

LOS FINES CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL COMO PARÁMETROS DE CONTROL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

*José Joaquín Urbano Martínez**

I. INTRODUCCIÓN

El Acto Legislativo 03 de 2002 modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de 1991 con el fin de introducir en Colombia el sistema acusatorio de procedimiento penal. De acuerdo con esa reforma, la Fiscalía General de la Nación, aunque mantiene algunas funciones judiciales, se especializa en la investigación de los delitos y en la acusación de los presuntos responsables ante los jueces y tribunales, pero ya no profiere medidas de aseguramiento, ni preclusiones. Estas determinaciones, al igual que otras como la imposición de medidas restrictivas de derechos fundamentales y las medidas cautelares sobre bienes, son adoptadas por los jueces de control de garantías o, en el caso de la preclusión, por el juez de conocimiento. Y cuando, por excepción, la Fiscalía General impone tales medidas, éstas quedan sometidas a control judicial por parte de los jueces de control de garantías.

Uno de los aspectos centrales de la nueva estructura de acusación y juzgamiento está determinado por el principio de oportunidad. Este consiste en la facultad que tiene el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, de suspender, interrumpir o

* Procurador Delegado para la Moralidad Pública. Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

renunciar a la persecución penal por razones político-criminales, facultad que está sometida a control judicial. En este punto, sin embargo, se topa con una grave dificultad pues ni el Acto Legislativo 03 de 2002 ni la Ley 906 de 2004 suministran elementos de juicio para la realización del control judicial sobre la aplicación de ese principio.

Ante la ausencia de criterios constitucionales expresos para el cumplimiento de la función de control de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía General, podría asumirse que ese es un control simplemente formal que se limita a la verificación de si la situación planteada en cada proceso se adecua o no a alguna de las causales consagradas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004. Y este criterio podría apoyarse en dos argumentos: de un lado, en la índole que el principio de oportunidad reviste en un sistema procesal penal acusatorio, pues por tratarse del ejercicio legítimo de una potestad discrecional de la Fiscalía, en ese ámbito no se deberían permitir mayores injerencias judiciales. Y, de otro, en la importancia práctica que tiene la aplicación de tal principio para el adecuado funcionamiento del sistema procesal, pues si todos los procesos en los que exista fundamento para acusar se llevaran a juicio, el sistema colapsaría ante la incapacidad de tramitar tal cantidad de juzgamientos, motivo por el cual sería aconsejable un amplio ejercicio del principio de oportunidad y su sujeción a límites sólo formales pues un control material terminaría por desvirtuar su aplicación.

Con todo, es posible una postura distinta que afirme la función de control de garantías sobre el principio de oportunidad como un control material, es decir, como un control que no sólo se limita a la verificación de las causales invocadas sino que se extiende al respeto de los fundamentos constitucionales de esa institución. En tal dirección, resulta de mucha utilidad explorar los parámetros que debe tener en cuenta el juez al cumplir esa tarea y determinar si los fines que la Constitución configura para el proceso penal, constituyen referentes para el ejercicio de tal control. De ser así, se contribuiría a que ese ámbito de la función judicial se sustraiga del decisionismo y del intuicionismo y, en su lugar, se someta a criterios objetivos y susceptibles de verificación. De este modo, se fomentaría un ejercicio legítimo del principio de oportunidad y un control judicial integral y eficaz.

De allí que el objetivo general de este trabajo radique en suministrar a los jueces de control de garantías criterios que les permitan cumplir adecuadamente su función respecto de la aplicación el principio de oportunidad. En esa dirección, como objetivos específicos se pretende, de una parte, determinar que en el sistema procesal penal colombiano, a pesar de no estar expresamente consagrados, sí existen elementos para el control judicial del principio de oportunidad; por otra parte, determinar que de los fundamentos constitucionales del proceso penal se infieren los fines para cuya realización tal proceso se promueve y, finalmente, establecer que esos fines constituyen parámetros para el ejercicio de ese control.

La secuencia que se seguirá en esta exposición será la siguiente: en primer lugar, se realizarán algunas consideraciones sobre los fundamentos constitucionales y la estructura básica del proceso penal colombiano. En segundo lugar, se indicará cuáles son los fines constitucionales del proceso penal y su ámbito de influencia en la aplicación del principio de oportunidad. En tercer lugar, se determinará en qué consiste la función de control de garantías consagrada por el constituyente como parte integral del nuevo proceso penal colombiano. Y, en cuarto lugar, se relacionarán el principio de oportunidad y los fines constitucionales por él interferidos con la función de control de garantías. En este punto se establecerá la incidencia de esos fines en el control de este principio, que es el propósito central de este trabajo.

II. LOS FINES CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL COMO PARÁMETROS DE CONTROL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

A. El marco constitucional del proceso penal colombiano

Durante mucho tiempo se asumió que la legitimidad del proceso penal estaba determinada por el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley. Esta forma de ver las cosas encontraba su razón de ser en la estructura y el dinamismo propios del estado legal de derecho como forma de organización política y en el formalismo jurídico como alternativa hermenéutica. No obstante, esa visión del proceso penal cambió de manera sustancial con el moderno constitucionalismo pues por virtud de éste la legitimidad de las instituciones ya no se determina a partir del cumplimiento del rigor formal fijado por la ley, sino por el respeto y la realización del sistema de valores, principios, derechos y deberes consagrado en las cartas políticas. De este modo, la legitimidad del proceso penal ya no se infiere a partir del solo tenor literal de la ley, sino fundamentalmente a partir del cumplimiento de la teleología que para él se infiere de los textos superiores.

