

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
Y LA TERMINACIÓN ANTICIPADA
DEL PROCESO EN EL NUEVO
SISTEMA PROCESAL PENAL

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
Y LA TERMINACIÓN ANTICIPADA
DEL PROCESO EN EL NUEVO
SISTEMA PROCESAL PENAL

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Presidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

DARÍO BAZZANI MONTOYA

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
Y LA TERMINACIÓN ANTICIPADA
DEL PROCESO EN EL NUEVO
SISTEMA PROCESAL PENAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

ISBN 958-701-647-5

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 85 No.11-96 pisos 6 y 7
www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: mayo de 2006, con un tiraje de 3.000 ejemplares
Segunda edición: septiembre de 2008, con un tiraje de 2.500 ejemplares
Diseño de Carátula: Stephan Acuña Aguirre
Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego
Diagramación electrónica: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia
Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000.
www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre magistradas, magistrados, jueces, juezas, empleadas y empleados incorporados al Sistema Acusatorio Penal, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y su autor el doctor Darío Bazzani Montoya, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

El módulo El Principio de Oportunidad y la Terminación Anticipada del Proceso en el Nuevo Sistema Procesal Penal, que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza, en cuyo contenido el lector encontrará las siguientes unidades: (i) Oportunidad. Fundamentos y Límites; (ii) Las Causales de Oportunidad y el Control del Juez de Garantías; (iii) Negociaciones y Aceptación de Responsabilidad. Fundamentos y Límites; y, (iv) Alcance del Régimen Legal sobre Negociaciones y Aceptación de Responsabilidad.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con magistrados, magistradas, jueces, juezas, empleados y empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la

Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los magistrados, magistradas, juezas y jueces que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones el doctor Darío Bazzani Montoya, complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los jueces y juezas colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejerce la Corte Suprema de Justicia.

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral*, en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico*, porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de

procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo se *orienta al mejoramiento del servicio*, pues las acciones que se adelanten para el progreso de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un progreso sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos, de gestión o de ambos, implique una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

APRENDIZAJE ACTIVO

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancia de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica

de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

APRENDIZAJE SOCIAL

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de **aprendizaje social** como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks”*.¹ Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

CURRÍCULO INTEGRADO-INTEGRADOR

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador, implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

PLANES DE ESTUDIO

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de personas pedagogas

vinculadas al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 150 Magistrados, Magistradas, Juezas, Jueces, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Etapa II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Etapa III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Etapa IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Etapa V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas, Jueces y Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Etapa VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Etapa VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Etapa VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior, se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Etapa IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

LOS MÓDULOS

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

CÓMO ABORDARLOS

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada modulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11-96 piso 6 y 7 de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL	9
UNIDAD 1	
OPORTUNIDAD, FUNDAMENTOS Y LÍMITES	23
1. Qué es el principio de oportunidad	24
2. Oportunidad y sistema acusatorio	26
3. El principio de oportunidad en Colombia. Límites	36
UNIDAD 2	
LAS CAUSALES DE OPORTUNIDAD Y EL CONTROL DEL JUEZ DE GARANTÍAS	43
1. Requisitos legales del principio de oportunidad	44
2. Control de legalidad	45
3. Las causales de oportunidad	48
UNIDAD 3	
NEGOCIACIONES Y ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD. FUNDAMENTOS Y LÍMITES	55
1. ¿El sistema de negociaciones parte del supuesto de la búsqueda de la verdad consensual como fin del proceso?	56
	19

2. ¿La terminación anticipada del proceso por consenso se fundamenta en el principio de oportunidad?	57
3. El principio de oportunidad en las negociaciones y manifestaciones	58
4. La aceptación de responsabilidad y las negociaciones. Garantías constitucionales. Renunciabilidad	61

UNIDAD 4

ALCANCE DEL RÉGIMEN LEGAL SOBRE NEGOCIACIONES Y ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD 63

1. Aceptación de la responsabilidad	64
2. Negociaciones entre el imputado o procesado y la Fiscalía	61

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
Y LA TERMINACIÓN ANTICIPADA
DEL PROCESO EN EL NUEVO SISTEMA
PROCESAL PENAL

CONVENCIONES

Og

Objetivo General

Oe

Objetivos Específicos

At

Actividades de Taller

Ca

Cuestionarios de Autoevaluación

UNIDAD 1

OPORTUNIDAD, FUNDAMENTOS Y LÍMITES



- Al finalizar el módulo el discente tendrá claridad conceptual en relación con el principio de oportunidad y las formas de terminación anticipada del proceso con sentencia condenatoria en el nuevo régimen procesal penal, así como interpretar la normativa que desarrolla las distintas causales de oportunidad y las modalidades de acuerdo, de modo tal que sea posible identificar el papel y límites de cada uno de los intervinientes en el proceso penal, con particular énfasis en los aspectos sometidos a control por parte del juez, tanto de garantías como de conocimiento.
- Ubicar al discente desde el punto de vista conceptual en lo relacionado con el denominado principio de oportunidad, a través de sus fundamentos en los distintos sistemas procesales, en la Constitución Política y en el Código de Procedimiento Penal de modo que el juez que ejerce el control de legalidad pueda delimitar el ámbito de su competencia.



- El discente podrá entender los problemas y las distintas soluciones posibles que surgen de aceptar la categorización de la oportunidad como principio o como excepción a la legalidad.
- Estará en capacidad de establecer los vínculos entre el sistema, el esquema y la estructura acusatoria, con el principio de oportunidad, desde la perspectiva de las tendencias anglosajona y europeo-continental.
- Comprenderá los límites positivos establecidos en la Constitución Política y en el Código de Procedimiento Penal en relación con la aplicación del principio de oportunidad.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo trata sobre las relaciones entre los sistemas procesales, el esquema procesal y la estructura del proceso. Igualmente, se examinan tanto la tendencia anglosajona como la europea continental a las luces del principio de oportunidad. Esto permite definir los límites constitucionales del principio de oportunidad y examinar problemas legales utilizando las herramientas constitucionales. Los problemas jurídicos que se analizan son los siguientes. En qué consiste el control de legalidad que ejerce el juez. Cuál es el ámbito de competencia del legislador al consagrar las causales y cuál el que compete al Fiscal General en las reglamentaciones que expide sobre la aplicación del principio de oportunidad. En qué momentos procesales se puede aplicar el principio de oportunidad y hasta dónde va la discrecionalidad del fiscal en punto al principio de igualdad.

Como puede advertirse de los interrogantes anunciados, el primer problema que plantea el principio de oportunidad es la posible controversia que podría representar con respecto a máximas del sistema penal como son la legalidad, la igualdad y la culpabilidad. Una interpretación acertada del texto legal a partir de la Constitución Política, evidencia que dicho conflicto se puede superar, cuestión que trataremos de explicar en este capítulo.

1. ¿QUÉ ES EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD?

A. ¿ES LA OPORTUNIDAD UN PRINCIPIO?

El primer problema que se presenta en relación con el denominado principio de oportunidad es la determinación sobre si realmente tiene tal categoría o simplemente se trata de una institución procesal que debe ser entendida en el marco de los principios tradicionales del derecho procesal.

El problema, así planteado, parecería no tener mayor trascendencia pero, como veremos adelante, los límites que se imponen al legislador y al intérprete en cada sistema procesal, dependen en buena medida de la respuesta que se dé al problema jurídico planteado.

En efecto, los sistemas que siguen la tradición romano-germánica, como los adoptados por los países de Europa Continental, no reconocen a la oportunidad la categoría axiológica de principio. En primer término, porque choca su definición con máximas que hacen parte de los cimientos del sistema jurídico como son la igualdad y la legalidad y, en segundo lugar, porque su aplicación se ha reconocido de manera excepcional.

Lo anterior se debe en buena medida a que la recepción de la oportunidad es reciente, puesto que en dichos sistemas jurídicos se empezó a plantear el problema en forma simultánea con la adopción de modelos procesales de tendencia acusatoria, por razón de que a partir de dicho momento, se comenzaron a estudiar las instituciones que estructuran el sistema acusatorio anglosajón y en dicho examen, la oportunidad ha ocupado un lugar preponderante.

Es decir, que durante los casi doscientos que rigió el sistema mixto, la oportunidad no se contó dentro de aquellas figuras trascendentes, ni desde el punto de vista de la estructura procesal, ni desde la perspectiva de la funcionalidad del sistema. Fue quizás esta última, a raíz de la crisis simultánea de los distintos aparatos de justicia criminal, debida principalmente a los altos índices de congestión y la lentitud de los procedimientos, cuestiones que, en últimas atañen al problema sustancial del cumplimiento de los fines de la pena, la que influyó de manera importante en que en las últimas décadas, tanto a nivel político como académico, haya iniciado la discusión en la Europa Continental, en relación con la validez de la oportunidad y su necesidad de aplicarla por razones de política criminal.

Cuestión diferente ocurre en la tradición anglosajona, debido a que allí a la oportunidad se le reconoce la categoría de principio, en la medida que siempre ha estado vinculada al contenido mismo de la acción penal. La valoración política sobre la pertinencia del ejercicio de la acción penal, se hace sobre la base de que la necesidad de imposición de pena no la resuelve un juez después de surtido un proceso judicial, sino que en un primer momento, compete a la sociedad, pues la pena en últimas se erige sobre el fundamento de la prevención general. Si ello es así, la consecuencia lógica es que quien ejerce la acción en nombre de la sociedad puede disponer de ella sobre la base del interés general y esto encierra, por supuesto, una valoración política antes que jurídico-legal.

En conclusión, en el ámbito del sistema jurídico procesal anglosajón, la oportunidad es concebida como un principio que orienta la administración de justicia criminal. El hecho de que la tradición europea continental se resista a elevarla a tal categoría, tiene serias implicaciones en cuanto a su contenido y límites, razón por la cual es necesario estudiarla desde las dos perspectivas.

B. CONCEPTO DE OPORTUNIDAD

En cuanto a la definición del principio de oportunidad, lo primero que se debe advertir es que no existe un criterio unánime acerca del concepto en ninguno de los niveles doctrinario, positivo y jurisprudencial.

Entendida como principio, esto es, acudiendo a la tradición anglosajona, la oportunidad significa discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

No obstante, a partir de dicha definición, surgen varios cuestionamientos que pueden hacer variar el contenido del concepto de oportunidad. El primero está referido al alcance de la discrecionalidad. Para algunos, la oportunidad implica no ejercicio de la acción penal, mientras que para otros, las formas de abreviación del proceso que implican condonar cargos o agravantes específicas, también son manifestaciones de la oportunidad en tanto se sacrifica parcialmente el ejercicio de la acción. Otro interrogante surge a partir de los sujetos vinculados al principio de oportunidad. Algunos sostienen que toda forma de disposición de la acción penal, implica oportunidad, independientemente del sujeto al que se reconozca la voluntad de disponer de la acción; así, cabrían como oportunidad, además los casos en que el fiscal discrecionalmente decide no ejercer la acción penal, aquellas instituciones que ponen en manos de otros sujetos la decisión de disponer de la acción, como la indemnización integral, que permite al sindicado inhibir la acción mediante la indemnización integral de los perjuicios o el desistimiento, que da la posibilidad a la víctima de terminar el proceso con una simple manifestación de ausencia de interés, tratándose de delitos querellables. Otros en cambio sostienen que la oportunidad vincula exclusivamente al titular del ejercicio de la acción penal, es decir, al fiscal. También existen diferentes concepciones en cuanto al ámbito temporal del principio de oportunidad; de un lado quienes piensan que la oportunidad implica la decisión definitiva de no ejercer la acción penal, del otro, los que sostienen que la oportunidad admite condicionar el no ejercicio de la acción penal a determinados supuestos, reservándose el derecho de proceder con posterioridad y, también quienes consideran, que la oportunidad puede aplicarse aun cuando ya se haya ejercido la acción penal.

En conclusión, no existe un concepto uniforme de oportunidad. Su contenido y alcance, dependen de la forma como en cada sistema se desarrolle. Lo único cierto y universal, es que la oportunidad es sinónimo de discrecionalidad.

2. OPORTUNIDAD Y SISTEMA ACUSATORIO

Es frecuente la afirmación en el sentido de que la oportunidad es consecuencia de haber adoptado un sistema de tendencia acusatoria, pero, ¿es en realidad la oportunidad un elemento esencial de dicho esquema procesal? Para responder el interrogante planteado es necesario examinar los elementos del sistema acusatorio y las dos tendencias acusatorias, la anglosajona y la europeo-continental.

2.1. ELEMENTOS DEL ESQUEMA ACUSATORIO

Son múltiples los elementos que se suelen acompañar al sistema acusatorio. Antes de examinarlos, conviene realizar una precisión metodológica y diferenciar los conceptos procesales de sistema, esquema y estructura.

