

UNA MIRADA ECONÓMICA AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD



ANDREA OSORIO RINCÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERINA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

CARRERA DE DERECHO

BOGOTA D.C

2007

UNA MIRADA ECONÓMICA AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD



Andrea Osorio Rincón

Director de Trabajo

Dr. Carlos Pablo Márquez Escobar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERINA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

CARRERA DE DERECHO

BOGOTA D.C

2007

TABLA DE CONTENIDO

1. Aproximaciones conceptuales
 2. El principio de oportunidad
 - 2.1 Surgimiento y necesidad de la figura
 - 2.2 Concepto
 - 2.3 Aplicación en Colombia
 - 2.3.1 Límites Constitucionales
 - 2.3.2 Límites en el Acto Legislativo 03 de 2002
 - 2.3.4 Regulación en el Nuevo Sistema de Procedimiento Penal
 - 2.4 Trámite y Temporalidad
 - 2.5 Modalidades
 - 2.6 Causales consagradas en la legislación colombiana
 - 2.7 Control de legalidad por parte del juez de Control de Garantías
 - 2.8 Discrecionalidad para acusar en otros países
 3. Análisis económico: Teorías de costo beneficio
 - 3.1 Generalidades del costo beneficio
 4. Demostración hipótesis principio de oportunidad vs. Costo beneficio
 5. Casos prácticos
 6. Propuesta Modificación Principio de Oportunidad Fiscalía General de la Nación
- CONCLUSION

NOTA DE ADVERTENCIA:

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946. *“La universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que la tesis no contenga ataques personales contra persona alguna, antes bien sea vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

INTRODUCCIÓN

La ley 906 de 2004, surge ante la necesidad de adaptar el sistema procesal colombiano a los estándares internacionales, así como por la latente necesidad de crear mecanismos mas ágiles, garantistas y que aseguraran los derechos fundamentales de los acusados, mediante la consagración del sistema adversarial.

Dentro de los grandes cambios introducidos por la nueva legislación penal, se encuentra la consagración del principio de oralidad, sistema adversarial y los cambios que se presentan respecto a la función que juega la Fiscalía dentro del nuevo sistema.

Anteriormente, la Fiscalía contaba con funciones jurisdiccionales, las cuales fueron, casi en su totalidad, suprimidas por la ley 904 de 2004. De igual forma, dado el sistema adversarial que se presenta, a la Fiscalía se le imponen algunas limitaciones con las que antes no contaba, así como la obligación de acudir ante el juez de control de garantías para legalizar algunas de sus actuaciones. Sin embargo, con el nuevo sistema penal acusatorio, a la

Fiscalía se le otorga una facultad muy relevante, que implica una gran responsabilidad, y se trata del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad reviste a la Fiscalía con el poder de tomar la decisión de acusar o no, a una persona que ha cometido un ilícito penal, siempre y cuando se presenten las condiciones de ley.

El principio de oportunidad o discrecionalidad para acusar es un mecanismo que ha sido utilizado en varios países, tales como Estados Unidos, Italia, Alemania, entre otros, y la crítica generalizada que se hace al respecto, se basa en el hecho de que con éste, el ente acusador de cada país queda revestido de un gran poder, que en muchos casos (principal crítica) se aplica sin una reglamentación básica.

En el caso de Estados Unidos, muchos han sido los intentos de reglar dicha facultad, mediante la inclusión de algunos criterios que limiten un poco las amplias facultades del ente acusador.¹

En Colombia, a pesar de que se encuentran desarrolladas las causales de aplicación del principio, no existe un manual específico que regule este mecanismo y que garantice el adecuado uso del mismo.

¹ VORENBERG, James, Decent Restraint of Prosecutorial Power, Harvard Law Review, Volume 94, May 1981, 1545

Por lo anterior, en el presente trabajo se plantea una propuesta para reglamentar el principio de oportunidad, la cual se basa en la aplicación de la teorías económicas del derecho, especialmente el análisis de costo beneficio, cuando se presente la oportunidad de utilizar este principio.

Dentro de las varias teorías que se presentan en el análisis económico del derecho, se encuentra la teoría del análisis costo beneficio, la cual básicamente plantea que dadas las opciones, los entes racionales deben entrar a analizar los costos que representan cada una de ellas y dependiendo de cual le signifique mas beneficios, debe adoptarla.

La hipótesis planteada se basa en que cada vez que se presenten los supuestos fácticos y normativos para aplicar el principio de oportunidad, el ente acusador, en el caso colombiano, la Fiscalía General de la Nación, debe realizar un análisis de costo beneficio para lograr una decisión objetiva cuando deba decidir si debe o no llevar a juicio un caso que se le presenta.

Durante el transcurso del presente, se hará una pequeña reseña del principio de oportunidad, incluyendo su necesidad y origen, causales, consagración en la ley colombiana y su desarrollo en algunos países. Posteriormente, se realiza una somera exposición del análisis costo beneficio, para entrar a señalar como se puede combinar el principio de oportunidad con el análisis de costo beneficio, a través de algunos casos prácticos que se proponen.

1. Aproximaciones conceptuales

La acción penal

Luís María Díez-Picazo define la acción penal como el hecho de acusar a alguien de la comisión de un delito, solicitando, en consecuencia, la puesta en marcha del *ius puniendo* del Estado. Se caracteriza por cuatro principios:

- a. la oficiosidad, puesto que corresponde a los órganos del Estado el ejercicio de ésta acción,
- b. la legalidad, que significa que siempre que aparezca como posible la comisión de un delito se puede investigar,
- c. la irrevocabilidad, que implica que una vez iniciada la acción penal no se puede desistir, interrumpir, suspender ni renunciar; y por último,
- d. la indivisibilidad, la cual prevé que la persecución penal debe iniciarse respecto de todas las personas que resultan implicadas en un hecho delictivo,

prohibiéndole a la autoridad requirente la posibilidad de iniciar la investigación respecto de alguno de ellos y renuncia respecto de otros.²

OBLIGATORIEDAD, OPORTUNIDAD, LEGALIDAD

Para algunos autores, estos tres conceptos se oponen, mientras que para otros son construcciones teóricas se complementan y para otros el principio de oportunidad se contrapone al de obligatoriedad más no al de legalidad.³

El principio de obligatoriedad se sustenta en primer término, en el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia penal. Desde este punto de vista la acción constituye una especie del género: derecho de petición. En segundo lugar, el principio de obligatoriedad se sustenta en el principio de igualdad jurídica, en la medida en que no debe ni puede seleccionarse en forma arbitraria a los ciudadanos que deba acusarse ante la jurisdicción penal⁴.

1. Principio de Oportunidad

2.1. Necesidad y origen

² GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 39

³ www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%7007/gonzalo7.htm Resumen de la conferencia pronunciada en el Seminario "Perspectivas del Proceso Penal Costarricense, el camino hacia la reforma". Colegio de Abogados, Facultad de Derecho U.C.R., Abril 1992.

⁴ [*www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%7007/gonzalo7.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%7007/gonzalo7.htm) Resumen de la conferencia pronunciada en el Seminario "Perspectivas del Proceso Penal Costarricense, el camino hacia la reforma". Colegio de Abogados, Facultad de Derecho U.C.R., Abril 1992.

El principio de oportunidad surge en el mundo ante el aumento desmesurado de los delitos y la imposibilidad de perseguir todos los hechos que revistan las características de un delito⁵. Este mecanismo nace ante la dificultad de aplicar el principio de legalidad en toda su extensión, por lo que se constituye como una herramienta jurídica y de política criminal para perseguir eficazmente las organizaciones criminales⁶.

En otras palabras y como lo afirma Contreras Alfaro, el principio de oportunidad sería capaz de explicar la incesante expansión del Derecho Penal a toda forma imaginable de conducta socialmente enojosa, pues gracias a él, el Estado no tiene ya por qué cumplir con la penalización que ha prometido en la parte material del sistema punitivo⁷.