En Colombia, la Constitución Política de 1991 suministra claros fundamentos para esa concepción del proceso penal y lo hace, en primer lugar, desde el sistema de valores, principios, derechos y deberes en ella consagrado; en segundo lugar, al fijar los principios a los que debe ceñirse la Administración de Justicia y, en tercer lugar, al establecer la estructura básica de acusación y juzgamiento.

En cuanto a lo primero, hay que indicar que la justicia ha sido prevista en el Preámbulo de la Carta como un valor superior del ordenamiento jurídico, valor para cuya realización el pueblo colombiano se organizó bajo la forma de un Estado social y democrático de Derecho; que en el título I se han previsto como fines esenciales del estado la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, el aseguramiento de la vigencia de un orden justo y la protección de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de todas las perso-

nas residentes en Colombia y, finalmente, que en el título II, capítulo I, se consagraron los derechos fundamentales y, entre éstos, el cúmulo de garantías procesales que le asisten a quien se le impute la comisión de una conducta punible.

En cuanto a lo segundo, se debe tener presente que la Carta, al fijar la estructura básica del Estado colombiano, indicó, entre otras cosas, que la Corte Suprema de Justicia, los tribunales, los jueces y la Fiscalía General de la Nación “administran justicia”, y luego, en el título VII, al regular la rama judicial, indicó que sus decisiones son independientes, que en las actuaciones prevalecerá el derecho sustancial, reconoció como fundamental el derecho de acceso a la Administración de Justicia y consagró los principios de autonomía y sujeción al imperio de la ley.

Y en cuanto a lo tercero, la Carta, tras la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, estableció la estructura básica de acusación y juzgamiento, asignó roles a la policía judicial, a la Fiscalía General de la Nación, a los jueces de control de garantías y a los jueces y tribunales de conocimiento. Lo hizo de tal manera que especializó a la Fiscalía en la investigación de los delitos, como regla general concentró las funciones restrictivas de derechos en los jueces de control y radicó el juzgamiento en jueces independientes y autónomos.

De acuerdo con ello, en la democracia constitucional colombiana el proceso penal ya no es una misa pagana en la que, en el altar de las formas procesales, se sacrifican la verdad y la justicia. Por el contrario, el proceso penal se asume como un escenario de afirmación de la legitimidad de esa forma de organización política y del derecho como alternativa de vida civilizada. Es decir, el proceso penal es un ámbito de expresión del poder político y, al tiempo, un espacio de reconocimiento de derechos ciudadanos. Como centro de expresión de poder y de reconocimiento de derechos, el proceso penal debe sujetarse a unos fundamentos y a unos límites impuestos por la Carta Política. De allí que el proceso penal constituya un método en el que, a través de distintas etapas teleológicamente dirigidas y en un marco de profundo respeto de los derechos de los intervinientes, se averigua la verdad en relación con la comisión de una conducta punible, y se lo hace como presupuesto para la emisión de una decisión justa.

En este orden de ideas, esos distintos niveles constitucionales de fundamentación suministran elementos de juicio para afirmar que el proceso penal es un ámbito de realización de la justicia; que en él, como presupuesto previo, se averigua la verdad en torno a los hechos sometidos a investigación y juzgamiento, y que en él están llamados a realizarse los derechos de los distintos intervinientes, bien se trate de imputados o víctimas.

Como una necesaria consecuencia del valor normativo de la Constitución, esa fundamentación constitucional es vinculante para el proceso penal y para todas sus instituciones. Por ello, ninguna figura procesal puede considerarse fuera de ese con-

texto y de allí que, independientemente de la institución específica de que se trate, siempre deberá asumirse como un instrumento concebido para la realización de la justicia penal.

B. Los fines constitucionales del proceso penal

De la fundamentación constitucional del proceso penal se infiere que éste se orienta a la realización de unos fines superiores, fines que, como lo ha advertido la doctrina, se circunscriben a la aproximación razonable a la verdad, el respeto de los derechos de quienes en él intervienen, la realización de la justicia y la flexibilización razonable de las normas penales sustanciales¹.

La aproximación a la verdad es un fin constitucional del proceso dado que la aplicación del Derecho exige como presupuesto el conocimiento de los hechos sometidos primero a investigación y luego a juzgamiento. De allí que ninguna decisión definitiva pueda tomarse en el proceso si no se tiene un conocimiento al menos aproximado de la secuencia fáctica acaecida y sometida a valoración y decisión judicial.

