SEGUIMIENTO APLICACIÓN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ANTIOQUIA

Autores:

GLORIA ELENA ÁLVAREZ SUCERQUIA

FRANCISCO JAVIER DÍAZ CAÑAS

RAMIRO SAAVEDRA MOSQUERA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
ESCUELA DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO
MEDELLIN – ANTIOQUÍA
2017

SEGUIMIENTO APLICACIÓN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ANTIOQUIA

Autores:

GLORIA ELENA ÁLVAREZ SUCERQUIA

FRANCISCO JAVIER DÍAZ CAÑAS

RAMIRO SAAVEDRA MOSQUERA

MONOGRAFÍA DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO

Director:

FABIO IVÁN REY NAVAS

Doctor en Derecho Penal

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
ESCUELA DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO
MEDELLIN – ANTIOQUÍA
2017

Nota de aceptación:

Aprobado por el Comité de Grado en cumplimiento de los requisitos exigidos por la Universidad Autónoma Latinoamericana para optar al título de Magister en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

(Nombre del Jurado)

Jurado

(Nombre del Jurado)

Jurado

(Nombre del Director)

Director del Proyecto de Investigación

Medellín, 7 de Julio de 2017

DEDICATORIA DE LOS AUTORES

Dra. GLORIA ELENA ÁLVAREZ SUCERQUIA dedica la tesis de grado a: Los dos seres que conforman mi mundo, mi hija Isabella y mi madre Rosa, a quienes debo eternos agradecimientos porque con su paciencia, amor y comprensión hicieron posible este logro profesional.

Dr. FRANCISCO JAVIER DÍAZ CAÑAS dedica la tesis de grado:

A quienes adoro con toda mi alma, que son el fruto de mis esfuerzos y la realización de mis sueños, siendo ellos mi esposa Alexandra , mis hijos Laura y Stiven que con su sacrificio compensan mis esfuerzos.

Dr. RAMIRO SAAVEDRA MOSQUERA dedica la tesis de grado a:

A mi Dios y mis padres Marcelina y Benjamín, que con su ejemplo hicieron de este ser humano una persona próspera, con principios y valores.

TABLA DE CONTENIDO

CONTENIDO

DEDICATORIA DE LOS AUTORES 4

PRESENTACIÓN 2

INTRODUCCIÓN 4

1. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE OPORTUNIDAD, PUNTO DE ENCUENTRO DE LAS DOS TEORÍAS 8

1.1 Concepto de principio 8

1.2 Origen 9

1.3 Función de los principios 10

1.3.1 Función creativa. 10

1.3.2 Función hermenéutica. 10

1.3.3 Función integradora. 11

1.4Características de los principios 11

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD 12

2.1 Concepto de principio de legalidad 12

2.2 Origen del Principio de legalidad 13

2.3 El principio de legalidad en Colombia 15

3. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD 16

3.1 Concepto de principio de oportunidad 17

3.2 Razones que justificaron la inclusión del principio de oportunidad en la carta política 19

4. FALTA DE CLARIDAD DE LA POLITICA CRIMINAL Y LA PROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA APLICAR LA JUSTICIA RESTAURATIVA. 22

4.1 Punitivismo, expansionismo del derecho penal y el principio de oportunidad como límite 28

4.2 El desmesurado crecimiento del derecho penal y la sociedad del riesgo. 33

4.3 La conducta merecedora de pena como objeto de la política criminal y el principio de oportunidad 39

4.4 Derecho penal como última ratio 40

5. El PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ANTIOQUÍA 42

6. FISCALES QUE APLICARON PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD 50

6.1 Seguimiento al principio de oportunidad en años anteriores al 2016 56

6.1 Fe de erratas ante los datos suministrados por la Seccional Antioquía 61
7. CONCLUSIONES..... 63
8. BIBLIOGRAFIA Y REFERENCIAS 68
CIBERGRAFIA 74
Leyes..... 76
9. ANEXOS..... 78

PRESENTACIÓN

La presente investigación es producto del proyecto de investigación presentado bajo la dirección de la Dra. Geovanna Vallejo en el año 2016 y desarrollado en el año 2017 bajo la tutela del Dr. Fabio Iván Rey Navas, quien como director acompaño el proceso de confección de la monografía de grado.

La propuesta tuvo como eje central Seguimiento Aplicación Principio de Oportunidad en Antioquía[1] para el año 2016, porque los investigadores se preocuparon por verificar un dato que se conocía empíricamente relacionado con la escasa aplicación del seguimiento aplicación principio de oportunidad en Antioquia.

El objetivo principal del trabajo consistió en conocer si se aplicó el principio de oportunidad en el departamento de Antioquia en el año 2016.

Los investigadores consideramos que se ha alcanzado el objetivo mediante la apropiación de los siguientes objetivos específicos:

(i) Definir los contenidos legales doctrinarios y jurisprudenciales del principio de oportunidad.

[1] Al decir Antioquía se hace referencia a los municipios que componen la seccional Antioquía distribuidos por circuitos, según la distribución territorial que ha realizado la Fiscalía General de la Nación, se incluye también, los Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior de Antioquia, Unidad especializada de Antioquia, Unidad de descongestión, unidad de descongestión ley 906 de 2004, Unidad de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, unidad de delitos contra la Administración Pública, Unidad de estructura de Apoyo EDA, Unidad Gaula Antioquia. En los Municipio se encuentran los fiscales destacados ante los Jueces Promiscuos Municipales y Promiscuos del Circuito: a Saber Abejorral, Abriaqui, Alejandría, Amaga, Amalfi, Andes, Angelopolis, Angostura, Anorí, Anza, Apartado, Arboletes, Argelia, Armenia, Belmira, Betania, Betulia, Bolívar, Briceño, Buritica, Cáceres, Caicedo, Campamento, Cañasgordas, Caracolí, Caramanta, Carepa, Carmen De Viboral, Carolina, Caucasia, Chigorodó, Cisneros, Cocorná, Concepción, Concordia, Copacabana, Dabeiba, Don Matías, Ebejico, El Bagre, Entrerrios, Fredonia, Frontino, Giraldo, Girardota, Gómez Plata, Granada, Guadalupe, Guarne, Guatapé, Heliconia, Hispania, Ituango, Jardín, Jericó, La Ceja, La Pintada, La Unión, Liborina, Maceo, Marinilla, Montebello, Murindó, Mutatá, Nariño, Nechí, Necoclí, Olaya, Peñol, Peque, Pueblorrico, Puerto Berrío, Puerto Nare, Puerto Triunfo, Remedios, Retiro, Rionegro, Sabanalarga, Sabaneta, Salgar, San Andrés, San Carlos, San Francisco, San Pedro De Uraba, San José De La Montaña, San Juan De Uraba, Santa Rosa De Osos, San Pedro, San Jerónimo, San Rafael, San Roque, San Vicente, Santa Bárbara, San Luis, Santafé de Antioquia, Santo Domingo, Santuario, Segovia, Sonson, Sopetrán, Támesis, Taraza, Tarso, Titiribí, Toledo, Turbo, Uramita, Urrao, Valdivia, Valparaíso, Vegachi, Venecia, Vigía Del Fuerte, Yali, Yarumal, Yolombó, Yondó, Zaragoza. Para este trabajo se exceptúa los Municipio del Área Metropolitana, porque estos componen la Dirección de Medellín.

(ii) muestreo sobre la aplicación del principio de oportunidad en Antioquia con base en la información que se recolectó, a través de la encuesta aleatoria que respondieron algunos fiscales de la Dirección seccional de fiscalías de Antioquia. (iii) Diagnóstico de la aplicación en Antioquía y conclusiones.

El primer objetivo específico se cumple con el desarrollo primer capítulo dedicado a definir los contenidos legales doctrinarios y jurisprudenciales del principio de oportunidad, como el primer acercamiento al tema de investigación, en tanto se requería conocer las definiciones y conceptos de algunos doctrinantes nacionales e internacionales y pronunciamientos jurisprudenciales, para luego compilarlos en el texto.

Para dar cumplimiento al segundo objetivo se realizó el muestreo a través de una encuesta que se elaboró de acuerdo al objeto de la investigación sobre la aplicación del principio de oportunidad en Antioquia, este instrumento se envió a algunos fiscales por medio de correo electrónico escogidos aleatoriamente, a algunos se les solicito por medio telefónico nos apoyara en esta tarea, ya que por sus múltiples ocupaciones muchos no respondieron el correo.

Y el tercer objetivo relativo al Diagnóstico de la aplicación del principio de oportunidad en Antioquía, se logró conforme a la tabulación y análisis de los resultados de la información consignada en las encuestas respondidas por los Fiscales.

Como podrá ver el lector el problema de investigación relativo a si se aplicó el principio de oportunidad en la Dirección de Fiscalías de Antioquia se la da respuesta concreta en las conclusiones del trabajo de investigación.

INTRODUCCIÓN

El acto legislativo 03 de 2003 en su artículo 2, reforma[2] el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia de 1991, estableciendo en primer lugar el principio de legalidad, obligando y facultando a la Fiscalía General de la Nación a adelantar el ejercicio de la acción penal, no obstante, admitiendo el principio de oportunidad como una excepción a dicha regla[3].

Este principio aplica, según circunstancias concretas establecidas en la norma[4], verbigracia, Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente, para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de

---

[2] Esta reforma radica en el cambio de sistema, donde el Fiscal únicamente tiene facultades de parte, en el proceso penal, de naturaleza adversarial. Antes sistema inquisitivo. En cuanto a la inclusión del principio de oportunidad, se aplica el modelo continental, donde el fiscal debe someterse al catálogo legal, para poder aplicar dicho principio y, la decisión será tomada por el Juez de control de garantías. Contrario al sistema anglosajón donde goza de más libertades discrecionales. Es necesario resaltar como la CORTE CONSTITUCIONAL propone que dentro del sistema procesal penal se incluyan pensamientos tan divergentes – pero no por esto excluyente -, como los de KELSEN, HART, ROSS, ALEXI, BOBBIO entre otros, ante lo cual textualmente indica: "La determinación del sentido de estas nociones se debe efectuar, por lo tanto, haciendo referencia a la forma en que ellos son utilizados por las demás normas constitutivas del ordenamiento jurídico colombiano, así como a los fines que movieron al Constituyente derivado a adoptar el artículo 5º de dicho Acto Legislativo –sin que ello signifique que la Corte pretenda adoptar una especie de "teoría jurídica local"-; se trata de aplicar distintos métodos hermenéuticos al Acto Legislativo en cuestión, para determinar el sentido de las instituciones jurídicas que en él se usan y resolver, así, el problema sobre su fuerza vinculante actual en tanto criterio de constitucionalidad - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-873 de 2003.

[3] Según, DAZA GONZÁLEZ Alfonso, En Colombia se le ha dado al principio de oportunidad, la mala connotación de ser una excepción a la regla del principio legalidad o necesidad, puesto que, mediante el principio de legalidad se tienen unas reglas ciertas y definidas que garantizan los derechos en un Estado Social de Derecho (entre otras), no obstante, al ser el principio también reglado, no beberá tomarse como excepción sino como parte integral de la misma, en este sentido cita a la Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-979 de 2005. DAZA GONZÁLEZ Alfonso. *"La sujeción al principio de legalidad procesal y reglamentación de las causales del principio de oportunidad"*. Verba Iuris 28, p. 119 a 133, julio-diciembre de 2012. Bogotá. tomado de http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/28/la-sujecion-al-principio-de-legalidad-procesal-y-la-reglamentacion-de-las-causales-del-principio-doportunidad.pdf consultado el 6 de junio de 2017.

[4] Sobre el Artículo 324 de la ley 906 de 2004. Causales de aplicación del principio de oportunidad y análisis jurisprudencial 2004-2010, ver a CARDONA. John y CASTAÑO. Jesús. *"Línea jurisprudencial. Principio de oportunidad vs derechos de las víctimas"*. Universidad de Medellín, 2011, Medellín. Consultado en http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/329/L%C3%ADnea%20jurisprudencial.%20Principio%20de%20oportunidad%20vs.%20Derechos%20de%20las%20v%C3%ADctimas.pdf?sequence=1 el 6 de junio de 2017.

delincuencia organizada o cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social (artículo 324 de la ley 906),circunstancias que, como se puede evidenciar, permiten aplicar parámetros de justicia diferentes a los encaminados a lograr la pena privativa de la libertad que no logra el fin de *resocializar*. Ello se explica en que, no en todo momento y circunstancia existe la necesidad de castigar a los infractores de la ley penal, única y exclusivamente, con pena privativa de la libertad en centro carcelario, pues esa es la última ratio, sumando a ello, que también tenemos el problema social del hacinamiento carcelario[5] de los presos en todo el territorio nacional. Con la aplicación del principio de oportunidad se logra evitar el desgaste de la justicia, de la administración pública, la sociedad y al individuo y de alguna manera, contrarrestar dificultades sociales como la congestión judicial y la demora para recibir por parte del aparato judicial, solución a los conflictos, que termina por afectar derechos como el de acceso a la justicia.

Otra de las razones es que numerosos conflictos sociales no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos tutelados, la intervención del Estado, en tanto, no hay lesión ni potencial afectación antijurídica real, transforma en innecesaria la misma, en lo que se ha llamado careciendo del necesario principio de lesividad siendo insignificante el ataque con relación al bien jurídico[6].

---

[5]*Como consecuencia del crecimiento generalizado en el número de reclusos(as), la población carcelaria y penitenciaria intramuros a cargo del INPEC (120.736) supera considerablemente la capacidad de los ERON (77.953). Teniendo en cuenta la situación descrita, al finalizar el mes de enero de 2016, los establecimientos presentaron una sobrepoblación de 42.783 personas, que conlleva un índice de hacinamiento de 54,9%. Este indicador es mayor en cuatro (4) décimas al registrado en el mes de diciembre de 2015. (54.5%)*. INPEC. Informe estadístico de enero de 2016, No. 1. Tomado de http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/01%20INFORME%20ENERO%202016_.pdf consultado el 25 de mayo de 2017.

[6] La Sala Penal de la Corte Suprema ha decantado que la lesividad *"significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado*.". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 19930. Del 21 de abril de 2004. En cuanto a la operatividad del principio de lesividad ha indicado: "*el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de que se ha hablado, hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de*

Como lo avizora el artículo 324 de la ley 906 de 2004, entre las causales para la aplicación del principio de oportunidad en Colombia, se excluye la posibilidad de aplicarlo a conductas de lesa humanidad o violaciones del derecho internacional humanitario, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando se trate de conductas dolosas en menores de 18 años. Sin embargo, estas prohibiciones no son absolutas, puesto que, con el proceso de paz y la transición que está atravesando el conflicto colombiano con las FARC, éstas podrían llegar a ser reconsideradas -y los están siendo- en pro de la paz[7].

Ahora, hay un conjunto de agentes sociales que se han convertido en los portaestandartes de la nueva ideología de la seguridad ciudadana. Ante todo, los medios de comunicación social, su avidez lucrativa en unos casos, su sesgo ideológico en otros, la lucha por los lectores o la audiencia en casi todos, les ha hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen una y otra vez en sus portadas. No importa, a tales efectos, que la imagen social que se transmita de la delincuencia y de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados descontextualizados, que se incremente sin fundamento real la preocupación y miedo por el delito y las consecuentes demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando[8].

Así, se ha creado un populismo punitivo, que enfatizan sobre temas coyunturales, produciendo gran impacto social, cada que hay un desafortunado evento en el que se

---

interrelación, como la convivencia pacífica en este caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporo espacial diferente.". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 21923 del 25 de mayo de 2006.

[7] Ha sido constante que, en negociaciones del Gobierno con grupos al margen de la ley derivados de la violencia política que vive Colombia, el Estado seda, como parte de sus esfuerzos por negociar salidas conciliadas del conflicto que, los militantes de estos grupos no sean castigados, incluso que se inserten a la vida política del país y participen activamente de cambios estructurales, como ocurriera en Colombia con el M-19 y la creación de la Constitución Política de 1991. Teniendo ahora representantes con amplio reconocimiento político como Gustavo Petro y Navarro Wolf. Dato histórico referenciado en EL ESPECTADOR. Editorial. La constitución del 91, el mejor legado del M-19. 24 de abril de 2010. Disponible en: http://www.elespectador.com/impreso/politica/articuloimpreso199833-constitucion-del-91-el-mejor-legado-del-m-19 consultado el 29 de junio de 2017.

[8] DÍEZ RIPOLLÉS José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Anuario de filosofía del derecho, 2005, no 22, p. 13-52.

presenten por ejemplo: lesiones personales u homicidios en accidente de tránsito cuando el sujeto actúa bajo el efecto de alcohol, o un delito de género, como violencia intrafamiliar o un delito sexual, riñas callejeras, hurtos en todas sus modalidades y el maltrato animal, ha influido notablemente en la tendencia al expansionismo del derecho penal[9].

Pareciera que la huida al derecho penal fuera unido al ánimo represivo, dejando de lado la función rehabilitadora y resocializadora de la pena, pretendiéndose cada vez más, que el derecho penal se aplique con mayor rigor a cada conflicto social que se presente; en contraposición a lo que ha querido el legislador desde antaño, y es que "*en la solución de los conflictos sociales haya una mínima intervención del derecho penal y que el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado debe ser el último de los recursos y así mismo, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales"*[10]

Alerta ante la cual cabe la pregunta sobre las necesidades en concreto que requiere el conflicto del que nació la conducta, ¿es necesaria solo la cárcel?, podrían haber otros mecanismos adicionales o sustitutivos que fueran efectivos en su aplicación?, y claro esta respuesta solo la podemos observar en quienes interactúan en el caso concreto.

---

[9]Definido como la doctrina política que se proclama defensora de los intereses y aspiraciones del pueblo, el populismo punitivo ha penetrado con fuerza arrolladora en los espacios de la justicia y so pretexto de sosegar los efectos de la inseguridad ciudadana y de la poca confianza en la efectividad del aparato judicial, ha logrado expandir el derecho penal, desquiciar el sistema de juzgamiento, socavar el espíritu garantista de las normas y acomodarlo a interpretaciones arbitrarias y restrictivas, ostensibles en la actuación de un amplio sector de fiscales y en las desconcertantes providencias de algunos jueces y Magistrados. FERNANDEZ LEÓN Whanda. Disponible en : https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Penal/noti-121030-01-populismo-punitivo.cshtml. consultado el 12 de febrero del 2017.

[10]La corte constitucional ha sido enfática en afirmar que "*en virtud del principio de intervención mínima, el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado debe ser el último de los recursos, y, así mismo, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales*" de tal forma que: "*i) El Derecho Penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del Derecho Penal. ii) El Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la Administración, debe preferir ésta a la penal, por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.*". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-988/06.

No debe olvidarse que desde la Carta Política se han establecido otras medidas, que, siendo una solución al caso penal, se constituyen en medidas menos drásticas y más humanizantes, como es la figura del principio de oportunidad, consagrado en el artículo 250.

1. EL ORIGEN DEL PRINCIPIODE LEGALIDAD Y DE OPORTUNIDAD, PUNTO DE ENCUENTRO DE LAS DOS TEORÍAS

1.1 Concepto de principio

Principio, según el diccionario de la Real academia española, significa base, fundamento, origen razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia. Desde el uso técnico de la palabra no debería llamarse principio, sino fundamento, ya que un principio solo existe en las ciencias exactas como las de la Lógica Matemática; En ciencias sociales, como el Derecho, existe el fundamento. Pero por el amplio uso doctrinario, aun utilizaremos esta palabra: principio.

Jorge Machicado define el principio como una proposición clara y evidente no susceptible de demostración sobre la cual se funda una determinada valoración de justicia de una sociedad y se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado.[11]

En derecho, el principio tiene una acepción que es posible delimitar, con Robert Alexy: "De acuerdo con la definición estándar de la teoría de los principios, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes

[11] MACHICADO Jorge," *¿Qué Es Un Principio?*", Apuntes Jurídicos™, 2013. Disponible en : http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/07/principio.html. Consultado el 12 de abril del 2017

grados y de que la medida ordenada en que debe cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino de las posibilidades jurídicas".[12]

Un principio constituye el fundamento de ordenamiento jurídico o las primeras normas del conjunto de las mismas, son las normas fundamentales del sistema normativo.[13]

El principio es considerado como una norma de aplicación inmediata y en Colombia, a partir de la Constitución de 1991, la teoría principialista recobra una vitalidad e importancia tal que pone de presente en todo diálogo o enfrentamiento de tesis la supremacía de los principios como soporte indiscutible en defensa de los derechos fundamentales. [14]

Como sostuviera el doctor Ciro Angarita, Magistrado de la Corte Constitucional, en la sentencia hito T-406 de 1992: Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

1.2 Origen

Un principio tiene su origen en el sistema de valores vigente en una comunidad política que se plasman por el legislador o se descubren por la jurisprudencia o la doctrina científica. Son razones verosímiles sobre los que una determinada sociedad o administrados valoran como justo.