Por sistema procesal entendemos el conjunto de características que históricamente se asocian al sistema acusatorio como método de administrar justicia penal en un momento y lugar determinado. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el estudio del sistema acusatorio arroja diferentes resultados, dependiendo del momento histórico y del lugar en que se aborde el examen, puesto que los elementos toman mayor o menor intensidad según las coyunturas históricas. Por esta razón, no es posible hablar de sistema acusatorio en las distintas vertientes, sin tener en cuenta las razones que dieron lugar a la adopción de determinadas figuras, tal como ocurre en el caso del denominado principio de oportunidad.

Al utilizar el concepto de esquema procesal acusatorio, nos referimos a un modelo teórico, una construcción con fines metodológicos, a partir del resultado que arroja el estudio de los sistemas procesales. En ese orden de ideas, comparamos los distintos momentos y tendencias acusatorias y extractamos los elementos que consideramos esenciales desde el punto de vista de los fines del sistema acusatorio.

Así las cosas, mientras encontramos varios sistemas acusatorios, al momento de abordar el examen del esquema, sólo existe uno, aquel que reúne los componentes esenciales, aquellos sin los cuales el sistema pierde su naturaleza.

Y, finalmente, la estructura procesal acusatoria. Este concepto lo utilizamos para referirnos al reparto funcional de actividades procesales dirigidas a obtener los fines del proceso y cumplir con su función de efectivizar el derecho sustancial, dependiendo del modelo de Estado de que se trate. Aquí centramos la atención en los diferentes compartimentos que el legislador ha diseñado para adelantar el proceso, entendiendo como tal, el método dirigido a administrar justicia penal.

2.1.1. Sistema acusatorio y oportunidad

El sistema acusatorio ha tenido un eje conductor, que a su vez es el fin último de la justicia democrática, cual es la obtención de una decisión imparcial por parte del juzgador. Lo que legitima la decisión judicial es la imparcialidad con la cual obra

el juez. El proceso entonces debe asegurar una estructura en la que se desarrollen los elementos del esquema, de suerte que la imparcialidad no se obtiene a partir de la adopción de correctivos externos que garanticen la imparcialidad (un sistema de nombramiento de jueces por sus méritos, marginar al juez de la injerencia de los otros poderes públicos, etc.), sino que la estructura debe asegurar que ese juez se pueda comportar en el curso del juicio, como tercero imparcial que resuelve el conflicto que se pretende dirimir. En ese sentido, la verdad histórica ya no es exclusiva responsabilidad del juez, sino también de las partes, que intervienen en igualdad de condiciones. La verdad no la extracta el juez, sino que aparece frente a él, sale a la luz pública como resultado de un debate en el que todos participan en igualdad de condiciones. La verdad que aparece a los ojos del juez es la misma que se evidencia frente a los ojos de la sociedad. Casi podría afirmarse que el veredicto del juez sobra, pues este debe resultar evidente a los ojos de cualquier persona que haya presenciado el juicio, al menos en lo que a la prueba sobre la existencia de la conducta se refiere.

En ese sentido, pueden destacarse tres elementos que resultan indispensables en aras a obtener una decisión imparcial por parte del juez.

El primero es la independencia de funciones de acusación y juzgamiento, la cual obedece a la necesidad de dotar al juez de las condiciones necesarias para evaluar imparcialmente el resultado de la investigación, la cual tiene un responsable distinto, que es aquel a quien se entrega la facultad o la obligación, según el caso, de ejercer la acción penal. El juez que sentencia no puede entonces tener intervención en el proceso distinta del ejercicio de la función de juzgamiento.

El segundo elemento esencial del sistema lo constituye la forma como opera el derecho de contradicción. Se trata de asegurar la igualdad de condiciones para el acusador y el acusado en cuanto al ejercicio del derecho de contradicción, de tal suerte que ellos son los únicos responsables del debate.

Correspondiendo la carga de probar al Estado a través de la Fiscalía, la actividad probatoria se rige por el principio dispositivo y se tiene por prueba solo aquella que cumple con los principios de contradicción en igualdad de condiciones e intermediación, esto es la que se solicita por las partes y se practica en el juicio ante el juez. Como de todas maneras es necesaria la presencia de un juez garante de los derechos fundamentales de los intervinientes en la etapa de investigación, esta función se encomienda a un juez diferente del de la causa para evitar que este último se contamine y pueda así adelantar el juicio en condiciones de imparcialidad.

El tercer elemento indispensable en el sistema acusatorio se refiere al papel que cumple el juez. El juez es un tercero imparcial. Su neutralidad debe asegurarse evitando cualquier contacto del juez con las diligencias que previamente se han llevado a cabo durante la investigación. De igual manera, el juez asume una posición pasiva frente a la actividad que corresponde a las partes, de manera que esta desprevenición o descontaminación del juez asegura una decisión auténtica. Por tal razón, el juez pierde iniciativa probatoria y se limita a dirigir el debate que es impulsado por las partes.

Ahora bien, a estos elementos se han acompañado otros que dependiendo del momento histórico se han acentuado con mayor o menor intensidad. Así, otras características que se asocian al sistema acusatorio es la oralidad y la publicidad; en efecto, la mejor herramienta para garantizar la inmediación frente a la prueba es la oralidad del juicio y su publicidad, que además beneficia la legitimidad de la decisión al exponerla a un control público por parte de la sociedad. Sin embargo, dependiendo del momento histórico se han venido reconociendo algunas excepciones con fundamento en los derechos y garantías de las personas que pueden ser afectadas por el procedimiento oral y público, tal como ha ocurrido con los derechos de las víctimas menores de edad, los testigos en casos en que interviene la delincuencia organizada o en asuntos calificados como de interés nacional que pueden poner en peligro la estabilidad del sistema.

También encontramos que si bien el sistema se rige por el principio dispositivo en cuanto a la aducción probatoria, su valoración ha pasado por distintos sistemas, algunos más flexibles que otros en torno a la fundamentación que ha de dar el juez a su decisión. Es decir, que la valoración probatoria tiene diversos sistemas, que a su vez, tienen desarrollo dependiendo de la teoría que se asuma en torno al principio de motivación de las providencias judiciales. Es por ello que en los sistemas acusatorios antiguos o de mayor tradición, se acudió a la libertad probatoria, libre valoración y libre convicción, entre otras cosas para dar posibilidad de intervención a los jurados populares. En la tradición europeo-continental se ha optado por el sistema de la convicción racional; mediante las reglas de la sana crítica se otorga libertad a las partes para disponer de cualquier medio probatorio, sin otorgar valor superior a uno respecto del otro, es decir, que el juez también tiene libertad para valorar las pruebas, pero su decisión debe motivarse, correspondiendo a un juicio de valor racional, debe respetar las máximas de la experiencia y se rige por la lógica jurídica en cuanto al método.

Otro aspecto en el que los sistemas tradicionales acusatorios, concretamente en la tendencia anglosajona, apoyan la legitimidad del juzgamiento, es en la participación popular. Aun cuando se trata de un derecho renunciabile, las dificultades en la conformación de los jurados y el alto costo que implican para la administración de justicia, han hecho cada vez menos frecuente su participación en la justicia penal, no puede desconocerse que hacen parte de una tradición en la que la decisión de la sociedad a través de su participación directa en el proceso, es la que legitima el sistema judicial. En la corriente europeo-continental, la participación popular en la decisión no hace parte de los componentes esenciales del sistema, la intervención de jurados populares es extraña y la tradición jurídica encarga a los jueces tanto la dirección del juicio como la sentencia; si bien existen casos en los que se admite intervención del jurado, este componente no se entiende como parte del sistema acusatorio.

2.1.2. Esquema acusatorio y oportunidad

Del estudio evolutivo del sistema acusatorio puede evidenciarse que los requisitos esenciales del modelo teórico-acusatorio, presentes tanto en la tendencia anglosajona como en la europeo-continental, son la separación de funciones de acusación y juzgamiento, el ejercicio del derecho de contradicción en igualdad de condiciones y el juez ajeno al conflicto o tercero imparcial.

Nótese que esta diferenciación metodológica, entre sistema y esquema procesal, permite llegar a una primera conclusión con relación al principio de oportunidad: No se trata de un requisito de la esencia acusatoria. Tal como advertimos con anterioridad, el modelo acusatorio, en el plano teórico, se caracteriza por el fin último del proceso, consistente en asegurar una decisión imparcial por parte del juez y en tal propósito, nada aporta la aplicación del principio de oportunidad.

Ahora bien, en relación con el principio dispositivo, existe una diferencia importante desde el punto de vista de los requisitos esenciales del esquema procesal.

En cuanto al principio dispositivo en materia probatoria, surge como un requisito esencial, en tanto está vinculado directamente con el ejercicio del derecho de contradicción en igualdad de condiciones y el principio del juez imparcial, pero, en relación con el principio dispositivo respecto del ejercicio de la acción penal, no ocurre lo mismo. En ese sentido, recuérdese que una característica fundamental de la acción penal es su naturaleza pública por estar representado en ella el interés general de la sociedad, lo que en principio, la hace indisponible, salvo que se acepte la tesis según la cual en algunos casos el derecho penal protege con mayor énfasis, intereses particulares y en esa medida su satisfacción a través de otros procedimientos,

permite el sacrificio del interés general, caso en el cual existiría un marco restringido de aplicación de la oportunidad que no entraría en conflicto con la legalidad¹. No

¹ Al respecto, conviene recordar lo expuesto en el texto “Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano”. Allí se sostuvo: “Partiendo de la legalidad pueden reconocerse tres diferentes concepciones de la oportunidad.

La primera, que la entiende como contraria al principio de legalidad. Obligando el principio *nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege*, el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio, es decir, que la oportunidad estaría proscrita. Lo anterior se predicaría del ordenamiento constitucional de los países donde no existe regulación expresa del principio de obligatoriedad ni autorización para el ejercicio de la oportunidad, porque rige la máxima de la legalidad –tal como ocurría en Colombia antes de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002–, así como de aquellos en los que la obligatoriedad encuentra sitio en la Constitución, como en el caso italiano. Aquí la crítica se centra concretamente en que la práctica indica que de todos modos debe reconocerse que el sistema judicial no opera automáticamente en todos los casos que llegan a su conocimiento, es decir, existe una praxis informal de la oportunidad. Además, existen casos en los que la oportunidad no choca con la legalidad, porque si el soporte de dicho principio, en la arista que protege los intereses de la sociedad, radica en la prevalencia del interés general, de todas formas debe aceptarse que en un modelo de Estado social de derecho, la concepción material de la justicia y la reparación como fines complementarios a la búsqueda de la verdad, implica que en algunos casos se puede ceder a tal prevalencia.

Una segunda visión de la oportunidad que la entiende como manifestación del principio de legalidad. Entiende esta posición –también conocida como oportunidad reglada–, que mientras el poder de discreción se encuentre expresamente delimitado en la ley, su utilización en el marco del proceso penal acataría la legalidad, puesto que dicha visión positivista concluiría que cada vez que se aplica el principio de oportunidad en un evento previsto por el legislador se estaría dando aplicación a la ley. Bajo esta perspectiva existen dos formas de entender la figura y solucionar el problema, pero en ambos casos desafortunadas. Si la discreción que se concede admite ir en contra de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, los casos en que se aplica la facultad reglada se convierten en negación de la misma legalidad. El fiscal puede entonces escoger, discrecionalmente, entre los casos que se acomodan a los supuestos legales, en cuáles la aplica y en cuáles no. ¿La legalidad para violar la ley? o, si el no ejercicio de la acción penal sujeto a los casos previstos por el legislador se entiende en el marco de la obligatoriedad de ejercicio de la acción penal. Allí el fiscal tiene que abstenerse de iniciar la acción penal en todos los casos que se acomodan a los supuestos de la causal legal, caso en el cual deja de ser entonces oportunidad, puesto que no existe ningún tipo de discrecionalidad.

En nuestro criterio, existe una forma de conciliar las dos posiciones, según la cual la oportunidad es subsidiaria de la legalidad. Según esta postura, la oportunidad puede ser ejercida por el órgano público siempre que no choque con la legalidad. Lo anterior ocurre en los supuestos donde existe una razón prevalente para premiar un interés público superior al protegido con el ejercicio de la acción o donde simplemente puede sacrificarse dicho interés para proteger el interés privado. Así, si se trata v.gr. del poder de archivar la acusación por motivos políticos o por una valoración de conveniencia pública como en el caso norteamericano, sin distinción respecto de la gravedad del delito o los afectados con el mismo, entraría claramente en conflicto con la legalidad-

obstante, aun en este evento las razones que justifican su aplicación se fundamentan en consideraciones de política criminal y no obedecen al logro del objetivo acusatorio consistente en una decisión imparcial.

En conclusión, si bien existen sistemas acusatorios que han concebido la oportunidad como una característica intrínseca, lo cierto es que desde el punto de vista del modelo teórico, esto es, del esquema procesal acusatorio, el principio de oportunidad no constituye un requisito esencial.