El respeto de los derechos de las personas que intervienen en el proceso penal, ya en calidad de imputados o de víctimas, es también un fin del proceso pues unos y otros son titulares de unas garantías procesales y de unos derechos sustanciales que por mandato superior expreso deben reconocerse. En este punto se debe destacar que al proceso penal ya no sólo le interesa rodear de garantías al imputado, sino también atender las legítimas demandas de las víctimas de las conductas punibles pues, como lo ha indicado la Corte Constitucional,

Una concepción de los derechos de la víctima en el proceso penal, que sea consecuente con los cimientos del moderno constitucionalismo, no puede más que reconsiderar las limitaciones que afectaban su comparecencia al proceso y afirmar, sin ambivalencias, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación; reformular los espacios generados para su intervención y revalidar el compromiso estatal de no defraudar la legítima expectativa de realización de esos derechos pues ella traduce, para un espacio particular, la realización de la democracia constitucional como Estado de justicia².

La realización de la justicia es un fin constitucional del proceso que viene determinado por la asunción misma de una democracia constitucional como Estado de justicia.

1 GERARDO BARBOSA CASTILLO. "Estructura del proceso penal. Aproximación al proceso penal colombiano", y JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ. "Prueba ilícita y regla de exclusión", en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004, pp. 43 y ss. y 307 y ss.

2 Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2004, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Es decir, el proceso penal no se adelanta para agotar un ritualismo vacío de contenidos sustanciales. Lejos de ello, el proceso penal se promueve para atender las demandas sociales de justicia y de negación de la impunidad planteadas por el delito, pero también para sostener la presunción de inocencia que ampara a quienes han sido ajenos a la comisión de conductas punibles.

Por último, la flexibilización de las normas sustanciales es un fin constitucional del proceso que encuentra asiento en el principio de proporcionalidad. Por virtud de él se procura mantener una relación de equilibrio entre los costos político criminales del funcionamiento del sistema penal y sus niveles de eficacia. Por ello, bajo determinadas condiciones, es posible que se restrinja la aplicación de ciertas normas sustanciales pues su rígida aplicación generaría costos institucionales que afectarían la eficiencia del sistema. Casos paradigmáticos de la realización de este fin constitucional del proceso penal son el principio de oportunidad y las negociaciones y acuerdos entre la Fiscalía General y la defensa.

Entonces, estos son los cometidos que deben alcanzarse en el proceso penal, tanto desde una perspectiva general del proceso como unidad, como desde una perspectiva particular en consideración a instituciones procesales determinadas. Por ello, el proceso penal será legítimo si realiza esos fines y será ilegítimo si se distancia de ellos.

C. La función de control de garantías

La función de control de garantías es quizá la mayor novedad del nuevo proceso penal. Como se indicó en precedencia, en una democracia pluralista el proceso es un método para la averiguación de la verdad y la realización de la justicia con ocasión de la comisión de una conducta punible que plantea la necesidad de respetar los derechos fundamentales de quienes en él intervienen. Ahora bien, en las democracias modernas los derechos fundamentales sólo pueden ser interferidos por autoridades judiciales pues sólo éstas satisfacen las exigencias de estricta sujeción a la ley, autonomía e independencia como presupuestos para la toma de decisiones imparciales. Por ello, cuando en el proceso penal existe la necesidad de restringir un derecho fundamental, esta decisión debe proceder no de la instancia de investigación sino de un juez pues así lo exige la reserva judicial de las libertades públicas como principio consustancial a un estado constitucional de derecho.

Podría argumentarse que esta función no es estrictamente judicial en tanto no involucra el ejercicio de poder jurisdiccional mediante la emisión de pronunciamientos que resuelven conflictos y que lo hacen con valor de cosa juzgada. No obstante, si bien esta afirmación es cierta, como quiera que la función de control está separada de la función de conocimiento, no por ello deja de ser función judicial ya que ésta no sólo comprende la emisión de ese tipo de pronunciamientos sino también la materialización de la reserva judicial para la interferencia de derechos fundamentales. Es decir, dado que estos derechos se asumen como fundamento y límite de los poderes públi-

cos y que su restricción no es posible sin autorización judicial, la aquiescencia para tal restricción o la convalidación de una afección ya materializada constituyen, por definición, ejercicio de función judicial en tanto salvaguardia de las libertades públicas.

En el anterior sistema procesal la función de control de garantías no estaba consagrada, ni era tampoco necesaria. Esto era comprensible: en la etapa de instrucción el sistema procesal era claramente inquisitivo y por ello la Fiscalía General de la Nación era un verdadero juez con atribuciones para restringir derechos fundamentales e incluso para dictar resoluciones con valor de cosa juzgada, tal como ocurría con la preclusión de la instrucción. Dada esa ascendencia inquisitiva de tal etapa procesal y el alcance de esas atribuciones, no era necesaria una instancia judicial de control.

Ahora, en el momento en que a la Fiscalía General de la Nación se la reformula como una instancia especializada en la investigación de las conductas punibles y, como regla general, se la despoja de la atribución de restringir derechos o se le reconoce la facultad de hacerlo excepcionalmente, surge la necesidad de una instancia funcional de índole judicial que autorice las medidas restrictivas de los derechos del imputado o que ejerza un control sobre aquellas atribuciones de esa naturaleza que de manera excepcional puede ejercer la Fiscalía. Este es, precisamente, el lugar que viene a ocupar el juez de control de garantías.