---

[12] ALEXY Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 28, Bogotá, 2003, pág. 95.

[13]VALENCIA RESTREPO Hernán. Panorama de una monárquica general. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2016, no 97, p. 9-32., pág 20. Disponible en: https://scholar.google.es/scholar?q=definicion+de+principio+hernan+valencia+restrepo&btnG=&hl=es&as_sdt=0%2C5. Consultado el 25 de mayo del 2017

[14] ORDUZ BARRETO Claudia Patricia. El principio de legalidad en la ley penal colombiana, 2010 http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2. Consultado el 16 de febrero del 2017.

1.3 Función de los principios

Un principio sirve para cumplir con la función de: dirección, porque guía a los órganos públicos en la elaboración de la legislación; porque constituyen un firme asidero en la interpretación de las normas Algunos de estos principios se plasman en la ley o en la Constitución dando origen a las: Garantías legales y a las Garantías constitucionales, éstas últimas pueden ser: Individuales, Sociales y Estatales. Pero otros principios se quedan tan sólo como eso: principios, esperando convertirse en garantías. Un principio es el fundamento, es la base de una garantía. Un principio no es una garantía.

A los principios se les atribuyen tres funciones fundamentales: creativa, interpretativa o hermenéutica e integrativa.[15]

1.3.1 Función creativa.

Aquí los principios son fuente de ordenamiento, en su condición de fundamento jurídico – político del mismo.
”Por representar los valores bilaterales fundamentales vigentes en la sociedad, ellos dirigen la función legislativa, ejecutiva y jurisdiccional del Estado”.[16]

1.3.2 Función hermenéutica.

Se constituyen en el mejor instrumento teórico-práctico para la interpretación de las normas jurídicas, pues corrige razonablemente el problema de las antinomias y otras de otras fallas legislativas.

En otras palabras, mediante los principios y su función interpretativa se organiza el sistema al cerrar las fisuras del ordenamiento. Pero además, por constituir ellos una técnica jurídica se tornan en pauta para la resolución de problemas particulares y concretos, y en un plus

[15] BLANCO ZUÑIGA, Gilberto Augusto, Principios generales del derecho en la Constitución del 91. Revista de derecho, universidad del Norte 2002 p 259-260.
[16] VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorama de una nomoarquica general página. 20. disponible en https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6603

para la elección de los criterios de interpretación (gramatical, lógico, histórico, sistemático, comparativo, entre otros).

1.3.3 Función integradora.

Por medio de esta los principios cumplen una de las funciones más importantes pues con ellas se superan las lagunas contenidas en el ordenamiento jurídico

1.4Características de los principios

Ronald Dworking, cuando se define los principios jurídicos[17] , establece que son fines o metas, pero no entendidas como pautas que perfilen un comportamiento pues la diferencia entre un principio jurídico y una norma jurídica es la distinción lógica, porque ambas difieren del carácter de orientación que dan, es decir, mientras una regla es un mandato de carácter imperativo el principio requiere de un mandato de optimización, porque los principios no establecen una consecuencia jurídica que deba seguirse automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas al modo de las normas y se caracterizan por tener relevancia y peso en la solución de cada caso en concreto de conformidad con su orden de preferencia.

Revisten características de: preexistentes, omnipresentes, coherentes y deben atender a los criterios de completud, teleología, aplicabilidad y estructural, en atención a que los principios jurídicos guían la actividad judicial de manera muy distinta a como la guían las normas

De esta forma pasamos a analizar dos principios que parecieran contraponerse entre sí, como es la legalidad y la oportunidad para inaplicar la legalidad.

[17] Para DWORKIN los principios es una clase de estándares, diferentes de las normas jurídicas, "*desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicio referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas*". DWORKIN, Ronald; GUASTAVINO, Marta I. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984. p. 80.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como fundamento del ejercicio de la acción penal es importante abordar el concepto del principio de legalidad antes de estudiar el principio de oportunidad.

2.1 Concepto de principio de legalidad

Legalidad. Se define como: ordenamiento jurídico vigente, y exige unirse al calificativo de principio y extenderse a la vinculación positiva que se tiene con el Estado y que obliga que todos los actos y disposiciones se ajusten a derecho, pues la norma a más de ser garantista, condiciona y determina de manera positiva las consecuencias a las afectaciones de bienes jurídicos protegidos por el legislador. Bajo este tenor, ha de entenderse el principio de legalidad como el fundamento jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho. Luego, el principio de legalidad implica el fundamento o la base que resguarda a todos los ciudadanos para que se respeten sus derechos y se impongan sanciones solo por las conductas que el legislador haya calificado como punibles y que al ser delito conllevan una pena, ante el incumplimiento de las obligaciones que los rige.[18]

El principio de legalidad procesal se define como la obligación que tienen los órganos públicos de promover la persecución penal tras recibir la noticia de un hecho de apariencia punible o de dudosa tipicidad y tras la tramitación del proceso, llegar a decidir jurisdiccionalmente el caso según los preceptos del Derecho penal para poner punto final al mismo.[19]

---

[18] ORDUZ BARRETO, Claudia Patricia. El principio de legalidad en la ley penal colombiana. *Criterio jurídico garantista*, 2010, vol. 2, no 2. www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista.../6claudiaorduz.pdf. Consultado el 16 de febrero del 2017

[19] GARZON MARIN, Alejandro., y LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto (2006). Principio de oportunidad. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica. p. 23

La legalidad ha sido definida por Cafferata Nores; como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos(generalmente la policía o el Ministerio Publico) que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo, se presenta ante el aparato jurisdiccional, reclamando (o realizando) la investigación, el juzgamiento y si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar[20].

2.2 Origen del Principio de legalidad

El principio de legalidad surge por la necesidad del hombre de lograr la protección de sus derechos, es decir, por el anhelo de ser respetado como persona; pero, para obtener el amparo de la legalidad, se debió luchar contra aquellos que ostentaban el poder, que eran la minoría, pero que en todo caso dominaban y vulneraban los derechos de los oprimidos, tal situación llevó a que en la evolución de la humanidad se observen revoluciones que permiten la consagración en algunos documentos de las limitaciones que se imponen a quienes ostentaban el poder[21].

La historia muestra cómo "los derechos humanos son plasmados, por primera vez en un acta escrita, en la Carta Magna Inglesa de 1215" El documento en mención, suscrito el 17 de junio de 1215 entre el Rey o gobernante Juan Sin Tierra y los hombres libres (barones feudales, nobles y clero), reconociendo derechos como el debido proceso, la libertad, la propiedad, entre otros, permite colegir cómo el hombre, representado en ese momento por quienes ostentaban la calidad de hombres libres, empieza a limitar el poder del monarca y a consagrar derechos que debían ser respetados por los intervinientes en el acta suscrita.

---

[20] Ibídem

[21] Para GARCIA el principio de legalidad de los estados no lleva directamente a una legitimidad de la norma, por lo tanto "Cobra importancia la reconsideración de la pura legalidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, que limita la potestad legislativa de los Estados: en el fondo y en la forma. Es posible arribar a la conclusión de que la protección efectiva y eficaz de los derechos fundamentales del individuo, la preservación de la dignidad humana, el respeto a los valores que se hallan en el fundamento de aquéllos, confieren legitimidad a la ley". GARCIA RAMIREZ, Sergio. Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Revista Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No. 24. Enero-Junio de 2011. p. 202. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n24/n24a6.pdf. Consultado el: 17 de octubre de 2017.

En el artículo 39 del documento en mención se indicaba:

"Ningún hombre libre, será arrestado, o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado o molestado de alguna manera y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.[22]

Nótese que desde épocas antiguas se comienza a perfilar el debido proceso que en igual sentido y hoy en día, reviste igual importancia y significado. Teniendo en cuenta que el principio de legalidad, como se enunció anteriormente, constituye el fundamento jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a la Constitución y a la ley, es decir, al Estado Social y Democrático de Derecho, es comprensible considerar que de postulados como los consagrados en la Carta Magna, y en especial del transcrito, surgió dicho principio, por cuanto se reconocieron derechos que se debían respetar y se limitó, se insiste, el poder del monarca.

A más de este documento considerado primigenio en cuanto al principio de legalidad, y para solo mencionar algunas de las manifestaciones trascendentales frente a este tópico, es preciso recordar la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano[23], documento francés del 26 de agosto de 1789, que en el artículo 6 prescribe: "*La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por medio de representantes, a su formación. Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos*".

---

[22]CARTA MAGNA DE INGLATERRA 1215. Traducida por Ana María Velásquez. Revista de Derecho. Universidad del Norte 1996. Disponible en internet : http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2627/1740. Consultado el 22 de febrero del 2017.

[23] Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789 . disponible en : http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf. Consultado el 26 de febrero del 2017

Al momento no se ha podido conseguir en el país el núcleo esperado desde la entrada en vigencia del sistema penal con tendencia acusatoria, ha de ser por los cortapisas y talanqueras que los despachos encargados de definir le imparten para decidirlos favorablemente, es por ello que la figura ha tenido varias modificaciones legislativas, creadas con el ánimo de morigerar, como válvula de alivio a la saturación y enfrascamiento de los procesos que cursan en los despachos.

2.3 El principio de legalidad en Colombia

El principio de legalidad en Colombia tiene su fundamento en la Constitución Política, que prevé en el Preámbulo: "El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, tiene la facultad de decretar, sancionar y promulgar…" luego, la Constitución que nos rige como Norma de Normas con fundamento en sus disposiciones prevé que se deben crear las leyes pertinentes para su aplicación. Partiendo de lo antes dicho surge el ordenamiento penal que, si bien es cierto, debe castigar a quien lesione los bienes jurídicos tutelados en el Código Penal Colombiano, a la sazón la Ley 599 del 2000, también lo es que debe garantizar los derechos previstos en la Constitución Nacional, no sólo al sujeto pasivo de la acción o víctima, sino también al infractor de la ley penal así como a los demás sujetos procesales que deban intervenir con ocasión de un proceso penal.

El artículo 29 de la Constitución Política establece como derecho fundamental, entre otros, que le asisten al presunto infractor de la ley penal, el derecho al debido proceso[24]. En

[24] El debido proceso comprende: "a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley. c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso. d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables. e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de

materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea investigado tiene derecho: a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante todas las etapas del proceso; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra que han de ser recaudadas de manera lícita; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

El código punitivo colombiano, establece en su artículo 6º: Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

Con esta breve visión de lo que es la legalidad, se puede proponer que la oportunidad es la excepción a la legalidad, sin embargo esto no es absoluto, pues al contenerse en nuestra legislación la oportunidad, este forma parte de la legalidad y por lo tanto sería como un género de la especie y no una excepción a la misma[25].

3. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

---

administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo. f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-051/16.

[25] Para SANTANA VEGA: “En verdad, la aplicaci6n estricta del principio de legalidad en materia penal por parte de la Escuela Clásica, y, en consecuencia, por las legislaciones que se inspiraron en sus principios, revelo numerosas deficiencias en orden a la prevención especial (en concreto, incremento de las cifras de reincidentes). Esta situación se tradujo en una relativa «desconsagración» del principio de legalidad (v . gr. Escuela Positiva), apareciendo progresivamente una serie de técnicas tendentes a la individualizaci6n penal, algunas de las cuales son consideradas, impropiamente, como manifestaciones del principio de oportunidad (sentencia indeterminada, suspensión del fallo, condena condicional, perdón judicial . . .)”. SANTANA VEGA, Dulce María. Principio de oportunidad y sistema penal. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1994, p. 107. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46456.pdf. Consultado el: 17 de septiembre de 2017.

3.1 Concepto de principio de oportunidad

Para Yesid Reyes Alvarado con el nombre de principio de oportunidad se conoce como la facultad de no adelantar un proceso penal contra alguien, porque bajo determinadas circunstancias se considera que hay más ventajas en la renuncia a la acción penal que en el enjuiciamiento de una persona.[26]

Forero Ramírez dice: "El principio de oportunidad es la facultad reglada que radica en cabeza de la fiscalía con un control (formal, material, posterior y automático) por parte del juez de garantías, a partir de la cual puede suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, por motivos de política-criminal, conforme a las causales que consagra el Código de Procedimiento Penal, siempre y cuando exista una prueba mínima acerca de la existencia de una conducta punible y de la autoría o participación de un sujeto en la misma."[27]

Montero Aroca dice "Este pretendido principio lo que supone exactamente es conocer al titular de la acción penal la facultad para disponer, bajo determinadas circunstancias, de su ejercicio de independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible cometido por un actor determinado…La oportunidad no se refiere a los particulares y a su poder de disposición del proceso, sino que antes al contrario la oportunidad pretendida lleva a auspiciar bien la supresión, bien la limitación de la acusación en manos de los ciudadanos."[28].

Para Mestre Ordoñez "El principio de oportunidad está referido principalmente a temas de discrecionalidad política stricto sensu, pues se trata de que la fiscalía, al tomar la decisión

---

[26]REYES ALVARADO. Yesid. El principio de Oportunidad. El Espectador. 29 de mayo de 2008. Disponible en:http://www.elespectador.com/opinion/columnistasdelimpreso/yesid-reyes-alvarado/columna-el-principio-de-oportunidad . Consultado el 29 de mayo *2017*

[27] FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al estudio del principio de oportunidad. Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Universidad pontificia Bolivariana. Vol., 37, No. 106 (207) P. 139.

[28]MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón, Tirant lo Blanch, Barcelona, P. 70 – 72.

de acusar o no, valore los aspectos y consecuencias que esa decisión implica respecto de la política criminal del Estado".[29]

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 a su supuesto y consecuencias, con fundamento en motivos definidos de manera inequívoca en la ley procesal[30]

Cabe señalar que el principio de oportunidad es una excepción al principio de legalidad en cuanto que no todas las conductas punible son de persecución penal, e igualmente el ejercicio del principio de oportunidad supone descongestionar la justicia penal, en donde priman razones de utilidad pública e interés social, como también intereses de justicia por parte de la víctima.

El máximo órgano de cierre Colombiano en lo constitucional, define el principio de Oportunidad como "una institución central del sistema penal acusatorio cuya aplicación está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, bajo supervisión de legalidad del juez de control de garantías, y constituye una excepción a la obligación constitucional que recae sobre la Fiscalía y que la obliga a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos delictivos"[31]. Significando que la figura no puede girar como rueda suelta, que tiene control legal y constitucional, que su aplicación no puede ser a la ligera

---

[29]MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia. Tercera edición. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá

[30]LOPEZ MOLINA Ricardo. El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español). *Nuevo Foro Penal*, 2013, vol. 5, no 72, p. 61-81.

[31] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 738 del 23 de julio del 2008, MP Marco Gerardo Monroy Cabra Decide la corte el problema jurídico planteado sobre si la prohibición de aplicar el principio de oportunidad, contenida en el numeral 3 del art. 199 de la ley 1098 de 2006, es violatoria de la Constitución, por afectar los derechos del imputado y de la víctima. Al respecto dijo: "El legislador tiene autonomía para fijar los eventos en que el principio de oportunidad es procedente. Ello implica que también el legislador es autónomo para establecer los casos en que dicho principio no tiene aplicación. La libertad de configuración le permite establecer tanto las circunstancias en que procede como en las que no lo hace. La Corte encuentra evidente que la naturaleza de los delitos respecto de los cuales el Legislador niega la aplicación del principio

3.2 Razones que justificaron la inclusión del principio de oportunidad en la carta política

En el texto del "***Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara.*** Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política"[32], se expusieron los siguientes motivos: (i) se trata de un principio que se viene aplicando "en forma larvada", mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial; (ii) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (iii) constituye una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal; (iv) ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema americano constituye la regla y se traduce en las figuras del pleaguilty o confesión dirigida a evitar el juicio, y del pleabargaining, es decir, negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado; (v) es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y (vi) bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible[33].

---

de oportunidad justifica que se impida a la Fiscalía abandonar, renunciar o suspender la acción penal. Este énfasis especial del sistema jurídico permite entender como razonable que el legislador no autorice que la acción penal se suspenda, se renuncie o se termine cuando el delito de que se trata afecta gravemente la integridad, la libertad y la formación sexual del menor."

[32] CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del congreso No. 134 de 2002.

[33] Para LOPEZ el principio pudiera ser incluso aplicado en un marco de justicia transicional: "Como mecanismos de justicia transicional se podrían incluir el principio de oportunidad, la cesación de procedimiento, autos inhibitorios, la preclusión de la investigación, suspensión de las medidas de aseguramiento y de condenas; criterios de selección y priorización de delitos y autores, y, penas alternativas.". LOPEZ DIAZ, Claudia. Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional. Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 42, No. 117 (2012) p. 525. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a08.pdf. Consultado el: 18 de octubre de 2017.

De los debates que antecedieron la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002, en lo que concierne al principio de oportunidad, evidencia que la inclusión del mismo en la Constitución se justificaba por cuanto (i) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (ii) se descongestiona y racionaliza la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social; (iii) los modelos acusatorios americano y europeo consagran dicho principio, aunque la fórmula adoptada no responde exactamente a ninguno de ellos por cuanto el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo sino que tiene que acudir ante el juez de control de garantías e invocar alguna de las causales expresamente señaladas en la ley; (iv) en el caso de reparación integral de las víctimas, no se justifica seguir adelante con la acción penal, en especial, en delitos de contenido económico.[34]

Finalmente, en el Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el artículo 250 constitucional dispuso que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por una de las siguientes vías: denuncia, petición especial, querella o de oficio, "*siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo*. Norma constitucional que faculta a los Fiscales, para que, en un acto discrecional[35], se renuncie, interrumpa o suspenda la persecución penal, aun teniendo elementos materiales probatorios que respaldan la inferencia razonable de autoría, para dar paso a la aplicación de este principio dentro de la Política Criminal del Estado, cuya decisión está sujeta al aval por parte del Juez de Control de Garantías, con la

[34]CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso núm. 148 del 7 de mayo de 2002; **Gaceta del Congreso núm. 157 del 10 de mayo de 20**02; Gaceta del Congreso núm. 232 del 14 de junio de 2002; Gaceta del Congreso núm. 401 del 27 de septiembre de 2002; Gaceta del Congreso núm. 432 de 2002; Gaceta del Congreso 531 del 21 de noviembre de 2002 y Gaceta del Congreso núm. 110 del 11 de marzo de 2003.)

[35]Para ANGULO ARANA, los fines constitucionales del proceso como parámetro de control del principio de oportunidad. Según su concepto el principio de oportunidad es "una opción institucional del sistema de administración de justicia que supera las formalidades del proceso penal", configurándose como la "existencia de una potestad discrecional que implica la disponibilidad relativa del ejercicio de la acción penal". ANGULO ARANA, Pedro Miguel. El Principio de Oportunidad en el Perú. Lima, Palestra Editores, 2004, página 39 y 73.

intervención de la víctima y Ministerio Público y con observancia de las directrices del Fiscal General sobre el Tramite, quien debe determinar el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla sus finalidades y se ajuste a la constitución y la ley[36].

Esta figura novedosa del principio de oportunidad, como excepción al principio de legalidad, no constituye una antinomia a éste último, sino una oportunidad para el procesado, no arbitraria, sino reglada[37].

No obstante, el texto Constitucional consagrar el principio de oportunidad como una excepción al principio de legalidad, Tratadistas como Perdomo Flórez Jorge, señala que "la relación del principio de oportunidad respecto del principio de legalidad no es excluyente sino que, por el contrario, es complementaria, pues la aplicación se mueve en dos planos diferentes". Cuando se habla de conceptos indeterminados, como "interés público", no se cuenta con procederes que propicien la arbitrariedad, pues su conceptualización impone vinculaciones en tanto hace parte de principios fundamentales del Estado de Derecho"[38].

Resumiendo, el principio de oportunidad presenta las siguientes características:

---

[36]VELÁSQUEZ, Fernando. Proceso penal y principio de oportunidad. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, no 3, 2011. p. 135.
Disponible en https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/viewFile/12403/11652. Consultado el 3 de marzo del 2017.

[37] CORTE CONSTITUCIONAL.C-988 del 29 de noviembre de 2006, ponencia de Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional abordó el estudio del numeral 10 del artículo 324 de la ley 906 de 2004 Que trata sobre las causales en que aplica el principio de oportunidad. De acuerdo con lo planteado por los demandante, la Corte Constitucional debía determinar si el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 desconocía el principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior y consecuentemente los artículos 1° y 2° constitucionales por cuanto dicho numeral hacía primar "la figura excepcional de la oportunidad" en detrimento de uno de los "valores irrenunciables en la administración de justicia" como función pública, a saber el principio de moralidad de toda función estatal, con lo que se estaría lesionando la confianza de los ciudadanos en la acción del Estado. Decide declarar exequible el numeral 10, en tanto no vulnera el artículo 209 constitucional, respecto de la moralidad administrativa.

