

a. Se permite que una persona se vea favorecida un número indefinido de veces con la aplicación del principio de oportunidad.

b. Los conceptos “ausencia de interés” y “decaimiento de interés” son muy etéreos y pueden prestarse a decisiones arbitrarias.

c. No se establece un límite temporal para que el juez de control se pronuncie. Una decisión tan importante como ella no puede diferirse indefinidamente en el tiempo.

d. No se regula el procedimiento a seguir en caso que el juez de control de garantías rechace la aplicación del principio.

3. De incoherencia con el sistema

a. La redacción del artículo 345 es contradictoria porque ordena que el principio de oportunidad se aplique con sujeción a la política criminal del Estado y, según la misma norma, ésta debe orientarse a la aplicación efectiva de la ley penal. No obstante, los supuestos de aplicación del principio de oportunidad son eventos en los que la ley penal no se hace efectiva.

b. El artículo 347 dispone que en los eventos de aplicación del principio de oportunidad frente a delitos que comprometan el patrimonio público, el Ministerio Público podrá solicitar la realización del control de legalidad. Sin embargo, este artículo es inoficioso porque según el artículo 353, en todos los casos, el control de legalidad procede, igual, a petición de la víctima o del Ministerio Público.

c. El artículo 346 le impone a la Fiscalía la obligación de perseguir a los intervinientes en los hechos que revistan las características de una conducta punible pero siempre que haya suficientes “indicios fácticos” de su existencia. Esto es un pleonasma: los indicios son hechos debidamente probados que indican otros que interesan al proceso. Luego, hablar de “indicios fácticos” es tanto como hablar de “hechos fácticos”.

B. VENTAJAS

1. Se avanza en la configuración de límites pues en varias causales se tiene en cuenta el mínimo o el máximo de la pena para la procedencia del principio de oportunidad. Con esto se deja un mensaje claro a la colectividad: no cualquier proceso es susceptible de archivarse por razones de oportunidad pues para su procedencia o improcedencia se tiene en cuenta la levedad o gravedad del delito imputado.

2. Si bien se mantienen la abstención, la suspensión y la renuncia al ejercicio de la acción penal, como variables del principio de oportunidad, se unifican las causales para su procedencia. Con ello se facilita la comprensión y aplicación de ese instituto.

3. Se suprimieron las causales sustanciales, las que recogían eventos en los que no concurrían todos los presupuestos necesarios para reconocer una causal de ausencia de responsabilidad. En esas causales se realizaban distinciones dogmáticas que son incompatibles con las razones de conveniencia que conducen a la aplicación de criterios de oportunidad: Si el delito por el que se procede es de aquéllos que permiten la aplicación del principio, se lo puede aplicar, indistintamente de que concurren la mayoría, algunos o ninguno de los presupuestos requeridos para el reconocimiento de una causal de ausencia de responsabilidad.

VI. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

Lo expuesto permite formular algunas sugerencias para que se logre una regulación del principio de oportunidad como verdadero instrumento de justicia penal y de manera compatible con sus fundamentos constitucionales y con la lectura autorizada que de esos fundamentos ha hecho la jurisprudencia constitucional. Tales sugerencias son las siguientes:

1. El Estado debe fijar una política criminal y en desarrollo de ella el legislador debe regular la aplicación del principio de oportunidad. Es imperativo que el Congreso de la República se percate de ese deber ineludible para el Estado colombiano y que regule el principio de oportunidad como parte de esa política criminal.
2. La aplicación del principio de oportunidad debe someterse a control judicial en todos los casos y no sólo en aquellos en que lo soliciten el Ministerio Público o la víctima. El legislador debe comprender que en este punto no es titular de una facultad otorgada por el constituyente sino de un deber ineludible impuesto por éste.
3. De las condiciones que debe cumplir el imputado para acceder a la suspensión del procedimiento a prueba, deben suprimirse aquellas que materialmente constituyen penas pues, de lo contrario, se estaría anticipando su imposición por parte de una instancia judicial que, como la Fiscalía, no está legitimada para ello.
4. Debe proscribirse la aplicación del principio frente a delitos de especial gravedad, tal como ocurre con las graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. El fundamento de esta exclusión es claro: En el mundo de hoy, a la conciencia jurídica universal le repugnaría que se aplique el principio frente a delitos como la tortura o el desplazamiento forzado. De igual manera, debe proscribirse la aplicación del principio cuando se trata de delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones: de mantenerse esta posibilidad en un espacio tan particularmente sensible como la corrupción pública, el principio de oportunidad se deslegitimaría como instrumento jurídico y político.
5. No debe permitirse que el principio, a favor de una misma persona, se aplique por un número indefinido de veces. En este sentido, debe volverse a la regulación anterior que disponía su aplicación por dos veces en 10 años.
6. Deben precisarse los conceptos de “ausencia de interés” y “decaimiento de interés” como causales para la aplicación del principio. Conceptos tan vagos y de alcance tan amplio pueden generar decisiones arbitrarias.
7. Debe establecerse un límite temporal para el pronunciamiento del juez de control de garantías sobre la aplicación del principio. Una decisión tan importante como aquella no debe mantenerse indefinida en el tiempo.

8. Debe regularse el procedimiento a seguir en caso de que el juez rechace la aplicación del principio de oportunidad. Sería conveniente que se separe de la actuación al fiscal que pretendió tal aplicación con el fin de no afectar el desarrollo de la investigación.

9. Deben corregirse las contradicciones e inconsistencias que se advierten en los artículos 345, 346 y 347 del proyecto.

Cabría plantearse el por qué de estas sugerencias. Ellas se plantean porque, con frecuencia, al diseñar nuestras instituciones, olvidamos que estamos en Colombia: Alguna vez, nuestro país, a través de una de sus empresas, importó unos camiones gigantescos que se utilizarían para transportar carbón desde las minas de El Cerrejón, en la Guajira, hasta el interior del país. No obstante, jamás pudieron utilizarse porque las carreteras colombianas no estaban diseñadas para permitir la movilización de camiones de esa envergadura.

Debemos evitar que algo similar ocurra en esta ocasión pero ya no con maquinaria pesada sino, lo que, desde luego, es mucho más grave, con nuestro sistema de justicia penal. Espero que en un futuro no repitamos la historia para tener que decir, entonces, que alguna vez la justicia penal colombiana importó el sistema penal acusatorio que, entre otras banderas, enarbolaba el principio de oportunidad; pero que no pudo funcionar porque la cultura jurídica de nuestro país y los anhelos de justicia de los colombianos andaban por otros senderos.

Y digo esto porque alentar la esperanza de un buen funcionamiento de la justicia penal no puede llevarnos a desconocer que existen también serios motivos de preocupación: en nuestro ámbito de cultura, sin principio de oportunidad, han quedado en la impunidad el genocidio de un grupo político, magnicidios de los que hemos perdido la cuenta, el holocausto de la justicia, los descalabros financieros, 8.000 maneras ilícitas de llegar al poder y masacres sin fin. Y también sin principio de oportunidad la Procuraduría u otros sujetos procesales han tenido que acudir a la acción de tutela para que se abran investigaciones o se acuse en conocidos casos de corrupción.

Entonces, en un contexto así, en un sistema penal que funciona así sin principio de oportunidad, no se qué puede pasar con principio de oportunidad. De allí la ineludible necesidad de una regulación clara, limitada y controlada de esta institución y el imperativo de corregir, en ese sentido, el proyecto de Código de Procedimiento Penal que actualmente cursa en el Congreso de la República.