En la Constitución Política, tras la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, la función de control de garantías fue desarrollada de manera paralela a la asignación de atribuciones a la Fiscalía. Así, a esta entidad se la habilitó para aplicar el principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad; para solicitar medidas de aseguramiento con miras a la realización de tres fines constitucionales no concurrentes sino alternativos –aseguramiento de la comparecencia de los imputados, conservación de la prueba y protección de la comunidad, en especial de la víctima–; para realizar capturas, pero sólo de manera excepcional y en los términos que indique la ley; para practicar, como atribución constitucional propia, registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y para solicitar medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales (art. 250, inc. 1.º y num. 1, 2 y 3).

En cada uno de esos eventos se consagró la intervención del juez que cumple la función de control de garantías: para controlar la aplicación del principio de oportunidad; para ordenar las medidas de aseguramiento solicitadas por la Fiscalía; para realizar el control posterior sobre las capturas excepcionales y los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones que practique la Fiscalía, y para resolver las solicitudes de medidas adicionales afectivas de derechos fundamentales. Aparte de estas referencias, el constituyente hizo una más para disponer que el juez que cumpla esa función en un proceso, no podrá, en él, desempeñar también la función de juzgamiento³.

Ahora bien, una aproximación a la función de control de garantías a partir de los fines constitucionales del proceso penal permite advertir que aquella se encuentra estrechamente vinculada a estos. Tal situación tiene sentido pues la función de control de garantías no puede concebirse prescindiendo de la dirección que el sistema normativo, en su conjunto, le imprime al proceso penal. De allí por qué la función de control, en sus distintas manifestaciones, plantea la necesidad de verificar la realización de los fines constitucionales del proceso. Así, por ejemplo, en los actos de impulsión procesal, como la formulación de la imputación o la práctica de pruebas anticipadas, la función de control de garantías se circunscribe a la aproximación razonable a la verdad. Por otra parte, cuando la función se cumple respecto de las medidas restrictivas de derechos practicadas o solicitadas por la Fiscalía, ella aparece ligada al respeto de los derechos del imputado como fin del proceso⁴. Además, cuando la función de control de garantías se cumple respecto de la aplicación del principio de oportunidad, ella está directamente relacionada con la flexibilización razonable de las normas sustanciales como fin superior del proceso penal. Finalmente, el ejercicio del control con sujeción a esa teleología constitucional hace de esa función un ámbito de realización de la justicia como fin superior de la rama judicial y, en consecuencia, del Estado.

En suma, la función de control de garantías hace parte de la estructura básica de acusación y juzgamiento del proceso penal colombiano, y uno de los ámbitos en los que debe desplegarse tal función es en la aplicación del principio de oportunidad.

3 Pese a ello, todo indica que la reforma constitucional se quedó corta en el dimensionamiento de esa función pues no consagró como inherentes a ella otras facultades que en otros contextos resultan fundamentales, tal como ocurre, por ejemplo, con los estatutos de procedimiento penal de Italia y Chile. Así ocurre, en particular, con las funciones de control de la duración de la indagación previa a la formulación de la imputación; de control judicial de la acusación y de archivo de los procesos en los que no exista fundamento para formular acusación alguna. Estas tres funciones son muy importantes y su no consagración puede plantear problemas constitucionalmente relevantes o problemas prácticos. En tal sentido, por ejemplo, la no asignación de un término definido de duración a la indagación preliminar puede implicar el resquebrajamiento al derecho fundamental a que la investigación se realice en un plazo razonable, exigencia esta que no solo se infiere del artículo 29 de la Carta sino también del bloque de constitucionalidad en tanto está consagrada también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos. La ausencia de control judicial de la acusación despoja al proceso de una instancia de racionalización del poder de acusar, puede generar abusos de la Fiscalía en la promoción de juzgamientos infundados y puede ocasionar un desgaste institucional innecesario. Finalmente, dado que la Fiscalía no está autorizada para archivar investigaciones y que ésta tampoco ha sido prevista como una atribución propia del juez que cumple la función de control de garantías, aquella institución se verá en la necesidad de promover imputaciones aun a sabiendas de que no hay fundamento para acusar o está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad, pues sólo de esa manera podrá generar un proceso en el que al juez de conocimiento le sea dable disponer el archivo del caso.

4 Como lo ha expuesto la Corte Constitucional, “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 judiciales 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”: sentencia C-1092 de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

D. Los fines constitucionales del proceso, la función de control de garantías y el principio de oportunidad

En este acápite se trata de establecer, con base en la integración de los argumentos expuestos en precedencia, que los fines constitucionales del proceso penal constituyen un parámetro que debe tener en cuenta el juez de control de garantías al momento de cumplir su función respecto de la aplicación del principio de oportunidad. Para ello se realizará una breve contextualización del principio de oportunidad, se advertirán algunas situaciones constitucionalmente relevantes derivadas de su regulación legal y se resaltarán la necesidad de que el juez de control verifique que en la aplicación de ese principio se mantenga el equilibrio entre los varios fines constitucionales del proceso penal.