[38] PERDOMO TORRES Jorge Fernando. Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal colombiano. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, página 62 y 63

(i) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal;

(ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca;

(iii) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; y,

(iv) su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

4. FALTA DE CLARIDAD DE LA POLITICA CRIMINAL Y LA PROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA APLICAR LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

El proceso penal es un medio que permite la aplicación del derecho penal sustantivo, en donde este a su vez fundamenta el sentido y los fines que se le asignan a la pena tal cuales son la retribución y la restauración entre otros, tarea entregada a todos los órganos del poder público, a la sazón el poder ejecutivo, legislativo y judicial, que redundan en la comunidad, las partes, víctima y victimario[39] y esencialmente unas finalidades preventivas reguladas en el debido proceso estructural y probatorio Constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencial, bajo la premisa del respeto de la dignidad humana, siendo elevados los derechos humanos como categoría jurídica del derecho internacional público, teniendo en cuenta además los derechos fundamentales internos como expresión para denominar los llamados derechos humanos positivizados[40]

[36] GONZÁLEZ RAMÍREZ Isabel Ximena. Revista de Justicia Restaurativa. Sociedad Científica de Justicia Restaurativa. Pág. 15
[40] CORTE CONSTITUCIONAL T – 535 del 2015 , ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos

La legitimidad del Estado para detentar el ius poniendo parte de lo que estableció el Constituyente primario en el año 1991, que somos un Estado Constitucional de Derecho la cual tiene unas características a saber:

I. Adicción a la legalidad, todo el poder debe estar sometido al principio de legalidad que permea el ordenamiento jurídico.

II. Se presenta una tridimensional de poderes que se dividen en las tres ramas del poder público, la cual permite actuar armónicamente en equilibrio de poderes; sino hay tridimension de poderes, por antonomasia se está atacando el Estado social Democrático de derecho [41]

Ahora bien y en orden de lo anterior, Social, significa que el Estado asume una serie de obligaciones de cumplimiento de prestaciones para satisfacer necesidades. Democrático, al Estado se le reconoce una pluralidad de visiones del mundo legítimas y deben ser respetadas; es aquí donde se presenta el Estado personalista donde la persona humana es el centro de las garantías conocida como una constitución antropocéntrica

La política criminal del Estado asume legitimidad para aplicar, ejercer y detentar el poder punitivo en la medida que se fundamente en la protección de bienes jurídicos tutelados y constituye una decisión determinante en el deber del Estado de brindar una respuesta adecuada a las diferentes expresiones de la criminalidad.[42]

[41] CORTE CONSTITUCIONAL C-312 de 1997 ponencia del Magistrado Carlos Mario Isaza Serrano. La Corte Constitucional estudio la División Tripartita de Podres, Ramas del Podre Publico.
[42] BEDOYA SIERRA Luis Fernando, GUZMAN DIAZ Carlos Andrés, VANEGAS PEÑA Claudia Patricia. Principio de Oportunidad bases conceptuales para su aplicación. Fénix Media Group. 2010, Bogotá – Colombia. p. 28.

Puede decirse que en un ordenamiento jurídico habrá tantas formas de procedimiento penal, como tipos de justicia se pretendan lograr a partir del sentido o fin que se le asigne a la pena[43].

Si la persecución penal se fundamenta en un fin preventivo especial y busca la aplicación de una pena con sentido retributivo, el estado adquiere la obligación de perseguir todas las conductas que revisten las características de punibles, como asi lo ordena el Articulo 250 Constitución Política de Colombia; no necesariamente se tendrán que perseguir todas las conductas presuntamente punibles pues se posibilitan las aplicaciones de soluciones alternativas como la conciliación, la mediación, la suspensión de procedimiento a prueba, la indemnización integral como figuras de la justicia restaurativa[44].

En Colombia el ser humano ha estado gravitando en el centro de políticas públicas, la cual debe llamar la atención a todas las autoridades en un Estado Constitucional de derecho, teniendo en cuenta que la política criminal es fiel reflejo de un sistema penitenciario[45] , por lo menos así se avizora en nuestro país.

Es por ello que ante la crisis de la política criminal se le debe buscar alternativas y soluciones para resolverlo no solo desde un enfoque penal de la construcción de tipos o tipología y diseño de sanción, sino también a través de la educación, que permitan aplicar estrategias pedagógicas como bases para prevenir y evitar el aumento de la delincuencia callejera, contribuyendo a la desarticulación de las estructuras criminales que existen en la actualidad entre otros flagelos que apremian la nación.

Es hora ya de buscar el momento de la racionalización del derecho penal, que esté al servicio de la persona y de la sociedad, pues el punitivismo actual está haciendo entrar a la sociedad en una paranoia persecutora cuando lo que debe buscar el estado a través del

---

[43] DUQUE PEDROSA Andrés Felipe. Perspectivas y retos del proceso penal. Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal. Universidad Pontificia Bolivariana. p. 140

[44] Ibidem

[45] MARTINEZ, Néstor Humberto. Fiscal alerta por excarcelación de 12.000 personas en un mes. Revista Semana. 6/01/2017. Disponible en: http://www.semana.com/nacion/articulo/podrian-salir-excarcelados-12-mil-reos-el-1-de-junio-anuncia-el-fiscal-nestor-humberto-martinez/527127.

equipo interdisciplinario de la política criminal es que se le facilite al individuo el logro de ciertos finesy que se encuentre otras maneras de resolver los problemas dando la oportunidad a otras jurisdicciones y competencias como al derecho policivo, a la conciliación, a la mediación, de tal suerte que el derecho penal sea la última ratio tal cual como fue concebido y como debiera ser, amén de buscar soluciones integrales,

Los parámetros de la justicia restaurativa, brinda herramientas para participar activamente en la solución de los conflictos, donde víctima y victimario propugnen por dicha resolución de conflictos y en especial que la víctima tenga su derecho a la verdad, justicia, reparación y por ende no repetición, ajustado dentro del marco de las políticas de Estado, cabe anotar que la justicia restaurativa cambia su perspectiva respeto a la justicia formal en varios aspectos a saber: a) el principal eje del proceso es la víctima, no el victimario, b) en este sentido no se busca el castigo del victimario, sino la reparación de la víctima obviamente con el concurso del victimario; c) no exige de expertos juristas para su aplicación, por el contrario convoca a toda clase de personas que movida por un interés supremo en la ética, la justicia y la paz busquen la mejor salida a cada caso; d) no hay una definición previa de delitos y formas de castigo, no hay estándares todo lo contrario cada caso recibe un tratamiento particular de acuerdo con las persona en él involucradas; e) La única persona que sabe cómo se puede reparar el daño es la víctima, por ello se cambia la óptica de que el castigo del victimario es la reparación de la víctima; f) es el victimario quien debe asumir la responsabilidad de los daños causados y hacer esfuerzos de reparación de acuerdo con las necesidades de las víctimas y no es la sociedad en general la que asuma el costo de los daños causados; g) todo este proceso exige tiempo y recursos para que salga lo mejor posible, por ello se requiere de grupos preparados para asumir el acompañamiento de los casos; y h) no es una justicia ciega que vea a todas las personas iguales, todo lo contrario, es una justicia que busca conocer a fondo los hechos y las personas, inclinada siempre a favor de la víctima pero que brinda oportunidades al

victimario para que a través de la reparación logre pertenecer de nuevo a la sociedad y superar el estigma del delito[46].

Es en este momento donde la política criminal y la aplicación del principio de oportunidad adquieren un verdadero sentido con la reorganización del tejido social[47], propugnando por racionalizar el derecho penal valorando el grado de lesividad y gravedad de la conducta punible.

Una de las principales diferencias que presenta el sistema de Justicia Restaurativa en relación al modelo tradicional de Justicia refiriéndonos a la retributiva, es entendido como proceso transversal de comunicación, este nuevo paradigma se centra en un diálogo acerca del suceso del tipo penal entre las partes, que permite contestar a preguntas como: ¿Cuál es el daño?, ¿qué debe hacerse para repararlo? y ¿quién es el responsable de hacerlo[48]? de tal suerte que si el victimario acepta su responsabilidad por el daño causado frente a la víctima, genera una prevención especial con respecto al sistema tradicional de justicia criminal[49]

Parece indicar que la política criminal más allá de la racionalidad, sistematicidad y serenidad que debe inspirarla, ha cedido a las voces enardecidas de la verdad criminal, distara del lejano norte de devolver a la sociedad la esperanza y el orden perdido, pues algunos sectores de la sociedad, están recurriendo a la ley del más fuerte para resolver conflictos y para establecer un dominio basado en un ejercicio arbitrario del monopolio de la violencia[50].

Desde hace varios meses uno de los funcionarios que más ha alertado sobre la inminencia de esta nueva excarcelación es el fiscal general, Néstor Humberto Martínez y es precisamente por la falta de una verdadera política criminal y en ese sentido no han sido

---

[46] BRITTO RUIZ Diana Justicia Restaurativa. Reflexiones Sobre la Experiencia de Colombia P 8 y 9.
[47] DUQUE PEDROSA Andrés Felipe Perspectivas y retos del proceso penal. Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal. Universidad Pontificia Bolivariana. P. 141
[48] GORDILLO SANTANA Luís F. La Justicia Restaurativa y la Mediación. P.61
[49] GONZALEZ Ramírez Isabel. Sociedad. Científica de Justicia Restaurativa
[50] DURSTON John. Que es el Capital Social. División del Desarrollo Social. Santiago de Chile Julio 2000. P.16

pocos los escenarios en los que el jefe del ente acusador ha advertido sobre lo que está por ocurrir.

Ha admitido el fiscal general de la nación, doctor Néstor Humberto Martínez que el sistema penal con tendencia acusatorio colapsó, a tal punto que eso va a dar lugar a excarcelaciones masivas pues hoy día hay represadas 112.000 audiencias en todo el país, refiriéndose a que como resultado que el sistema judicial actual colombiano no tiene alternativas y es proclive como se dijo al colapso.

Para el fiscal general los delitos deben merecer un tratamiento diferente donde necesariamente no implique la detención del infractor, el gran problema es que como no hay política criminal clara se volvió común hacer tabla rasa con todos los delitos, desconociéndose lo que implica lidiar con problemas como el hacinamiento en los penales.

Paradójico suena, pero el conflicto es propio de la naturaleza humana y casi impensable una sociedad sin conflictos, ya que este representa los intereses, el cambio y la evolución necesarios para la especie humana, es por ello que el estado debe intervenir mediante diferentes políticas serias por ejemplo con fines de justicia restaurativa, preventiva, disuasivos y reactivos, en donde las relaciones entre los miembros de la sociedad continúen existiendo de manera horizontal más allá del problema concreto que es objeto del delito y que las partes entiendan que no hay vencedores ni vencidos, lo que no implica que el Estado deba dejar al lado sus obligaciones y funciones, que no sean impuestas sino a través de un gran pacto social con participación de todo el pueblo Colombiano.

Es por ello que la forma más sencilla de definir la justicia restaurativa es que es una justicia de arraigo comunitario, que entiende que el delito y los conflictos suceden en el contexto social y por ende la búsqueda de resolución de conflictos están en la comunidad misma, reconoce así una dimensión humana del delito y procura hacer, en materia jurídica, un acercamiento al sistema reconociendo la normatividad y en materia social, la

recomposición del tejido social roto, buscando salidas creativas al delito, buscando que la víctima sea reparada, pero sobre todo que las relaciones sociales sean restauradas[51]

en el mismo orden de ideas , el principio de oportunidad supone la disponibilidad de la acción penal, es decir, la facultad para decidir sobre el ejercicio de la acusación, de tal manera que concibe en sí mismo el no ejercicio de la persecución penal por parte del aparato represor estatal de ciertas conductas punibles que no revisten cualidades o matices que interesen a los sectores sociales desde los bienes jurídicamente tutelados por el derecho penal y nace como un parámetro de medición para establecer criterios de importancia, trascendencia o insignificancia de hechos susceptibles de reacción punitiva[52]

Finalmente la Falta de Claridad de la política Criminal y la Procedencia del Principio de Oportunidad para la Aplicación de la Justicia Restaurativa, cuya aplicación debe estar basada en una justicia transversal dialógica en donde el eje central debe ser la comunicación y el dialogo como instrumento esencial de la solución de conflictos, respetando la dignidad de la persona, el hombre por encima de las instituciones, pero estas instituciones como órganos de cierre valga decir, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional Jurisdicciones Especiales Indigna y Militar donde primen los derechos humanos como categoría jurídica del derecho público internacional , derechos individuales, colectivos, universales, imprescriptibles, inalienables, inherentes al ser humano y por supuesto elevados a la categoría de derecho público interno, derechos positivizados, sin olvidar que la sociedad civil juega un papel prioritario y determinante en la construcción de la política criminal del Estado Colombiano.

4.1 Positivismo, expansionismo del derecho penal y el principio de oportunidad como límite

[51] BRITTORUIZ, Diana Justicia. Restaurativa. Reflexiones Sobre la Experiencia de Colombia. P19
[52] GARZON MARIN Alejandro, LONDOÑO AYALA Cesar Augusto. Principio de Oportunidad Edición Nueva Jurídica. Bogotá. 2006. P 41.

Como parte de la realidad en Colombia, el Congreso de la República ha traído reformas a la ley penal, sustancial y procesal, que muestran la intención de hacer más severas las penas y sanciones de la legislación penal, como la ley Ponce de León o la ley Rosa Elvira Cely[53], por las que se crea el artículo 104 A del *Feminicidio* y el 116 A, lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares, por mencionar algunas reformas al Código Penal Colombiano, en estos eventos.

Según Del Rosal el positivismo, esto es, la tipificación de conductas y la fijación de las penas aplicables a cada una, tiene motivación en la irrupción en el debate público y las luchas electorales, que dejan atrás, las cuestiones *científicas* sobre los fines y *efectos legítimos de las penas*, dando paso a un discurso meramente *emocional*, que concluye en la inocuización de la pena, que termina por abandonar conceptos de la ciencia social, como la reinserción, la resocialización y reintegración social, tratamiento y recuperación. Todo ello, porque la *seguridad ciudadana*, es según el autor, el nuevo bien jurídico que justifica el discurso penal actual que, deja a un lado los daños reales causados por el delito[54].

---

[53] Estas mujeres fueron víctimas de delitos contra la mujer, la primera fue víctima de un ataque con ácido y la segunda fue violada, empalada y asesinada por un compañero de estudio. Estas inspiraron la ley 1773 de 2016 y la ley 1761 de 2015 respectivamente. Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-297 de 2016, donde analiza la ley Rosa Elvira Cely, indica que no toda conducta que lleve a la muerte de una mujer puede ser considerada feminicidio y establece tres criterios, que se han discutido desde instancias internacionales, para determinarlo, *intimo o familiar:* donde se trata a la mujer como posesión, el *sexual:* donde la mujer es considerada un objeto para usar y desechar y, el *grupal o en contexto de grupos*: son homicidios cometidos en una relación grupal donde el grupo se integra por ciertas razones socio-culturales y la relación entre víctima y agresor son determinadas por las referencias internas del grupo, la dinámica existente dentro del mismo y la relación particular entre agresor y víctima. Este último es el caso de las sectas de mormones tradicionales en Texas. EEUU. Donde sus dirigentes han abusado sexualmente de mujeres y niñas de su misma organización por años, obligándolas a casarse, si el hombre lo desea, siendo niñas o a servirles a sus propósitos sexuales. En estas sectas se practica la poligamia y viven en campos cerrados para controlar a sus miembros. CADENA SER. Los líderes de la secta polígama son acusados de asalto sexual. Caso consultado en http://cadenaser.com/ser/2008/07/23/sociedad/1216779206_850215.html?int=masinfo el 11 de junio de 2017. También puede verse *La comunidad: Sin salida* en los canales de Discovery Chanel.

[54] DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, ¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2009, número 11-08, p. 08: 1-08:64. p. 08:20. Leído desde http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf. Consultado el 25 de mayo de 2017. Con inocuización, el autor hace referencia a incapacitar al delincuente a través de la pena, hacer inofensivo al autor, neutralizar su capacidad criminal y resocializarlo o rehabilitarlo. MAGALLANES, Miriam. La inocuización, frente a los delitos sexuales peligrosos, incorregibles, reincidentes. Revista Jurídica Cajamarca. Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, 2001. Cajamarca. Consultado en http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA7/inocuo.htm el 29 de junio de 2017.

Del Rosal, es partidario de indicar que, no es el delincuente el que crea problemas sociales, sino que, los problemas sociales crean delincuentes, pues la *seguridad ciudadana* en su dimensión subjetiva, *es la que determina la tolerancia, las actitudes frente a la diferencia, la que influye en las demandas de seguridad y las actitudes frente a las instituciones y el delito*[55]. El reto de la seguridad, en este sentido, es fortalecer los lazos y compromisos entre una comunidad que tiene la tendencia de debilitarlos y es por ello, que esto no se logra excluyendo al delincuente de oportunidades, separándolo lo más posible de la sociedad, que piensa que hay que colocarlo "con los suyos. Pero será que, la única respuesta al conflicto social es la represión penal, no es esa acaso la última ratio, como lo ha establecido la jurisprudencia decantada de las altas Cortes[56].

Sobre el expansionismo del derecho penal, Jesús María Silva indica que, existe una tendencia en la legislación de todos los países a la creación de nuevos tipos penales y la agravación de los ya existentes. Es por ello que acepta el hecho de que el derecho penal debe adaptarse a la realidad social, mediante la creación de nuevos tipos penales para regular conductas actuales (como los delitos cibernéticos)[57] la que denomina *expansión razonable*, pero así mismo, se deben eliminar del ordenamiento jurídico, *figuras delictivas* que han perdido su razón de ser, pero es visto que solo aplica la primera de las

---

[55] Aquella asociada al miedo y a la aceptación de las personas del riesgo de sufrir un delito (Thomé, 2004). DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2009, número 11-08, p. 08:21 y p. 08: 1-08:64.

[56]*La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales.* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-365 de 2012.

[57] el expansionismo del derecho penal puede tener génesis en la aparición de nuevos bienes jurídicos tutelables y a que el derecho penal *es un instrumento cualificado de protección* de los mismos. SILVA SANCHEZ. Jesús María. "*La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales".* p 25. Segunda edición. Civitas Ediciones. Madrid. 2001.

posibilidades[58], haciendo de los sistemas penales de los países un sinfín de reglas no adaptadas al contexto social. Mediante la expansión del derecho penal se busca, un permanente recurso para darle salidas a los conflictos sociales -de manera aparente y con la finalidad de legitimación social-, en manos de la *superestructura jurídico-política,* cuando ello puede depender más de los modelos sociales, resulta pues, irracional equiparar las demandas de protección a las de punición[59].

Como es obvio, el impacto social que causan ciertos hechos noticiosos que los medios de comunicación se centran en hacer visibles, cada que hay un desafortunado evento en el que se presenten por ejemplo: lesiones personales u homicidios en accidente de tránsito, o un delito de género, como violencia intrafamiliar o un delito sexual, riñas callejeras, hurtos en todas sus modalidades y el maltrato animal, que generan condenas sociales que, dan a nuestros legisladores la falsa idea de que penas más altas y la tipificación de delitos "nuevos"[60] es la solución al problema social, de la violencia de género, continuando con el ejemplo propuesto.