2.1.3. Estructura procesal y oportunidad

Desde el punto de vista de la estructura procesal, no existen limitaciones en torno a la validez del principio de oportunidad. Allí, todo dependerá de las razones político-criminales que se argumenten para su adopción, las cuales determinarán la conveniencia de aceptar la aplicación del principio de oportunidad únicamente antes de producirse el ejercicio de la acción penal o si también es válido aplicarlo con posterioridad.

En nuestro caso, la estructura procesal presenta una particularidad. Acogimos una estructura similar a aquellas diseñadas por los países que siguen la tendencia europeo-continental, de suerte que establecimos un proceso tripartita en el que existe una etapa intermedia entre la investigación y el juicio, que tiene por finalidad obtener la vinculación, definir la imposición de medidas cautelares reales y personales y evaluar el resultado de la investigación con acusación o solicitud de preclusión. Tal como se verá en el siguiente capítulo, cada causal exige presupuestos diferentes y el momento a partir del cual puede presentarse, puede diferir dependiendo de la causal que se trate.

De otra parte, existe entre nosotros una toma de posición por parte del constituyente en relación con los momentos en los cuales puede optarse por la aplicación del principio de oportunidad, por cuanto se consagraron las hipótesis de renuncia al ejercicio de la acción penal, suspensión o interrupción de la misma, lo que permitió al legislador actuar con libertad en relación con el momento procesal oportuno para aplicar la oportunidad.

obligatoriedad. Pero en cambio, si se trata de una abstención de acusar a un miembro de una organización criminal a cambio de que este suministre las pruebas que permiten procesar a los jefes de la misma o del no ejercicio de la acción en un delito menor a cambio de la reparación integral, la oportunidad se fundamentaría en los fines de justicia, en el primer caso, y reparación, en el segundo, de suerte que no existiría enfrentamiento con la legalidad, pues resulta válido, desde el punto de vista de los fines del proceso, el sacrificio del interés general inicialmente protegido con la persecución penal”.

Así mismo, se dejó abierta la posibilidad para decidir el no ejercicio de la acción penal, con efectos preclusivos o la suspensión temporal, sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones.

2.2. TENDENCIAS ACUSATORIAS

2.2.1. El argumento consistente en que el principio dispositivo es una característica esencial del sistema acusatorio

Si observamos con detenimiento las dos tendencias acusatorias que rigen en la actualidad en los sistemas de enjuiciamiento penal de occidente, es decir la anglosajona y la europeo-continental, también podemos advertir que no es cierto que el reconocimiento del poder dispositivo en el proceso penal al titular del ejercicio de la acción penal sea una característica esencial del sistema.

En efecto, el modelo proceso anglosajón, presenta un elemento que lo identifica de los modelos que lo han acogido y adaptado al principio de legalidad en la corriente europeo-continental. Dicha particularidad obedece a razones históricas que han desembocado en dotar la acción penal de un contenido de estirpe política; el fiscal, antes de realizar valoraciones de tipo jurídico, hace juicios de valor fundados en la conveniencia de realizar la investigación o someter a juicio a una persona. En ese orden de ideas, el fiscal tiene un origen político, pues en esa doble valoración, actúa como representante directo de los intereses de la sociedad; de allí la elección popular a nivel estatal y la designación presidencial en el ámbito federal. Al dotar de fundamento político el ejercicio de la acción penal, varía también la naturaleza de los controles respecto del ejercicio de la acción penal; surge entonces el indictment del gran jurado, como filtro popular al ejercicio de la acción penal, que tiene una doble connotación, a la vez que constituye un mecanismo idóneo para garantizar que no se somete a juicio a una persona mediante acusaciones infundadas que pueden causar daños al procesado de manera injustificada, crea un escenario que permite realizar el primer examen a los fundamentos probatorios de la acusación, a efectos de preservar la legitimidad del sistema, tratando de evitar que una acusación débil no supere el juicio. En conclusión, la participación directa y cercana de la sociedad en el ejercicio de la acción penal hace que el fiscal cuente con un alto poder de disposición sobre la misma.

¿Qué ocurre en los sistemas que siguen la tendencia acusatoria europeo-continental? Históricamente la acción penal ha estado vinculada al principio de legalidad. Desde el momento en que nace el sistema mixto con posterioridad a la

revolución francesa, el proceso debe preservar la garantía de la legalidad para evitar la aplicación de procedimientos judiciales creados ex post al acto que se imputa. Sin duda, los movimientos reformistas que surgen a partir de la segunda guerra mundial, también están seriamente influenciados por los excesos cometidos a través del derecho penal en los regímenes autocráticos durante la primera mitad del siglo XX y si bien es cierto, en ese momento se reclama la adopción del sistema acusatorio como único método válido para asegurar el ejercicio material de la garantía de contradicción en el proceso penal, también lo es que esos temores de los reformistas no ceden paso al principio dispositivo en el proceso penal. Se elabora entonces un modelo acusatorio que se erige sobre el principio de legalidad como garantía que asegura el respeto por la igualdad en la persecución de los posibles infractores de la ley penal. Por esa razón la Fiscalía se convierte en titular del ejercicio de la acción penal, pero pertenece al poder jurisdiccional con el propósito de dotarla de autonomía e independencia y marginarla así de las injerencias de las ramas políticas del poder público. La responsabilidad que enfrenta la fiscalía es entonces de naturaleza judicial y los filtros que se diseñan en la estructura del proceso se enmarcan en el principio de legalidad. La ley exige un mínimo para acusar y es en el juicio donde se debate si existe certeza probatoria para condenar. No existe examen probatorio de la acusación por parte de la sociedad, este lo hace un juez o la propia Fiscalía a través de los recursos ordinarios a las decisiones judiciales. La decisión de archivo, en cambio, está sujeta a control judicial, pues es la ley la que dispone los casos en que no hay mérito para ir a juicio. La participación de la sociedad en las decisiones de la administración de justicia no se confía entonces a la Fiscalía sino al legislador que es quien dice en qué casos se investiga y cuando se acusa a los sujetos pasivos de la acción penal y, en esa medida, el fiscal ve reducido el poder de disposición sobre el ejercicio de la acción penal; los casos en que este se admite, resultado también de las reformas que tratan de abrir espacio en el proceso a la satisfacción de los intereses de las víctimas, condicionan la posibilidad de disponer del ejercicio de la acción penal a la utilización de mecanismos de justicia que ponen en sus manos la decisión de perseguir y sancionar a los responsables o preferir la reparación, claro está, allí donde no resulte exagerado el sacrificio en términos de desprotección del interés general.

Si comparamos las dos tendencias, concluimos entonces que lo que realmente caracteriza el sistema acusatorio es la independencia de funciones de acusación y juzgamiento, el ejercicio material del derecho de contradicción en igualdad de condiciones para el acusado y el acusador y la garantía consistente en contar con un juez imparcial. El principio dispositivo en torno al ejercicio de la acción penal, es

característico exclusivamente de la tendencia anglosajona y obedece no a la estructura procesal sino al fundamento político que se otorga al ejercicio de la acción penal.

2.2.2. La tesis referente a que el principio de oportunidad y las negociaciones son presupuesto para la funcionalidad del sistema procesal de tendencia acusatoria

Un argumento empírico de frecuente apoyo para quienes defienden la tesis del sistema de negociaciones como corolario del sistema de tendencia acusatoria consiste en que no sería posible llevar a un juicio público, concentrado, oral, contradictorio y con intermediación, a todos los acusados de la comisión de un delito. Si ello se intentara el sistema colapsaría. Por tal razón, la regla general de funcionamiento del sistema debe ser el fortalecimiento de la investigación criminal, de tal suerte que la mayoría de sindicados que enfrente una acusación prefieran aceptar los cargos o entablar una negociación dirigida a atenuar el reproche punitivo en vez de enfrentar un juicio en el que difícilmente van a vencer los argumentos defensivos. Así mismo, en los casos menores, es preferible sacrificar el ejercicio de la acción penal a través del principio de oportunidad y así dejar espacio a las autoridades para enfrentar procesos por casos relevantes desde el punto de vista del interés de la sociedad en la persecución del delito. De esta manera, solo los casos complejos, desde el punto de vista de la dogmática penal o de la relevancia social del comportamiento, ameritan el desgaste propio de un juicio con garantías acusatorias. La efectividad del sistema se mide entonces, no por los casos en los que la Fiscalía vence al acusado en juicio, sino por el número de condenas frente al número de hechos punibles en los que se ha comprobado su ocurrencia, independientemente de que la forma de llegar a ellas haya sido mediante un juicio contradictorio o mediante una sentencia anticipada.

Obsérvese que el argumento se esgrime a partir de un argumento razonable y convincente desde la óptica político-criminal. No obstante, si se hila delgado, la postura en términos de legitimidad del sistema es francamente perversa y nos conduce a las épocas más crudas del juzgamiento inquisitorial. El sistema inquisitivo premiaba la confesión al tiempo que admitía todos aquellos mecanismos aptos para conseguirla. La rebaja de penas no se fundamentaba en el cumplimiento de los fines de la pena, sin embargo, el componente religioso dirigido a garantizar la expiación de la culpa y morigerar el castigo evitando la quema pública del condenado en “juicio”, eran suficientes para obtener un gran número de confesiones, así fuesen hechas por inocentes. El resultado: el mismo, un alto número de condenas frente al total de investigaciones realizadas por la inquisición.

Sin lugar a dudas, la legitimidad del sistema acusatorio debe medirse tomando como partida sus características esenciales. Si el sistema se define por la posibilidad de enfrentar un juicio pleno en cuanto a la garantía del contradictorio e igualitario frente al contradictor, solo las causas efectivas pueden ser tomadas como parámetro para medir la eficacia del sistema, examinando la proporción de condenas, después de surtido un juicio acusatorio respecto del total de acusaciones formuladas, allí se mide entonces qué tan serias son las investigaciones realizadas. Cuando no hay juicio, no existe posibilidad de comprobar públicamente la certeza de que quien fue condenado es el verdadero responsable del delito.

Lo anterior no se opone necesariamente a la existencia de ritos alternativos que permitan obviar todo el contradictorio propio del juicio acusatorio, pues no puede restarse validez a la confesión como prueba. Pero sí implica la presentación de cargos con los requisitos plenos de una acusación y la posibilidad de examinar la admisión de responsabilidad y confrontarla con los otros medios probatorios que se evidencien en el plenario. No obstante esta tarea, las más de las veces la realizará oficiosamente el juez, puesto que el procesado que ha aceptado los cargos, rara vez cuestionará la prueba que fundamenta su condena. Esto significa que nuevamente estamos pisando los terrenos de la tendencia inquisitiva, en donde la regla general es la oficiosidad en cuanto a la aducción probatoria, en este caso aferrada a la presunción de inocencia. La única posibilidad que resta al legislador de asegurar una condena justa, es la de dotar al juez de plenos poderes a efectos de garantizar el ejercicio material de la función de juzgamiento y no confundir esta con la función de acusación que compete al fiscal.

3. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA. LÍMITES

En búsqueda de la adopción de un sistema funcional, que superara los altos índices de congestión que presentaba el sistema penal a nivel de Despachos judiciales, el constituyente optó por introducir la oportunidad en Colombia. No obstante optó por establecerlo como excepción a la regla general de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, es decir que no le dio validez de principio y, además, acogió la tesis de la oportunidad reglada, según la cual, corresponde al legislador determinar los casos en que podrá aplicarse la oportunidad, atendiendo razones de política criminal.

En ese orden de ideas, el propio constituyente estableció algunos límites a la aplicación del principio de oportunidad, los cuales tienen como destinatario tanto al legislador como a la Fiscalía y al juez de garantías.

3.1. EL ACTO LEGISLATIVO 3 DE 2002

Para abordar el análisis de los casos en los cuales habrá de aplicarse el principio de oportunidad deben precisarse los límites impuestos en la Constitución Política.

Hasta el momento hemos abordado el análisis general de la oportunidad para permitir al lector entender la razón de ser de cada una de las limitaciones impuestas por el Constituyente. Veamos entonces en qué consiste cada una de ellas:

3.1.1. Se acogió la tendencia acusatoria europeo-continental

Es indudable que a partir de la lectura del acto legislativo 03 de 2002 se concluye que si bien el constituyente optó por un esquema acusatorio lo hizo apuntando al sistema procesal acusatorio de tendencia europeo-continental. Veamos:

a) El fundamento del ejercicio de la acción penal es jurídico y radica en el principio de legalidad. Por esa razón la aplicación de la oportunidad es excepcional y está condicionada al desarrollo que de ella haga el legislador, quedando sometido cada caso al control de legalidad que ejerza el juez de garantías.

b) Los controles al ejercicio de la acción penal se realizan por parte de un juez. Si se trata de la acusación, el control natural se ejerce en el juicio ante un juez que falla en derecho. El establecimiento de jurados populares se consagró simplemente como una posibilidad excepcional para que el legislador, si lo tiene a bien, la desarrolle en el futuro de manera excepcional, pero no constituye un requisito de la esencia del sistema.