1. El principio de oportunidad

Este principio es característico del sistema procesal penal anglosajón, pues en éste se asume como el ejercicio de una discrecionalidad administrativa en la investigación de los delitos, está exento de controles jurídicos pero se somete a control político. De manera progresiva, esa institución ha sido adoptada también, aunque con algunas matizaciones, por el sistema procesal penal continental europeo y por su área de influencia. En este modelo, el principio de oportunidad constituye una excepción al principio de legalidad, su aplicación está regulada por la ley, está sometido a límites y es susceptible de control judicial⁵.

En Colombia este principio consiste en la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal por razones político criminales. Se trata de un supuesto en el que no hay lugar a la aplicación de normas sustanciales, pero no por el ejercicio de una amplia discrecionalidad del órgano de investigación, tal como ocurre en otros contextos, sino en consideración a razones de política criminal concebidas por el constituyente y desarrolladas por el legislador. Es decir, el principio de oportunidad no remite al ejercicio de una discrecionalidad administrativa sino al despliegue de una atribución judicial reglada y sometida a control.

La recepción constitucional que se ha hecho en Colombia del principio de oportunidad guarda más similitudes con el modelo continental europeo pues así se infiere de la vigencia del principio de oportunidad como una excepción a la regla general constituida por el principio de legalidad, de la configuración legal de una relación taxativa

5 DARIO BAZZANI MONTOYA. "Estructura del Proceso en el Nuevo Código de Procedimiento Penal", *Revista Derecho Penal y Criminología*, "III Foro: Estado Actual de la Justicia Colombiana: Reforma al procedimiento penal: Sistema Acusatorio", vol. XXIV, n.º 74, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 11 y ss.

de causales en las cuales hay lugar a su aplicación y de su sometimiento a control judicial automático. No obstante, pese a su detenida consagración constitucional y a su amplia regulación legal, no deja de ser una institución problemática pues plantea muchas tensiones con principios como los de legalidad e igualdad en la aplicación de la ley penal y, al tiempo, toca con los derechos de los imputados y de las víctimas de las conductas punibles. De allí la necesidad de potenciar el control judicial de su aplicación⁶.

2. Situaciones relevantes

En la regulación legal del principio de oportunidad se advierten varias situaciones que resultan relevantes para efectos de su control judicial. Entre ellas se encuentran las siguientes:

a. El artículo 250 superior alude al control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad. No obstante, esta alusión debe entenderse no como una simple referencia a la ley en sentido formal, sino como una remisión al sistema normativo, del que hacen parte también la Carta Política y el bloque de constitucionalidad. Este entendimiento permite advertir que el parámetro de control de ese principio no sólo está determinado por la ley, sino también por el ámbito superior de validez de ésta.

b. Según el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, hay lugar al control judicial del principio de oportunidad siempre que con su aplicación se extinga la acción penal. Esta norma plantea problemas constitucionalmente relevantes pues el artículo 250 de la Constitución, cuando consagra el control judicial de la aplicación de tal principio, no distingue aquellas hipótesis en que hay lugar a la extinción de la acción penal, de aquellas situaciones en que sí hay lugar a tal extinción para circunscribir únicamente a estas la procedencia del control. Por lo tanto, si el constituyente no hizo distinción alguna en ese sentido, al limitar el control de la manera ya indicada se estaría generando una restricción contraria al alcance del control fijado en la Carta y esa norma devendría inconstitucional.

c. Según esa misma disposición, contra la decisión del juez de control de garantías no procede recurso alguno. No obstante, de acuerdo con el artículo 77 de ese estatuto, la aplicación del principio de oportunidad extingue la acción penal. Es decir, se estaría ante una decisión con valor de cosa juzgada que no es susceptible de recursos, situación particularmente problemática frente a los derechos de los imputados y de las víctimas.

En síntesis, debe tenerse en cuenta que la Constitución y la ley suministran parámetros para el control judicial sobre la aplicación del principio de oportunidad; que el con-

6 J. BARAJA DE QUIROGA. *Instituciones de Derecho procesal penal*, Madrid, Akal, 1999, pp. 430 y ss.

trol debería proceder en todos los supuestos y no sólo cuando, en razón de la aplicación del principio, hay lugar a la extinción de la acción penal, y que el carácter impugnable de la decisión del juez de control implica que se deben extremar los cuidados en el cumplimiento de esa función.

3. El principio de oportunidad y el equilibrio entre los fines constitucionales del proceso penal

De la índole del principio de oportunidad se infiere que se trata de una institución a través de la cual se realiza, por excelencia, la flexibilización de las normas sustanciales como fin del proceso penal. Nótese que el mismo constituyente, al consagrar ese principio, permitió que en muchos supuestos de comisión de conductas punibles no se aplicaran rigurosamente las normas sustantivas que las tipifican y que las sancionan con penas. De acuerdo con esto, es la misma Carta la que permite una flexibilización razonable de tales normas sustanciales en procura de la realización de otros fines político-criminales que el constituyente estimó también como valiosos, como por ejemplo la sujeción de la inevitable selectividad del sistema penal a criterios objetivos, verificables y susceptibles de control.