El sistema procesal penal evolucionó su teoría de la búsqueda de la verdad y redefinió sus objetivos para lograr un conjunto de mecanismos menos severos, siempre respetuosos de la dignidad humana, dirigidos a la pronta y adecuada administración de justicia. Lo que lleva a que el principio de legalidad rígido en su aplicación, caiga en desuso, puesto que el uso y aplicación del principio de oportunidad logra la eficacia del sistema penal, frente a las conductas punibles e impactantes, favorece a la víctima y demás perjudicados con el ilícito, protege

⁵ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Manuel de Procedimiento de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, , Imprenta Nacional, 2006, pág. 221.

⁶ *Ibidem*, Pág. 221.

⁷ CONTRERAS ALFARO,Corrupción y el Principio de Oportunidad Penal, Luís H, Ratio Legis, 2005

los derechos y garantías de las partes y beneficia al Estado al descongestionar el aparato judicial⁸.

El fundamento del principio de oportunidad se puede resumir en múltiples consideraciones, como la escasa relevancia social que supone la comisión de un delito, y en los que la pena carezca de justificación, la rápida y eficiente reparación a las víctimas, entre otros. Sin embargo, se puede señalar que este principio se aplica en los procesos en los cuales el interés predominante es el individuo.⁹ En todo caso, la necesidad de la consagración del principio de oportunidad obedece a razones de política criminal, establecida en el caso Colombiano por el Presidente de la República y la Fiscalía General de la Nación¹⁰.

En Colombia, el principio de oportunidad surge dada la apremiante necesidad de descongestionar la justicia por su reiterada demora para producir resultados y por la necesidad de hacer más eficaz el sistema judicial penal colombiano, el cual debía ajustarse a los parámetros interpuestos por la Carta de las Naciones Unidas y demás tratados internacionales que velan por la protección de los Derechos Humanos.¹¹

⁸ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 94.

⁹ http://www.ofdnews.com/comentarios/899_0_1_0_c/

¹⁰ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 93.

¹¹ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág 195.

La Constitución Política Colombiana en su artículo 250¹² consagra la obligación del Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, de adelantar el ejercicio de la acción penal y de investigar hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando medien suficientes motivos o circunstancias fácticas. La Fiscalía General de la Nación se constituye entonces como el ente acusador, lo cual significa que son los fiscales los titulares de la pretensión punitiva del Estado y por lo tanto deben ejercer la acusación en contra de una determinada persona, cuando exista material probatorio que sustente lo anterior¹³.

Mediante el artículo 250 de la Carta Política, se abre la puerta a la aplicación del principio de oportunidad, pues es éste el que permite que cuando las circunstancias fácticas no lo ameriten no se investiguen los hechos, es decir, mediante el artículo anteriormente señalado de la Constitución se estructura la figura jurídica de la discrecionalidad para no acusar que tiene la Fiscalía General de la Nación.

¹² **Artículo 250 C.P.** La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

¹³ MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando La discrecionalidad para acusar : la fiscalía y el principio de oportunidad en el estado social de derecho, Javegraf, 2003, Pág. 55

Se puede afirmar que el principio de oportunidad surge como una necesidad del Estado, ante la imposibilidad de perseguir toda la criminalidad, de no asumir e investigar todas las conductas delictivas que se presenten. Se constituye como una facultad con la cual cuenta la Fiscalía para no acusar en los casos que lo estime conveniente respetando el marco legal.¹⁴

De igual forma, se puede señalar que el principio de oportunidad nace en contraposición al principio de legalidad, el cual consagra la obligación del Estado de ejercer la acción penal y de investigar los hechos que se tipifiquen como delito, teniendo en cuenta las excepciones constitucionales y legales, por cuanto el Estado en los casos donde decide darle aplicación, renuncia a ejercer la investigación y persecución de los hechos delictivos. Lo anteriormente expuesto conlleva a afirmar que el principio de oportunidad se configura como una herramienta jurídica de política criminal.

Sin embargo, y dado el auge de la aplicación de este principio en las legislaciones de algunos países, algunos autores como Ferrajoli no están de acuerdo con su consagración, puesto que considera que atenta contra el garantismo, lo cual raya con el concepto estricto del sistema acusatorio, y que el principio de necesidad debe ser aplicado en todos los casos¹⁵.

¹⁴ CONTRERAS ALFARO, Luis H., Corrupción y el principio de oportunidad penal, Ratio Legis, 2005, Pág. 35

¹⁵ MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando, La discrecionalidad para acusar : la fiscalía y el principio de oportunidad en el estado social de derecho, Javegraf, 2003, pág. 93

2. 2 Concepto de Principio de Oportunidad

Antes de entrar a analizar el concepto de principio de oportunidad, es necesario hacer una breve referencia al concepto de oportunidad y discrecionalidad jurídicamente hablando, para poder llegar a un cabal entendimiento de tal principio.

La oportunidad se debe entender, por oposición al principio de legalidad, como el conjunto de consideraciones de intereses, de utilidad y de justicia que llevan a una autoridad a dictar un auto o a dar tal solución a un asunto sobre el cual debe pronunciarse. La discrecionalidad por su parte debe tomarse, según como lo afirma Mestre Ordóñez, como la reconocida imposibilidad para el legislador de tener en cuenta, en las leyes que expide, todos los elementos condicionantes de la oportunidad de las decisiones. En todo caso, los dos conceptos se encuentran ampliamente ligados a la libertad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus labores. ¹⁶

Por otra parte, se puede señalar que partiendo de la legalidad se pueden dar tres concepciones del principio de oportunidad. Como primera medida, la que la entiende como contraria al principio de legalidad, es decir donde el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio, obligando el principio *nullun*

¹⁶ MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando, La discrecionalidad para acusar : la fiscalía y el principio de oportunidad en el estado social de derecho, Javegraf, 2003, Pág. 69

*crimen sine poena, nulla poena sine lege*¹⁷. Dicha concepción la adoptan los países cuyo ordenamiento constitucional no regula expresamente ni autoriza la aplicación del principio de oportunidad, puesto que rige la máxima de la legalidad¹⁸. La crítica de ésta posición es que de todas formas el sistema judicial no puede tramitar todos los casos en que se viola la ley.¹⁹

De igual forma, como una segunda concepción, la oportunidad se entiende como manifestación del principio de oportunidad, como oportunidad reglada. En estos casos el poder de discrecionalidad se encuentra expresamente delimitado en la ley, su utilización en el proceso penal se encontraría dentro del marco de la legalidad, puesto que en dicha visión, cada vez que se de aplicación al principio de oportunidad se estaría cumpliendo la ley, partiendo de la base que éste se encuentra consagrado en la misma. Dentro de esta perspectiva, existirían entonces dos formas de mostrar la figura: si a la discrecionalidad 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 de la misma se convierte en negación de la misma legalidad. El fiscal podría entonces entrar a escoger que casos encuadran dentro de los requisitos legales, en cuales se puede dar aplicación y en cuales no. En este caso, el

¹⁷ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, , 2005, Pág. 212

¹⁸ Un ejemplo de esta concepción es el caso Italiano, y Colombia antes de que se expidiera el acto legislativo 03 de 2002

¹⁹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos,, 2005, Pág. 212

fiscal debería aplicar el principio de oportunidad cada vez que un supuesto fáctico se acomode a los legales.²⁰

La tercera forma de analizar la oportunidad, es la que ésta debe ser ejercida por el órgano público siempre y cuando no choque con el principio de legalidad. En estos casos lo que ocurre es que existe una razón prevalente para premiar un interés público superior al protegido con el ejercicio de la acción o donde simplemente se sacrifica dicho interés para proteger un interés privado. Así, Basan Montoya considera que se presenta el poder de archivar la acusación por motivos de índole político o por valoración de conveniencia pública. Por el contrario, si se trata de una abstención de acusar a un miembro de una organización criminal a cambio de que este suministre las pruebas que permitan procesar a los jefes de la misma o del no ejercicio de la acción penal en un delito menor a cambio de la reparación integral, la oportunidad se fundamentaría en los fines de la justicia, en el primer caso, y de 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.