Si se opta por la preclusión, la decisión no es de la órbita del fiscal. Solo se le reconoce iniciativa para solicitarla al juez de conocimiento, en los casos en que considere que no existe mérito para acusar. De esta forma se establece un filtro que pretende evitar que el fiscal aplique vedadamente la oportunidad como si se tratara de una hipótesis de falta de mérito para acusar y de esa manera obvie el control que corresponde ejercer al juez de garantías. En definitiva, tanto la preclusión por falta de mérito como aquella que se fundamenta en la aplicación excepcional de la oportunidad, están sujetas a control judicial respecto de su legalidad.

c) El fiscal continúa perteneciendo a la rama judicial. De esta forma se reafirma que su función se ejerce con fundamento en la ley y no en consideraciones políticas. El fiscal representa los intereses de la sociedad como parte en el proceso, pero no puede disponer libremente del interés que representa, puesto que esa consideración

la ha hecho previamente el legislador. Todas sus actuaciones, incluso la aplicación de la oportunidad, deben someterse al principio de legalidad.

d. El fiscal responde judicialmente por sus actuaciones con fundamento en el principio de legalidad. No existe responsabilidad política directa de los fiscales por sus actuaciones ni control político de sus decisiones.

3.1.2. La aplicación del principio de oportunidad es excepcional

Puede aplicarlo la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que su aplicación es excepcional, ya que la regla general continúa siendo el ejercicio obligatorio de la acción penal. Lo anterior implica que la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad debe motivarse y exponerse con claridad en la audiencia de control de legalidad.

3.1.3. La aplicación del principio de oportunidad debe respetar el principio de igualdad

Otro aspecto que surge como consecuencia de dicha atribución constitucional es que el juez no puede, por su iniciativa y sin el aval del fiscal, aplicar el principio de oportunidad. El único caso en el que se permite al juez ejercer dicha atribución es el contemplado en el artículo 329 del código, por decaimiento del interés del Estado en la persecución del delito, ya que allí necesariamente la respuesta del Estado debe respetar el principio de igualdad.

Se trata de encontrar la compatibilidad entre la oportunidad y la igualdad. Hemos visto que la oportunidad implica por definición discrecionalidad. Pero dicha discrecionalidad no puede ser entendida como arbitrariedad, pues no se ajustaría a los postulados fundantes de nuestro modelo de Estado, conforme nuestra Carta Política.

Así las cosas, la oportunidad no es excepción a la igualdad sino que debe aplicarse respetando el principio de oportunidad.

Lo anterior significa que el fiscal está en la obligación de fundamentar su decisión y explicar ante el juez las razones que lo llevan a realizar la discriminación, de tal suerte que el juez esté en condiciones de decidir si esa discriminación es razonable y encuentra justificación en los términos del artículo 13 de la Constitución Política. En otras palabras, el fiscal debe demostrarle al juez que lo que aparentemente son dos situaciones iguales en realidad no lo son y por tanto existen criterios que permiten diferenciar las dos situaciones y otorgarles un tratamiento diferenciado, lo cual hace admisible la distinción en términos constitucionales. Lógicamente tendrá

que justificar todos los elementos que se desprenden del texto constitucional, para lo cual resulta valioso aplicar alguno de los test de igualdad desarrollados por la Corte Constitucional.

Si bien todos los requisitos contenidos en el artículo 13 constitucional son indispensables, el fiscal debe justificar con especial cuidado la proporcionalidad de la medida, puesto que en este caso se trata ni más ni menos que del no ejercicio de la acción penal en relación con un imputado, frente a personas que en situaciones similares, pueden soportar condenas con alto grado aflictivo de sus derechos fundamentales. No basta entonces con encontrar una razón que justifique el tratamiento diferenciado sino que este debe ser proporcional.

3.1.4. El Principio de oportunidad puede aplicarse en cualquier momento

El fiscal puede abstenerse de iniciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal. En este sentido es importante destacar que la aplicación del principio de oportunidad puede darse en cualquier momento del proceso e, incluso, antes de que exista proceso en sentido formal. Así debe entenderse el artículo 327 del Código, el cual consagra que el principio de oportunidad y los preacuerdos deben respetar la presunción de inocencia y proceden cuando exista una prueba mínima en relación con la autoría y tipicidad del comportamiento. La determinación de autoría es exigencia válida en tratándose de negociaciones, pues estas terminan con la renuncia al juicio contradictorio y la imposición de una condena, pero, en relación con la oportunidad, el constituyente no consagró este requisito porque las razones de política criminal que establezca el legislador no exigen en todos los casos dicha determinación.

En relación con la hipótesis de suspensión, es importante destacar que el constituyente consagró la posibilidad de que la decisión del fiscal quede condicionada al cumplimiento de determinadas obligaciones por parte de la persona beneficiada y solo verificada dicha situación, se produzca la terminación del proceso con efectos preclusivos.

3.1.5. Se acogió la tesis de la oportunidad reglada

Debe hacerlo con fundamento en razones de política criminal, las cuales deben estar previstas en la ley. Al respecto debe tenerse en cuenta que el constituyente acogió la tesis de la oportunidad reglada, conforme a la cual es el legislador quien evalúa previamente las razones de política criminal que deben servir de base para abstenerse de ejercer la acción penal.

Es decir que el fiscal no tiene atribuciones constitucionales para establecer nuevos eventos en los cuales puede aplicar el principio de oportunidad. La facultad constitucional del Fiscal General de la Nación consistente en participar en el diseño de la política criminal del Estado, se ejerce mediante la atribución de presentar proyectos de ley, en este caso, dirigidos a regular las causales en las cuales se puede aplicar el principio de oportunidad, pero la decisión final compete al legislador. Cuando el artículo 330 faculta al Fiscal General de la Nación para expedir el reglamento interno, sólo le permite expedir el acto administrativo que se ocupa de regular los aspectos atinentes a los controles internos, requisitos de la solicitud, reporte al registro interno de casos, etc., pero en ningún momento le permite incluir nuevas hipótesis de oportunidad o disminuir los requisitos establecidos por el legislador. Lo que sí puede incluir en su regulación, son aspectos adicionales no previstos por el legislador y que deben ser evaluados al momento de aplicar el principio de oportunidad, siempre y cuando se reúnan todos los requisitos exigidos por el legislador v. gr. tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la aplicación del principio de oportunidad, actividad investigativa desplegada hasta ese momento, posibilidad real de presentar las pruebas en el juicio, incluso, aspectos que constituyan razones constitucionalmente válidas para discriminar la aplicación del principio en unos casos y en otros no, v. gr. Antecedentes penales, modalidades de ejecución del delito, edad del presunto infractor, contexto familiar, social y cultural en relación con la posibilidad de delinquir de nuevo, etc.

No obstante, debe tenerse en cuenta que cuando se trate de eventos distintos del señalado en el artículo 329 del código, es decir diferentes del decaimiento del interés del Estado en la persecución del delito, el fiscal puede hacer distinciones en la aplicación de la oportunidad, siempre y cuando el fundamento de la discriminación radique en una razón constitucionalmente válida. Tal sería el caso, por ejemplo, de un fiscal que resuelve aplicar el principio de oportunidad frente a un coautor y no con respecto al otro, con fundamento en que el segundo registra antecedentes penales por el mismo comportamiento, en el entendido que dicho factor, examinado respecto del delito y su autor, justifique de manera razonable y proporcional la distinción.

3.1.6. Está sujeto a control de legalidad obligatorio y automático por parte del juez de garantías

Como quiera que la regla general es el ejercicio obligatorio de la acción penal, al punto que la preclusión por falta de mérito debe ser decretada por el juez de conocimiento, el constituyente dispuso que en todos los casos debe existir

control de legalidad por parte del juez de garantías, el cual debe entenderse tanto en sentido formal como material. Es por ello que en la audiencia deben presentarse y controvertirse las pruebas sobre el fundamento de la causal y es el juez quien finalmente, después de valorarlas, decide si hay lugar o no a su aplicación. En este sentido conviene precisar que la decisión del juez de garantías cuando accede a la aplicación del principio de oportunidad tendrá efectos preclusivos, pero no requiere un nuevo pronunciamiento por parte del juez de conocimiento, porque el constituyente le otorgó esta facultad al juez de garantías. Lógicamente, se trata de una decisión que no tiene los mismos efectos de una preclusión dictada por el juez de conocimiento, pues si bien hace tránsito a cosa juzgada, no tiene poder vinculante respecto de la posible responsabilidad civil, como sí puede tenerlo en algunos casos la preclusión de la investigación proferida por el juez de conocimiento.

EJERCICIO DE AUTOEVALUACIÓN

Ca

- Defina en un párrafo corto el principio de oportunidad y posteriormente explique los elementos contenidos en la definición.
- Enumere las consecuencias de aceptar que la oportunidad no es un elemento del esquema acusatorio, así como las que se desprenderían de aceptar la tesis contraria.

UNIDAD 2

LAS CAUSALES DE OPORTUNIDAD Y EL CONTROL DEL JUEZ DE GARANTÍAS



- El discente precisará el alcance de cada una de las causales legales que desarrollan el principio de oportunidad y estará en condiciones de aplicar cada causal al caso concreto, teniendo claridad sobre los aspectos que debe revisar el juez de garantías durante la audiencia de control de legalidad.



- Se tendrán los elementos necesarios para resolver los problemas que surgen de las limitaciones generales impuestas por el legislador en relación con la aplicación de las causales que regulan la aplicación del principio de oportunidad, así como los problemas concretos relacionados con los requisitos particulares que se exigen en cada causal.
- Se precisarán los aspectos de procedimiento que deben ser tenidos en cuenta por el juez de garantías en el curso de una audiencia de control de legalidad a la aplicación del principio de oportunidad.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo pretende examinar los contenidos legales del principio de oportunidad y desarrollarlos a partir de los problemas que surgen de la interpretación de los textos legales. Se examinan las diferentes causales legales y los problemas que pueden surgir en cada una de ellas, haciendo énfasis en qué es lo que debe controlar el juez en cada causal. Como la metodología a aplicar se basa en la formulación de casos, los aspectos sometidos a control se examinarán tal y como debe plantearse el problema en el curso de una audiencia de control de legalidad en donde el juez debe comenzar por la verificación de la competencia, saneamiento del proceso, etc.

1. REQUISITOS LEGALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El código establece los casos en los cuales puede aplicarse el principio de oportunidad. Sobre los aspectos puntuales relacionados con cada causal volveremos adelante.

Por ahora importa destacar que se excluyen las graves violaciones del derecho internacional humanitario, los crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma y los delitos de narcotráfico y terrorismo.

En estos casos la herramienta con la que cuenta el fiscal es la de las negociaciones o preacuerdos en los que el procesado puede estar interesado en obtener una rebaja considerable de la condena. Sobre el particular, recuérdese que las negociaciones se enmarcan también en unos fines político-criminales establecidos por el legislador, dentro de los cuales se acude a criterios que también han sido tenidos en cuenta en la regulación de la oportunidad tales como la colaboración con la justicia o la reparación.

Pensemos en que a Juan se le imputa un delito de genocidio y tiene ánimo de colaborar con la justicia delatando al determinador y a otros autores intelectuales.

Es claro que el fiscal no puede acudir al principio de oportunidad a efectos de precluirle la investigación a cambio de su colaboración como testigo.

Pero podría Juan hacer una negociación para obtener un cambio de adecuación típica, v. gr. por homicidio en concurso, y por esa vía mediante la aplicación de la oportunidad dentro de la negociación, obtener una condena más favorable.

En este caso debe hacerse una distinción previa. La negociación debe hacerse sobre la base de la prueba que sirvió de fundamento para realizar la imputación. Si no se ha formulado imputación, el fiscal puede realizar la imputación por homicidio en concurso si no está en condiciones de probar el elemento subjetivo del genocidio, y aplicar el principio de oportunidad, lógicamente sometiendo dicha valoración a examen posterior del juez de garantías.

También se exige que en los casos contemplados en las causales 2 a 17, si el delito tiene prevista una pena privativa de la libertad que exceda de seis años de prisión, el fiscal cuente con un acto de delegación expresa del Fiscal General de la Nación.

Así mismo, en relación con las causales previstas en los numerales 15 y 16, el principio de oportunidad no puede aplicarse para jefes, organizadores o promotores

o a quienes hayan suministrado elementos para su realización, es decir quienes las financian.

Ahora bien, como quiera que las anteriores limitaciones las incluyó el legislador por razones de política criminal, fuerza concluir que se trata de aspectos sometidos al control de legalidad respectivo y que, en consecuencia, son asuntos que deben ser indagados por el juez en la audiencia y que admiten controversia por parte de los intervinientes. Tal sería el caso de nuestro ejemplo, si existe discusión sobre la adecuación típica en la que existan dudas sobre si se trata de un genocidio o un homicidio en concurso homogéneo y sucesivo, lo cual incide en la procedencia de la aplicación del principio de oportunidad.