El proceso que deben hacer los medios para trasmitir los hechos noticiosos, tiene una depuración, que ellos mismos realizan. En primer lugar está, la elección entre los eventos que serán noticia; jerarquización de la noticia, según su relevancia y la conversión de la noticia en tema de debate social, ello debido a que todos los acontecimientos no pueden llegar a ser trasmitidos. Estas selecciones noticiosas, se hacen según criterios de interés de la audiencia o interés periodístico y los intereses socioeconómicos, que son aquellos que no

---

[58] SILVA SANCHEZ. Jesús María. "*La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales".* p 20-21. Segunda edición. Civitas Ediciones. Madrid. 2001.
[59] ibidem. p. 21-22.
[60] Se afirma esto, en el sentido de que, por ejemplo, el feminicidio ya había sido una conducta tipificada como agravada del delito de homicidio en el numeral 11 del artículo 104 del Código penal, donde se indicaba *"si se cometiere en una mujer por el hecho de serlo",* numeral que fue derogado, pues ya es tipificado como feminicidio en el artículo 104 A. Según LAGUNA. Juliana, *algunos Estados de la región han incorporado en sus legislaciones el tipo penal de feminicidio o femicidio, entre los que se encuentran Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y recientemente, Colombia. Otros Estados contemplan como agravante de la pena el cometer un homicidio por razones de género, como Argentina y Venezuela.* LAGUNA, Juliana. "EL DELITO DE FEMINICIDIO: APLICACIÓN DEL NUEVO TIPO PENAL A PARTIR DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO". Universidad de los Andes, Bogotá, 2016. Tomado de https://documentodegrado.uniandes.edu.co/documentos/9358.pdf el 29 de junio de 2017.

benefician o perjudica los intereses que representa ese medio. Los medios de comunicación, como empresarios, ostentan intereses económicos y políticos que muestran la tendencia de los medios a favorecer las elites sociales, dándole prevalencia a ciertos eventos noticiosos, como los de criminalidad, gracias a que la humanidad siempre ha tenido cierto interés a ver –presenciar- el castigo del otro, a mirar la violencia que se presenta de manera cruda, eventos que pasaron de las plazas públicas a los medios de comunicación. Según Juan Fuentes, los medios masivos de comunicación (televisión, radio y prensa) *Son favorecedores de mantener el status quo socioeconómico e institucional, e instrumentos de la actividad cotidiana de los gobiernos y especiales mecanismos de intervención en procesos electorales*[61], adicionalmente, que propugnan los ideales del capitalismo como el consumismo (moda, marcas, modelos de conducta, etc.

Samuel Escobar, divide la expansión de derecho penal, en una arista cuantitativa y otra cuantitativa, la primera se da en la ampliación del *catálogo* de normas con la creación de nuevas conductas punibles, sino también mediante las agravaciones a las penas y circunstancias de ejecución penal existentes. En cuanto a la segunda, se hace referencia a la aplicación de los principios de la política criminal en *la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías*[62].

Dentro de su estudio –este autor- también determina las causas de expansión del derecho penal, pueden describirse como objetivas (aquellas que fácticamente se encuentran representadas y no existe discusión sobre ellas) aquí se describe la *sociedad del riesgo*, con la que se hace referencia a la tecnología, la industria, genética, biología que ponen en riesgo constante los individuos y un incremento de los delitos de comisión por omisión y la identificación del *otro* como *fuente de riesgo*.

---

[61] FUENTES OSORIO, Juan L. Los medios de comunicación y el derecho penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-16, p. 16:1-16:51 y p. 16:03. p. 5-6. Disponible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf ISSN 1695-0194 [RECPC 07-16 (2005), 4 nov]. Consultado el 7 de junio de 2017.

[62] ESCOBAR, Samuel. "El expansionismo del derecho penal. Análisis de las capacidades auto-restrictivas de los sistemas modernos del delito a partir de la libertad de expresión". P. 35-36. Sin año o editorial o universidad. Consultado en http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1263/72345789-2009.pdf el 8 de junio de 2017.

4.2 El desmesurado crecimiento del derecho penal y la sociedad del riesgo.

El discurso de la sociedad del riesgo es un concepto explicativo de la moderna sociedad posindustrial, que en opinión de Beck[63] ha derivado en una comunidad del miedo, sustentada en la percepción del riesgo como un factor omnipresente en la vida cotidiana. Este discurso ha servido de fundamento de una mayor intervención punitiva, en la medida en que el inicial concepto teórico descriptivo de carácter sociológico ha mutado a uno político –justificativo e inclusive de validez jurídica en algunos discursos penales.

Este discurso ha contribuido a la ampliación del ámbito en el riesgo de intervención penal, a partir fundamentalmente de la creación de tipos penales que anteponen supuestas barreras de protección a la sociedad, criminalizando procesos de explotación, producción y distribución de productos y servicios, incluso criminalizando nuevas conductas lesivas en razón de los novísimos riesgos de la sociedad actual, se trata entonces de una ampliación y no de una sustitución del ámbito de intervención penal.

En ese mismo orden de ideas, clara es la actual dogmática del delito, en relación con el expansionismo del riesgo penal, donde se ha comenzado a discutir de nuevo el concepto de acción y los presupuestos de la responsabilidad penal, buscando ahora abarcar no solo a las personas físicas o naturales, sino también a las personas jurídicas[64], el argumento basilar está basado en que el carácter doloso de un comportamiento depende del riesgo de la acción.

Respecto del desmesurado crecimiento del derecho penal[65] , donde el rasgo en efecto más característico se debe a la notable ampliación del número de supuestos que merecen intervención penal, debido al mismo dinamismo y crecimiento de la sociedad como también al rigor de la respuesta penal misma, esto se da en gran parte por los discursos

---

[63] BECK ULRICH Brater. la sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. p. 11-57

[64]ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Et Al Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Thomson-Aranzadi, 2003. p. 55-100

[65]SOTOMAYOR ACOSTA , Juan Oberto; Revista Nuevo Foro Penal, P 178 -183; volumen 10 junio 2014

políticos y jurídicos que lo fundamentan, los penalistas y criminólogos al igual que los discursos políticos que mayor relevancia han adquirido en el favorecimiento del exagerado crecimiento del derecho penal actual y que se derivan de una sociedad del riesgo, por ejemplo el discurso de los derechos humanos y el de la defensa social, estos discursos tienen distinto peso de acuerdo a la problemática específica de cada país, por ejemplo en Colombia , en temas de protección de derechos humanos jalonan en gran medida el crecimiento del derecho penal.

Este discurso propugna por una mayor intervención penal como mecanismo de protección de los derechos humanos, pero es de resaltar que es de difícil caracterización debido por un lado al amplio grado de aceptación de que goza dicho discurso y por otro lado su atomización, en tanto el mismo es utilizado como legitimación de posturas políticas diversas y de amplia aceptación por la sociedad que la ve como alivio o como única solución.

En el mismo orden de ideas los derechos humanos son un conjunto de garantías de inmunidad y prestación frente al Estado y de inmunidad frente a particulares, dicho discurso ha influenciado el crecimiento del derecho penal en la medida que el Estado tiene el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos, ergo, se plantea que los mismos contienen mandatos de criminalización, pues el Estado debe intervenir penalmente en contra de las actuaciones de sus propios funcionarios o de particulares que atenten contra el libre ejercicio de los derechos humanos, a fin de garantizar a las víctimas sus derechos inalienables de la verdad, justicia y reparación y hoy de no repetición. Así entendidos los derechos humanos se convierte en cartas abiertas a la intervención del derecho penal[66].

[66] "vale la pena anotar que en el Estado moderno, la ley como instrumento del orden público no sólo cumple un papel de cortapisa, sino también de canal facilitador de una gestión eficaz en la ta rea de promover y elevar la calidad de vida de los ciudadanos. Des de este ángulo, podría decirse que el principio de legalidad no tiene ya tanto una connotación negativa sino más bien positiva". LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la corte interamericana de derechos humanos. Boletìn Mexicano de Derecho Comparado. 2010. Vol. 43. No. 128. p. 766. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v43n128/v43n128a7.pdf. Consultado el: 16 de octubre de 2017.

Otra causa es la subjetiva (fuero interno de los que se sienten víctimas o de las que lo son potencialmente, que al final, somos todos los individuos pertenecientes a una sociedad), las personas al interior de lo social, suelen maximizar el peligro, se sienten más inseguros de lo que realmente están (objetividad). Por último, en las causas mixtas, convergen conceptos como *nuevos intereses* o la aparición de nuevos bienes jurídicos, *gerencialismo* o *gestión eficiente* de la seguridad -recursos, tratamientos, formalismo-, la sociedad de sujetos pasivos de la sociedad postindustrial como consumidores y la identificación con la víctima, la lucha por el discurso, el discurso como medio para alcanzar el poder -por ejemplo, la legislación penal-, la criminalidad de los poderosos (relación instituciones/discurso), el descredito de las instancias de protección o resquebrajamiento de la mismas haciendo del derecho penal el instrumento de la pedagogía, los gestores atípicos de la moral o mejor, aquellos grupos sociales que se conforman para defender derechos y promueven la creación de normas que protejan los derechos que estos promulgan, la actitud política socialdemócrata, y la intervención populista del derecho penal (intervención del legislador para generar buena opinión pública sobre la protección que éste está brindando, conforme a lo que la sociedad exige)[67].

Según Carrasco Jiménez, el término "expansión" usado por Silva Sánchez encuadra en un concepto muy limitado, que hace referencia a los delitos económicos, el término "inflación", en cambio, ha venido siendo utilizado por la doctrina desde antes, y es ésta última una palabra que otorga significados más amplios y completos. "Inflación penal" al igual que "expansión penal", también hace referencia al fenómeno de incremento normativo, pero se trata de un término negativo que, incluso en la economía, donde es más usado, denota aumento incontrolable, *abundancia excesiva*, en este caso de tipos penales y aumento de penas, entre otros, que revelan una falta de necesidad –penal-[68]. En sus palabras *debemos atender a la opinión de la doctrina penal mayoritaria sobre el significado del*

[67]SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto; Revista Nuevo Foro Penal, P 178 -183; volumen 10 junio 2014. p. 38-46

[68] CARRASCO JIMENEZ. Edison. Estudios Penales y Criminológicos, volumen XXXVII. *El concepto de expansión del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de "inflación" penal*. P. 39-86. p. 49. p. 61.2017.

concepto de "inflación" penal indicaría al menos, los fenómenos del incremento de la legislación penal (incriminación primaria) y el incremento del poder dispositivo del juez en la penalidad (incriminación secundaria), y que a dichos fenómenos se añade una valoración negativa del incremento, sea que esta valoración negativa se funde en su inconveniencia, en su falta de necesidad penal, o en extenderse más allá de un límite necesario[69].

Como se dijo en líneas anteriores en los últimos años se ha visto un incremento de las penas para algunos delitos, la creación de nuevos tipos penales y la implementación de medidas más drásticas. De acuerdo al Conpes 3828 de 2015 sobre Política Penitenciaria y Carcelaria en Colombia "la caracterización de la política criminal como reactiva, carente de una visión garantista de los derechos humanos, y excesivamente represiva"[70]. Estas características de la política criminal, en el último tiempo se han visto asociadas con el fenómeno de la expansión excesiva del derecho penal, la cual se evidencia en un aumento indiscriminado de delitos, abriéndole espacio a un modelo penal retributivo y dejando de lado la función resocializadora y restauradora de la justicia.[71].

---

[69] Ibídem.

[70] La Corte Constitucional en la sentencia T153 de 1998 declaró el estado de cosas inconstitucional, al considerar que la afectación de los derechos de las personas privadas de la libertad no sólo se centra en la situación de hacinamiento, sino que esta conculcación se extiende a "las condiciones de sobrepoblación, tales como el trabajo, la educación, la alimentación, la salud, la familia, la recreación, etc. En efecto, los puestos de trabajo y de educación son escasos en relación con la demanda sobre ellos "CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153/98. Dijo La Corte Además, que de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia. En la en la Sentencia T-388 de 2013, la Corte Constitucional declaró nuevamente el estado de cosas inconstitucional afirmando que este "tiene una de sus principales causas en dificultades y limitaciones estructurales de la política criminal en general a lo largo de todas sus etapas, no solamente en su tercera fase: la política carcelaria (…). Existen indicios y evidencias del recurso excesivo al castigo penal y al encierro, lo cual genera una demanda de cupos para la privación de la libertad y de condiciones de encierro constitucionalmente razonables, que es insostenible para el Estado" CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-388/13.

[71] DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Consejo Nacional de Política y Social. Compes 3828 del 19 de mayo de 2015. p. 18. En Colombia en los últimos años, se ha visto un incremento de las penas para algunos delitos, la creación de nuevos tipos penales y la implementación de medidas más drásticas, como ha sucedido con las leyes 890 de 2004, 1142 de 2007, 1257 de 2008, 1453 de 2011, 1474 de 2011, 1542 de 2012, 1774 de 2016, entre otras, sino también prohibiciones expresas que agravan la situación del sentenciado en lo atinente a la no concesión de beneficios y subrogados penales, como es el caso de la ley 1709 de 2014. Ley 890 de 2004 por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. la ley 1142 de 2007 por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan

Para DEL ROSAL, los ordenamientos penales se han transformado, de tal manera que se han introducido cambios tras unas nuevas orientaciones legales hacía "un nuevo punitivismo; en la utilización de la pena con unos fines preferentemente inocuizadores, en parte, como consecuencia del derrumbe del modelo del ideal rehabilitador y en parte también, como resultado de la irrupción del paradigma del riesgo en Derecho penal; en el puesta en marcha de estrategias actuariales de control del riesgo y finalmente, en el ejercicio del populismo penal, la conversión de la víctima en un nuevo icono de la política penal y en una novedosa forma de implicación de la comunidad en el diseño y ejecución de las políticas penales"[72].

¿Pero será que la represión penal es la respuesta idónea ante el conflicto social? ¿No es acaso el derecho penal la última ratio[73] como lo ha establecido la jurisprudencia decantada de las altas Cortes?

Sobre este tópico, La Corte Constitucional, reconoce que hay una crisis de legitimación de los sistemas penales y de la pena privativa de la libertad, fundamentado en el reparto discriminatorio del poder punitivo del estado y las débiles estructuras judiciales, veamos: es indispensable implementar mecanismos que disminuyan la violencia punitiva estatal, adoptando medidas diferentes al enjuiciamiento penal, que finaliza con sentencias

---

medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. La ley 1257 de 2008 Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. La Ley 1453 de2011 por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. La Ley 1474 de 2011 Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. La **L**ey 1542 de 2011 p*or la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. La* Ley 1774 de 2016 por medio de la cual se modifican el código civil, la ley 84 de ·1989, el código penal, el código de procedimiento penal y se dictan otras disposiciones y la Ley 1709 de 2014 Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones

[72]DEL ROSAL, Bernardo, ¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2009, número 11-08, p. 08: 1-08:64.

[73] GUERRERO PERALTA, Oscar, Fundamentos Teórico Constitucionales del Proceso Penal. Pág. 149. ¨El principio de oportunidad puede entenderse inserto en los postulados de un derecho penal liberal, que se base en las categorías de ultima ratio, merecimiento de pena y derecho penal mínimo" y presidido por el principio político-jurídico de proporcionalidad.

condenatorias y privación obligada de la libertad como herramienta ante el delito. Llama a un derecho penal con intervención de otros mecanismos, no penales de resolución de los conflictos humanos, donde se le dé mayor importancia a la intervención de los actores"[74].
De allí que es menester que los operadores judiciales, retomen principios rectores para flexibilizar y humanizar la justicia, adoptando mecanismos que no solo conlleven la resolución del caso en forma ágil, sino que satisfaga los intereses de los protagonistas en el caso concreto.

Principios, como la prevalencia de la dignidad humana, el debido proceso, el derecho del imputado a ser oído, una pronta administración de justicia que es lo que genera una cierta confianza en la ciudadanía en la respuesta del Estado, entre otros, deben aplicarse aún por encima de una regla, para la solución de los conflictos sociales, sin que se llegue necesariamente a la represión penal[75]. Porque aun no pocas personas ante la criminalidad de algunos drogadictos, ante la inseguridad ciudadana, ante el terrorismo y la tortura, reaccionan con talante unidimensionalmente vindicativo por múltiples factores individuales y sociales, presentes e históricos, aprendidos y heredados; muchas personas auscultan y aplican o desean se apliquen a los infractores las respuestas jurídicas en sentido represivo, punitivo, sin excepción[76].

---

[74] CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia de Constitucionalidad. C-387 del 25 de junio de 2014; Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, en la que se cita al tratadista Gustavo L. Vitale. suspensión del proceso penal a prueba 2ª edición actualizada.

[75]El fin del principio de oportunidad es la racionalización de la función jurisdiccional penal. La institución busca disminuir las consecuencias negativas de penas cortas de privación de la libertad, persigue la reparación de las víctimas y pretende facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas punibles, permitiendo dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa del orden social. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-738/08. En sentido de satisfacer a la víctima ROXIN advierte: "Cuando no sabemos si podemos ayudar al delincuente mediante el Derecho penal, en el sentido de una resocialización, deberíamos, por lo menos, auxiliar a la víctima. Ya esto constituiría un avance frente al derecho penal anterior, circunscrito a la penas y medidas". ROXIN, Claus. La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones. En: Jornadas sobre la reforma del derecho penal alemán. Madrid: C.G.P., 1991, p. 19 y ss.

[76] BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón. 2012. Disponible en : https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4232/pg_010-53_penales10.pdf?sequence=1. Consultado el 12 de marzo del 2017.

Es necesario cambiar la mentalidad frente a esta necesidad de pena que reclama la sociedad, a veces el remedio es peor que la enfermedad, por ello se debe acudir a la figura del perdón, este brota de lo más excelso de la persona y de la comunidad porque significa una acción valiente y audaz del hombre maduro, convencido, que prefiere sufrir la injusticia a cometerla. Quien perdona realiza un acto de libertad. Es libre si puede perdonar y no se deja dominar por la tendencia animal de la venganza. La lógica del odio y la espiral de la violencia se superan y corrigen mediante la generosidad y el perdón, creadores de paz y armonía, desde la nada y desde la injusticia[77].

Para el profesor David Garland[78] la actual sociedad con todo y su desarrollo a pasos agigantados, ha generado nuevas conductas donde insoslayablemente los estados deben reaccionar ante ellas y de alguna forma creando una cultura de control , amén de recuperar el orden social, pero esto ha sido producto del mismo desarrollo social y económico que conlleva entonces a la penalización de conductas menores, pues esos desarrollos culturales y criminológicos no se escapan de otras naciones avanzadas que igual han experimentado los cambios sociales , es por ello que las políticas criminales y la cultura del control criminal que existe hoy en día, son diferentes de las que han prevalecido en el pasado.

4.3La conducta merecedora de pena como objeto de la política criminal y el principio de oportunidad

La política criminal, tiene mucho que ver con el ámbito punitivo de la pena, como ya se ha explicado y no es necesario ahondar en el tema porque lo real es que ya se encuentra consignado en el ordenamiento positivo , que regula la misma política criminal y preguntarse si este ámbito punitivo de la pena pueda y deba justificarse, elevarse o porque no reducirse, la respuesta este interrogante está en el merecimiento de la pena.

[77] Ibídem
[78] GARLAND David; Castigo, control social y nueva modernidad. Revista Internacional de Derecho Contemporáneo. Edición junio del 2005. Bogotá. p. 35.

Claro está que la pena en Colombia cumple una función y solo se puede determinar a través de una subsunción normativa amparada en un discurso de justicia[79] pero ningún ordenamiento jurídico puede quedarse en este componente normativo de justicia porque tiene que ofrecer además un discurso de utilidad, esto en atención a que el derecho penal no es la única institución que pueda crear control social, pues existen otras instancias que pueden reaccionar de manera efectiva y quizás contundente a la lesión normativa y que toda infracción a la norma apareje pena , porque esta infracción puede ser tratada por ejemplo por el derecho civil, el derecho policivo, el derecho disciplinario o porque no por el olvido social.

Lo anterior para significar que el merecimiento de la pena tiene un doble componente, uno de justicia y otro utilitario, uno y otro deben ser estudiados por el legislador antes de hablar de criminalidad y definir por este si antepone el concepto de merecimiento de la pena o al de necesidad de la pena[80] y de esa forma establecer si el derecho penal debería ser de ultima ratio, utilizarlo solo cuando sea extremo y no haya otro remedio jurídico.

4.4Derecho penal como última ratio

La ultima ratio o extrema ratio, es entendida como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal, su norte por excelencia es que el derecho punitivo sea el último extremo , instrumento al que el legislador deba recurrir para proteger determinados bienes jurídicos pero siempre y cuando no exista otra forma de control e intimidación menos lesiva, es decir que si se logra la misma eficacia en los fines de disuasión y prevención no es necesario recurrir a la represión del derecho penal como instrumento más severo.

---

[79] De acuerdo a las funciones de pena descritas en el artículo 4 del Código Penal la Sala Penal de la Corte Suprema indica como : "la pena adquiere una connotación eminentemente preventiva, dado que se orienta a incidir activamente en la lucha contra la delincuencia, como presupuesto de protección a los bienes jurídicos en cabeza de los asociados.". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 33254 del 26 de febrero de 2013.

[80] MUÑOZ CONDE Francisco y HASSEMER Winfried; Introducción a la criminología y al derecho Penal. p. 66

No se puede dudar que el principio de la última ratio es el límite de la disposición punitiva del estado y es del legislador la capacidad de intervención en lo penal , Sin embargo en la actualidad, la sociedad colombiana se ve expuesta a una expansión del Derecho Penal**,** como ha expresado a lo largo de este trabajo , donde los principios básicos que describe el ordenamiento jurídico en lo penal se han desdibujado, hasta tal punto que la última ratio ha pasado a ser prima ratio[81], pues la jurisdicción penal se emplea como una herramienta punitiva no para castigar, sino además para prevenir ciertos comportamientos, por lo que resulta imperativo precisar cuándo debe intervenir el derecho penal pero en términos de eficiencia, urgencia y racionalidad .