Para algunos autores, las instituciones que se agrupan bajo el concepto de principio de oportunidad facultan al órgano encargado de la acusación pública para que, antes o durante el ejercicio de la pretensión punitiva, efectúe una

²⁰ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, 2005, Pág. 213

ponderación de las circunstancias, momento y otros factores, que puedan determinar la conveniencia de proceder, lo que le autoriza en caso determinado, para dejar de ejercer sus obligaciones procesales esenciales²¹.

Se considera también como facultades de oportunidad, aquellas instituciones procesales que permiten al órgano de persecución criminal disponer total o parcialmente de la acción criminal por razones legales. Se agrupan bajo este concepto una serie de instituciones que implican la disponibilidad de las obligaciones procesales de los órganos de persecución penal²².

Otros autores como Roxin, afirman que el principio de oportunidad esta constituido por la facultad que autoriza a la Fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen con probabilidad, al resultado de que el imputado es el titular del ilícito penal. De igual forma, lo define como aquél que permite a la Fiscalía elegir, entre archivar o accionar, cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido, con una probabilidad rayana en la certeza²³.

Para otros, el principio de oportunidad se puede entender como la discrecionalidad para acusar con la que cuenta el órgano encargado de la

²¹ CONTRERAS ALFARO, Luis H Corrupción y el Principio de Oportunidad Penal, Ratio Legis, 2005, Pág. 30

²² Ibidem, Pág. 35

²³ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 42

persecución penal, el cual implica un proceso de selectividad jurídica, sociológica y política respecto de los cuales se debe aplicar el derecho penal²⁴. La discrecionalidad del Fiscal juega un papel muy importante en la administración de justicia, puesto que es la Fiscalía quien tiene el poder para decidir a quien se acusa y a quién no.²⁵

También se conceptualiza como la posibilidad de no iniciar, suspender o poner fin a la persecución penal que debe realizar por obligación el Estado²⁶.

Según otros criterios, el principio de Oportunidad “consiste en la disposición de la acción penal al criterio del ente estatal al que se encomienda la persecución penal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la utilidad o conveniencia del ejercicio de la acción”²⁷.

Otra definición que se encuentra es la que consagra dicho principio como “la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”²⁸.

²⁴ MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando La discrecionalidad para acusar : la fiscalía y el principio de oportunidad en el estado social de derecho, , Javegraf, 2003, Págs. 85-92

²⁵ VORENBERG ,James, Decent Restraint of Proesecutorial Power, Harvard Law Review, Volume 94, May 1981, Pág. 1521

²⁶ CONTRERAS ALFARO, , Luís H. Corrupción y el Principio de Oportunidad Penal, , Ratio Legis, 2005,Pág. 33

²⁷ <http://www.menschenrechte.org/beitraege/lateinamerika/oportunidad.htm>

²⁸ http://www.ofdnews.com/comentarios/894_0_1_0_C/

Por otra parte, se conceptualiza el principio de oportunidad como la facultad para decidir sobre el ejercicio de la acusación. Otros autores como Alberto Bovino, lo definen como todo tratamiento diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo, tendiente a evitar la respuesta punitiva sobre el imputado y otorgando un tratamiento diferente a la víctima quien a través de la reparación obtiene una satisfacción real de sus intereses²⁹.

Otros doctrinantes, como Von Piel, lo definen como “aquel en atención al cual el Fiscal debe ejercitar la acción penal con arreglo a la discrecionalidad, en unos determinados supuestos regulados legalmente”. Julio Maier por su parte afirma que el principio de oportunidad significa “la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o inclusive, frente a la prueba mas o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad o razones políticos criminales”³⁰.

Por último, para una parte de la doctrina el principio de oportunidad es la facultad que tiene el ente³¹ titular de la acción penal pública, para bajo determinadas condiciones abstenerse de su ejercicio³².

²⁹ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 41

³⁰ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 45

³¹ En algunos países como Perú corresponde al Ministerio Público, para otros como Colombia la Fiscalía General de la Nación.

³² www.fiscalia.gov.co

2.3. Aplicación en Colombia

Existen dos esquemas de concebir la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito universal. El primero, es llamado la discrecionalidad técnica o interpretativa, la cual presupone una operación de valoración de hechos e interpretación de las normas, en virtud de la cual se decide si se está técnicamente en condiciones de ejercer la acción penal. El segundo esquema, es el de la discrecionalidad política o de oportunidad, el cual aplica criterios extrajurídicos, puesto que se fundamenta en criterios de pura conveniencia y razones de política criminal.³³

De igual forma, existe otra clasificación que corresponde a la discrecionalidad reglada y flexible o amplia. La primera, corresponde a una concepción que se fundamenta en la taxatividad planteada en las normas procesales penales que proscriben los casos, supuestos fácticos y demás presupuestos de aplicación. Dicha clasificación implica que el ente acusador, la Fiscalía o quien haga sus veces, debe estar sujeto a unos parámetros impuestos a nivel constitucional y legal. La segunda, en contraposición a la primera, permite algunas esferas de libertad al funcionario de decidir si resulta conveniente o no, ejercer la acción penal.³⁴

³³ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 187.

³⁴ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 188.

Por otra parte, debe diferenciarse los supuestos de aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal en los eventos regulados por la ley, de aquellos casos en los que se lleva a la práctica su ejercicio en forma funcional, llamado por algunos autores principio de oportunidad informal, caso en el cual, en vez de aportar una solución a la problemática, crearía un panorama donde surgirían serias dudas respecto de la operatividad real de la obligatoriedad y se demostraría en últimas, una crisis del principio de legalidad.³⁵

No existe el principio de oportunidad en el sistema de *common law* puesto que no hay consagración expresa de obligatoriedad por lo tanto la discrecionalidad acerca del ejercicio de la acción penal radica en la valoración político jurídica que se realiza en torno al eventual éxito de la acusación en juicio, la cual se encuentra ampliamente influenciada por principios de participación democrática³⁶ y por la intervención del Ministerio Público.³⁷

Por el contrario, en el sistema *romano germánico*, la cláusula de obligatoriedad ha surgido ante el temor de la posible manipulación política del aparato judicial

³⁵ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, , 2005, Pág. 214.

³⁶ A tal punto que el nombramiento de los jueces en algunos caso se realiza de manera democrática

³⁷ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, , 2005, Pág. 215

a fin de asegurar el poder, mediante una discriminación en el ejercicio de la acción penal.³⁸

En los países donde constitucionalmente se autoriza la aplicación del principio de oportunidad, podría presentarse la abstención de llevar a cabo un proceso en contra de una o varias personas, en relación con cargos probados, a cambio de la renuncia a juicio respecto de otros cargos debidamente probados.³⁹ Se presentan entonces los fines de la reparación y la justicia, como fundamento para el archivo de los cargos probados.

En estos casos, es donde se podría aplicar debidamente el análisis de costo-beneficio propuesto en el presente trabajo, puesto que en algunos casos específicos se hace más valedero renunciar a unos cargos, para lograr hechos o resultados que sean más eficientes y aporten más al sistema de administración de justicia. Este punto se desarrollará más adelante, dejando como primicia el hecho de que muchas veces el análisis que debe proponerse al aplicar el principio de oportunidad, puede contar con tintes de análisis económico para hacer mucho más eficiente su ejercicio.