2. CONTROL DE LEGALIDAD

El código de procedimiento penal establece los siguientes lineamientos en relación con el procedimiento aplicable al control de legalidad que ejerce el juez de garantías:

a) Como quiera que la Constitución Nacional previó un control de legalidad obligatorio y automático, siempre que el fiscal quiera aplicar el principio de oportunidad, debe someter esa decisión a control del juez de garantías.

En otros términos, no se requiere la impulsión de ninguno de los intervinientes, sino que la Fiscalía debe solicitar al juez que convoque audiencia para el efecto, la cual debe realizarse dentro de los cinco días siguientes a la decisión. En consecuencia, siendo el control un requisito constitucional de la procedencia del principio de oportunidad, la decisión del fiscal no surte ningún efecto hasta tanto el juez no ejerza el control y emita su pronunciamiento.

b) El control se realiza en audiencia especial, en la cual pueden intervenir la víctima, el Ministerio Público, el sindicado y su defensor, razón por la cual deben ser citados, so pena de nulidad de la actuación.

Aunque la disposición no menciona al sindicado y su defensor, es lógico entender que debe garantizarse su derecho de estar presentes. En principio, podría pensarse que no es necesaria su presencia, en tanto la decisión que se persigue es favorable a sus intereses, sin embargo, creemos que no es posible adoptar ninguna determinación sin que se permita el ejercicio efectivo del derecho de defensa material y técnica. Veamos:

Uno de los aspectos que debe tenerse en cuenta es que el constituyente acogió la tendencia acusatoria europea continental según la cual la regla general es que el ejercicio de la acción tiene un fundamento jurídico. Como consecuencia de tal determinación su titular, es decir la Fiscalía, enfrenta responsabilidad jurídica por tal determinación y es autónomo e independiente, razón por la cual pertenece a la rama judicial. La acción entonces, en principio, no es disponible, salvo los eventos taxativamente señalados por el legislador, como casos en los que procede el principio de oportunidad. Es por esta razón que la decisión de precluir la investigación por prueba de no responsabilidad o falta de mérito para acusar, debe ser proferida por el juez de conocimiento, pues tal exigencia constitucional es corolario de haber adoptado un sistema en el que la regla general es el ejercicio obligatorio de la acción penal.

La razón no radica exclusivamente en la asignación constitucional de competencias diferentes, una en cabeza del juez de garantías y la otra en el juez de conocimiento, sino que los efectos de la decisión también son diversos. Al terminar el proceso por aplicación del principio de oportunidad, si bien la decisión hace tránsito a cosa juzgada, no implica la no existencia de la conducta o la no comisión por parte del sindicado, ni su legitimidad frente al ordenamiento jurídico. Lo único que fundamenta la decisión es una razón político-criminal. Por esta razón, los efectos, v. gr. en materia civil, no son los mismos si el proceso termina por aplicación del principio de oportunidad que si termina por una preclusión fundamentada en prueba de no responsabilidad penal o falta de mérito para acusar.

Por lo anterior, el primer acto de la audiencia debe ser la presentación del caso por parte del fiscal y si conforme a dicha presentación es evidente la no responsabilidad, el juez debe declararse incompetente y solicitar al fiscal la presentación de la solicitud de preclusión ante el juez de conocimiento.

Por esta razón, debe garantizarse la presencia e intervención del imputado y su defensor, a quienes conviene más una preclusión en la que se declara la ausencia de responsabilidad, que la aplicación del principio de oportunidad por razones político-criminales.

Debe destacarse la importancia de la participación de la víctima en la medida en que la credibilidad de la institución depende en buena medida de que la víctima entienda el aporte político-criminal de la decisión adoptada por el fiscal. Pero, el propósito de su participación no radica simplemente en dotar de legitimidad a la decisión final. Se trata del efectivo derecho de la víctima a controvertir los argumentos expuestos por el fiscal en torno a la aplicación de la oportunidad al caso concreto.

En nuestro ejemplo, la víctima podría aportar muchas luces al juez en torno a la discusión sobre si el delito debe ser calificado como homicidio o genocidio

c) Una vez presentado el caso, el juez de garantías debe verificar, como en cualquier audiencia, la competencia y el saneamiento del proceso.

Recuérdese que si bien la competencia del juez de garantías no tiene límites por el factor objetivo, debe observar en todo caso los demás factores desarrollados en el código.

Lo anterior implica que puede existir controversia en relación con la competencia y para ese efecto debe darse la oportunidad a los intervinientes de argumentar.

Una vez verificada la competencia y la no presencia de nulidades, el juez debe solicitar al fiscal la presentación de los argumentos y las pruebas en los cuales fundamenta la aplicación del principio de oportunidad. Luego, siguiendo el orden de intervención en las audiencias oirá al representante de la víctima o la víctima misma, al Ministerio Público y, finalmente al imputado y su defensor, quienes también pueden presentar pruebas para controvertir las aducidas por el fiscal.

Es importante destacar que si bien la concurrencia de la víctima no es obligatoria, debiendo en todo caso ser citada, existe una obligación para el juez de tener en cuenta sus intereses, sobre todo en aquellos eventos en los que se exige la reparación. En consecuencia, el juez tiene facultades para indagar los aspectos relacionados con los perjuicios causados, en cumplimiento de dicha obligación.

También debe resaltarse que el juez cuenta con atribuciones para indagar sobre los aspectos relacionados con la causal invocada y su prueba, correspondiendo en todo caso la carga de probar al fiscal. Si existen dudas sobre la presencia de alguno de los elementos de la causal, v. gr. en relación con la adecuación típica que pueda influir en la pena, que a su vez incida en la procedencia del principio de oportunidad o acerca de la efectiva reparación del daño, bien puede el juez ordenar la prueba de oficio, pues la restricción a que hace referencia el artículo 361 del código se refiere a la prueba sobre la existencia o no de responsabilidad penal.

Con todo, existen serias dudas acerca de la constitucionalidad del artículo 361 del código al prohibir la facultad de decretar pruebas de oficio en relación con la existencia o no de responsabilidad penal, si es que se entiende como una prohibición que rige para cualquier evento y en cualquier momento del proceso.

No se entiende cómo podría un juez condenar a sabiendas de que existe una prueba que de ser practicada podría evidenciar la ausencia de responsabilidad del sindicato o una menor punibilidad, sin quebrantar el artículo 29 de la Carta según el cual sólo se puede responder por el acto cometido. Distinto es el caso en el que la falencia se advierte respecto de la prueba de acusación, puesto que allí la carga de la prueba corresponde a la Fiscalía, con lo cual la consecuencia de no probar los cargos es la absolución. Los problemas de constitucionalidad podrían salvarse si se entiende que al estar ubicada la norma en el capítulo correspondiente a la audiencia preparatoria, la intención del legislador fue la de dejar a salvo la imparcialidad del juez evitando su contaminación antes del debate público, de suerte que si el juez se percata en el juicio oral, después de practicar las pruebas solicitadas por las partes, de la existencia de una prueba que podría conducir a un tratamiento más favorable para el sindicato, la podría decretar.

Finalmente, el juez adopta la decisión, contra la cual no procede recurso alguno².

3. LAS CAUSALES DE OPORTUNIDAD

En relación con las causales que regulan el principio de oportunidad reglada son múltiples las consideraciones que se podrían realizar, las cuales exceden el propósito de este trabajo. Sin embargo, pueden resaltarse algunos problemas fundamentales que deben ser tenidos en cuenta por parte del juez de garantías al momento de ejercer el respectivo control.

Lo primero que debe advertirse es que el fiscal debe evaluar muy bien el caso y sus objetivos al aplicar el principio de oportunidad, examinando los requerimientos de cada causal para no errar en la selección de la misma.

Será frecuente encontrar que un mismo caso puede ser terminado por la aplicación de varias causales de oportunidad, evento en el cual el fiscal debe invocar las diversas causales y realizar el análisis frente a cada una para superar el control de legalidad del juez de garantías. Veamos:

2 Creemos que esta limitación no vulnera la Constitución Nacional, puesto que la garantía de la doble instancia se predica exclusivamente de la sentencia condenatoria. Sin embargo, una decisión manifiestamente ilegal del juez de garantías, v.gr. no consultar las pruebas presentadas, salirse de los marcos permitidos por la respectiva causal, etc. permitiría acudir a la acción de tutela por vía de hecho pues se trataría de un pronunciamiento desprovisto de legitimidad.

Juan, en compañía de Diego, le causa unas lesiones a Pedro en el curso de una riña. Sin embargo, Juan ofrece reparar el daño y en consideración a que registra antecedentes de buena conducta, a los lazos familiares que unen a los dos sujetos, al perjuicio que se causaría a Juan con la reclusión, etc., el fiscal examina la posibilidad de aplicarle el principio de oportunidad. En primer término verifica que se trata de unas lesiones menores y que en consideración a la pena, no se trata de un caso de competencia exclusiva del Fiscal General de la Nación; luego, procede a la selección de la causal y se encuentra con que el caso puede caber dentro de los lineamientos de las causales 1, 6 y 8.

El fiscal debe evaluar los requisitos de cada causal y el fin político criminal que se persigue con la aplicación de la oportunidad, así, si considera que es importante obtener prueba que permita condenar a Diego, porque este sí registra antecedentes penales, debe optar por la causal 6, referente al testimonio que puede rendir Juan en contra de Diego. Pero, si observa que Juan está dispuesto a reparar el daño causado, puede invocar también alguna de las otras dos causales, dependiendo de las posibilidades de indemnizar inmediatamente o dentro de un plazo razonable.

Incluso, si el fiscal se equivoca en la causal aplicada, podría el juez sugerir la aplicación de la causal correcta, teniendo en cuenta que en todo caso, la decisión de aplicarlo o no depende de que el fiscal acoja la sugerencia del juez, pues la iniciativa constitucional corresponde al fiscal.

En relación con las causales que exigen la reparación de las víctimas (numerales 1, 8, 14 y 15) no procede la terminación del proceso hasta tanto no se compruebe su efectividad. Es decir, que si se asume el compromiso de reparar, habrá que invocarse la causal 8 mediante la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba y solo hasta tanto se compruebe la efectiva reparación, se podrá acudir al principio de oportunidad declarando la correspondiente extinción de la acción penal.

Conviene aclarar que si bien el artículo 326 en su inciso final dispone que “verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal ordenará el archivo definitivo de la actuación”, dicha decisión debe someterse a control de legalidad por parte del juez de garantías, pues recuérdese que el control previsto por el constituyente es obligatorio en todos los casos.

En relación con las causales que se refieren a la extradición (numerales 2, 3 y 4) debe entenderse que la aplicación del principio de oportunidad sólo procede una vez se adopta la decisión de conceder y entregar en extradición por parte del Gobierno

Nacional, o una vez se produce la entrega o la aprehensión por parte de la Corte Penal Internacional, porque antes de dichas situaciones existe la posibilidad de que la persona continúe en Colombia, debido a que por ejemplo, no se emite concepto favorable por parte de la Corte Suprema de Justicia o porque el Gobierno hace uso de su facultad discrecional de negar la extradición, casos en los cuales no existiría fundamento para abstenerse de iniciar o proseguir la acción penal en nuestro país.

También debe precisarse que el juez no puede invadir las competencias constitucionales atribuidas al Gobierno, es decir que su decisión no puede invadir la discrecionalidad que la Carta le reconoce para evaluar, políticamente, si la concede o no. Se trata simplemente de la verificación del cumplimiento de todos los requisitos constitucionales y legales previstos para el trámite de la extradición.

En relación con las causales que se refieren a la colaboración del testigo (numerales 5 y 6) debe recordarse que su fundamento está en el régimen de inmunidades del derecho anglosajón.

En el sistema norteamericano se conocen cuatro clases de inmunidades. La inmunidad de uso, según la cual nada de lo que diga el testigo en su declaración puede ser utilizado en su contra; la inmunidad de uso derivativo, que impide utilizar la declaración y las pruebas obtenidas a partir de lo dicho por el testigo, en su contra; la inmunidad extrapenal, que implica el no procesamiento del testigo; y la inmunidad extrapenal, en la que se ofrece al testigo, además del no procesamiento penal, otros beneficios como la extinción de las obligaciones civiles derivadas del delito o de las consecuencias administrativas, fiscales o disciplinarias.

Obsérvese que las inmunidades de uso y uso derivativo tienen fundamento constitucional en el derecho de no autoincriminación, en la medida en que se realiza una ficción jurídica. La declaración es válida en cuanto incrimina a terceras personas, pero no existe en tanto incrimina al propio testigo, pues es como si hubiese hecho uso del derecho a no declarar. En cambio, las inmunidades transaccional y extrapenal se basan en el principio de oportunidad, porque no se refieren al potencial probatorio de una declaración o las pruebas obtenidas a partir de la misma, sino que implican la promesa de no ejercer la acción penal o suspender su ejercicio.

Lo anterior significa que para neutralizar el valor probatorio de la declaración del testigo así como las pruebas obtenidas a partir de dicha declaración, con el fin de que no puedan ser utilizadas sino exclusivamente en relación con otras personas, basta con invocar el privilegio constitucional por parte del testigo al momento de

declarar, sin que sea necesario otorgarle a cambio la promesa de aplicar principio de oportunidad.