El panorama en Colombia muestra, que el legislador está olvidando el principio de la última ratio del derecho penal y está acudiendo a la prima ratio, los posibles motivos ya fueron analizado a lo largo de este escrito no siendo necesario abrir un nuevo debate, lo cierto es que los juristas en función crítica y objetiva, no están haciendo recordar este presupuesto a la política criminal por lo menos en interdisciplinar la dogmática penal y las demás ciencias que interactúan con el hombre en sociedad y no el derecho penal ni mucho menos que esta sea la prima ratio.

Ahora y en el mismo orden de ideas, puede entonces pensarse qué existe relación tiene el principio de última ratio con el principio de oportunidad, en tanto el principio de oportunidad es una de las formas de contener incluso de frenar, el expansionismo del derecho penal. Ergo, de esta forma el principio de oportunidad se convierte en una de las formas de salirle al paso al expansionismo penal, puesto que interviene en el momento más importante del derecho penal, como es en la pena y esto toda vez que el principio de oportunidad comienza donde termina el proceso de responsabilización, aquel de la sentencia de inocente o culpable, pues lo que obsta es una sanción diversa a la consecuencia jurídica descrita en el tipo penal, dicho de otra forma, con la aplicación del principio de oportunidad de una forma reglada, el derecho penal vuelve a ser la última ratio.

[81] ZUÑIGA RODRIGUEZ Laura. Política Criminal. Editorial. Colex, Granada. 2001. p 254

Realidad que como vamos a ver en el apartado siguiente debe ser fortalecido con la finalidad de obtener un mayor grado de aplicación de la figura.

5. El PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ANTIOQUÍA

Interesa a la investigación establecer si en Antioquia se acoge la figura del mecanismo del principio de oportunidad, como una forma anticipada de terminar el proceso, y si los Fiscales, en ejercicio delacto discrecional[82], inician el trámite, estudiando a fondo cada una de las causales y recurriendo a su aplicación en casos, aún graves, como una forma de dar solución al conflicto sin la necesidad de llegar hasta un juicio oral, que debe evitarse habida cuenta de la congestión judicial[83]; o establecer las razones por las cuales no se activa esta facultad del sistema político criminal.

Sobre este tema, en la sentencia C 387 de 2014, el máximo órgano Constitucional en Colombia, analiza la constitucionalidad del articulo 326 literales b y d del código de procedimiento penal, explica los alcances de esta causal de aplicación del principio de oportunidad como un método de reducción del uso de la prisión y cuestionamiento al encarcelamiento como factor de reproducción del crimen.

Dice La Corte que para la descriminalización y la despenalización se puede optar por la aplicación de mecanismos sustitutivos y penas alternativas, como lo son las sanciones

---

[82] Facultad discrecional "que le impone no solamente una evaluación acerca de las causales legales de operatividad, sino que debe determinar si lo que procede es la interrupción, la suspensión o la renuncia, debiendo constatar a la vez el respeto por las garantías del investigado(C-979/05). En la sentencia C-095 de 2007 se dijo que ante la generalidad y abstracción de la ley, incluso cuando ella es clara y precisa en la descripción de las circunstancias en que es llamada a operar, exige lógicamente reconocer cierto grado de discrecionalidad al operador jurídico llamado a aplicarla. Adicionalmente, el Fiscal General goza de un poder de reglamentación general e interna para asegurar la aplicación del principio de oportunidad y funcionamiento de la justicia restaurativa, lo cual debe estar conforme a la ley y la Constitución, además estar sometido a los controles judiciales propios de los actos administrativos." CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-387/14.

[83]El Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández, reconoce la facultad de la Fiscalía General de la Nación para dar aplicación a la justicia premial como garantía del sistema, evitando con ello llevar a juicio todos los casos, dada la imposibilidad económica del estado, menciona con este propósito la conciliación pre procesal, principio de oportunidad, allanamiento a cargos, institutos que buscan dinamizar tan altos propósitos. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 42184 del 15 de octubre de 2014

penales de carácter compensatorio y reparador, teniendo en cuenta tanto al imputado como la víctima del delito en la consecución común de una vida comunitaria pacífica y evitando la continuación del trámite de enjuiciamiento penal[84].

Y porque no mirar el principio de oportunidad, como lo que es, una oportunidad que se le da a un individuo[85], que en un momento dado actúo equivocadamente, apartándose dela norma, y en vez de imponerle una sanción represora, se le imponga una sanción pedagógica y reparadora que a la postre contribuye a la resocialización de aquel, hecho que redunda en la descongestión de los Centros de Reclusión, si se tiene en cuenta la situación que desde tiempo atrás enfrenta el sistema penitenciario de Colombia, llegando a un estado de cosas inconstitucional[86].

Por ello, deben los Fiscales y Jueces de Control de Garantías[87], auxiliarse con estas herramientas constitucionales y legales que humanizan la actuación y de paso se muestre a

---

[84] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-387 DE 2014 Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. Bogotá D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil catorce (2014).

[85] El principio de oportunidad tiene como base la responsabilidad del agente en la realización de la conducta, lo que a todas luces no resulta idóneo porque el mismo no ha aceptado cargos, ni se la ha condenado mediante una sentencia, por lo tanto no es una premisa del todo cierta que este acepte la responsabilidad, lo que si corresponde tener a la fiscalía es la entidad probatoria suficiente para conocer que el sujeto ha sido autor o partícipe de una conducta típica, habilitándose en ese momento la posibilidad de la concesión.

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

[87] La competencia del juez de control de garantías en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad, significa un control de forma y de fondo, tanto en la posibilidad real del procesado para cumplir con las condiciones, como con la posibilidad que ante el no cumplimiento de las misma el fiscal deba acudir al Juez para desistir de su aplicación, o lo realice la defensa para modificar las condiciones acordadas con la finalidad de evitar se declare incumplido. Y ante la satisfacción de los requisitos, el Juez de Control de Garantías corrobore la existencia de las mismas y ordene continuar las mismas o considerar satisfecha la ejecución de las condiciones como "sanción alternativa" para extinguir la acción penal. El artículo 153 de la ley 906 de 2004 define las audiencias preliminares y en su numeral 7 señala el control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad. Este control lo ejerce un Juez categoría Promiscuo Municipal o penal Municipal, ya que debe ser distinto al Juez que adelanta el conocimiento del caso, este último puede ser Promiscuo o penal Municipal o categoría Circuito, según la naturaleza del delito. En este sentido la Corte Constitucional ha indicado sobre la Competencia del Juez de Control de Garantías: "*si bien registra un*

la sociedad que hay otras formas que conllevan a la solución de un caso penal acorde con el ordenamiento jurídico.

Este mecanismo constitucional y legal, ha sido objeto de varias modificaciones en cuanto a su reglamentación, la primera en el año 2004 mediante resolución 6657, el Fiscal General separo la competencia cuando se tratara de un delito con pena menor o mayor a seis (6) años de prisión:

Delitos mayores a seis (6) años: la competencia corresponde a los delegados especiales del Fiscal General de la Nación, a quienes desempeñen funciones de coordinador de las unidades delegadas ante Tribunales, en su correspondiente distrito.

Para delitos con pena inferior a seis (6) años la competencia radica en el Fiscal General de la Nación o en quien delegue, por la Facultad prevista en el artículo 116 No. 2. De la ley 906 de 2004.

En delitos igualmente mayores a seis (6) años de prisión para conceder la oportunidad en las causales previstas en los Numerales2, 3, 4,5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, lo haría directamente el Fiscal General de la Nación[88] o por medio de la facultad de sustitución prevista en el Numeral 2 del Artículo 116 de la misma ley que a la postre indica como una de sus atribuciones: "Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos, mediante orden motivada."

ámbito territorial por razones de distribución y organización funcional, no necesariamente debe entenderse atada, en lo que toca con el origen del asunto, a ese límite. Esto es, aunque no se discute que al juez no le es dado invadir órbitas de competencia ajenas, dígase trasladándose a sitio geográfico distinto a aquel donde le fue asignada la función, ello no significa que hallándose en la sede, no pueda resolver cuestiones propias de su atribución funcional, independientemente de su origen, cuando, precisamente, a él se acude por corresponder al funcionario disponible para atender la protección urgente o inmediata del derecho.". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 29904 del 12-06-08.

[88]Resolución 6657 del 30 de diciembre de 2004, por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad. Artículo1. En la que se asignó el conocimiento directamente al Fiscal General de la Nación de la aplicación del principio de oportunidad en los eventos relacionados con las causales previstas en los numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 9º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, bien porque la pena máxima de la conducta punible excede de seis (6) años de prisión, o si es inferior a ese límite, porque hará uso de las facultades de sustitución previstas en el artículo 116 numeral 2º de la misma ley. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 6657 del 30 de diciembre de 2004.

Para delitos en los casos de conocimiento de las Unidades Nacionales de Fiscalía, el delegado especial será el coordinador de la Unidad de Fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia[89].

Recientemente se había simplificado su trámite mediante la resolución 0-2370 de julio 11 de 2016[90],que derogo las resoluciones No. 0-6657 de 2004, 0-6658 de 2004, 0-3884 de 2009, 0-6618 de 2008, 0-3884 de 2009, 0-0692 de 2012, 0-0919 de2014,1168 de2014, en esta se consignaron expresamente los principios generales: proporcionalidad, discrecionalidad, oportunidad procesal, derechos de las víctimas estableciéndose lineamientos generales para la aplicación del principio de oportunidad, esta resolución, fue a su vez derogada por la resolución 0-4155, del 29 de diciembre de 2016, por la alta gerencia del ente acusador teniendo en cuenta las facultades que le otorga la Carta Política para participar en el diseño de la Política del Estado en Materia criminal.

A través de ésta última, el señor Fiscal General de la Nación unificó y actualizó en un solo cuerpo normativo la regulación interna sobre la aplicación del principio de oportunidad, con la intención de promover su aplicación, acogiendo las modificaciones que con posterioridad a la implementación de la figura, se fueron promulgando a través de las leyes 1312 de 2009[91], 1098 de 2006 (artículo 174) y 1474 de 2011 (artículo 13 y 40)[92]. Así

---

[89] Resolución 6658 del 30 de diciembre de 2004. Por medio de la cual se hace una designación especial. ART. 1º—(Modificado).* Designar como delegados especiales del Fiscal General de la Nación para dar aplicación al principio de oportunidad en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años en su máximo, a quienes desempeñen funciones de coordinador de las unidades delegadas ante tribunales, en su correspondiente distrito. Tratándose de las causales previstas en los numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 9º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, el Fiscal General de la Nación lo aplicará directamente o por medio de la facultad de sustitución prevista en el numeral 2º del artículo 116 de la misma ley. En los casos de conocimiento de las unidades nacionales de fiscalía, el delegado especial será el coordinador de la unidad de fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia. Excepcionalmente, de acuerdo con un examen preliminar del caso y la forma como se conduce la respectiva investigación, el Fiscal General podrá delegar especialmente la aplicación del principio de oportunidad en el mismo fiscal de conocimiento. (Nota: derogada por la Resolución 0-2370 de julio de 2016 y esta a su vez por la resolución, 0-4155 del 30 de diciembre de 2016). FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. Reglamentación del principio de oportunidad. Resolución 0-2370 de julio de 2016.

[90] Esta resolución tiene por objeto actualizar y unificar los criterios de la regulación del trámite del principio de oportunidad y promover su aplicación de conformidad con la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, en el marco de la función reglamentaria conferida al Fiscal General de la Nación en esta materia.

[91]Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de oportunidad. Modifica sus artículos 323 a 327. En el artículo 323 Se amplió la posibilidad de aplicar el Principio de

mismo acogiendo los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la aplicación de esta figura en las que se declararon inexequibles algunas normas legales relacionadas con el principio de oportunidad y se expusieron consideraciones a tener en cuenta para que su aplicación sea coherente con el orden constitucional[93].

Oportunidad hasta la etapa de juzgamiento, concretamente hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral. Igualmente se modifica la causal 1 del artículo 324 aclarando que se trata del extremo máximo de la pena prevista en el respectivo tipo penal. Abrió la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad a eventos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones consagradas en el Capítulo Segundo del Título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, lo supeditó a las causales 4 y 5, y además determinó expresamente la imposibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad a jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas. Respecto de la causal 5 con el propósito de hacer mayor claridad en torno a las condiciones bajo las cuales puede aplicarse. La parte final de la causal quinta se modificó en el sentido de que quedaran en suspenso los efectos de la aplicación del Principio de Oportunidad respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio. En el artículo 326 se incluyó la obligación de la cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el Parágrafo 2 del Artículo 324". del artículo 327 inciso primero se retira de la norma las expresiones "Siempre que con esta se extinga la acción penal" y del segundo la expresión "y contra esta determinación no procede recurso alguno" BEDOYA SIERRA Luis Fernando, Et Al. Principio de Oportunidad Bases Conceptuales para su aplicación, Bogotá 2010.

[92]Por medio de las cuales se modificaron y adicionaron las disposiciones legales relacionadas con el principio de oportunidad. artículo 174 de la ley 1098 de 2006. establece las obligaciones de las autoridades al aplicar el principio de oportunidad, la conciliación y la reparación integral de los daños en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. El artículo 13 de le ley 1474 de 2011, que modificó el artículo 68ª del código penal en lo concerniente a la exclusión de beneficios en los delitos contra la administración pública relacionados con corrupción. y artículo 40 que instituyó el principio de oportunidad para los delitos de cohecho creando el numeral 18 del artículo 324. Para MESTRE ORDEÑEZ la base del principio de oportunidad es la posibilidad que la fiscalía disponga de la acción penal: "La discrecionalidad es cada vez menos extraña a la Fiscalía General de la Nación y su reconocimiento se hace menos complicado ahora, gracias al progresivo retiro de las funciones jurisdiccionales que tenía bajo el prisma del principio inquisitivo, que inspiraba las anteriores concepciones constitucionales y legales de esta entidad.". MESTRE-ORDÓÑEZ, José Fernando. La disponibilidad discrecional de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano. Revista Universitas. Bogotá (Colombia) N° 116: 201-221, julio-diciembre de 2008. p. 201. Disponible: http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/s116/n116a09.pdf. Consultado el: 16 de septiembre de 2017.

[93] La Corte Constitucional señala como (i) Sentencias C-673 del 30 de Junio de 2005, con ponencia de Clara Inés Vargas, la Corte aborda el problema de si el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 resulta contrario al artículo 250 de la Constitución Nacional, debido a la amplitud de los términos en que se encuentra redactado. La Corte decide declarar inexequible la norma demandada porque considera, que hacer depender la aplicación del principio de oportunidad de una investigación, en cuanto *dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación* hacia otra de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, resulta de esta manera una norma completamente ambigua, indeterminada y oscura. Dice la corte que sin lugar a dudas, los términos empleados por el legislador, antes que constituir una adecuada y precisa regulación de una potestad discrecional, abren el camino a valoraciones meramente subjetivas o personales del fiscal respectivo, permitiéndole extender su aplicación de manera general a todos los casos que considere posibles sin restricción alguna, contrariando de tal manera la aplicación excepcional del principio de oportunidad así consagrado en el artículo 250 de la Constitución. (ii) C979 de 2005, Declara inexequible

La resolución en cita, exige para la aplicación del principio de oportunidad que el Fiscal fundamente los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, propios de la técnica de la ponderación[94]. Igualmente, en el capítulo II establece el trámite para la aplicación del principio de oportunidad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, explica su procedimiento en forma detallada y en el capítulo III, establece las reglas para que se aplique en los casos que contempla la ley de Justicia y paz[95].

---

la expresión *"siempre que con esta se extinga la acción penal"* del artículo 327 de la Ley 906 de 2004 y Declara exequible el artículo 330 de la Ley 906 de 2004.(iii) C-095 del 14 de Febrero de 2007, con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra, se demandan los numerales 4, 5, 6, 9, 11, 12, 15 y los parágrafos 1 (parcial) y 3, del artículo 324 de la Ley 906 de 2004. El demandante en esta sentencia presenta una serie de cargos genéricos frente a todas las disposiciones demandadas y posteriormente realiza anotaciones puntuales sobre cada una de ellas, por esta razón la Corte Constitucional, igualmente primero realiza una serie de consideraciones genéricas y luego si se refiere en particular a la constitucionalidad o no de cada disposición. Decide declarar la exequibilidad de las normas demandadas y afirma que la adopción del principio de oportunidad obedeció a la necesidad de reconocer la incapacidad del sistema penal de cumplir estrictamente las exigencias del principio de legalidad. (iv) C-936 de 2010 examina la constitucionalidad del artículo 2 de la ley 1312 de 2009 mediante la cual, entre otras cosas, se incorpora una nueva causal de aplicación del principio de oportunidad. Para decidir se acoge a las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 26 de mayo de 2010, en el asunto Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, allí se dijo " El Tribunal nota que la misma contempla la posibilidad de aplicar dicho principio a las personas desmovilizadas de un grupo paramilitar y faculta a la Fiscalía General de la Nación a suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en estos casos". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-673 del 30 de Junio de 2005, con ponencia de Clara Inés Vargas

[94] Principio de proporcionalidad. Artículo 2 del título 1 capítulo 1 de la resolución 0-2370. En esta caso la ponderación puede estar dirigida a los intereses del estado, de la sociedad y de los intervinientes en el proceso penal. "La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) ha adoptado el principio de proporcionalidad como un estándar para analizar los conflictos entre "los derechos de la Convención y el interés del gobierno en la consecución de bienes colectivos" (…) "la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sí lo ha recogido, al entender que está implícito en la expresión "necesaria en una sociedad democrática", parámetro utilizado en la Convención para modular la restricción de algunos derechos y libertades. En tal sentido resulta emblemática la Opinión Consultiva 5/85, en la que la Corte hizo suya la opinión de su símil europea respecto de dicha expresión. En concreto la CIDH "sostuvo que en el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la 'existencia de una necesidad social imperiosa', es decir, debe estar orientada 'a satisfacer un interés público imperativo'; (ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo 'debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido', y (iii) la restricción debe ser 'proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo'. Esta interpretación constante de la expresión podría resumirse diciendo que la restricción debe ser (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la restricción".". ARNOLD, Rainer. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales, año 2012. P. 76 y siguientes. Disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf. Consultado el: 16 de septiembre de 2017.

[95] La Fiscalía General de la Nación puede aplicar el principio de oportunidad al tercero que ostente la titularidad aparente de bienes que pertenecen a grupos organizados al margen de la ley. Ley 975 de 2005,

Finalmente, se indicó en la resolución0-4155 del 29 de diciembre de 2016), que en aquellos casos de competencia del Fiscal o Vicefiscal General de la Nación basta que el Fiscal delegado, en un acto discrecional y reglado inicie el trámite con el estudio del caso, quien deberá remitir debidamente diligenciado y motivado el formato implementado para tal fin, junto con los anexos requeridos, lo envíe por correo electrónico al grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa, con sede en Bogotá al tiempo que comunica a la Dirección de Fiscalías a la que corresponda que se adelanta el trámite de aplicación del Principio de oportunidad. En un lapso de diez (10) días, esta Unidad envía el formato para la revisión y suscripción al Fiscal General de la Nación o quien este designe; firmada la resolución, por el medio más expedito el grupo de Mecanismos de terminación anticipada, procederá a comunicarlo al fiscal del caso y enviará copia de la misma para continuar con el Control de legalidad; el cual se deberá efectuar en los términos del artículo 327 del código penal, esto es que el fiscal radica la solicitud de audiencia preliminar para el control de legalidad dentro de los 5 días siguientes al recibo del aval, realizada ésta, el fiscal debe remitir copia del acta de control de legalidad al grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa.

El procedimiento para los casos de aplicación directa y la delegación especial, Se envía el formato al grupo de Mecanismos de Terminación anticipada y Justicia Restaurativa y simultáneamente se informará a quien se desempeñe como Jefe o Coordinador de la Unidad o Dirección Seccional. El citado grupo revisa la documentación y emitirá la validación por el medio más expedito posible en un plazo no superior a cinco (5) días, cumplido esto, el fiscal del caso radica la solicitud de audiencia para el Control de legalidad ante el Juez que corresponda, en los términos del artículo 327 del CPP[96].

---

artículo 14 del decreto 3391 de 2006 y del numeral 16 del artículo 324 de la ley 906 de 2004. Busca un medio expedito para la reparación de las víctimas.