En Colombia, como en la mayoría de los países en los cuales se encuentra consagrado tal mecanismo, se establece el principio de oportunidad reglado, el

³⁸ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, , 2005, Pág. 216

³⁹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, 2005, Pág. 217

cual para muchos autores, como Garzón Marín y García Ayala, es el más conveniente para el sistema jurídico y el contexto legal, social y político de nuestro país.

Por lo tanto, existe además de las causales establecidas en la ley, algunas reglas que deben seguirse al darle aplicación a dicho principio. Dichas reglas se pueden resumir en las que se señalan a continuación:⁴⁰

1. El titular para darle aplicación es la Fiscalía General de la Nación
2. Debe fundamentarse en razones de política criminal previstas en la ley.
3. El fiscal que lleva el caso puede abstenerse de iniciar, interrumpir o suspender la acción penal.
4. La aplicación se encuentra sujeta al control de legalidad, por parte del Juez de Control de Garantías.

En Colombia, el principio de oportunidad establece las razones por las cuales el Estado, puede legítimamente perseguir una conducta por motivo de política criminal , sin embargo, la posibilidad que tiene la Fiscalía de no acusar no es ilimitada, puesto que, como se señaló anteriormente, debe existir una regulación específica, restringiendo así la discrecionalidad en el archivo de las investigaciones.

⁴⁰ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 189

2.3.1 Límites Constitucionales

Respecto a la Constitución de 1991 no existe disposición que autorice al ente acusador, en Colombia, la Fiscalía General de la Nación, para abstenerse de iniciar la acción penal cuando cuente con los elementos probatorios necesarios para acusar.⁴¹ La Carta Política únicamente autoriza no iniciar la acción penal en los casos de indulto, cuando se trate de delitos políticos, y en las investigaciones de algunos funcionarios del Estado que cuentan con fuero constitucional. Salvo los casos anteriormente mencionados, la acción penal se encuentra totalmente ligada al principio de obligatoriedad y por ende, al de legalidad.⁴²

2.3.2 Límites en el Acto Legislativo 03 de 2002

El panorama presentado en la Constitución Política de 1991 cambia a partir de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 puesto que en éste, se consagra la regla general de la obligatoriedad, pero establece a su vez, de manera excepcional, la aplicación del principio de oportunidad, de acuerdo a unas reglas preestablecidas. Dichas reglas pueden agruparse en las siguientes⁴³:

⁴¹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, 2005, Pág. 219

⁴² PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, 2005, Pág. 219

⁴³ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, , 2005, Pág. 218

- a. Es aplicado exclusivamente por la Fiscalía General de la Nación
- b. Puede abstenerse de iniciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal
- c. Debe hacerlo con fundamento en razones de política criminal, las cuales deben estar debidamente sustentadas y desarrolladas mediante la ley
- d. La aplicación debe estar sujeta a control de legalidad por parte del juez de garantías

De igual forma, se debe señalar que la preclusión por falta de mérito para acusar le compete al juez de conocimiento, esto, para demostrar que la aplicación del principio de oportunidad es excepcional y que aún cuando no se encuentre prueba suficiente para acusar, debe contarse en todos los casos con la aprobación del juez como garante de la legalidad⁴⁴.

2.3.4 Regulación en el Nuevo Sistema de Procedimiento Penal

En el nuevo ordenamiento Procesal se encuentra regulado el principio de oportunidad respecto a las causales consagradas en el artículo 324⁴⁵, la

⁴⁴ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, 2005, Pág. 218

⁴⁵ ARTÍCULO 324. CAUSALES. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.

oportunidad para aplicarlo, el procedimiento y el control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

2.4 Trámite y Temporalidad

-
3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
 4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
 5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
 6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.
 7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.
 8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.
 9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
 10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.
 11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.
 12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
 13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
 14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
 15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.
 16. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.
- PARÁGRAFO 1o. En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

El principio de oportunidad puede aplicarse desde que se conoce la noticia criminal, incluso, hasta antes de que cobre ejecutoria el fallo de condena.⁴⁶

El trámite para dar aplicación al principio de oportunidad comienza desde el momento en que el Fiscal diseña el programa metodológico de investigación del caso, puesto que desde ese mismo instante debe prever la posibilidad de aplicarlo.⁴⁷

Dicho procedimiento, la aplicación del principio de oportunidad y su audiencia de control de legalidad, deben ser breves, ágiles, desprovistos de formalidades innecesarias, robustecidos por el respeto a la legalidad, la dignidad humana, imparcialidad e igualdad, garantistas del acceso de las víctimas a la administración de justicia y respeto al principio de oportunidad que rige la actividad de la Fiscalía General de la Nación.⁴⁸

La aplicación de dicho principio puede darse a petición de parte o de oficio, siempre y cuando se respeten los requisitos impuestos por la ley. Por ejemplo, dentro de los delitos que tengan víctima, la misma debe tener noticia respecto de la renuncia de la persecución penal y debe ser escuchada en caso de que exista pretensión de reparación del daño. En casos donde la pena privativa de

⁴⁶ Fiscalía General de la Nación, Manual del Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, 2006, Pág. 223

⁴⁷ Fiscalía General de la Nación, Manual del Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, 2006, Pág. 223

⁴⁸ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Manual del Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, 2006, Pág. 228

la libertad sea igual o inferior a seis años y en los delitos con pena no privativa de la libertad, le corresponde al Fiscal que lleva el caso adelantar el trámite.

Por el contrario, cuando se presentan delitos con pena privativa de la libertad cuyo máximo excede los seis años será competencia del Fiscal coordinador de la Unidad, salvo los casos previstos en los numerales 2,3,4,5 y 9 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, puesto que en éstos casos, el Fiscal que lleva el caso deberá remitir a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalía, para que previa verificación de requisitos, sea enviado a la coordinación de los Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia.⁴⁹

El Fiscal que lleva el trámite debe solicitar una audiencia, mediante el formato de solicitud de audiencia preliminar, ante el Juez de Control de Garantías para la verificación de la legalidad de lo actuado y obtener así la interrupción, suspensión o extinción de la acción penal, siempre en presencia del Ministerio Público y si se conoce quien es la víctima, con ella.⁵⁰

Se puede señalar que el principio de oportunidad es una decisión discrecional del fiscal que se encuentra sujeta al control de legalidad del juez de control de garantías y por lo tanto, el juez se limitará a la verificación de que los casos elegidos por el ente acusador, reúnan los requisitos previstos por el legislador

⁴⁹ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Manual del Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, 2006, Pág. 226

⁵⁰ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Manual del Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, 2006, Pág. 225

en las causales establecidas. El juez entonces, no se encuentra facultado para obligar al Fiscal a aplicar el principio de oportunidad a un caso que el considere, lo único que puede hacer es objetar la aplicación del mismo, caso en el cual, el fiscal debe tomar la decisión de continuar con la investigación, acusar o solicitar la preclusión. Una vez se obtiene la aprobación por parte del juez, si conlleva la extinción de la acción penal, se debe solicitar una audiencia al juez de control de garantías, donde deben participar la víctima y el Ministerio Público, para que se declare si hay o no aplicación del principio de oportunidad.⁵¹

En cuanto a la oportunidad de aplicación, cabe resaltar que se puede en cualquier momento del proceso, motivo por el cual se consagró el no ejercicio de la acción penal, su interrupción o suspensión. Respecto a la oportunidad es importante señalar que no debe estar probada la autoría para dar aplicación de la figura en comento, puesto que la mayor utilidad la reportan los casos de poca significación en los que no es necesario determinar el autor del ilícito penal. De igual forma, vale la pena recordar los casos en los cuales el presupuesto es la reparación, donde cabe la aplicación del principio, puesto que en últimas lo importante es la reparación como tal y no se debe exigir QUE quien repara, sea necesariamente quien fue vinculado como autor⁵².