Como se indicó en precedencia, la flexibilización de las normas de derecho sustancial como fin del proceso penal encuentra su explicación en el principio de proporcionalidad, es decir, en este caso, en la relación de equilibrio que debe existir entre los costos de funcionamiento del sistema penal y sus niveles de eficacia. No obstante, esta flexibilización no debe ser absoluta pues su realización debe guardar armonía con el nivel de realización de los demás fines constitucionales del proceso. Es decir, a la flexibilización de las normas penales sustanciales a través de la aplicación del principio de oportunidad sólo debe haber lugar en la medida en que no se incurra en un sacrificio desproporcionado de otros principios superiores, y de allí por qué no debe implicar la negación de la verdad de los hechos sometidos a investigación, ni el fomento de la impunidad, ni la negación de los derechos de los imputados y de las víctimas.

De acuerdo con esto, en el momento en que el juez de control de garantías cumple su función respecto de la aplicación del principio de oportunidad, a más de verificar el cumplimiento de los presupuestos legales previstos para la causal de cuya aplicación se trate, debe verificar si, no obstante la flexibilización de las normas sustanciales implícita en tal aplicación, los demás fines constitucionales del proceso penal se realizan o no de una manera razonable. Este esfuerzo de verificación plantea diversas exigencias, como a continuación se indica.

a. *En relación con la aproximación a la verdad.* Según este fin constitucional del proceso, en la investigación y juzgamiento de una conducta punible se debe establecer qué fue lo que ocurrió y también quién o quiénes intervinieron en su comisión. Estas premisas constituyen el fundamento de una decisión de fondo en cualquier

proceso penal, trátase, por ejemplo, de una cesación de procedimiento o de una sentencia. Cuando se aplica el principio de oportunidad, ese fin debe cumplirse; es decir, debe saberse qué hechos penalmente relevantes ocurrieron y quiénes intervinieron en ellos como autores o partícipes pues sólo sobre esa base es posible que la Fiscalía General de la Nación decida interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal.

De acuerdo con ello, si no se tiene claro conocimiento de los hechos penalmente relevantes acaecidos y si tampoco se cuenta con evidencias indicativas de sus autores o partícipes, no puede haber lugar a la aplicación del principio de oportunidad pues éste no es un mecanismo procesal para archivar investigaciones ineficientes sino una institución enmarcada dentro de la política criminal del Estado que permite no ejercer la acción penal en supuestos en los que se tiene claridad sobre las conductas punibles cometidas y en los que se cuenta con elementos de juicio indicativos de las personas que intervinieron en ellas.

La verificación de este fin constitucional del proceso en el control de principio de oportunidad es compatible con el régimen procesal consagrado en la Ley 906 de 2004 pues, según el artículo 287, para la formulación de la imputación se requiere de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que permita *“inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”*. Ahora, como a la aplicación del principio de oportunidad sólo hay lugar tras la formulación de la imputación, es de entender que por lo menos se cuenta con la evidencia de cargo con base en la cual se tomó esta decisión, y de allí que el artículo 327 de ese estatuto disponga que sólo hay lugar a la aplicación de ese principio *“si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría y participación en la conducta o su tipicidad”*.

En tal contexto, la verificación de este fin constitucional del proceso penal en el control del principio de oportunidad implica que el juez debe corroborar la existencia de prueba que permita determinar la conducta cometida, su relevancia penal y las personas que en ella intervinieron. Además, debe corroborar la correspondencia existente entre los hechos imputados, su adecuación típica y aquella conducta punible por la cual se va a aplicar el principio pues, por ejemplo, si se imputó el delito de lesiones personales y se pretende aplicar el principio de oportunidad en relación con él, y la prueba evidencia que se trata de una tentativa de homicidio, debe rechazar tal aplicación ya que la verdad histórica no se estaría evidenciando sino encubriendo y con ello no se estaría realizando el primer fin constitucional del proceso. Finalmente, debe corroborar que la persona en cuyo favor se aplica el principio sea aquella o una de aquellas que participaron en la comisión de la conducta punible, pues si esto no está acreditado tampoco debe haber lugar a tal aplicación.

En ese contexto, si tras la formulación de la imputación se advierte que, con ocasión del posterior trabajo investigativo, ya no existen evidencias que permitan inferir la tipicidad de la conducta o que el imputado es autor o partícipe de ella, no se puede

aplicar el principio de oportunidad pues lo que debe hacer la Fiscalía es promover una preclusión del proceso. Y ello es lógico ya que si la conducta es atípica o si no se cuenta con evidencia que dé cuenta de la autoría o participación del imputado, la acción penal debe extinguirse por eso y no por la aplicación de una facultad reglada y sometida a control judicial.