[96] Resolución 0-4155 del 29 de diciembre de 2016.Como afirma HASSEMER "Solo si se reconoce estrictamente el principio de legalidad puede delimitarse el procedimiento judicial sumaria de la *actividad ejecutivo-policial* y a la vez configurarse conforme al Estado de Derecho. En efecto, la represión policial de un peligro, se sigue conforme al principio de oportunidad mientras que la instrucción penal lo hace conforme al de legalidad.", por lo tanto "*las reglas de oportunidad vagamente formuladas, destruyen por completo el principio de legalidad. La persecución penal oportunista se extiende entonces de forma epidémica. Las decisiones de las autoridades instructoras de no perseguir un delito no pueden controlarse eficazmente y, por*

Si el señor Juez avala su aplicación, ordena el archivo, si la niega, esta decisión en la etapa de indagación no tiene recurso, pero si se está en investigación o juicio admite la apelación[97].

La Fiscalía General de la Nación en varias ocasiones ha hecho llamados a los Fiscales promoviendo su aplicación, para que se vaya a la figura como una respuesta al caso penal. La Dirección de Fiscalías de Antioquia, en vista de que citó a capacitación a los fiscales y no fue posible la asistencia de todos, a través del memorando 020 de mayo 2 de 2011 en cooperación con algunos Fiscales capacitadores y de los Fiscales Delegados ante el Tribunal, construyó algunas pautas de utilidad para la aplicación del principio de oportunidad, con el fin de otorgar herramientas que permitan a los Fiscales aplicarlo, allí puntualizó algunos aspectos a tener en cuenta antes de aplicar el principio de oportunidad, como es el conocimiento del caso, que se esté frente a una conducta punible, pues de no serlo la salida es el archivo o la preclusión. También precisó los problemas jurídicos a realizar en cada causal y explica en detalle el trámite para esa época. Recordemos que hoy ha cambiado y se debe aplicar el trámite ya enunciado según la resolución citada.

Hacer un adecuado uso del principio de oportunidad en algunos casos en los que sea viable su aplicación, resulta de gran beneficio para las partes involucradas en el caso, esto es, indiciado, imputado o acusado, su familia, la víctima y la administración de justicia si se tiene en cuenta que es un interno menos de cuenta del estado y máxime con la situación de hacinamiento que aqueja las Cárceles del País.

Una de las preguntas que tiene mayor interés en el trabajo del observatorio de la Universidad, es conocer en cuantas ocasiones se aplicó la figura durante el año 2016 y para ello se delimitó la búsqueda y sólo se hizo la indagación entre los Fiscales de la Dirección

---

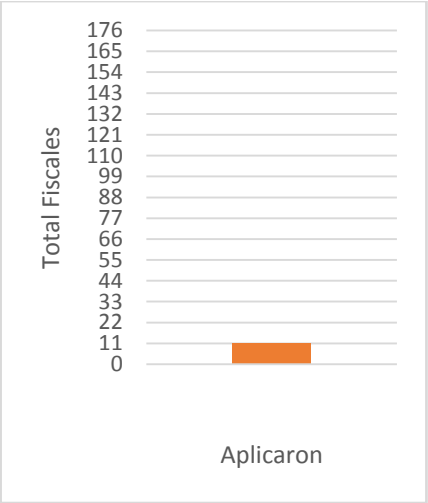
tanto, no pueden limitarse". HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Jueces para la democracia*, 1988, vol. 4. p. 9 y 10. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/50/la-persecucion-penal-legalidad-y-oportunidad.pdf. Consultado el: 17 de septiembre de 2017.

[97]Ley 906 de 2004 art. 177 que establece los efectos del recurso de apelación y el numeral 5 relaciona como susceptible del recurso, el auto que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación. Dispositivo que fue estudiada la constitucionalidad mediante por la CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-128/11.

de Fiscalías de Antioquia, se solicitó mediante correo electrónico al subdirector se proporcionara la información, quien autorizó al encargado de las estadísticas para responder la inquietud. La información suministrada por la Seccional Antioquía se evidencio, en un cuadro en Excel contentivo de los códigos de cada fiscal y entre ellos los que lo aplicaron, el número de veces aplicado por fiscal y la etapa en que se encontraba el caso al momento de iniciar el trámite. De allí se desprende que los Fiscales que integran la Dirección de Antioquia son ochenta (80) locales y noventa y seis (96) seccionales para un total de ciento setenta y seis (176) y de ellos sólo once (11) acogieron la aplicación del principio de oportunidad[98], para resolver casos, es decir el 6.25% del total.

6. FISCALES QUE APLICARON PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El número de fiscales que componen la Dirección de Antioquia y el número de principios de oportunidad que se aplicó por cada servidor durante el año 2016. (Grafica 1)



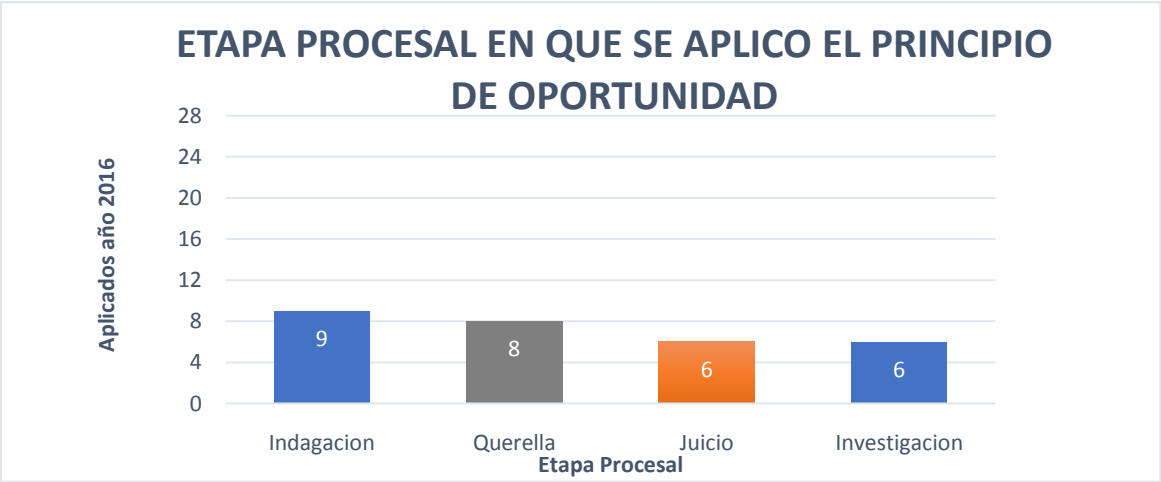
(Grafica 1)

[98]FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. Dirección de Fiscalías de Antioquia. Respuesta al derecho de petición del investigador. correo electrónico: fisestant@fiscalia.gov.co

Datos que resaltan la ínfima utilización de esta importante herramienta de adaptación de la política criminal a las necesidades de cada una de las regiones donde se adelanta la acción penal, prefiriendo el mandato general y abstracto del legislador que una sanción adaptada al conflicto.

Las etapas en que se encontraban los procesos en los que se aplicó el principio de oportunidad corresponden a:

- Nueve (9) se aplicaron en casos en etapa de indagación
- Ocho (8) cuando el caso está en querella
- Seis (6) en etapa de investigación
- Seis (6) en etapa de juicio



(Grafica 2)

Lo que indica que la etapa donde tiene más aplicación es en la de indagación, lo que resulta a todas luces inadecuado puesto que legalmente se exige la imputación o ahora el traslado de la acusación para ser aplicado. Otro punto que salta a la vista es que el principio de oportunidad no es asumido como una forma de negociación, sino como una forma de bondad del estado representado en el fiscal, lo que le resta esa noción de sanción punitiva alternativa.

Con la finalidad de establecer si se acude o no a este mecanismo como forma de terminación anticipada, se envió encuesta por medio de correo electrónico, a treinta (30) Fiscales de la Seccional Antioquía, escogidos aleatoriamente, de las cuales respondieron dieciséis (16) encuestas. Se pretendía dar respuesta a la pregunta si se aplicó el principio de oportunidad en el año 2016, en caso de que la respuesta fuera negativa, sus razones y en caso positivo, establecer los delitos y causales aplicadas. (Tabla 1)

Datos que se ilustran en la siguiente tabla:

CÓDIGO FISCAL	ETAPA DE INDAGACIÓN	ETAPA DE INVESTIGACIÓN	ETAPA DE JUICIO	ETAPA DE QUERELLA
64 S	2	0	0	0
43 L	1	2	1	1
83 S	5	2	3	0
53 L	0	1	0	0
58 S	0	0	1	2
58 L	1	0	0	0
12 S	0	0	0	1
72 L	0	0	1	0
77 L	0	0	0	2
53 ES	0	1	0	0
70 L	0	0	0	2
TOTAL	9	6	6	8

(TABLA 1)

Se observa que solo un fiscal aplica la figura en diez (10) casos, y si se cruza esta información con los datos consignados en la encuesta aplicada a este servidor, tendremos

que aplicó las causales 9 [99]y 12[100] en los delitos consagrados en los artículos 397 (Peculado por apropiación), 407 (Cohecho por dar u ofrecer) y 413 (Prevaricato por acción), es decir delitos contra la administración pública, que tienen restricciones legales frente a la concesión de subrogados penales y prisión domiciliaria, a la luz de la reforma incorporada en el año 2014 al código penal [101].

Pero lo más importante es que el servidor, que resolvió los diez casos a través del principio de oportunidad, reconoce los límites que observa la aplicación del mecanismo, tal como los impuestos en la resolución 04155 que hoy rige el trámite, también menciona la falta de

---

[99] Ley 906 de 2004 art. 324 numeral 9 En los casos de atentados contra los bienes jurídicos de la administración Pública o de la recta administración de Justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes. Como afirma BARBOSA podría decirse que se trata de instituciones características de distintos esquemas procesales, pues los acuerdos con los procesados, la transacción en materia penal, los beneficios por colaboración, etc. "*Son instituciones propias del procedimiento acusatorio de origen anglo-americano, inmerso en la filosofía utilitarista. Pero a esta afirmación habría que advertir que muchos países de tradición jurídico continental europeo incorporaron a sus legislaciones instituciones similares a las anotadas antes de incursionar en modelos de definida tendencia acusatoria.", en Colombia a partir del Decreto 050 de 1987 ya se aplicaban algunas de estas figuras alternativas, lo que evidencia que estos conceptos no son patrimonio exclusivo de un determinado sistema procesal, ni de una cultura jurídica en particular*." BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Principio de legalidad y proceso penal. p. 115. Disponible en: revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/download/1016/960. Consultado el: 3 de septiembre de 2017.

[100]Ley 906 de 2004 art. 324 numeral 12 cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social. Para FEREDA ese juicio constituye la culpabilidad de 1a acción . "Solo cuando el juicio de reprobación se hace es cuando surge el concepto de culpabilidad", repite ASUA. "La culpabilidad es un juicio -nos dice BETTIAL. (19) -que supone la presencia de varios elementos entre los que se encuentra el nexo psicológico ." "Solo mediante un juicio valorativo del que juzga se eleva la realidad del hecho psicológico al concepto de culpabilidad . Solo en virtud de una valoración se caracteriza la situación de hecho como culpabilidad", afirma MEZGER. PEREDA, Julián,. El concepto normativo de culpabilidad. Deusto. p.27

[101]68A de la Ley 599 de 2000. En la Corte Constitucional indica: "*El Legislador estableció en el numeral 10 del artículo 324 que el principio de oportunidad puede aplicarse "cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios". El Legislador supedita dicha posibilidad a dos precisos requisitos, a saber i) que la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa -es decir que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, y el juez de garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuricidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo- y ii) que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios -es decir que en relación con la misma conducta se configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de la sanción respectiva. En relación con esta última condición cabe precisar que en la medida en que la disposición se refiere expresamente al "deber funcional" ha de entenderse que se alude en este caso a hipótesis en que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas y como tal estén sometidos a la potestad disciplinaria incurran en conductas respecto de las cuales quepa junto con la imposición de la sanción penal endilgarles responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de dichos deberes funcionales*.". CORTE CONSTITUCIONAL. C-988/06.

conocimiento de la figura, su falta de socialización, el temor que genera en los funcionarios su aplicación y una indebida presentación ante la sociedad como sinónimo de impunidad. En síntesis, este servidor ha estudiado la figura, la ha acogido y le ha prosperado su pretensión, sin embargo, coincide con el concepto que tienen otros fiscales que no han finalizado casos como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad, en el sentido de que hay límites en su aplicación.

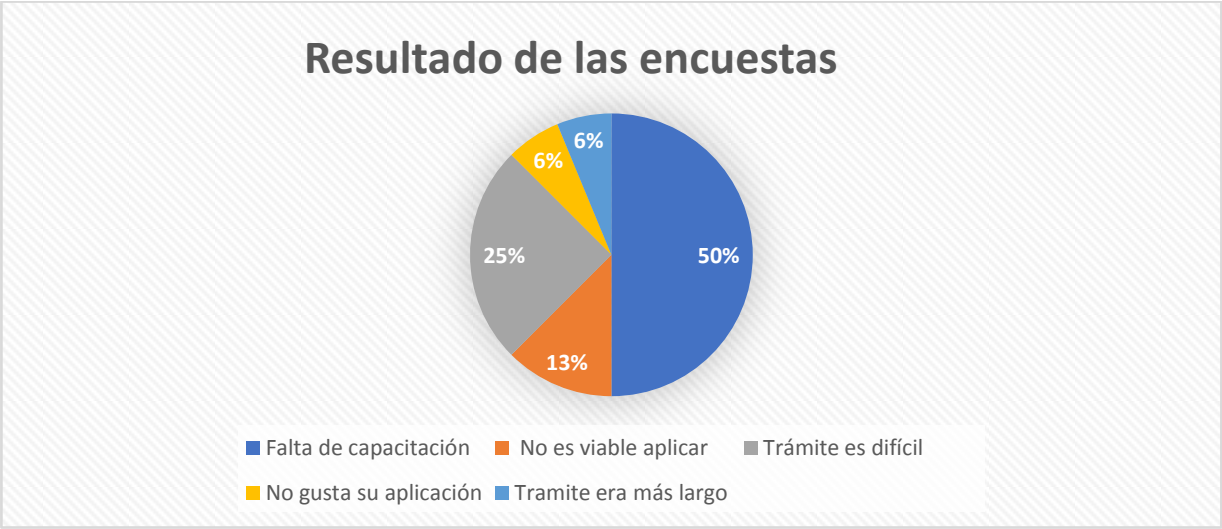
Otra Fiscal encuestada respondió que aplicó el principio de oportunidad en cinco (5) casos en el delito de lesiones personales dolosas con deformidad física permanente contemplado en el artículo 111 en concordancia con el artículo 113 del C.P, donde no es viable aplicar la conciliación para resolver el caso, ya que sólo puede terminarse por conciliación, los delitos que requieren querella, enlistados en el artículo 74de la ley 906 de 2004, que relaciona las lesiones personales pero sólo las que no dejan secuelas, o que produciéndose sean de carácter transitorio.

Esta Fiscal en los cinco casos aplicó la causal 7[102], sin embargo responde en su encuesta, que considera que falta capacitación para su aplicación.

Aun así, se observa cierta resistencia por parte de los Fiscales para hacer uso de esta herramienta; y es que, analizando las encuestas dirigidas a Fiscales de la Dirección de Fiscalías de Antioquia, en su gran mayoría afirman no haber aplicado el principio de oportunidad por varias razones: Ocho (8) de los encuestados argumentan falta de capacitación. Dos (2)dicen que para el año 2016 en ningún caso bajo su conocimiento era viable aplicar la figura, cuatro (4) coinciden en afirmar que el trámite es difícil. Un (1)

[102]Ley 906 de 2004 art. 324 numeral 7 Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas. En la Constitucional se indico como "*En el mundo contemporáneo la suspensión a prueba del trámite de ciertos procesos penales constituye un método de reducción del uso de la prisión y cuestionamiento al encarcelamiento como factor de reproducción del crimen. La descriminalización y la despenalización pueden lograrse a través de mecanismos de sustitución y de penas alternativas (sanciones penales de carácter compensatorio y reparador), que tomen en consideración a las partes partiendo del propio imputado y el interés de la víctima del delito en la consecución común de una vida comunitaria menos conflictiva. La solución de conflictos por mecanismos de intervención de la propia voluntad de los protagonistas se convierte en instrumentos eficaces de resolución de conflictos, al evitar la continuación del trámite de enjuiciamiento penal*.". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-387/14.

fiscal dice no gustarle su aplicación y un (1) servidor que lo ha aplicado en varios casos reconoce que para el año 2016 el trámite era más largo. (Tabla 2)



(Tabla 2)

Algunos fiscales con los cuales se ha tenido la oportunidad de conversar sobre el tema, adveran que en vez de aplicar principio de oportunidad, más bien acuden a la preclusión, como una forma más ágil de dar solución al caso, y ello puede ser cierto, sin embargo no se tienen en cuenta que las consecuencias son distintas, ya que con el principio de oportunidad el ciudadano de alguna manera tuvo que someterse a unas condiciones que benefician a la víctima[103], tal es el caso de la indemnización integral de perjuicios dentro del marco de la justicia restaurativa, en tanto para la preclusión, sólo basta que del caso se desprenda que se puede aplicar una de las causales del artículo 332 de la ley 906 de 2004, sin importar los efectos de la decisión para la víctima.

[103] Aún en Argentina EDUARDO señala "Dándole cabida al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción procesal penal, la víctima debería ocupar un rol protagónico, ya sea desde la esfera del Ministerio Público Fiscal, o como actor individual. Entonces, en aquellos casos en que el Fiscal no encuentre razones valederas para la persecución penal, la víctima tendrá la facultad de llevar ella adelante esa persecución. (querella)". EDUARDO ISOLA, Alfredo. La víctima y el principio de oportunidad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Argentina. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca050100-isola-victima_principio_oportunidad.htm . Consultado el: 13 de octubre de 2017.

6.1Seguimiento al principio de oportunidad en años anteriores al 2016

Haciendo un rastreo sobre este tema, se encontró que desde la implementación de la figura procesal, cuyo contenido, alcances y posibilidades han sido largamente evaluados y discutidos en la doctrina nacional e internacional, no ha recibido, en la realidad jurídica nacional, la atención que se esperaba, se observa que no se aplica como lo ha pretendido la alta gerencia del ente acusador, en un informe de gestión de la Fiscalía General de la Nación realizado entre los años 2008 y 2009, se observa que se aplicó en 3.419 asuntos penales de un total de 209.319 causas en las que no se encontró mérito suficiente para investigar; es decir, se aplicó en 1,63% de los casos[104].

También se encontró un estudio publicado por el periódico el Tiempo realizado por la Corporación excelencia en la Justicia CEJ en enero 4 de 2009, para esa época la figura se ha aplicado con timidez, y ello amenaza con hacer colapsar el sistema, pues el objetivo de este mecanismo en el nuevo modelo de justicia penal es acabar con la congestión de los despachos y hacer mucho más rápidos y eficientes los procesos. Sin embargo, la falta de aplicación de esta medida ha revivido el problema.

Agrega el estudio: La judicatura opina que la aplicación del principio de oportunidad se dificulta por los procedimientos internos de la Fiscalía antes de sustentarlas ante los jueces y la omisión en la participación de las víctimas. Según el informe los jueces y fiscales persisten en la obligatoria persecución penal de todo hecho delictivo y su terminación solo la conciben mediante una sentencia condenatoria o absolutoria.

Dice el mismo documento que para la CEJ, la aplicación del principio de oportunidad requiere de una política criminal clara para combatir la gran delincuencia. “Se tiene la expectativa de que, con el paso del tiempo y la adquisición de experiencia respecto del funcionamiento de esta herramienta, los funcionarios aumenten el uso de la misma en los procesos donde se pueda utilizar”.

[104]FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Informe de Gestión 2008-2009*, Bogotá, D. C. p. 55. Ver Anexos 1 y 2 al final de este documento.

La Judicatura termina advirtiendo en el estudio que es necesario reencauzar el principio de oportunidad a su concepto original: que brinde una solución diferente a los casos de pequeña delincuencia y que se convierta en una herramienta para atacar a las grandes organizaciones criminales y desmantelarlas[105].

El artículo fue subtitulado por el periódico el tiempo "4 años después de haberse implementado, los fiscales han aplicado la figura en el 1,8% del total de casos en los que no encuentran mérito para investigar, concluyó un estudio del alto Tribunal (se refiere a la Judicatura).

Sin embargo, haciendo una análisis a ese titular se considera, que no se hizo un buen uso de la figura, ya que a ese porcentaje de casos (1.8%) se ha debido decretar la orden de archivo por el Fiscal o en su defecto solicitar la preclusión ante el Juez de conocimiento, ello debe ser así, retomando el requisito de que el Fiscal en el conocimiento del caso, debe observar que existan un mínimo de elementos materiales probatorios para derivar del hecho una conducta punible.