⁵¹ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Manual del Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, 2006, Pág. 223,224 Y 225.

⁵² PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, , 2005, p. 220.

En aquellos casos donde existe imputado, existe un término para aplicar el principio de oportunidad, a partir de la formulación de imputación los términos son perentorios, motivo por el cual se consagra que a partir ésta, la Fiscalía cuenta con treinta días para formular una acusación, solicitar la preclusión de la investigación o dar aplicación al principio en cuestión. En la etapa de juicio también es posible dar aplicación al principio de oportunidad⁵³.

2.5 Modalidades

El Principio de oportunidad ha sido desarrollado por varios países y consagrado en múltiples legislaciones, por lo tanto, cada país ha regulado el tema de acuerdo a las necesidades específicas de cada uno de ellos.

En Colombia, mediante la ley 906 de 2004⁵⁴, el legislador estableció que la Fiscalía puede acudir a unos mecanismos para verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para poder dar aplicación al principio en cuestión.

Como primera medida, se encuentra la suspensión la cual se encuentra consagrada en el ordenamiento procesal penal colombiano en el artículo 325.⁵⁵

⁵³ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, , 2005, p. 221.

⁵⁴ Los mecanismos de suspensión, renuncia o interrupción se encuentran consagrados en el artículo 250 de la Carta Política colombiana.

⁵⁵ **Artículo 325. Suspensión del procedimiento a prueba.** El imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

La suspensión, según Bovino, es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de una persona que cometió un delito y quien se somete, durante un tiempo, a cumplir con una obligaciones preestablecidas. Por lo tanto, ésta modalidad genera en el investigado el deber de cumplir con las condiciones impuestas y el plan de reparación, so pena de reanudar la persecución. Se puede establecer un periodo de prueba que no puede ser superior a tres años⁵⁶.

Las condiciones que pueden ser interpuestas al imputado, las cuales se encuentran consagradas en el artículo 326 del C.P.⁵⁷, deben ser cumplidas

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, el fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en este Código.

Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

Parágrafo. El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

⁵⁶ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 265

⁵⁷ **Artículo 326. Condiciones a cumplir durante el período de prueba.** El fiscal fijará el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado, entre las siguientes:

1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
2. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.
3. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
5. No poseer o portar armas de fuego.
6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.
7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
8. La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas.

por el sindicado por el periodo de prueba y durante el tiempo que se establezca, puesto que luego de la verificación del cumplimiento de las mismas, el Fiscal ordenará el archivo del proceso.

La suspensión se constituye como un instrumento de derivación de causas penales por otros conductos formales de control, pues se suspende la persecución penal bajo la condición según la cual, el beneficiario de su aplicación, se someta a un programa de rehabilitación sin encarcelamiento y de que cumpla con las obligaciones que le imponga el juez⁵⁸. Motivo por el cual esta forma aplicar el principio de oportunidad le impone a la Fiscalía la obligación de verificar que se cumplan las condiciones establecidas y que efectivamente se repare a la víctima⁵⁹.

La solicitud de suspensión la puede realizar el imputado mediante petición oral, donde manifieste su plan de reparación del daño y el plan de condiciones que esta dispuesto a cumplir. El Fiscal entonces debe consultar a la víctima si

9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.

10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.

11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

12. La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.

Durante el período de prueba el imputado deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad.

Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal ordenará el archivo definitivo de la actuación.

⁵⁸ GARZÓN MARÍN, Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 264

⁵⁹ MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando La discrecionalidad para acusar: la fiscalía y el principio de oportunidad en el estado social de derecho, , Javegraf, 2003.

esta de acuerdo con el plan de reparación, de ser así deberá aprobar el mismo, de lo contrario deberá replantear otro conforme a los principios de justicia restaurativa. Sin embargo, cabe señalar que la solicitud también la puede hacer el Fiscal, siempre y cuando se cumplan con los requisitos legales establecidos⁶⁰.

En caso de que el procedimiento se vuelva a reanudar, la admisión de los hechos que hubiere hecho el imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad en su contra dentro de las actuaciones posteriores⁶¹.

En segundo lugar, se encuentra la modalidad de interrupción, la cual es un fenómeno transitorio y breve, facilitador de aplicación de la discrecionalidad penal, que se puede presentar en causales como las atinentes a la colaboración eficaz, la entrega del imputado en extradición o a la Corte Penal Internacional, de tal forma que de esos casos pueda derivarse la renuncia o la extinción de la acción penal⁶².

En este caso, cesa la persecución penal pero si la investigación lo amerita, ésta puede ser reanudada, es decir que la decisión de cesar la investigación es revocable si la Fiscalía así lo considera, respetando los parámetros legales.

⁶⁰ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, p. 265

⁶¹ *Ibíd.*, p. 265

⁶² *Ibíd.* p. 263

Respecto a esta modalidad existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional,⁶³ en la cual se señala que para que opere la decisión de la interrupción de la acción penal, debe contarse siempre con el aval del juez de control de garantías.

Por último se encuentra la renuncia la cual procede cuando se cumplan los propósitos de la interrupción y del procedimiento a prueba o de manera directa observando los casos del artículo 324 C.P.P y no proceda la interrupción, ni el procedimiento a prueba.⁶⁴

2.6 Causales consagradas en la legislación colombiana

Respecto a las causales se pueden agrupar de varias formas, en este caso se hará conforme a las razones de política criminal en las cuales se fundamentan así⁶⁵:

La primera resulta de la ausencia de interés del Estado en la persecución del delito, caso de los numerales 1, 2,3 y 4.⁶⁶

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979 de 2005. MP Clara Inés Vargas Hernández

⁶⁴ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 273

⁶⁵ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, 2005, p. 218.

⁶⁶ Artículo 324 C.P.P Numerales 1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.

La segunda causal se presenta en razones de interés nacional, que se enseñan en los numerales 2,3 y 9.⁶⁷

Como tercera agrupación se señala aquellos casos de colaboración con la justicia por parte del imputado. Respecto a esta causal se debe resaltar que se recoge la inmunidad transaccional del derecho norteamericano, según la cual no se puede otorgar beneficios de índole administrativa, civil u otro.⁶⁸

De igual forma y como cuarta categoría dentro de la clasificación, se encuentra la aplicación de principios de no necesidad de pena y mínima culpabilidad, los cuales se consagran mediante los numerales 7, 10, 11, 12,13 y 17.⁶⁹ En estos

2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.

3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.

4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.

⁶⁷ Artículo 324 C.P.P Numerales 2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.

3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.

⁶⁸ Según las cuales lo que afirma el testigo no lo incrimina en el primer caso, y tampoco lo que de allí se obtenga puede ser utilizado en su contra, en el segundo

⁶⁹ 7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

casos se presenta la responsabilidad penal y los presupuestos para imponer una sanción, puesto que de faltar estos dos requisitos, lo que debería solicitar el ente acusador sería una preclusión y no la aplicación del principio de oportunidad, eventos completamente diferentes respecto de la competencia del juez y de los efectos.

Como quinta clasificación encontramos las que se fundamentan en casos en los que el presupuesto es la reparación de las víctimas, donde se encuadran los numerales 1, 8, 14 y 15.⁷⁰

Por último, se encuentran aquellos casos fundamentados en razones de interés público prevalente que permiten sacrificar el interés que se pretende proteger con la acción penal, como en los casos de los numerales 15 y 16.⁷¹

11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califique en la conducta como de mermada significación jurídica y social.

13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

17. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

⁷⁰ Artículo 324 C.P.P. Numerales 1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

Cabe señalar que dada la redacción del artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, se establece que el principio de oportunidad solo se aplica a todos los autores o partícipes cuando la causal que fundamente su aplicación sea la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, y por el contrario, en los demás casos se puede aplicar a unos si y a otros no.⁷²

Cabe señalar que no procede la aplicación del principio de oportunidad en casos de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, en crímenes de lesa humanidad o genocidio, ni en delitos de narcotráfico⁷³ y terrorismo⁷⁴.