Ahora bien, tratándose de la inmunidad extrapenal, el fiscal no cuenta con atribuciones constitucionales ni legales para extinguir consecuencias del delito, diferentes de las penales.

En consecuencia, el único evento de oportunidad que se recoge en las causales mencionadas es el de inmunidad transaccional, la cual puede referirse a un delito o a varios de los que se puedan imputar al testigo.

En relación con las causales que implican el examen de elementos de la responsabilidad penal, como en el caso de los numerales 7, 10, 11, 12,13 y 17, debe advertirse que la prueba que se presenta y la controversia que se permite a los intervinientes se limita exclusivamente a los componentes de la causal respectiva. No debe permitirse el debate en relación con todos los elementos de la responsabilidad penal, porque ese no es el objeto de la audiencia.

Otro aspecto importante, en relación con estas causales, es que se parte de la base de la posible responsabilidad del imputado, ya que como se advirtió, si se evidencia una causal de ausencia de responsabilidad o de improcedencia de la acción, lo conducente es la preclusión de la investigación por parte del juez de conocimiento.

Finalmente, conviene hacer una precisión en relación con el contenido del inciso final del artículo 327 del estatuto procesal. De su redacción parecería entenderse que la aplicación del principio de oportunidad requiere prueba de la autoría y la tipicidad del comportamiento, de donde surgiría como consecuencia, que para aplicar el principio de oportunidad es necesario formular imputación.

Creemos que dicha apreciación es equivocada, pues recuérdese que el constituyente autorizó al fiscal para abstenerse de ejercer la acción penal, suspenderla o interrumpirla, es decir que es procedente antes de la imputación; entre la imputación y la acusación, y durante el juicio, antes de cobrar ejecutoria el fallo condenatorio. Cuando la norma exige prueba de autoría y tipicidad, se refiere a las hipótesis de acuerdos entre la fiscalía y el acusado, dirigidos a obtener una sentencia condenatoria atenuada, pero no al principio de oportunidad.

En algunos casos las exigencias de la causal hacen suponer la determinación de autoría, como en la extradición o en los beneficios por colaboración, pero pueden existir casos en los que está probada la ocurrencia del delito, la decadencia del

interés del Estado en su persecución, no existen daños por reparar y se cumple el requisito objetivo establecido por el legislador. Tal sería el caso de delitos en que la pena privativa de la libertad no excede en su máximo los seis años o los delitos contra el patrimonio económico cuando el objeto material se encuentra en alto grado de deterioro respecto de su titular.

En cambio, la referencia a la presunción de inocencia, debe entenderse aplicable tanto a los eventos en los cuales se aplica el principio de oportunidad como en los acuerdos de reconocimiento de responsabilidad. En el primer caso, es evidente, como lo advertimos atrás, que si existe prueba de no responsabilidad, lo conducente es dirigirse al juez de conocimiento para que este profiera una preclusión de la investigación con ese fundamento, y en el segundo, la garantía constitucional se manifiesta en la imposibilidad de dictar sentencia sin que exista prueba de responsabilidad penal, no pudiendo suplirse la prueba de autoría y tipicidad, con la aceptación de las mismas por parte del sindicado.

En conclusión, el juez debe tener presente que su intervención en la audiencia es activa; que los controles que ejerce, si bien están constitucionalmente delimitados, no lo privan de su función de garante de los derechos fundamentales de los intervinientes y, en ese sentido, no es un simple “invitado de piedra”. En resumen, debe enfocar el ejercicio de su función en el desarrollo de la diligencia, a preservar la legalidad formal y material de la actuación.

EJERCICIO DE AUTOEVALUACIÓN

Ca

- Después de precisar los aspectos generales y particulares relacionados con las causales que se ocupan de desarrollar el principio de oportunidad usted está en capacidad de aplicar el control de legalidad a una solicitud elevada por el fiscal.
- Sobre el supuesto que contiene el siguiente caso hipotético, resuelva los interrogantes que se plantean. Para el efecto, primero debe establecer los problemas jurídicos que surgen del cuestionario y luego de discutirlos, proponga la solución.
- A Juan le formulan imputación por el delito de homicidio en concurso homogéneo y sucesivo, por causarle la muerte a varios dirigentes de un movimiento político. Como quiera

que ofrece colaboración para delatar a otros integrantes de la banda, el fiscal ofrece aplicar el principio de oportunidad, después de rendido el testimonio por parte de Juan. Durante la audiencia de control de legalidad, el representante de las víctimas plantea que no se puede aplicar el principio porque se trata de un genocidio.

- ¿Cuál debe ser el proceder del juez de garantías?
- ¿Puede decretar las pruebas solicitadas por el representante de las víctimas?
- ¿Puede decretar pruebas de oficio?
- ¿Se puede variar la calificación jurídica del delito en esa audiencia?
- Si se trata de una investigación en la que todavía no se ha formulado imputación, ¿puede Juan, ante la eventualidad de que su conducta sea calificada como genocidio, ofrecer una declaración amparada por el privilegio de no autoincriminación y exigir que no se le procese por ese delito a él?
- Si a Juan se le formula imputación como coautor que obró con la participación de Pedro, quien ostenta la misma calidad, ¿puede el fiscal aplicar el principio de oportunidad sólo a uno de ellos, aun cuando el otro también ofrezca colaborar con la justicia? ¿Debe motivar dicha decisión? ¿Puede discriminar la aplicación del principio sólo a Juan, basado en que Pedro registra antecedentes penales? ¿Puede el juez, al aplicar el control de legalidad, oponerse a la aplicación del principio de oportunidad a Pedro, fundamentando su decisión en que este registra antecedentes penales sin que el fiscal haya hecho tal discriminación?

UNIDAD 3

NEGOCIACIONES Y ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

FUNDAMENTOS Y LÍMITES



- El discente estará en capacidad de contextualizar el régimen de negociaciones entre la fiscalía y el procesado y la aceptación de responsabilidad con el fin de anticipar el fallo, en el marco de los principios constitucionales que constituyen límites al sistema penal.



- Tendrá claros los fundamentos del sistema de negociaciones, en particular, examinará los problemas derivados de aceptar que el mismo parte del supuesto de la aplicación del principio de oportunidad o de concebir la verdad consensual como un fin del proceso penal.
- Para efectos de ejercer la función de juzgamiento, entenderá adecuadamente cuáles son los derechos a los cuáles renuncia el procesado en una negociación, a cuales no y cuáles son irrenunciables.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo se propone responder al interrogante de si las negociaciones en el nuevo código se fundamentan en el principio de oportunidad y si, en consecuencia, tienen los mismos límites constitucionales que enfrenta el principio de oportunidad. También se examina con particular detenimiento el control que hace el juez y si este tiene referentes probatorios o no.

1. ¿EL SISTEMA DE NEGOCIACIONES PARTE DEL SUPUESTO DE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD CONSENSUAL COMO FIN DEL PROCESO?

La discusión acerca de la verdad real versus verdad consensual como punto de partida del sistema de negociaciones, constituye otro de los mitos recurrentes en la crítica de los procedimientos de terminación anticipada del proceso.

Como primera medida debemos diferenciar entre aquellos sistemas que permiten la condena sin la comprobación plena por parte del juez de todos los elementos que acreditan la responsabilidad penal de aquellos que sí la exigen.

El sistema norteamericano, por ejemplo, con mayor elasticidad en unos casos que en otros fruto de la federalización del sistema de enjuiciamiento penal, exige simplemente que el procesado haya aceptado unos cargos, previamente concertados o no, sobre una base de hechos creíbles, lo cual sin duda implica aceptar un estándar menos exigente que el que requiere un juez o un jurado para proferir condena en contra de una persona después de surtir un juicio acusatorio. Los sistemas europeo-continental que admiten terminación del proceso por consenso exigen, en cambio, que el juez compruebe que el procesado ha aceptado los cargos sobre la base de un mínimo probatorio y que el juez compruebe, al momento de dictar sentencia, la existencia de prueba suficiente para lograr la certeza del juzgador en torno a la responsabilidad penal. La admisión de responsabilidad es, entonces, una prueba más del conjunto que lleva al juez al convencimiento necesario para ejercer su función de juzgamiento.

Obsérvese que en el primer caso el juez sentencia en búsqueda de la verdad consensual mientras que en el segundo no abandona el fin de búsqueda de la verdad real.

Ahora bien, en un sistema como el nuestro, en el que se impone como máxima la responsabilidad por el acto cometido, no es posible resolver el conflicto entre verdad real y consensual a favor de la última, por lo que fuerza concluir que en aquellos modelos de tendencia acusatoria que se rigen por la máxima de la legalidad como componente del debido proceso, solo es posible admitir mecanismos de terminación anticipada del proceso fundamentados en el consenso, que permitan al juez verificar y constatar las pruebas que soportan el acuerdo con la confesión posterior del acusado, de suerte que el fin del proceso se oriente por la búsqueda de la verdad real aun cuando a ella se llegue a través del consenso y no necesariamente

de la contradicción. De esta forma no solo no se sacrifican los fines y funciones del proceso sino que se respetan las máximas del sistema acusatorio en tanto el juicio contradictorio sólo tiene sentido si existe verdadera contradicción de intereses, cuando esta desaparece, el legislador debe garantizar el ejercicio material de la función de juzgamiento de forma tal que su sentencia sea producto de la plena convicción y certeza sobre la responsabilidad penal del inculgado.

2. ¿LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO POR CONSENSO SE FUNDAMENTA EN EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD?

La adopción de mecanismos de simplificación del proceso a través de las negociaciones en el sistema europeo continental fue quizás la entrada a la discusión acerca de la pertinencia de aceptar el principio de oportunidad como rector del ejercicio de la acción penal.

Vimos al inicio que si bien el continente europeo se ha visto marcado por una tendencia a aceptar el modelo acusatorio a partir de la segunda mitad del siglo veinte, la recepción del modelo ha estado seguida de un esfuerzo por acomodar algunas instituciones al principio de legalidad. Es el caso del denominado principio de oportunidad, el cual se ha asimilado como una excepción al principio de obligatoriedad.

Algo similar ocurre con los países de América Latina que han incorporado el sistema acusatorio a sus ordenamientos procesales. En el caso colombiano, el acto legislativo aceptó la posibilidad excepcional de aplicar la oportunidad pero sin otorgar al fiscal discrecionalidad absoluta en la escogencia sobre la pertinencia de ejercer la acción penal. De un lado, está atado al principio de legalidad, pues siempre que se den los supuestos para no ejercer la acción penal, debe solicitar la preclusión al juez de conocimiento; de otro, también se encuentra vinculado a la legalidad cuando resuelve que es impertinente ejercer la acción penal por razones de política criminal, puesto que estas deben estar expresamente desarrolladas por el legislador en causales legales, cuya verificación o constatación corresponde al juez de garantías.

Pero en punto a la terminación anticipada por consenso, debemos observar que en Colombia hemos regulado procedimientos especiales o abreviados en materia penal, desde hace varias décadas, sin que existiera respaldo en norma constitucional alguna que consagrara la posibilidad excepcional de aplicar el principio de legalidad.

Es decir, figuras como el procedimiento abreviado consagrado en el Decreto 050 de 1987, la terminación anticipada desarrollada en el Decreto 2700 de 1991, su desarrollo posterior en figuras como la sentencia anticipada y la audiencia especial, a través de la Ley 81 de 1993, tuvieron como fundamento el principio de legalidad. A su turno, el referente de esos procedimientos especiales, era un procedimiento ordinario de tendencia inquisitiva en el que los acuerdos se elaboraban sobre la base de prueba legal y oportunamente allegada al proceso que ya había tenido la oportunidad de ser controvertida por los sujetos procesales. Como consecuencia de lo anterior, en primer lugar, los acuerdos se realizaban sobre la base de aquello que estaba probado en el proceso y, en segundo, los acuerdos no podían desconocer la prueba obrante.

La gran diferencia frente al nuevo sistema procesal, radica en que de una parte, el acuerdo se realiza antes de que la evidencia tenga valor probatorio, pues hasta ese momento no ha surtido la contradicción y, de otra, su puede desconocer la evidencia al momento de celebrarse el acuerdo, pues existe un soporte constitucional para tal determinación que es el principio de oportunidad. El primer aspecto no ofrece mayor reparo, puesto que resulta como consecuencia lógica de permitir los acuerdos con anterioridad al juicio oral, dentro de la nueva estructura procesal que parte de la base de admitir como prueba exclusivamente aquella evidencia que se presenta en juicio, con inmediación, concentración, publicidad, oralidad y contradicción en igualdad de condiciones. Pero, en relación con la fundamentación de los acuerdos a partir del principio de oportunidad, ¿se trata de una causal legal más en la que se reconoce al fiscal discrecionalidad para ejercer la acción penal? La respuesta requiere examinar las diferentes manifestaciones de la oportunidad en el proceso penal.

3. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LAS NEGOCIACIONES. MANIFESTACIONES

En realidad no existe una definición en el marco del derecho penal internacional en relación con el principio de oportunidad. Las definiciones doctrinarias apuntan a diferenciar la oportunidad en sentido amplio como aquella que permite a los intervinientes disponer del ejercicio de la acción penal y en sentido estricto que equivale a predicar la oportunidad exclusivamente del titular del ejercicio de la acción, es decir el fiscal. Esta última fue la que acogió el constituyente colombiano, pues al redactar el acto legislativo, se refirió a la oportunidad como una facultad de la Fiscalía. Hasta aquí, no existe dificultad porque los acuerdos parten de la base

del consenso entre el procesado y la Fiscalía, cuestión que no ocurre en la hipótesis de simple aceptación de la responsabilidad, pues esta depende exclusivamente de la voluntad del procesado de allanarse a los cargos formulados. La discusión se centra entonces en establecer si la negociación sobre los cargos, implica que el fiscal aplique el principio de oportunidad o no.

Considero que existen dos hipótesis con soluciones diversas. En la primera, el acuerdo se hace sobre la base de hechos que encuentran respaldo en evidencia, es decir, el acuerdo no desconoce la evidencia recaudada por el fiscal. En este evento, aun cuando no podemos hablar de prueba en sentido material, pues no ha sido presentada en juicio contradictorio, sí podemos hablar de prueba para efectos de fundamentar la sentencia, pues en todo caso el acuerdo se presenta al juez y este tiene la oportunidad de objetarlo o aceptarlo, confrontando el acuerdo con la evidencia que presente el fiscal. Lo importante aquí, es que no se desconoce la evidencia recaudada por el fiscal y con base en la cual formuló o bien la imputación o bien la acusación. En este evento, no cabe duda que no estamos en presencia de la aplicación del principio de oportunidad sino de un beneficio punitivo por allanarse a los cargos.

En la segunda hipótesis, el fiscal incluye en su negociación, la disponibilidad sobre la evidencia recaudada. Es decir, hace uso de la facultad de modificar el cargo en cuanto a los hechos, es decir, el acuerdo va más allá; no se queda en la negociación sobre la consecuencia jurídica del hecho, sino que modifica el hecho probado, trasciende a la imputación fáctica. En ese orden de ideas, sin duda el acuerdo tiene soporte en la disponibilidad que tiene el fiscal sobre el ejercicio de la acción penal.

Pero todavía resta una objeción, si la oportunidad implica disponer sobre el ejercicio de la acción, porque hablamos de oportunidad en un acuerdo en el que existe ejercicio de la acción penal puesto que existe sentencia condenatoria?

En primer término porque la disponibilidad del ejercicio de la acción penal tiene como último límite la decisión de no ejercer la acción, lo que no significa que el fiscal no pueda optar por una decisión menos lesiva del interés general, un extremo menos cuestionable por la sociedad, que es el ejercicio de la acción penal atenuado, desde el punto de vista del reproche social al comportamiento. Al fin y al cabo, este es un criterio político criminal válido para decidir la aplicación de la oportunidad por parte del legislador. En segundo lugar, porque el hecho de que un cargo tenga entidad autónoma respecto de otro o dependa del mismo, se origina en una decisión del legislador y no en una característica ontológica del cargo. Los

hechos son los hechos, independientemente de si el legislador los contempla como un concurso de delitos o los lleva a la categoría de delito complejo.

En la perspectiva descrita, el acuerdo puede implicar aplicación del principio de oportunidad, dependiendo de si en el mismo se opta por negociar la evidencia probatoria que soporta el cargo desde el punto de vista fáctico.

¿Qué pasa con los acuerdos que reconocen atenuantes específicas o dan por probado cualquier elemento que implica tratamiento atenuado del delito?

Estos acuerdos que parten de la base de existencia de duda probatoria en relación con un hecho del cual puede derivarse un tratamiento atenuado de la responsabilidad, no están contemplados en las disposiciones sobre acuerdos y negociaciones en la nueva legislación colombiana. La razón es simple: Se trata de verdaderas estipulaciones probatorias que se realizan en la audiencia preparatoria y consisten en que la Fiscalía renuncia a controvertir la prueba que eventualmente los acredita. Mediante el acuerdo se tiene la atenuante específica como probada, de tal suerte que sigue como consecuencia un tratamiento más benigno para el procesado en caso de condena por el cargo básico, caso en el cual no existe rebaja adicional, salvo que se renuncie al juicio y se acepten los cargos, bien en la misma audiencia o al inicio del juicio oral.

Lógicamente debe advertirse que los casos en que el acuerdo implica aplicación del principio de oportunidad deben cumplir los requisitos exigidos por el artículo 250 constitucional. En ese orden de ideas, se trata de una causal más que ha consagrado el legislador como aplicación del principio de oportunidad, autónoma e independiente de las causales reguladas en los artículos 321 a 330 del estatuto procesal penal. Las razones que la fundamentan son de política criminal y están consagradas en el artículo 348 del código y, corresponde al juez ejercer el control.

En cuanto a este último aspecto, obsérvese que el juez de conocimiento ejerce un doble control. El control natural y propio de la función de juzgamiento que implica verificar que en efecto, la aceptación de responsabilidad del cargo previamente acordado y la evidencia sobre la cual se edificó el acuerdo conduzcan a la convicción, más allá de toda duda razonable, en relación con la responsabilidad del procesado. El segundo, el control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad. Esta exigencia implica que los acuerdos deben contener la justificación por parte del fiscal de la finalidad político-criminal que se persigue con el mismo y el juez debe verificar que ella sea político-criminalmente admisible en los términos

del artículo 348 mencionado. Aquí la función de garantías la cumple el juez de conocimiento, pues esta se cumple al mismo tiempo que se ejerce la función de juzgamiento por razón de la naturaleza especial del proceso. Conviene aclarar que el control de legalidad sólo opera en los casos en que el acuerdo implica aplicación del principio de oportunidad, pues si el mismo se basa en la prueba recaudada y no implica negociación sobre la imputación fáctica, el juez de la causa se limita a ejercer la función de juzgamiento.

4. LA ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD Y LAS NEGOCIACIONES. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. RENUNCIABILIDAD

Hasta el momento hemos dejado en claro que el sistema de negociaciones así como la terminación del proceso por aceptación de la responsabilidad, no pueden sacrificar el principio de culpabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. En este acápite nos ocuparemos de otras garantías de rango constitucional que deben ser examinadas desde la perspectiva de estas formas anormales de terminar el proceso.

El primer interrogante por dilucidar es si efectivamente existe proceso cuando el procesado decide cambiar el rumbo ordinario del procedimiento aplicable al caso por su decisión de anticipar la decisión.

En efecto, en sentido estricto, puede afirmarse que en sentido acusatorio, no existe proceso desde el punto de vista material cuando se opta por una decisión anticipada que prescinde del juicio. Precisamente, las características fundamentales de un proceso acusatorio giran en torno al juicio y parten de la base de la existencia de una contradicción en los intereses de las partes. La verdad surge de la controversia y no de las partes porque estas se encuentran en contradicción bien frente a los hechos, bien frente a las consecuencias jurídicas de los mismos. Pero, cuando no existe dicha controversia, ¿puede hablarse de proceso acusatorio? En realidad no. Lo que existe es una renuncia al derecho a ser vencido en un juicio con igualdad de condiciones frente al ejercicio del derecho de contradicción.

En Colombia hemos aceptado de tiempo atrás que la garantía de un juicio con debate público es uno de aquellos derechos renunciables por parte del sindicado.

Aquí se da alcance restringido al concepto de juicio público. Conviene hacer la precisión por cuanto al juicio público se encuentran vinculadas otras prerrogativas no renunciables, como sería la competencia para adelantarlos, el ejercicio del derecho

de defensa, la legalidad sustancial aplicable al caso, la legalidad procesal de las formas predeterminadas para abreviar el procedimiento, etc.

En conclusión, quien accede a la terminación anticipada de su proceso por la vía de la negociación o la aceptación de la responsabilidad, a lo único que renuncia es al derecho a ser vencido en juicio. Lo anterior significa que el juez es garante y responsable del respeto de todas las garantías fundamentales del procesado, aun aquellas vinculadas al juzgamiento como función constitucional inmodificable al tenor de lo dispuesto en los artículos 29 y 252 de la Constitución Política. Claro está, dicha posición parte del supuesto del ejercicio de la función de juzgamiento en condiciones distintas a las del juicio ordinario, es decir, sin que se cumplan los presupuestos de un juicio típicamente acusatorio.

EJERCICIO DE AUTOEVALUACIÓN

Ca

- Responda la siguiente pregunta, tanto desde la perspectiva general como desde el punto de vista de la regulación específica del tema en Colombia: ¿Existe alguna relación entre el sistema de negociación de cargos y el principio de oportunidad?
- En su concepto, a qué garantías renuncia el procesado que se somete a un acuerdo con el fin de terminar anticipadamente el proceso.
- ¿En qué casos debe el juez rechazar un acuerdo? ¿Qué contenido tiene la expresión “violación de garantías fundamentales”?

UNIDAD 4

ALCANCE DEL RÉGIMEN LEGAL SOBRE NEGOCIACIONES Y ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD



- El discente examinará las distintas modalidades de terminación del proceso por consenso y podrá diferenciarlas de aquellas que dependen de la exclusiva voluntad del procesado, así como las consecuencias en cada caso.



- Se tendrán las herramientas conceptuales que permiten diferenciar el alcance del régimen de aceptación de responsabilidad respecto del sistema de negociación de cargos.
- Se examinarán los problemas concretos derivados del estudio del objeto de la negociación. Precisaré los problemas jurídicos de orden sustancial sobre los cuales puede versar un acuerdo y estará en capacidad de determinar sobre cuáles aspectos se puede permitir una negociación y sobre cuáles no.
- Podrá diferenciar entre los acuerdos que tienen soporte en una forma específica de aplicación del principio de oportunidad y aquellos que tienen como referente el principio de legalidad.

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se estudian las diferentes posibilidades de terminación del proceso mediante aceptación de responsabilidad y mediante transacción. Así mismo se divide el estudio en las distintas modalidades de acuerdo que se pueden realizar y las distintas alternativas de control que surgen en cada una de estas modalidades.

1. ACEPTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

La primera alternativa que ofrece el nuevo código de procedimiento penal es la terminación del proceso mediante la aceptación de responsabilidad por parte el procesado.

Se trata de una figura, similar en cuanto a sus fundamentos, a lo que dentro del anterior sistema conocíamos como sentencia anticipada.

En esta modalidad, la terminación del proceso depende de la voluntad del sindicado, es decir, no existe un acuerdo previo de voluntades con el fiscal, sino que la simple manifestación del procesado dirigida a abreviar el proceso, es suficiente para tramitar ante el juez la terminación del proceso.

Lógicamente, en virtud del principio de culpabilidad, el juez debe verificar no sólo que la manifestación del procesado se realice con absoluta libertad y plena conciencia de las consecuencias jurídicas, sino que además se reúnen los requisitos para proferir una condena en relación con la responsabilidad de procesado.

Lo anterior significa que el juez debe tener pleno convencimiento en relación con la responsabilidad y ello implica que su decisión debe estar fundamentada en las pruebas que hasta ese momento ha recaudado la Fiscalía en contra del sindicado.

Con respecto a este punto, surge una diferencia con respecto al sistema anterior. En la sentencia anticipada el procesado aceptaba la responsabilidad sobre la base de la prueba legal y oportunamente aportada. Es decir que después de producida la manifestación del procesado, el juez verificaba que dicha aceptación correspondiera a la prueba obrante en el proceso. En el nuevo sistema, cuando el procesado acepta, todavía no se ha presentado la totalidad de la prueba recaudada por la Fiscalía, apenas se conoce el contenido del mínimo necesario para sustentar la imputación o la acusación, según el caso. Es más, salvo que la aceptación se produzca en el juicio, con posterioridad a que la Fiscalía deleve la prueba que pretende hacer valer en contra del procesado durante el debate público, ni siquiera el sindicado conoce la totalidad de la evidencia que demuestra su responsabilidad penal.

Lo anterior implica que para que el juez pueda ejercer su función de juzgamiento, la Fiscalía está en la obligación de suministrar toda la evidencia con la que cuenta a efectos de verificar si la misma es suficiente, aunada a la confesión, para lograr la imposición de una sentencia condenatoria.

2. NEGOCIACIONES ENTRE EL IMPUTADO O PROCESADO Y LA FISCALÍA

A diferencia de la hipótesis de aceptación de la responsabilidad, el sistema de preacuerdos y negociaciones sí constituye una verdadera novedad en el nuevo estatuto procesal penal.

En efecto, no son pocos los interrogantes que surgen en torno a los límites del fiscal en el acuerdo, así como con respecto al ámbito del juez en el ejercicio de la función de juzgamiento.