En el informe de gestión 2013-1014 publicado por la Fiscalía General de la Nación, respecto del principio de oportunidad se en contrólo siguiente:[106]

El cuadro indica que el sistema penal en Colombia, para la época referenciada sólo alcanza a evacuar un poco más de la mitad de los casos que ingresan, es decir que el sistema es proclive al colapso por cuanto se quedan estancado el 44% de los Mismos, así las cosas técnicamente el sistema nunca se equilibrará. (Grafica 3).

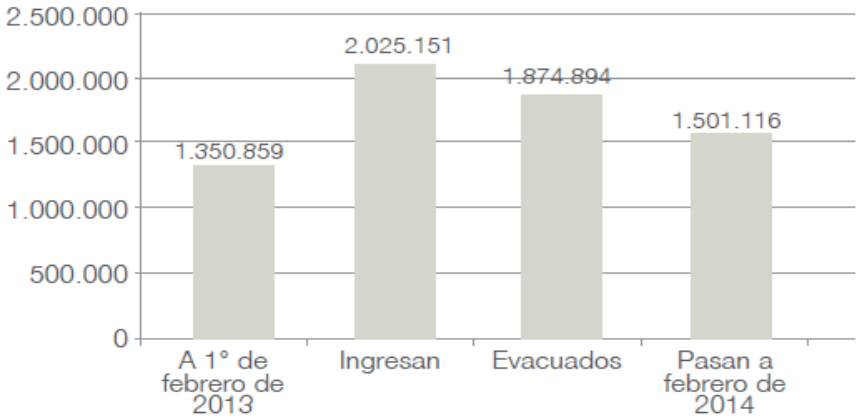
[105] EL TIEMPO. Efectividad en aplicación del principio de oportunidad, pide judicatura a jueces y fiscales. 4 de enero de 2009. http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4742567. Consultado el 25 de marzo del 2017

[106] Informe de gestión de la fiscalía General de la Nación publicado en la página de internet. página 69-70: http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-Fiscalia-2013-2014-web_final.pdf

1.9 Dirección Nacional de Fiscalías
(Dirección de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas)
Nombre según Decreto 016 de 2014

1.9.1 Estadísticas de gestión realizadas en el marco de las Leyes 600 de 2000, 1098 de 2006 y 906 de 2004

Gráfico No. 2 Movimiento de procesos - Ley 906 de 2004



Fuente: Estadística mensual trámite de procesos. Dirección Nacional de Fiscalías. Grupo Sistemas. Periodo de análisis: 1° enero de 2013 a 31 de enero de 2014.

Fuente: informe de gestión de la Fiscalía General de la Nación[107]
(Grafica 3)

Así para febrero de 2013 se encontraban activas 1.350.859 noticias criminales, en el mismo año 2013 ingresaron 2.025.151 nuevas noticias criminales, para un total de noticias criminales de 3.376.010[108]. De este total a febrero de 2014 pasaron activas 1.501.116

[107] Informe de gestión de la fiscalía General de la Nación publicado en la página de internet página 74: http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-Fiscalia-2013-2014-web_final.pdf

[108]Esta es la cifra oficial de la criminalidad, sin embargo podría indicarse que la cifra negra bien podría ser de un poco más del 50% superior, para "*Los crímenes no tratados o desconocidos que integran la cifra negra u ocultan la criminalidad constituye el talón de Aquiles de la seguridad, pero más aún respecto de la aplicabilidad del sistema penal*" ALLER, Germán. Cuestiones victimológicas de actualidad: origen de la victimología, seguridad, cifra negra, personalización del conflicto y proceso penal. ILANUD 27. p. 27. en este sentido "*El desencanto con las estadísticas oficiales de criminalidad y de reconocimiento de la existencia de unas "cifras negras" no registradas por las agencias de control social llevó a la aplicación de distintas técnicas de recogida de datos al campo de la criminalidad*". ALVIRA MARTIN, Francisco y otra. Víctimización e inseguridad: la perspectiva de las encuestas de victimización en España. Reis, 1982, no 18. p. 30. En el término de HULSMAN no se puede tratar equitativamente al delincuente y a la víctima, pues "*la mayoría ni siquiera aparecen en el sistema penal (cifra negra); como regla, las situaciones son abordadas en otros lugares y de formas que ni siquiera son conocidas dentro del sistema penal*". HULSMAN, Louk. El enroque abolicionista: políticas criminales alternativas. En Criminología Crítica y Control Social. Editorial Juris. 1993. p. 88.

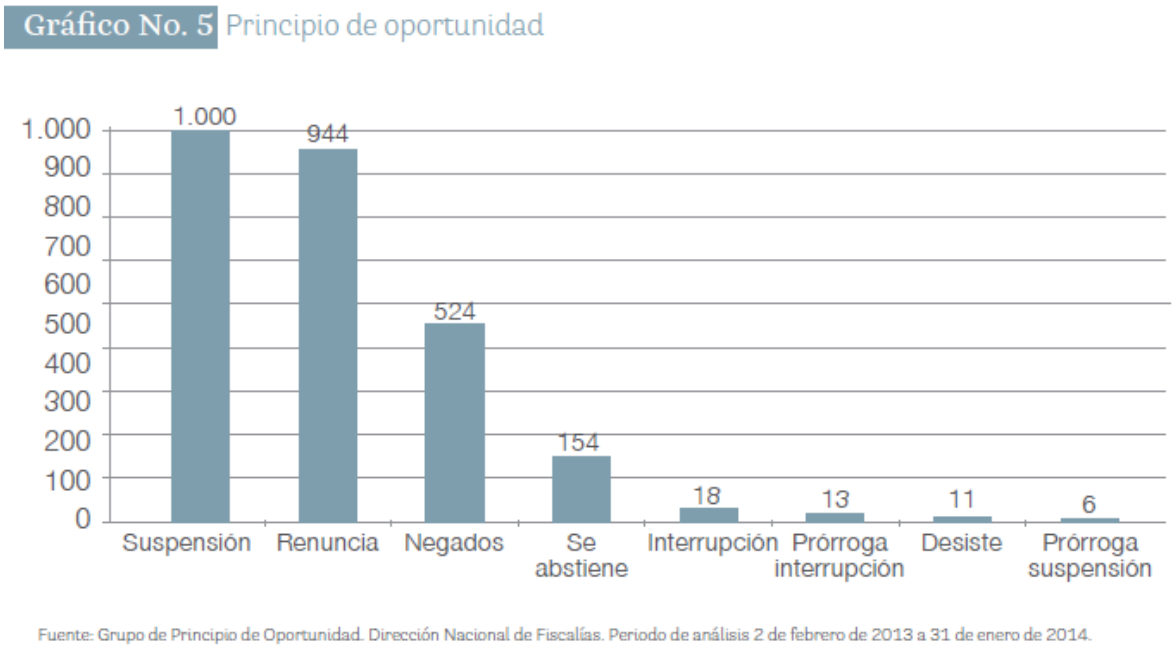
noticias criminales, de lo cual se desprender que se pudieron evacuar el 56% de las causales criminales[109].

De las gráficas[110] se puede deducir que de 1.874.894 noticias evacuadas, salen por aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de renuncia 944 casos, ya que los otros casos que indica la gráfica se encuentran en suspensión, interrupción[111] y prorrogas, porque éstos sólo se pueden contar en los que salen cuando se realice la audiencia. Indicando que salen por esta figura el 0.05034% en el período 2013-2014, es decir que por la modalidad de renuncia que fue lo que realmente salió se evacuaron sólo media décima porcentual.

[109] Informe de gestión de la fiscalía General de la Nación publicado en la página de internet página 69: http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-Fiscalia-2013-2014-web_final.pdf

[110] Informe de gestión de la fiscalía General de la Nación publicado en la página de internet página 74: http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-Fiscalia-2013-2014-web_final.pdf

[111]Por suspensión se puede comprender que la acción penal queda detenida en el tiempo mientras se cumple una condición, en este sentido: "*la suspensión del procedimiento a prueba para verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas al imputado o acusado*." (p. 31). Por su parte la renuncia podría suceder en aplicación de la causal séptima del Artículo 324 que también consagra un límite semejante, toda vez que el Artículo 524 -norma a la que se hace expresa remisión- "*dispone que la justicia restaurativa sólo dará lugar a la renuncia de la acción penal cuando se trate de delitos cuya pena mínima no sea superior a cinco años*.". (p.61). BEDOYA SIERRA Luis Fernando, GUZMAN DIAZ Carlos Andrés, VANEGAS PEÑA Claudia Patricia. Principio de Oportunidad bases conceptuales para su aplicación. Fénix Media Group. 2010, Bogotá – Colombia. p. 31 – 61.



Fuente: Grupo de principio de oportunidad. Direccional Nacional de Fiscalía. Análisis del 2 de febrero de 2013 a 31 de enero de 2014[112].
(Grafica 4)

La grafica denota que esta herramienta jurídica, no tiene la aplicación que bien pudiera tener por mas iniciativas y benignas intenciones para incentivar y a la vez articular el principio de oportunidad, siguiendo obviamente las directrices de la Fiscalía general de la Nación para así llevarlo a los jueces competentes, amen que se cumplan los presupuestos por los cuales el legislador los consigno en la ley a fin que no se quede como letra muerta, pues es claro el espíritu de la norma, en cuanto y cuando así lo amerite acorde a la facultad del ente persecutor, no dar continuidad a la persecución penal cuando no hay merito para hacerlo o porque no tenga intención de hacerlo la Fiscalía, la comunidad y sobretodo y mas importante la víctima.

Entre las iniciativas para mejorar la aplicación del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía se ubica la capacitación a fiscales, asistentes y la policía judicial, así como respecto de los parámetros claros de articulación frente a la judicatura para el manejo de la figura

[112] Informe de gestión de la fiscalía General de la Nación publicado en la página de internet página 74: http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-Fiscalia-2013-2014-web_final.pdf.

6.1 Fe de erratas ante los datos suministrados por la Seccional Antioquía

Se muestran estas inconsistencias, habida cuenta que el informe proporcionado por la sección de estadísticas de la dirección seccional de Fiscalias de Antioquia es incompatible con la información proporcionada por los fiscales que diligenciaron las encuestas, así:

- El doctor Rubén Castrillón fiscal 89 registra en el cuadro estadístico con el código 43, allí se muestra que este servidor aplicó tres (3) principios de oportunidad, mientras que en su encuesta manifiesta no haber aplicado ninguno. La doctora Gloria Elena Álvarez Sucerquia, en el mismo cuadro registra haber aplicado dos (2), en tanto en su encuesta refiere haber aplicado cinco (5). (Figura 1)

CODIGO FISCA	ME	AÑO	NOMBRE FISCAL	ETAPA DE INDAGACION	ETAPA DE INVESTIGACIO	ETAPA DE JUICIO	ETAPA DE QUERELLU
43	1	16	ADRIANA ALEXANDRA ESTRADA HINCAPIE	0	0	0	0
43	2	16	ADRIANA ALEXANDRA ESTRADA HINCAPIE	0	0	0	0
43	3	16	ADRIANA ALEXANDRA ESTRADA HINCAPIE	0	0	0	0
43	1	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	0	0	0	0
43	2	16	RUBEN DE J. CASTRILLON ALZATE	1	2	0	0
43	3	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	0	0	0	0
43	9	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	0	0	0	0
43	7	16	ADRIANA ALEXANDRA ESTRADA HINCAPIE	0	0	0	0
43	10	16	ADRIANA ALEXANDRA ESTRADA HINCAPIE	0	0	0	0
43	4	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	0	0	0	1
43	4	16	ADRIANA ALEXANDRA ESTRADA HINCAPIE	0	0	0	0
43	5	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	0	0	0	0
43	5	16	ADRIANA ALEXANDRA ESTRADA HINCAPIE	0	0	0	0
43	6	16	ADRIANA ALEXANDRA ESTRADA HINCAPIE	0	0	0	0
43	8	16	ADRIANA ALEXANDRA ESTRADA HINCAPIE	0	0	0	0
43	6	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	0	0	0	0
43	7	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	0	0	0	0
43	8	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	0	0	0	0
43	11	16	REINALDO FERRER MOSQUERA	0	0	0	0
43	9	16	ADRIANA ALEXANDRA ESTRADA HINCAPIE	0	0	0	0
43	10	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	0	0	0	0
43	11	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	0	0	0	0
43	12	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	0	0	1	0
43	12	16	REINALDO FERRER MOSQUERA	0	0	0	0
				9	6	6	8
			Información verificable				
43	12	16	GLORIA ELENA ALVAREZ SUCERQUIA	1	2	1	1

(Figura 1, extraído del documento "ESTADISTICAS PPIO DE OPORTUNIDAD")

Un ejemplo de esto, es el caso de la Fiscal María Dignora Agudelo Quiceno, quien registra en el cuadro estadístico dos casos en los que aplicó principio de oportunidad y en su encuesta aduce no haber aplicado ninguno. (figura 2)

CODIGO FISCA	ME	AÑO	NOMBRE FISCAL	ETAPA DE INDAGACION	ETAPA DE INVESTIGACIO	ETAPA DE JUICIO	ETAPA DE QUERELLL
77	1	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	0
77	2	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	0
77	3	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	0
77	9	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	0
77	4	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	0
77	5	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	0
77	7	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	0
77	6	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	0
77	8	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	2
77	11	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	0
77	10	16	CARLOS ALFONSO TEHERAN DIAZ	0	0	0	0
77	12	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	0
Información verificable							
77	12	16	MARIA DINORA AGUDELO QUICENO	0	0	0	0

(Tabla 2, extraído del documento "ESTADISTICAS PPIO DE OPORTUNIDAD")

Como conclusión a la visión de la aplicación del principio de oportunidad dentro del sistema procesal penal acusatorio de audiencias orales, se puede resaltar el éxito que ha tenido la figura en los casos en los cuales se ha aplicado – aunque no se cuenta con estadísticas de reincidencia -, se puede suponer que el conflicto que ha suscitado la renuncia a la pena no se ha vuelto a presentar, con lo que se afirmaría la presencia de una prevención especial positiva en el procesado, pues el mismo no vuelve a cometer la acción penal a la que ha renunciado el estado.

En el mismo sentido no se conocen estadísticas relacionadas con la posible revictimización del perjudicado por parte del mismo agresor, o de otros, resaltando como en virtud que la víctima debe dar su voluntad para la solicitud de aplicación del principio de oportunidad, se evita la revictimización pues no se desgasta a la víctima como contraparte, sino a la víctima como postulado de apoyo al conflicto, con un manejo autónomo, independiente y sincero de su necesidad de justicia.

La aplicación del principio de oportunidad no se puede juzgar por el número de casos en los que ha funcionado con relación a la totalidad de las noticias criminales que ingresan al sistema, pues lejos de descongestionar lo que permite su aplicación en los fiscales, jueces de control de garantías y víctimas que han visto y sufrido el mismo, es la capacidad de auto resolución y autocomposición del conflicto con salidas diversas a las descritas en la consecuencia jurídica del respectivo tipo penal.

7. CONCLUSIONES

- A través de la creación del principio de oportunidad el Estado reconoce que es incapaz de perseguir penalmente a todo el que llegue a infringir las normas penales[113] y, de una vez, puede sacar provecho de la aplicación de la alternativa que se plantea, como cuando el delincuente colabora con la justicia; sin que ello represente peligrosidad social, debido a que sus causales se encuentra definidas expresamente y tienen control judicial, adicionalmente exige la participación de la víctima, en tanto, ella tiene la posibilidad de oponerse a su declaración y se requiere que este integralmente reparada.

- El principio de oportunidad solo se aplica a quien se considera responsable penalmente, no existe una declaración como tal, se supone que quien repara el daño es responsable penal.

[113] BERRIO, Adriana; MONTOYA, Ana; y PRIETO, Jeimy. El principio de oportunidad en Colombia se constituye en una facultad discrecional o una conveniencia. documento disponible en http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dp1.pdf. Consultado el 26 de mayo de 2017.

- Sin embargo de lo anterior, en el sentido de la responsabilidad, el principio de oportunidad puede ser admisible como una forma de arreglar un conflicto por fuera del sistema punitivo establecido en el respectivo penal, sin llegar a considerar culpable a quien realiza el acto reparatorio.

- El desconocimiento de la sociedad y el amarillismo que puede llegar a imprimirle los medios de comunicación al principio de oportunidad, ha venido siendo satanizado en Colombia, tanto por los diferentes grupos sociales como por los mismos operadores de justicia, que tienen la discrecionalidad de acoger la figura y no lo hacen porque se sienten temor de verse inmiscuidos en investigaciones disciplinarias.

- El expansionismo penal debe ser compensando con el expansionismo de una política criminal adecuada, de tal forma que este en prisión solo aquel que requiera tratamiento penitenciario, y no todos los sujetos de forma indiscriminada. Y esto viene a ser el principio de oportunidad, un límite al expansionismo punitivo.

- Se considera, que el principio de oportunidad es una herramienta fundamental en el proceso penal actual, dado el expansionismo del derecho penal, el aumento de penas, la prohibición de beneficios y subrogaos, con el fin de que figuras como estas no queden en mera letra, sino que, tengan aplicabilidad en pro de la calidad que debería permear la administración de justicia.

- El expansionismo del derecho penal encuentra como límite el principio de oportunidad, porque este recrea nuevas formas de sanción adaptadas a la conducta, y a los sujetos que interactúan en ella (víctima, agresor y comunidad entre otra, de acuerdo al conflicto).

- La oportunidad pone freno al expansionismo de la pena prisión, convirtiéndola en la última ratio dentro del derecho penal, pues antecede a la pena de prisión, condiciones que suspenden la acción penal mientras se cumplen.

- El principio de oportunidad efectiviza la necesaria diversidad de las formas sancionatorias del derecho penal, por lo tanto el principio de oportunidad no es una forma de derecho *soft* o suave de penar, más bien es una forma diferente de sancionar.

- El Principio de Oportunidad no es utilizado en la forma ni en la intensidad que ha querido la entidad acusadora, debido a que se observa una cierta resistencia de los Fiscales para acoger la figura, lo ven de difícil aplicación, un trámite largo que no se compadece con la carga laboral. Sin embargo en los casos que se aplica podría haber mayor satisfacción de la víctima.

- Se considera que debe el ente acusador en el desarrollo de la política criminal, invertir más en capacitación para los destinatarios de la norma, Fiscales y Jueces encargados de su trámite, lo que redunda en el estudio de la figura y su aplicación en mayor medida, sin temores ni prejuicios[114].

- El principio de oportunidad es una herramienta idónea para evitar un juicio cuando no interesa a la fiscalía, a la víctima, o a la comunidad perseguir el delito.

- Se observa cierta timidez en la aplicación de la figura dada su indebida presentación ante la sociedad como sinónimo de impunidad, existe la creencia de que los casos deben resolverse con una sentencia por parte del Juez, bien condenatoria ora absolutoria, se opina que ésta última es altamente perjudicial para las víctimas quienes al final del trámite del proceso, no obtienen ningún beneficio después de un fuerte desgaste; si se tiene en cuenta que no siempre se decide de esta manera

[114] Según la encuesta, a algunos Fiscales afirman que no conocen la figura y que falta capacitación para su manejo.

porque el acusado no haya cometido el delito o por la existencia de duda razonable, sino porque muchas veces, se surtió un trámite inadecuado, o por la misma sistemática que conlleva el proceso acusatorio, respecto de los principios de oralidad, contradicción, confrontación e inmediación.

- El principio de oportunidad es una forma de absolución, porque el fiscal renuncia a la acción penal, sin embargo en los casos que se someten a condición la concesión del mismo podría pensarse que es otra forma de penar.

- El principio de oportunidad no es necesariamente impunidad, es más bien una especie de perdón solicitado por el responsable, mediando en su resolución, la defensa técnica, la víctima, el fiscal y el Juez de control de Garantías.

- En la sociedad Colombiana, es notorio el afán para que se impongan penas de prisión altas e incluso desde el momento de presentarse el hecho criminal, la exigencia de medidas represivas, se tiene conciencia de que la cárcel cambia una sociedad, por ello es difícil cambiar el paradigma y explorar respuestas no penales al caso. Se debe apostar más para que se implementen salidas consensuadas, la cultura del perdón y olvido, sólo así tendría aceptación en la sociedad soluciones penales con figuras como el principio de oportunidad.

- El perdón ofrecido por el estado al delincuente, es una forma idónea de mantener la vigencia de la norma, pues reconocida la responsabilidad es el mismo estado quien por su poder sancionatorio decide no imponer la pena de la forma tradicional, sino mediante otras formas sancionatorias, que pueden llegar a ser más adecuadas al conflicto del que se genera la conducta.