2.7 Control de legalidad por parte del juez de Control de Garantías

Respecto al control de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías, se constituye como un mecanismo consagrado para desarrollar la tesis de la obligatoriedad reglada, la cual se basa en que la regla general sigue siendo la obligatoriedad y solo en algunos casos, previstos anticipadamente por el

⁷¹ Artículo 324 C.P.P Numerales 15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.
16. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.

⁷² PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, 2005, Pág. 222

⁷³ Respecto a este existe una propuesta por parte de la Fiscalía General de la Nación para que si se aplique en los casos donde el delito sea narcotráfico.

⁷⁴ Artículo 324 C.P.P Parágrafo tercero

legislador, puede el ente acusador evaluar discrecionalmente el ejercicio de la acción penal.⁷⁵

El control de legalidad opera de manera obligatoria y automática, por lo tanto no se requiere petición alguna para promover el control, aunque el Fiscal en todos los casos requiere de la decisión del juez, quien debe evaluar los presupuestos de cada causal y las pruebas, las cuales pueden ser controvertidas por las partes⁷⁶.

2.8 Discrecionalidad para acusar en otros países

En este aparte se señala el manejo que se le ha dado al principio de oportunidad en algunas legislaciones extranjeras.

Como primera medida se señala el caso de Inglaterra. En éste país no existe un ente especializado encargado de investigar las conductas punibles. La acusación es presentada por la Policía y controlada por el *Attorney General* y el *Director of Public Prosecutions*. Existe una figura denominada *caution*, que se presenta con el objeto de poder ofrecer una segunda oportunidad al sindicado.

⁷⁵FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Manuel de Procedimiento de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, Imprenta Nacional, 2006, Pág. 221

⁷⁶FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Manuel de Procedimiento de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, Imprenta Nacional, 2006, Pág. 24

No existe en este país criterios de oportunidad para que sean utilizados por las autoridades competentes.⁷⁷

Por otra parte, se señala el caso de los Estados Unidos, país pionero en el tema y en el cual se ha desarrollado el principio de oportunidad de la mano del *plea bargaining*.

El sistema procesal de Estados Unidos se rige primordialmente por el principio de oportunidad, puesto que éste es uno de los principios rectores de la persecución penal. En el sistema anglosajón el principio de legalidad es desconocido, si se interpreta como se aplica en Colombia.⁷⁸

El encargado de formular la acusación es el Ministerio Público, por lo que es a él a quien corresponde la aplicación del principio de oportunidad. Los criterios para dar aplicación al mismo depende de la circunscripción local o el distrito federal, aunque existen unos criterios uniformes impuestos. El Ministerio Público o *prosecutor* no tiene la obligación de proceder por todos los hechos sobre los que existan pruebas suficientes, puede por algunas circunstancias renunciar a la acción penal.⁷⁹

⁷⁷ GARZÓN MARÍN, Op. cit., p. 73

⁷⁸ *Ibíd.* p 74

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 75

El principio de oportunidad se extiende a través de la figura del *plea bargaining*, el cual es un procedimiento de definición de un proceso penal entre la acusación y la defensa, mediante un acuerdo sobre las condiciones a las que subordina la declaración de culpabilidad.⁸⁰

De igual forma se puede señalar uno de los países con las teorías mas avanzadas en derecho penal, el caso de Alemania.

En el proceso penal alemán se consagra el principio de oportunidad por medio del *absprache* o *consenso* que consiste en un acuerdo entre le Juez, el Fiscal, la víctima, el acusador privado y el abogado defensor, en donde se resuelven los conflictos en condiciones negociadas y de igualdad.⁸¹

Se establece la no persecución de asuntos de poca importancia, si la pena mínima privativa es inferior a un año, puede la Fiscalía prescindir de la acusación, con la aprobación del Tribunal; también podría hacerlo cuando la culpabilidad del autor se considere como ínfima y por lo tanto no exista interés público en perseguir el hecho⁸².

⁸⁰ Ibidem, Pag. 75

⁸¹ GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 77

⁸² GARZÓN MARÍN. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, Pág. 78

En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introdujo en el juicio oral un espacio para el *plea bargaining*, el cual fue denominado *conformidad* y se introdujo a la legislación dada la necesidad de no acusar cuando se presenta un hecho de poca relevancia social, la necesidad de la pronta reparación a la víctima , la readaptación del delincuente, entre otros.

Siguiendo la línea de los países europeos que se viene manejando se hace referencia al desarrollo del principio de oportunidad en Italia.

En dicho país, el legislador se vio en la obligación de buscar un sistema alternativo al trámite penal obligatorio y ordinario, motivo por el cual, se opto por un modelo compatible con la naturaleza del delito y con la dificultad de las averiguaciones. Buscando dar aplicación al Convenio de Roma, en el cual se establece que la duración de los procesos debe ser razonable, se dio la reforma la cual tenía como objetivo fundamental proporcionar un procedimiento que sirviera de instrumento eficaz para una justicia rápida, sin disminución de las garantías y que solucionara el mayor problema del proceso penal, su lentitud⁸³.

Por todo lo anterior, se expide la ley del 24 de noviembre de 1981, la cual cambia el panorama en el sistema italiano, mediante la cual se despenalizaron algunas conductas y se crean dos tipos de ilícitos, los administrativos y los

⁸³ RODRÍGUEZ GARCÍA. Nicolás, La Justicia Penal Negociada Experiencias de Derecho Comparado, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997, Págs. 139-145

penales. Se creo entonces el *patteggiamento*, que según una parte de la doctrina italiana es un instituto que se caracteriza por contener una despenalización a instancia de parte, una alternativa al proceso penal y no una forma abreviada del mismo. Para otro sector, con el *patteggiamento* estamos ante un procedimiento penal simplificado y abreviado, en donde al atribuir las sanciones sustitutivas, naturaleza penal, se trata típicamente de sentencias de condena, observando que no es posible que se dé una condena en la fase de instrucción⁸⁴.

Con la consagración del *patteggiamento*, se puede vislumbrar la intención del legislador de diferenciar sustancialmente el tratamiento procesal de la delincuencia menor, de aquellos hechos que constituyen un ilícito de competencia del Pretor, así con la finalidad de lograr una simplificación, se establecen sustitutivos a los delitos menos graves y en este sentido, se admite una terminación anticipada solamente cuando el juez considere, una vez examinados los hechos y las comprobaciones, que subsisten elementos para aplicar, por el delito por el cual se procede, la sanción sustitutiva de la libertad controlada o de la pena pecuniaria. Por lo tanto, es indispensable señalar que el *patteggiamento* solo puede tener lugar exclusivamente en los casos donde el delito resulte castigado con una pena detentiva que no sea superior a tres meses o a un mes de reclusión o arresto, siempre que se haya

⁸⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA. Nicolás, La Justicia Penal Negociada Experiencias de Derecho Comparado, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997, pp. 158-161

procedido por una única imputación y no se esté frente a un concurso de delitos⁸⁵.

Algunos autores consideran que el *patteggiamento* es una renuncia al proceso penal, y por esto no hay nada que impida el carácter de vinculante del Ministerio Público y más si se tiene en cuenta que éste es el titular de la acción penal y por ello es el único legitimado para efectuar esa renuncia⁸⁶.

La sentencia que pone fin al procedimiento reduce todo su contenido decisorio a la constatación de la voluntad de las partes y a la imposición de unas sanciones extra-penales y con su emisión está autorizando y ratificando la decisión del Ministerio Público de no promover la acción penal.

De todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que en Italia, contrario a lo que ocurre en Colombia, el titular del ejercicio de la acción penal es el Ministerio Público, quien es el encargado de tomar la decisión de si promueve o no la investigación. De igual forma, que el principio de oportunidad es un mecanismo que se utiliza cuando se renuncia a la acción penal, que se trata muchas veces como una sustitución de una pena por otra extrapenal.

De lo expuesto se puede concluir que al igual que en Colombia, la aplicación del principio de oportunidad debe ser aprobada por un juez, quien es el

⁸⁵ *Ibid.*, p 161.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 161.

encargado de verificar que se cumplan los supuestos de la norma para dar aplicación a tal figura.

Respecto a Portugal debe mencionarse que el Código portugués lleva tan solo 6 años en vigor. Los motivos de la reforma fueron básicamente los mismos que los españoles, la búsqueda de procesos que cuenten con celeridad, eficacia y defensa de los derechos del imputado. Sin embargo, el legislador portugués quiso hacer claridad en que la eficacia y celeridad no pueden obedecer a una lógica puramente economista de una búsqueda de la productividad por la productividad, puesto que es pertinente evitar los efectos nefastos que esto produce, como las desigualdades que provoca y debe ante todo garantizarse la igualdad de todos ante la ley. Por lo tanto, se puede afirmar que la reforma pretendió la realización efectiva del ideal de justicia rápida, simple y económica que a la vez resultara una justicia segura y realmente eficaz.⁸⁷

Es así como Portugal empieza a reconocer manifestaciones del principio de oportunidad en sus procesos, pero respetando ante todo los pilares fundamentales del Estado de Derecho.⁸⁸

El proceso penal portugués se rige por el principio de la oficialidad y es el Ministerio Público el encargado de promover el proceso deduciendo la

⁸⁷ *Ibid.*, p. 211.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 242.

acusación en el caso de que existan indicios suficientes de la comisión de cualquier delito.⁸⁹

El proceso penal portugués consagra como regla general el principio de legalidad, es decir que siempre que exista noticia criminal de un ilícito penal debe existir la apertura de la *inquérito*, puesto que el Ministerio Público, es el encargado de promover la acción penal y esta obligado a abrirlo, sin poder someter dicha decisión a otras autoridades. Por lo tanto, el principio de oportunidad se consagra en momentos posteriores, es decir a la formulación de acusación y a un área de la criminalidad en donde los ciudadanos no perdieran, por su aplicación, la confianza en la justicia.⁹⁰

El artículo 280 de la legislación penal de Portugal permite el archivo de los procesos de los delitos consagrados legalmente y posibilita la dispensa de la pena, siendo, en relación la suspensión provisional de la pena el artículo 281 C.P.P., una manifestación de oportunidad incondicionada, porque la realización del hecho típico elimina la subsistencia de cualquier interés público al que haya que dar respuesta, bien sea con la pena, bien sea sometiendo al *arguido* o al cumplimiento de reglas de conducta.⁹¹

⁸⁹ *Ibid.*, p.245.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 249.

⁹¹ *Ibid.*, p. 249.

Según el sistema procesal penal portugués, el régimen de la dispensa de la pena solo es aplicable cuando se cumplen cuatro requisitos:

- a) Que el hecho tenga una pena de privación de la libertad no superior a seis meses o solo con pena de multa no superior a 120 días, lo que demuestra que se limita el ámbito de aplicación a la pequeña criminalidad.
- b) Que la ilicitud del hecho y la culpa sean disminuidas
- c) Que el daño hubiera sido reparado
- d) Que no se opusieran razones de prevención

La suspensión provisional del proceso opera en la fase final de la fase *inquerito* y establece el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público en relación a la pequeña delincuencia. Esto se constituye como una pequeña transacción sobre el proceso, en el cual al Ministerio Público se le atribuye el poder de suspender el proceso, cuando se verifiquen los supuestos legales, mediante la imposición de obligaciones

Otro aspecto de gran importancia respecto a este mecanismo, es que debe ser aceptado por el *arguido* y el *assitente* y debe ser permitido por el juez de Instrucción. Sin embargo, y dado lo expuesto, la suspensión provisional no es

una expresión pura del principio de oportunidad, puesto que su aplicación se va a dar siempre dentro de los límites de la ley.⁹²

Así, se puede concluir que el principio de oportunidad en Portugal, aunque no se desarrolla como una expresión pura del mismo, se presenta en varias modalidades, la suspensión provisional y la dispensa de la pena. De igual forma, se concluye que en Portugal, tal como ocurre en España el titular de la acción penal es el Ministerio Público y que su aplicación implica la aprobación de un juez. Por otra parte, se puede analizar que a diferencia de lo que ocurre en Colombia, donde éste mecanismo, según la mayoría de autores, se puede aplicar en todas las etapas del proceso, en Portugal esto se restringe a al formulación de acusación y a un área de la criminalidad limitada.

Cambiando un poco de escenario geográfico encontramos el caso de Costa Rica.

En éste país, al igual que en los dos países anteriores en comento, el principio de oportunidad surge ante la necesidad de darle celeridad a la justicia, de que el proceso sea algo corto, justo y eficiente, respetando claramente los garantías constitucionales.⁹³

⁹² *Ibid.*, p. 271

⁹³ www.poder_judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2007/gonzalazo7.htm Resumen de la conferencia pronunciada en el Seminario "Perspectivas del Proceso Penal Costarricense, el camino hacia la reforma". Colegio de Abogados, Facultad de Derecho U.C.R., Abril 1992.

El principio de oportunidad tiene “como objetivos básicos, en primer lugar, descriminalizar cuando haya otros mecanismos de reacción social más eficaces o parezca innecesario el proceso y la pena. En segundo lugar, pretende dar relevancia a la víctima en la medida en que en varias hipótesis se exige la indemnización previa; y por último, busca la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, permitiendo descongestionar los tribunales, de manera tal que les permita intervenir en los hechos más lesivos y esenciales para la comunidad y los ciudadanos”⁹⁴.

En Costa Rica, el ejercicio de la acción penal, al igual que en países como Perú, se encuentra en cabeza del Ministerio Público, motivo por el cual la aplicación de dicho principio es también tarea de éste.⁹⁵

Al igual que en otros países, en Costa Rica, es necesario contar con aval del juez para poder dar aplicación a dicho principio y en el caso concreto, es necesario contar con la aprobación del Tribunal. Adicionalmente, existen otros controles, como son el control interno que debe existir dentro del Ministerio Público como tal.⁹⁶

⁹⁴ www.poder_judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2007/gonlazalo7.htm Resumen de la conferencia pronunciada en el Seminario "Perspectivas del Proceso Penal Costarricense, el camino hacia la reforma". Colegio de Abogados, Facultad de Derecho U.C.R., Abril 1992.

⁹⁵ www.poder_judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2007/gonlazalo7.htm Resumen de la conferencia pronunciada en el Seminario "Perspectivas del Proceso Penal Costarricense, el camino hacia la reforma". Colegio de Abogados, Facultad de Derecho U.C.R., Abril 1992.

⁹⁶ www.poder_judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2007/gonlazalo7.htm Resumen de la conferencia pronunciada en el Seminario "Perspectivas del Proceso Penal Costarricense, el camino hacia la reforma". Colegio de Abogados, Facultad de Derecho U.C.R., Abril 1992.

Por último, es necesario señalar que en la ley se encuentran consagrados expresamente los casos en los cuales se puede dar aplicación a dicho mecanismo y por lo tanto el Ministerio Público debe analizar si en cada supuesto fáctico se cumple con los requisitos preestablecidos legalmente, para así poder entrar a decidir si prescindirá de la acción penal o si por el contrario la llevara a cabo.⁹⁷

Así, se puede concluir que en ese país el principio de oportunidad es una facultad otorgada al Ministerio Público, que sus causales se encuentran consagradas expresamente por el legislador, que se constituye como una excepción al principio de legalidad y que como en casi todos los países donde se presenta éste fenómeno, debe contar con el aval de un juez para que se pueda hacer efectivo.