En este marco, la función de control de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, en tanto control sobre la realización de los fines del proceso penal, implica, en primer lugar, que el juez determine si en la actuación concurren elementos materiales de prueba que permitan inferir la tipicidad del comportamiento y la autoría o participación del imputado. Si este presupuesto no se satisface, el juez debe rechazar la aplicación del principio pues se estaría incumpliendo la aproximación razonable a la verdad como fin constitucional del proceso penal.

b. *En relación con el respeto de los derechos de los intervinientes en el proceso.* Según este fin constitucional del proceso, en la investigación y juzgamiento de una conducta punible deben respetarse los derechos del imputado y de la víctima. Es decir, el proceso penal de hoy ya no es legítimo sólo porque averigüe la verdad de lo ocurrido y porque, sobre esa base, imponga una pena al responsable de una conducta punible. Lo es sólo si en la realización de esos propósitos respeta las garantías constitucionales de trascendencia procesal que amparan al imputado y a la víctima. Es decir, la verdad y la justicia no se logran de cualquier manera sino respetando las reglas de juego inherentes a una sociedad en la que la dignidad del ser humano y la democracia pluralista se asumen como cimientos de la organización política y jurídica. Por ello, cuando en un proceso penal se aplica el principio de oportunidad, ese fin constitucional debe cumplirse; es decir, debe asegurarse que no se han vulnerado las garantías que amparan al imputado y que se han respetado los derechos de las víctimas o perjudicados.

Por ello, si en el curso de la actuación es evidente el resquebrajamiento de las garantías procesales o el desconocimiento de los derechos de las víctimas, no debe aplicarse el principio de oportunidad, y si la Fiscalía General procede de esa manera, el juez de control de garantías, en cumplimiento legítimo de su rol funcional, debe oponerse a ello. Y esto es entendible porque el principio de oportunidad no es tampoco un mecanismo idóneo para archivar procesos penales y hacerlo con menoscabo de los derechos de los imputados y dándole la espalda a las legítimas expectativas de la víctima, sino, se insiste, un mecanismo de política criminal orientado a la racionalización del sistema penal y, en consecuencia, puesto al servicio de la justicia.

En cuanto al respeto de los derechos del imputado hay que indicar que podría asumirse como paradójico que se verifique ese fin superior del proceso penal en una actuación en la que se renuncia al ejercicio de la acción penal y en la que, al menos en principio, no se van a producir consecuencias punitivas en su contra. No obstante, la verificación de tal fin se impone cuando se trata, por ejemplo, de causales relativas a la

colaboración con la Administración de Justicia. En este sentido, la situación más sensible se presenta cuando el principio de oportunidad se aplica en razón de que el imputado colabora con la Administración de Justicia para delatar a terceros o cuando en el curso de una negociación con la Fiscalía General acepta la imputación de unas conductas punibles bajo la oferta de aplicación del principio de oportunidad respecto de otras conductas diferentes.

En supuestos como los indicados, se podría estar ante restricciones ilegítimas de derechos fundamentales como el derecho de defensa, el debido proceso o la exoneración constitucional del deber de declarar contra sí mismo; restricciones que bien podrían repercutir en otros procesos adelantados contra el mismo imputado o contra terceros o, incluso, en el mismo proceso, cuando el principio se aplica sólo en relación con uno o unos de los delitos por los que se procede. Por ello, de verificar el juez de control tal vulneración, debe rechazar la aplicación del principio hasta tanto se garanticen esos derechos pues se trata de la realización del segundo fin constitucional del proceso.

En cuanto a los derechos de la víctima hay que indicar que ellos se materializan en el descubrimiento de la verdad, la realización de la justicia y la reparación del daño causado con el delito y que su reconocimiento constituye una exigencia impuesta tanto por la Carta Política como por el bloque de constitucionalidad, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional en las sentencias C-228 de 2002, C-04 de 2003 y C-014 de 1994⁷.

El descubrimiento de la verdad, en las condiciones ya indicadas, no sólo es un derecho de la víctima sino también un fin autónomo del proceso penal. La realización de la justicia, en cuanto negación de la impunidad, se satisface en tanto el principio se aplique con sujeción a sus fundamentos constitucionales y con estricto respeto de su configuración legal. Y la reparación del daño causado con el delito constituye un presupuesto para la aplicación del principio pues el artículo 328 de la Ley 906 dispone que el fiscal debe tener en cuenta los intereses de las víctimas, es decir, que debe condicionar la razonabilidad de su proceder a la consideración, por parte del imputado, de la situación de la víctima y sus derechos y al cumplimiento de las medidas de reparación inherentes.

En suma, en este ámbito, la función de control de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, en tanto control sobre la realización de los fines del proceso penal, impone verificar si se han respetado los derechos del imputado y los derechos de la víctima, según el caso, y, de no ser así, el juez debe rechazar la aplicación

7 Corte Constitucional. Sentencias C-228 de 2002, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET y MANUEL J. CEPEDA ESPINOSA; C-003 de 2003, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET, y C-014 de 2004, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

del principio por incumplimiento del respeto de los derechos de los intervinientes como fin constitucional del proceso penal.

c. De una primera aproximación podría inferirse una contradicción entre el principio de oportunidad y la realización de la justicia como fin del proceso penal pues si aquél implica la renuncia a la acción penal, es claro que los autores de las conductas punibles no serán penalizados por los comportamientos desplegados contra aquella.