Algunos han pensado que se trata de una figura similar a la audiencia especial, pero en realidad se trata de una institución diferente, inspirada en el sistema de alegaciones de culpabilidad del sistema norteamericano. Si bien nos hemos ocupado hasta el momento del examen de los problemas frente al principio de culpabilidad, es necesario abordar su estudio a partir de los problemas concretos que presenta esta nueva institución con relación a cada uno de los elementos de la responsabilidad penal.

2.1. NEGOCIACIONES Y ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. ESQUEMA DEL DELITO

La culpabilidad como elemento de la responsabilidad penal en la Ley 599 de 2000 no contiene una definición que permita enmarcarla en la escuela clásica, neoclásica o finalista. No obstante, si se observan los contenidos de algunos elementos en la regulación del código, puede afirmarse, al contrario de lo que se sostuvo al momento de presentarse el proyecto al Congreso de la República, que la estructura dogmática de la responsabilidad está cimentada en una combinación entre la escuela finalista y la posfinalista.

En efecto, la bipartición del dolo en cuanto al conocimiento de los hechos (dolo natural) conforme al artículo 22 y el conocimiento de la antijuridicidad como componente de la culpabilidad, prevista en el artículo 32, numeral 11, inciso 2 (error de prohibición), es propio de la teoría de la culpabilidad y no de la teoría del dolo que desarrollaba el código penal de 1980; la bipartición del deber de cuidado a propósito de la culpa, como deber objetivo en sede de tipicidad y deber individual en la culpabilidad, tal como se desprende de la definición del artículo 23; la concepción del error de tipo y el error de prohibición, propia de la teoría limitada de la culpabilidad en la que el error vencible sobre los supuestos fácticos de

la causal de justificación es punible sólo en el evento de que la conducta se sancione a título de culpa, mientras que el error vencible sobre los alcances de la causal se sanciona a título de dolo con atenuación de la pena, constituyen claros ejemplos de una estructura fundamentada en el concepto final de acción.

Por su parte, la no exclusión de la participación imprudente en delitos dolosos en la regulación del artículo 30 del código y la consagración de la teoría de la imputación objetiva a través de la exigencia de la creación del riesgo desaprobado y la realización del riesgo (artículo 9), acompañada del señalamiento de posiciones de garante en el artículo 25, es síntoma claro de la concepción funcionalista.

Lo anterior nos lleva a concluir que la concepción que se plasmó en el nuevo estatuto penal es la que corresponde a una teoría normativa de la culpabilidad acompañada de un fundamento político criminal de la responsabilidad en el que la pena exige como presupuesto su necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En ese orden de ideas, los componentes de la culpabilidad como categoría dogmática, estarían reducidos a la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta. El dolo (dolo natural) y la culpa (infracción al deber objetivo de cuidado) son componentes del tipo subjetivo que deben hacer parte del juicio de adecuación típica del comportamiento.

La pregunta que sigue entonces, es si se pueden realizar negociaciones sobre dichos elementos, en el marco del nuevo sistema procesal penal y cuáles son las consecuencias?

2.2. NEGOCIACIONES Y TIPICIDAD

Acuerdos en relación con el dolo, la culpa y la preterintención.

En la medida que la culpa, el dolo y la preterintención tienen ubicación sistemática como integrantes del tipo subjetivo, resultan perfectamente válidos los acuerdos dirigidos a obtener una alegación conclusiva por parte del fiscal en la que este degrade el delito modificando la imputación en cuanto a la determinación del tipo subjetivo en aquellos delitos que admiten la modalidad culposa o la preterintención. Dicho acuerdo implica una rebaja punitiva adicional, siempre y cuando no implique modificación de la imputación fáctica que sirvió de base para hacer la imputación.

También pueden realizarse acuerdos relacionados con la supresión de causales de agravación punitiva relacionadas con el tipo subjetivo como los fines terroristas

en el homicidio o aquellos que implique una modificación del tipo en razón de la modificación de elementos subjetivos del tipo, como ocurriría con el propósito económico en un secuestro extorsivo para modificar la imputación por secuestro simple.

2.3. NEGOCIACIONES Y ANTIJURIDICIDAD

También son válidos los acuerdos dirigidos a reconocer causales excluyentes de la antijuridicidad del comportamiento. Estos acuerdos pueden realizarse en el marco de las estipulaciones probatorias, durante la audiencia preparatoria, si es que se quiere dejar abierto el acuerdo a una eventual absolución. Si de lo que se trata es de obtener la admisión de responsabilidad penal, esta modalidad de acuerdo es posible en el caso de un concurso de delitos, bajo la condición de que el procesado acepte uno de los delitos a cambio del reconocimiento de la causal de preclusión respecto del otro comportamiento. Así, en la hipótesis de un concurso efectivo entre homicidio y lesiones personales, el fiscal puede evaluar la conveniencia de obtener la declaración de culpabilidad por el primero a cambio del reconocimiento de la causal de justificación en relación con el segundo comportamiento.

Otra modalidad de acuerdo se presenta en los casos de admisión de responsabilidad condicionada al reconocimiento, por parte del fiscal, de los presupuestos de un exceso en las causales de justificación, puesto que allí se parte de la base de la existencia de responsabilidad penal. Esta modalidad puede resultar bastante útil en atención a la frecuencia con que se presentan debates en punto de la proporcionalidad.

2.4. NEGOCIACIONES Y ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

El estatuto penal aclara que la inimputabilidad exige como presupuesto una conducta típica, antijurídica en la cual no concurren causales excluyentes de la responsabilidad.

Es decir que el inimputable es declarado responsable penalmente, una vez se le hace el juicio de culpabilidad, conforme lo dispone el artículo 9 del Código Penal, se impone la medida de seguridad, la cual tiene dos limitaciones temporales. La primera, la establecida como tope máximo de pena privativa de la libertad señalada por el legislador para el respectivo tipo penal y, la segunda, el límite correspondiente a cada medida de seguridad en particular (20 años para la internación por trastorno

mental permanente y 10 años para la internación por trastorno mental transitorio con base patológica, así como para la internación en casa de estudio o trabajo).

En ese orden de ideas, la primera hipótesis de negociación se presenta sobre el posible reconocimiento del estado de inimputabilidad, la cual es perfectamente válida. Solo que en este evento la transacción debe surtirse dentro de la audiencia preparatoria como una estipulación probatoria en la que fiscal y procesado avalan la existencia de prueba en relación con la inimputabilidad. Lógicamente debe tenerse en cuenta que este acuerdo no modifica el trámite del juzgamiento y el juez bien puede absolver al inculcado si encuentra que existe prueba que desvirtúa la responsabilidad.

Pero, ¿puede el juez aceptar un acuerdo en relación con el reconocimiento de la inimputabilidad a cambio de una rebaja de pena, con efectos vinculantes para el juez?

La respuesta parece ser negativa por varias razones. En primer término porque el acuerdo implica una tipificación específica, la supresión de un cargo o la eliminación de circunstancias de agravación punitiva. Los acuerdos que se refieren a los hechos y sus circunstancias no dan lugar a rebaja de pena adicional, sino que implican la disminución del reproche como consecuencia de la modificación fáctica implícita en la negociación. Nótese que el legislador al consagrar las diminuciones premiales se refirió a la pena y no a la sanción penal. Es decir, el fiscal puede comprometerse a tal reconocimiento en el acuerdo, pero en ese caso el procesado no obtiene beneficio diferente del reconocimiento del estado de inimputabilidad. El único beneficio adicional se produciría en caso de que la pena prevista por el legislador sea alta y al reconocerse la inimputabilidad, el límite previsto para la respectiva medida de seguridad sea menor.

En relación con los acuerdos que implican condena sin reconocimiento de inimputabilidad, bien puede llevarse a cabo una transacción en el sentido de reconocer una atenuante específica o genérica tal como la ira e intenso dolor o la pasión excusable, acuerdo que perfectamente puede regirse por el régimen de negociaciones en el que el imputado o acusado se beneficiaría de la diminución punitiva.

En cuanto al conocimiento de la antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta, pueden existir acuerdos probatorios que los excluyan. Sin embargo, debe hacerse una distinción similar a la realizada en torno a la imputabilidad. El acuerdo puede consistir en una simple estipulación probatoria en la que se da por probado

un hecho conforme al cual no era exigible un comportamiento ajustado a derecho por parte del inculcado o del cual se deriva que este no tenía conocimiento de la antijuridicidad de su comportamiento por encontrarse en error invencible. En estos casos, se realiza la estipulación probatoria en la audiencia preparatoria y será el juez quien evalúe las pruebas y tome la decisión que corresponda.

Ahora bien, en relación con el conocimiento potencial de la antijuridicidad, existe la posibilidad de realizar acuerdos que impliquen el reconocimiento de obrar en un error vencible; la existencia de rebaja adicional en este evento dependerá de si existe una modificación a la imputación fáctica realizada por el fiscal.

2.5. NEGOCIACIONES Y PUNIBILIDAD

2.5.1. Rebajas

Los acuerdos pueden realizarse a partir de la imputación y hasta antes de presentarse el escrito de acusación. En este caso la rebaja de pena es hasta de la mitad de la pena imponible. Una vez presentado el escrito de acusación se pueden realizar acuerdos hasta que el procesado sea interrogado en el juicio oral. En este evento la rebaja de pena es de una tercera parte.

La aceptación de responsabilidad también puede darse desde la formulación de la imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, caso en el cual la rebaja es la misma que en el evento de los acuerdos que se perfeccionan en esta etapa procesal. Durante el juicio también puede el procesado aceptar su responsabilidad, si lo hace durante la audiencia preparatoria, la rebaja es hasta de la tercera parte de la pena; si lo hace en el juicio oral, al momento de ser interrogado, la rebaja es de una sexta parte de la pena imponible.

2.5.2. Sistema de cuartos y criterios de graduación de la pena relacionados con la culpabilidad o el tipo subjetivo

La Ley 890 de 2004, modificatoria del Código Penal, consagra una herramienta que permite flexibilizar los acuerdos entre Fiscalía y acusado. Dispone el artículo 3° que en estos casos no se tendrá en cuenta el sistema de cuartos para efectos de la tasación de la pena imponible.

Lo anterior significa que si el acuerdo implica el reconocimiento de causales de atenuación o la supresión de causales de atenuación genéricas, ello puede ir acompañado de una rebaja adicional respecto de la pena que correspondería si se

dosificara la sanción teniendo en cuenta la limitación que impone el sistema de cuartos.

Ahora bien, aunque el artículo 350 del estatuto procesal habla de la posibilidad de suprimir causales específicas de agravación punitiva, también permite tipificar la conducta de suerte que se siga una consecuencia más favorable para el procesado en términos de punibilidad, modalidad dentro de la cual caben los acuerdos relacionados al reconocimiento de atenuantes genéricas y específicas, circunstancias de modo tiempo y lugar, intensidad del dolo, etc., los cuales influyen en la determinación de la pena imponible.

EJERCICIO DE AUTOEVALUACIÓN

Ca

- Haga un cuadro comparativo en el que precise las diferencias entre la terminación del proceso por aceptación de responsabilidad y negociación de cargos.
- Resuelva el siguiente caso. Para el efecto siga la metodología planteada en el capítulo 2, es decir, formule los problemas jurídicos que surgen de los interrogantes planteados y plantee una solución. A partir de dichas soluciones, dé respuesta al caso en concreto.
- A Juan se le formula imputación por el delito de homicidio agravado por el parentesco. Si bien el fiscal cuenta con la prueba del parentesco, su evidencia es débil a efectos de probar algunos elementos de la responsabilidad penal por el tipo básico, razón por la cual entra en negociaciones con el procesado a efectos de lograr un acuerdo para que este se declare responsable.
- ¿Puede el fiscal acordar que Juan se declare responsable por homicidio simple?
- ¿Puede acordar que se declare responsable por homicidio agravado?
- ¿En ambos casos, puede acordar el monto de la rebaja e imponérsela al juez?
- ¿Puede el juez exigir la prueba del tipo básico en el caso de que el fiscal acuerde suprimir la agravante del parentesco?
- ¿Puede el juez admitir un acuerdo por lesiones personales o tentativa de homicidio, no obstante haberse hecho la

imputación por homicidio y estar acreditada la muerte de la víctima?

- ¿Cuál es el monto de la rebaja si Juan simplemente resuelve, sin acuerdo previo con el fiscal, admitir su responsabilidad? ¿Es lo mismo que aceptar, previo un acuerdo de admisión de responsabilidad?
- ¿Puede Juan aceptar la responsabilidad en la audiencia preparatoria haciendo una negociación en ese momento sobre la calificación jurídica? ¿Cuál sería el monto de la rebaja?
- ¿Puede el juez aceptar el acuerdo en cuanto a todos los elementos de la responsabilidad, pero oponerse al monto de la rebaja? En caso afirmativo, ¿debe devolver las diligencias al fiscal o puede proferir el fallo reconociendo la rebaja que estime conveniente?
- Si el acuerdo con Juan, consistente en modificar la calificación jurídica, implica cambiar la calificación respecto de Pedro ¿quién es coautor del delito?