- El principio de oportunidad permite realizar un proceso transversal de comunicación, posibilitando un diálogo acerca del suceso del tipo penal entre las partes, llegando a acuerdos en lo relacionado con el daño, la forma de repararlo, y

el responsable de hacerlo, generando una prevención especial con respecto al sistema tradicional de justicia criminal.

- Es necesario empoderar a la sociedad civil para que aporte elementos que contribuyan a realizar una verdadera política criminal a partir del caso en concreto, mediante un método inductivo, lo que es posible mediante el principio de oportunidad.

- La aplicación de la restauración mediante el principio de oportunidad promueve la articulación de las diferentes jurisdicciones (penal, indígena, administrativa, fiscal, familia etc.) para fortalecer la paz social que es la principal misión del derecho penal, promoviendo la terminación de procesos en esas otras jurisdicciones.

- La víctima puede verse satisfecha en mejor forma, mediante el principio de oportunidad y sus condiciones, que mediante una sanción penal limitativa de la libertad, o una preclusión que tiene efectos de absolución.

- Es preferible que ante una responsabilidad penal se aplique el principio de oportunidad, que una preclusión, porque la oportunidad no podría ser repetida dentro de los cinco años posteriores a su concesión, garantizando la no repetición de la conducta, mientras que la preclusión no tiene límite de tiempo para ser aplicada. La oportunidad está atado a unas condiciones que en caso de no cumplirse podría ser revocado, mientras que la preclusión hace tránsito a cosa juzgada.

- El principio de oportunidad una institución novedosa que bien aplicado puede dar respuesta efectiva a una criminalidad basada en una cultura de la represión por parte del estado. El estado se fortalece cuando logra concientizar al delincuente y satisfacer a la víctima.

8. BIBLIOGRAFIA Y REFERENCIAS

ALLER, Germán. Cuestiones victimológicas de actualidad: origen de la victimología, seguridad, cifra negra, personalización del conflicto y proceso penal. ILANUD 27.

ALVIRA MARTIN, Francisco y otra. Victimización e inseguridad: la perspectiva de las encuestas de victimización en España. Reis, 1982

ANGULO ARANA, Pedro Miguel. El Principio de Oportunidad en el Perú. Lima, Palestra Editores, 2004.

ARNOLD, Rainer. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales, año 2012. P. 76 y siguientes. Disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Principio de legalidad y proceso penal. p. 115. Disponible en: revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/download/1016/

BECK ULRICH Brater. la sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. p. 11-57

BEDOYA SIERRA Luis Fernando, GUZMAN DIAZ Carlos Andrés, VANEGAS PEÑA Claudia Patricia. Principio de Oportunidad bases conceptuales para su aplicación. Fénix Media Group. 2010, Bogotá – Colombia.

BRITTO RUIZ Diana . Justicia Restaurativa. Reflexiones Sobre la Experiencia de Colombia.

BLANCO ZUÑIGA, Gilberto Augusto. Principios generales del derecho en la Constitución del 91. Revista de derecho , universidad del Norte 2002

BERISTAIN IPIÑA ,Antonio. (2012). Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón.

BERRIO, Adriana; MONTOYA, Ana; y PRIETO, Jeimy. El principio de oportunidad en Colombia se constituye en una facultad discrecional o una conveniencia. documento disponible en http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dp1.pdf

CARDONA. John y CASTAÑO. Jesús. "Línea jurisprudencial. Principio de oportunidad vs derechos de las víctimas". Universidad de Medellín, 2011, Medellín. Consultado en http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/329/L%C3%ADnea%20jurisprudencial.%20Principio%20de%20oportunidad%20vs.%20Derechos%20de%20las%20v%C3%ADctimas.pdf?sequence=1 el 6 de junio de 2017.

CARRASCO JIMENEZ. Edison. Estudios Penales y Criminológicos, volumen XXXVII

CORTE CONSTITUCIONAL C-312/97 ponencia del Magistrado Carlos Mario Isaza Serrano. La Corte Constitucional estudio la División Tripartita de Podres, Ramas del Podre Publico.

CORTE CONSTITUCIONAL C-673 del 30 de Junio de 2005, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas,

CORTE CONSTITUCIONAL T – 535 del 2015, ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-260 de 2011. Seis (6) de abril de dos mil once (2011). Ponencia del Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Expediente D-8269.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-387 .Veinticinco (25) de junio de dos mil catorce (2014). M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Expediente: D-9997.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-936 de 2010. Veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010). Ponencia del Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Expediente: D-8131.

CORTE CONSTITUCIONAL.C-988 del 29 de noviembre de 2006, ponencia de ÁLVARO TAFUR GALVIS, la Corte Constitucional abordó el estudio del numeral 10 del artículo 324 de la ley 906 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-051 de 10 de febrero del 2016. Ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 738 del 23 de julio del 2008, Ponencia del Magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 de 1998, Ponencia del Magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-388 del 28 de junio del 2013 , Ponencia de la Magistrada MARIA VICTORIA CALLE CORREA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-873 del 30 de septiembre del 2003. Ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 33254 del 26 de febrero de 2013. Ponencia del Magistrado José Leónidas Bustos Martínez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 21923 del 25 de mayo de 2006. Ponencia del Magistrado Mauro Solarte Portila

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 29904 del 12 de junio de 2008

DAZAGONZÁLEZ Alfonso. "La sujeción al principio de legalidad procesal y reglamentación de las causales del principio de oportunidad". Verba Iuris 28, p. 119 a 133, julio-diciembre de 2012. Bogotá. tomado de http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/28/la-sujecion-al-principio-de-legalidad-procesal-y-la-reglamentacion-de-las-causales-del-principio-doportunidad.pdf consultado el 6 de junio de 2017

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Anuario de filosofía del derecho*, 2005, no 22, p. 13-52. Disponible en https://scholar.google.es/scholar?q=d%C3%ADez+ripoll%C3%A9s+jos%C3%A9+luis+el+nuevo+modelo+penal+de+la+seguridad+ciudadana&btnG=&hl=es&as_sdt=0%2C5

DUQUE PEDROSA Andrés Felipe. Perspectivas y retos del proceso penal. Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal. Universidad Pontificia Bolivariana.

DURSTON John. Que es el Capital Social. División del Desarrollo Social. Santiago de Chile Julio 2000.

DWORKIN, Ronald; GUASTAVINO, Marta. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1984

EDUARDO ISOLA, Alfredo. La víctima y el principio de oportunidad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Argentina.

ESCOBAR Samuel. El expansionismo del derecho penal. Análisis de las capacidades auto-restrictivas de los sistemas modernos del delito a partir de la libertad de expresión

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al estudio del principio de oportunidad. Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Universidad pontificia Bolivariana. Vol., 37, No. 106 (207) / 139.

FUENTES OSORIO, Juan L. Los medios de comunicación y el derecho penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-16, p. 16:1-16:51. Disponible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Revista Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No. 24. Enero-Junio de

2011. p. 202. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n24/n24a6.pdf. Consultado el: 17 de octubre de 2017.

GARLAND David; Castigo, control social y nueva modernidad. Revista Internacional de Derecho Contemporáneo. P 35. Edición junio del 2005, Bogotá

GARZON MARIN Alejandro, LONDOÑO AYALA Cesar Augusto. Principio de Oportunidad Edición Nueva Jurídica. Bogotá. 2006.

GONZÁLEZ RAMÍREZ Isabel Ximena. Revista de Justicia Restaurativa. Sociedad Científica de Justicia Restaurativa.

GORDILLO SANTANA Luís F. La Justicia Restaurativa y la Mediación.

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. "El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental" en Estudios Procesales No 2. Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 2004.

GUERRERO PERALTA, Oscar, Fundamentos Teórico Constitucionales del Proceso Penal.

HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Jueces para la democracia*, 1988, vol. 4. p. 9 y 10. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/50/la-persecucion-penal-legalidad-y-oportunidad.pdf

HULSMAN, Louk. El enroque abolicionista: políticas criminales alternativas. En Criminología Crítica y Control Social. Editorial Juris. 1993.

IBÁÑEZ, Gustavo. Fundamentos Teórico Constitucionales del Proceso Penal. Bogotá, Ediciones Jurídicas -Ediciones Nueva Jurídica, 2005.
INPEC. Informe estadístico de enero de 2016, No. 1. Tomado de http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/01%20INFORME%20ENERO%202016

LAGUNA, Juliana. "EL DELITO DE FEMINICIDIO: APLICACIÓN DEL NUEVO TIPO PENAL A PARTIR DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO". Universidad de los Andes, Bogotá, 2016. Tomado de https://documentodegrado.uniandes.edu.co/documentos/9358.pdf el 29 de junio de 2017.

LAMADRID, Miguel. El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal, Tesis doctoral, Universidad de Pompeu Fabra, 2015, capítulo I p. 31, Barcelona. Consultado en http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/370100/tmall.pdf;jsessionid=942B677115B6234132DA4162204ACF4E?sequence=1 el 26 de mayo de 2017.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la corte interamericana de derechos humanos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 2010. Vol. 43. No. 128.

LÓPEZ MOLINA Ricardo. El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español). *Nuevo Foro Penal*, 2013, vol. 5, no 72, p. 61-81.

LOPEZ DIAZ, Claudia. Selección y priorización de delitos como estrategia de investigacion en la justicia transicional. Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 42, No. 117 (2012)

MACHICADO Jorge, *Qué Es Un Principio.* Apuntes Jurídicos 2013

MAGALLANES, Miriam. La inocuización, frente a los delitos sexuales peligrosos, incorregibles, reincidentes. Revista Jurídica Cajamarca. Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, 2001. Cajamarca. Consultado en http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA7/inocuo.htm el 29 de junio de 2017.

MARTINEZ, Néstor Humberto. Fiscal alerta por excarcelación de 12.000 personas en un mes. Revista Semana. 6/01/2017. Disponible en: http://www.semana.com/nacion/articulo/podrian-salir-excarcelados-12-mil-reos-el-1-de-junio-anuncia-el-fiscal-nestor-humberto-martinez/527127.

MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia. Tercera edición. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. La disponibilidad discrecional de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano. Revista Universitas. Bogotá (Colombia) N° 116: 201-221, julio-diciembre de 2008. p. 201. Disponible: http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/s116/n116a09.pdf.

MEZGER. PEREDA, Julián,. El concepto normativo de culpabilidad. Deusto.

MOJICA, Ricardo y Suarez, Margy. El principio de oportunidad y la ausencia de lesividad en el proceso penal colombiano. Trabajo para optar al título de Magister. Universidad Militar Nueva Granada, 2016. http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/14201/3/Su%C3%A1rezCorreaMargyLiliana%26

MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón, Tirant lo Blanch, Barcelona.

MUÑOZ CONDE Francisco y HASSEMER Winfried; Introducción a la criminología y al derecho Penal.

NOGUEIRA, Juan Martin. Tomado de http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/nogueira,

PATIÑO, Nidia. Delito de inasistencia alimentaria en el ámbito legal colombiano. Universidad Militar Nueva Granada, 2015. Bogotá. Tomado de http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13906/2/EL%20DELITO%20DE%20INASISTENCIA%20ALIMENTARIA%20EN%20EL%20.pdf consultado el 26 de mayo de 2017.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal colombiano. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

PRIETO SANCHEZ, Luis. Los Derechos en Serio; Barcelona 1984. Disponible en : https://www.google.com.co/search?q=los+derechos+en+serio&oq=los+derechos+en+serio&aqs=chrome..69i57j0l5.10255j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8

REYES ALVARADO, Yesid. El principio de Oportunidad. El Espectador. 29 de mayo de 2008. Disponible en:http://www.elespectador.com/opinion/columnistasdelimpreso/yesid-reyes-alvarado/columna-el-principio-de-oportunidad

SANTANA VEGA, Dulce María. Principio de oportunidad y sistema penal. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1994, p. 107. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46456.pdf.

SILVA SANCHEZ. Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Segunda edición. Civitas Ediciones. Madrid. 2001.

SOTOMAYOR ACOSTA , Juan Oberto; Revista Nuevo Foro Penal, volumen 10 junio 2014

VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorama de una nomoárquica general. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2016, no 97. Disponible en Disponible: en https://scholar.google.es/scholar?q=DEFINICION+DE+PRINCIPIO+HERNAN+VALENCIA+RESTREPO&btnG=&hl=es&as_sdt=0%2C5 . Consultado el 4 de marzo del 2017

VELÁSQUEZ, Fernando. Proceso penal y principio de oportunidad. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, no 3, p. 135. Disponible en: https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/viewFile/12403/11652.

VITALE, Gustavo L. 2ª edición actualizada. 2004. Págs. 5-6, 16-17 y 27-28. Cita 49, Sentencia C-387 de 2014, hablando de la suspensión del proceso penal a prueba.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura Et Al. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Thomson-Aranzadi, 2003.

ZUÑIGA RODRIGUEZ Laura. Política Criminal. Editorial. Colex, Granada. 2001.

CIBERGRAFIA

http://www.elespectador.com/opinion/columnistasdelimpreso/yesid-reyes-alvarado/columna-el-principio-de-oportunidad.

http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4742567.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789 . disponible en : http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf

EL TIEMPO. Efectividad en aplicación del principio de oportunidad, pide judicatura a jueces y fiscales. 4 de enero de 2009. http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4742567

EL ESPECTADOR. Editorial. La constitución del 91, el mejor legado del M-19. 24 de abril de 2010. Disponible en: http://www.elespectador.com/impreso/politica/articuloimpreso199833-constitucion-del-91-el-mejor-legado-del-m-19.

Patiño, Nidia. *Delito de inasistencia alimentaria en el ámbito legal colombiano.* Universidad Militar Nueva Granada, 2015. Bogotá. Tomado de http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13906/2/EL%20DELITO%20DE%20INASISTENCIA%20ALIMENTARIA%20EN%20EL%20.pdf consultado el 26 de mayo de 2017.

Lamadrid, Miguel. *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal,* Tesis doctoral, Universidad de Pompeu Fabra, 2015, capítulo I p. 31, Barcelona. Consultado en http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/370100/tmall.pdf;jsessionid=942B677115B6234132DA4162204ACF4E?sequence=1 el 26 de mayo de 2017.

Nogueira, Juan. Tomado de http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/nogueira, consultado el 25 de mayo de 2017. Sin año. Universidad UBA

Informe estadístico de enero de 2016, INPEC No. 1. Tomado de http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/

Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/01%20INFORME%20ENERO%202016_.pdf consultado el 25 de mayo de 2017.

Mojica, Ricardo y Suarez, Margy. *El principio de oportunidad y la ausencia de lesividad en el proceso penal colombiano.* Trabajo para optar al título de Magister. Universidad Militar Nueva Granada, 2016. http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/14201/3/Su%C3%A1rezCorreaMargyLiliana%26MojicaJaimesRicardoAlonso2016.pdf consultado el 25 de mayo de 2017.

http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-36481345. Artículo de la BBC. *Cuáles son los diez países más pacíficos del mundo.* 8 de junio de 2016. Consultado el 26 de mayo de 2017.

DAZA, Alfonso. *"La sujeción al principio de legalidad procesal y reglamentación de las causales del principio de oportunidad"*. Verba Iuris 28, p. 119 a 133, julio-diciembre de 2012. Bogotá. tomado de http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/28/la-sujecion-al-principio-de-legalidad-procesal-y-la-reglamentacion-de-las-causales-del-principio-doportunidad.pdf consultado el 6 de junio de 2017

CARDONA. John y CASTAÑO. Jesús. *"Línea jurisprudencial. Principio de oportunidad vs derechos de las víctimas"*. Universidad de Medellín, 2011, Medellín. Consultado en http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/329/L%C3%ADnea%20jurisprudencial.%20Principio%20de%20oportunidad%20vs.%20Derechos%20de%20las%20v%C3%ADctimas.pdf?sequence=1el 6 de junio de 2017.

MAGALLANES, Miriam. *La inocuización, frente a los delitos sexuales peligrosos, incorregibles, reincidentes.* Revista Jurídica Cajamarca. Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, 2001. Cajamarca. Consultado en http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA7/inocuo.htm el 29 de junio de 2017.

LAGUNA, Juliana. "EL DELITO DE FEMINICIDIO: APLICACIÓN DEL NUEVO TIPO PENAL A PARTIR DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO". Universidad de los Andes, Bogotá, 2016. Tomado de https://documentodegrado.uniandes.edu.co/documentos/9358.pdf el 29 de junio de 2017.

VALENCIA RESTREPO Hernán. Panorama de una nomoárquica general. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2016, Disponible en:https://scholar.google.es/scholar?q=DEFINICION+DE+PRINCIPIO+HERNAN+VALENCIA+RESTREPO&btnG=&hl=es&as_sdt=0%2C5

DÍEZ RIPOLLÉS José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Anuario de filosofía del derecho*, 2005, no 22, p. 13-52. Disponible enhttps://scholar.google.es/scholar?q=d%C3%ADez+ripoll%C3%A9s+jos%C3%A9+luis+el+nuevo+modelo+penal+de+la+seguridad+ciudadana&btnG=&hl=es&as_sdt=0%2C5

ORDUZ BARRETO, Claudia Patricia. El principio de legalidad en la ley penal colombiana, 2010 . Disponible : http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2

Leyes

CONGRESO, Colombia. Ley 1098 de 2006.” por el cual se expide el código de infancia y adolescencia”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2006.

CONGRESO, Colombia. Ley 1257 de 2008.”Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2008.

CONGRESO, Colombia. Ley 906 de 2004.”Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2004.

CONGRESO, Colombia. Ley 599 de 2000.”Por la cual se expide el Código Penal”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2000.

CONGRESO, Colombia. Ley 600 de 2000.” Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2000.

CONGRESO, Colombia. Ley 1542 de 2012.” Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2000.

CONGRESO, Colombia. Ley 1312 de 2009.” Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2009.

CONGRESO, Colombia. Ley 890 de 2004. “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2004.

CONGRESO, Colombia. Ley 1142 de 2007. “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2007.

CONGRESO, Colombia. Ley 1453 de 2011. “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2011.

CONGRESO, Colombia. Ley 1542 de 2012. “Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2012.

CONGRESO, Colombia. Ley 1542 de 2012. “Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2012.

CONGRESO, Colombia. *La* Ley 1774 de 2016. “Por medio de la cual se modifican el código civil”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2016.

CONGRESO, Colombia. La Ley 1474 de 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2011.

CONGRESO, Colombia. *La* Ley 1709 de 2014. “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2014.

CONGRESO, Colombia. Ley 1786 del 2016. “Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la ley 1760 de 2015”. Diario oficial, Bogotá D.C. 2016.

9.ANEXOS

ANEXO 1: RESULTADO DE LAS ENCUESTAS

NUMERO FISCAL	APLICO	CAUSAL	ETAPA DEL CASO	DELITOS	PORQUE NO	OBSERVA LIMITES A LA FIGURA
096 seccional	No	Ninguna			No lo entiende, no le gusta, falta capacitación	
092 seccional	No	Ninguna			Difícil de aplicar	Es una figura novedosa en nuestro sistema procesal penal que requiere un cambio de paradigma en la concepción de la administración de justicia, pasando de la idea de que "el que la hace la paga" – talional –, tan latina por cierto, a la de la concepción pragmática de "te doy para que me des"
043 local	Si	7 en cinco casos	Indagación –2 investigación 2 juicio 1	111-112-113	Reconoce que para el año 2016 era más largo el tramite	Si. Falta de capacitación
39 local	No				Falta capacitación	
021 seccional	No				Para el año 2016 no tuvo casos en que fuera viable su aplicación	
034 seccional	No				Para el año 2016 ningún caso ninguna	

					causal era aplicable a los casos de su conocimiento	
090 local	No				Falta capacitación y es difícil de aplicar	
035 seccional	No				Es difícil de aplicar	
083 seccional	Si	Causales 9 y 12	Indagación – 5 Investigación– 2 y juico – 3	397 – 407 y 413		Los impuestos hoy por la resolución 4155 de 30 de diciembre de 2016. La falta de conocimiento de la figura. Falta de socialización de ese mecanismo de terminación anormal. El temor que genera en los funcionarios su aplicación. Una indebida presentación ante la sociedad como sinónimo de impunidad.
051 local	No				Falta capacitación	
043 seccional	No				Falta capacitación	
076 seccional	No				Difícil de aplicar	
125 seccional	No				No le gusta	
116 seccional	No				Falta capacitación	
77 local					Falta de capacitación	

89 seccional					Falta capacitación	Existen obstáculos, como temores de los beneficiarios (frente a la colaboración eficaz, muchos requisitos o tramite engorrosos (cuando la colaboración eficaz implica colaborar en juicios que no avanzan o no se dan) o se opta por la figura del preacuerdo o preclusión).