No obstante lo expuesto, la contextualización del principio en el sistema normativo y axiológico de la Carta Política permite advertir que se trata de una contradicción aparente pues, por un parte, con él no se renuncia al conocimiento de la verdad puesto que, como se indicó, el punto de partida para su aplicación es precisamente el conocimiento de la comisión de la conducta y de los autores o partícipes. Tampoco se renuncia a la realización de la justicia pues el hecho que no haya lugar a la imposición de una pena obedece, no al propósito de mantener la conducta en la impunidad, sino al de desplegar, como un ámbito específico de la política criminal del Estado, un mecanismo de racionalización del sistema penal, que guarde una correspondencia entre sus costos y beneficios y que sujete a parámetros objetivos y verificables la ineludible selectividad del sistema penal. Finalmente, su aplicación no se opone tampoco a la reparación del daño causado con el delito, y ello es así al punto que, como se indicó, tal reparación constituye un presupuesto para su aplicación.

Entonces, si la aplicación de este principio se hace sin renegar de una aproximación razonable a la verdad, respetando los derechos del imputado y de la víctima y atendiendo la razonabilidad de la flexibilización de las normas sustanciales, tal aplicación es legítima, no constituye abuso de poder alguno, no se opone a la realización de la justicia como fin superior del proceso penal y debe ser validada por el juez que cumpla la función de control de garantías.

En este orden de ideas, el cumplimiento de la función de control de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, lejos de remitir a un examen formal de simple verificación de las causales legales de aplicación, implica, a más de ello, un proceso de verificación de la legitimidad del ejercicio de una atribución reglada de cara a los fines constitucionales del proceso penal. De este modo, si con esa decisión de la Fiscalía no se está logrando una aproximación razonable a la verdad sino encubriéndola; si se están vulnerando los derechos del beneficiado con la decisión o de otro imputado en el mismo o en otro proceso; si se están desconociendo los derechos de la víctima; en fin, si no se está realizando la justicia penal sino renegando de ella, la aplicación del principio es ilegítima y el juez debe oponerse a ella hasta tanto no se procure una relación de equilibrio entre los niveles de realización de esos varios fines constitucionales del proceso penal.

III. CONCLUSIONES

1. En la Carta Política existen tres niveles de fundamentación del proceso penal que resultan vinculantes para su configuración legal y aplicación judicial: el sistema de valores, principios, derechos y deberes en ella consagrado; los principios de la Administración de Justicia, y la estructura básica de acusación y juzgamiento.

2. El proceso penal se orienta a la realización de unos fines constitucionales determinados por la aproximación razonable a la verdad; la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio y como derecho; el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, comprendiendo el derecho del imputado a un juicio con todas las garantías y los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación y, por último, la flexibilización razonable de las normas sustanciales.

3. La función de control de garantías es una función judicial que materializa la reserva judicial de las libertades públicas susceptibles de afección en el proceso penal y que comprende el despliegue de actos de control previo, de convalidación y de impulsión procesal.

4. En Colombia el principio de oportunidad consiste en la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal por razones político-criminales, y se ha configurado como una excepción a la regla general constituida por el principio de legalidad, con una relación taxativa de las causales en las cuales hay lugar a su aplicación y con control judicial automático.

5. En el momento en que el juez de control de garantías cumple su función respecto de la aplicación del principio de oportunidad, aparte de la verificación del cumplimiento de los requisitos fijados en la causal de cuya aplicación se trate, debe verificar si, no obstante la flexibilización de las normas sustanciales implícita en tal aplicación, los demás fines constitucionales del proceso penal se realizan o no de una manera razonable. En este sentido, los fines constitucionales del proceso penal constituyen parámetros para el control judicial de la aplicación del principio de oportunidad. El esfuerzo de verificación de esos fines le impone al juez de control las siguientes exigencias:

a. Determinar si en la actuación concurren elementos materiales de prueba que permitan inferir la tipicidad del comportamiento y la autoría o participación del imputado. Si este presupuesto no se satisface, el juez debe rechazar la aplicación del principio pues se estaría incumpliendo la aproximación razonable a la verdad como fin constitucional del proceso penal.

b. Verificar si se han respetado los derechos del imputado y los derechos de la víctima. De no ser así, el juez debe rechazar la aplicación del principio por incumplimiento.

to del respeto de los derechos de los intervinientes como fin constitucional del proceso penal.

c. Verificar si el principio se ajusta a la política criminal del Estado en cuanto mecanismo de racionalización del sistema penal. De no ser así, si no existe una correspondencia razonable entre la flexibilización de las normas sustanciales y el grado de realización de la verdad y de los derechos de los intervinientes, el juez debe rechazar la aplicación del principio por incumplimiento de la realización de la justicia como fin del proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, T. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, Edersa, 1999.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME y EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET. *El proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Revista Derecho Penal y Criminología*, “III Foro: Estado actual de la justicia colombiana”, n.º 74, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- GARCÍA VALENCIA, J. *Aproximación al sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
- HENDLER, E. *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad hoc, 1999.
- JAÉN VALLEJO, MANUEL. 2000. *Los principios de la prueba en el proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, 2000.
- LÓPEZ MEDINA, D. *Nuevas tendencias en la dirección del proceso*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.
- MARÍN VÁSQUEZ, R. *Sistema acusatorio y prueba*, colección Estudios n.º 7, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2004.
- MAYER, JULIO. *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad hoc, 2000.
- MESTRE, J. *La discrecionalidad para acusar*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

O'DONNELL, D. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normatividad, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002.