⁹⁷ *Ibíd.*

3. Análisis Económico: Teoría de Costo- Beneficio

Una vez expuesto lo pertinente respecto al principio de oportunidad, es necesario entrar en el tema de costo beneficio, siendo necesario realizar una serie de aclaraciones preliminares.

Como primera medida es importante señalar a varios autores, en especial Posner, quienes han considerado que el alcance de la economía en los últimos años se ha expandido mas allá del alcance tradicional y por esto, hoy en día la economía se ha visto involucrada en casi todas las esferas de la sociedad, es decir, en temas como los derechos de propiedad, el gobierno, la educación, las organizaciones empresariales, entre otras.

Por lo anterior, es que se hace necesario para el presente trabajo entrar a definir el concepto de derecho y economía, entendiendo por tal la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas.⁹⁸

⁹⁸ ROEMER Andres. Introducción al análisis económico del derecho, Fondo de Cultura económica, 2001, Pág. 6.

Los conceptos económicos se aplican para explicar y esclarecer los asuntos legales no solo respecto a asuntos de derecho mercantil, derecho antimonopólico y al derecho fiscal, en los que el vínculo entre las disciplinas jurídicas y económicas es obvio, sino también respecto a una amplia gama de actividades de no mercado que van desde los asuntos de responsabilidad civil, hasta asuntos familiares y penales⁹⁹.

Betham señala que los individuos actúan como maximizadores racionales de sus satisfacciones y sobre todo en el ámbito penal, puesto que en estos casos el problema se reduce a establecer un conjunto de precios por el delito, manipulando las dos variables que determinan el costo del castigo y la probabilidad de que éste se aplique¹⁰⁰.

El análisis económico positivo de la ley, o el uso del análisis económico, tiene dos facetas según Posner, la primera es el estudio del comportamiento regulado por el sistema legal, es decir la estructura de las penas y las reglas de procedimiento, en el cual éste se da por sentado, para cuestionar cómo los individuos involucrados en él responden a las restricciones que éste impone a su conducta. La segunda, la cual esa adoptada por Posner, trata de explicar el comportamiento de los individuos de las empresas regulado no por el sistema legal sino por la estructura del propio sistema. Esta teoría plantea tres tesis:

⁹⁹ *Ibíd.*, p.. 11.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 7.

1. Las personas actúan como maximizadores racionales de sus satisfacciones al tomar decisiones.
2. Las normas jurídicas crean precios implícitos para tipos diferentes de conducta y las respuestas a esos precios implícitos pueden examinarse de la misma manera en que los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los precios explícitos de cualquier bien o servicio.
3. Las normas, procedimientos e instituciones del derecho consuetudinario promueven la eficiencia.

El análisis económico del derecho busca determinar cuáles son los efectos de cambiar una o más leyes o instituciones teniendo en cuenta las demás variables presentes en el sistema económico y suponiendo que el sistema legal es una variable de análisis y no un complemento de una realidad dada.¹⁰¹

Desde este punto de vista, se encuentran varias escuelas que estudian y desarrollan el análisis económico del derecho, algunas de estas son la institucional, la escuela de Chicago, el neo institucionalismo, entre otras.

La escuela de Chicago pretendía desarrollar un análisis de las instituciones jurídicas a la luz de la ciencia económica, mediante el uso de conceptos como la generalización y el rigorismo científico. Esta escuela, argumenta que es posible desarrollar una teoría que permite estudiar el derecho a partir de unos

¹⁰¹ MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo, Anotaciones sobre Análisis económico del derecho, volumen I, Javegraf, 2005, p. 107.

conceptos y modelos económicos generales. Mediante la utilización del rigorismo de la matemática, logran que se presente una argumentación e interpretación jurídica fundados en modelos matemáticos y estadísticos y no basados en modelos verbales.

La escuela de Chicago parte del concepto de maximización racional¹⁰², lo cual se puede traducir en que, un individuo actuará, si y sólo si, el beneficio de una unidad es mayor o igual que al costo en el que incurre por dicha unidad adicional de acción, es decir, que el beneficio marginal sea mayor o igual al costo marginal. Lo anterior se visualiza mediante la ponderación que realiza el individuo al ejecutar una acción, que se aplica en contra de una norma estipulada en un contrato o ley, lo cual implica un cálculo racional del agente en el que se tiene en cuenta el costo marginal frente al beneficio de la acción.¹⁰³

Por otra parte, la Escuela de Chicago toma la teoría del precio¹⁰⁴ respecto del consumidor y la aplica a la esfera legal, cuando señala que las normas legales establecen un precio, una sanción, la cual genera un determinado comportamiento en las personas. Las normas de carácter imperativo establecen un si X (X corresponde a una acción humana) , entonces Y (siendo Y una sanción, sea pena o recompensa) , determinan el “precio” en el que

¹⁰² Maximización racional: Implica que tanto consumidores y productores, para conseguir un fin, usan los medios necesario y eficientes que les permita maximizar sus utilidades y beneficios.

¹⁰³ I MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo, Anotaciones sobre Análisis económico del derecho, volumen I, Javegraf, 2005., p.. 161

¹⁰⁴ Teoría del precio: Un aumento de los precios se traduce en una disminución en las cantidades demandadas de un bien, ceteris paribus.

quiere incurrir quien desarrolla X. Por esto, el individuo, quien es un maximizador racional, lo que hace es observar la sanción, determinar cual es la probabilidad de que dicha sanción sea aplicada y asignarle un valor específico a la misma. Este valor debe entonces compararse con el valor contrario, aquel en que se incurre por no desarrollar X. De esta comparación se determinará uno de dos resultados, no hacer X puesto que el valor de retorno de hacerlo es inferior al de no hacerlo, o hacer X pues el valor de retorno de hacerlo es inferior al de hacerlo.

Como se puede concluir de lo anteriormente expuesto, se señala que la Escuela de Chicago analiza las normas desde la perspectiva de costo-beneficio, teoría que será expuesta a continuación.

3.1 Generalidades del costo beneficio

Los individuos al tomar decisiones usualmente se basan en la comparación de la situación actual en la que se encuentran y en la que se encontrarán una vez tomada la decisión, luego dependiendo de cual de las dos situaciones sea mas favorable, actúan o no. Es decir, al tomar decisiones los hombres racionales que buscan maximizar los beneficios, realizan una pequeña comparación entre el costo y el beneficio de la decisión a tomar, para luego llegar a una conclusión que determina el actuar del mismo, lo que significa que dichos individuos utilizan el análisis costo beneficio en la toma de sus decisiones.

El análisis de costo beneficio es un instrumento de evaluación económica en el cual se comparan los costos y beneficios esperados en términos monetarios del proyecto, buscando la mejor alternativa para la asignación del recurso.¹⁰⁵

El análisis costo beneficio también se define como “una técnica en la cual los agentes comparan dos posibles opciones de decisión, donde la decisión A tiene un valor y la decisión B otro completamente diferente, así se realiza la comparación correspondiente donde el resultado dependerá de cual de las dos opciones es menos costosa”.¹⁰⁶

El análisis de costo beneficio se fundamenta en identificar la actividad que genere una relación, en la cual los beneficios calculados por unidad de costo sean los máximos, buscando los benéficos netos mayores teniendo en cuenta un presupuesto restringido.¹⁰⁷

Una característica propia del análisis costo beneficio es que los efectos únicos o múltiples medidos, no necesariamente tienen que ser comunes a las alternativas comparadas y pueden ser obtenidas en diferentes grados. Dicho

¹⁰⁵ SUSTAIN Cass, R. Cost Benefit Default Principles, Michigan Law Review Association, Pág. 23.

¹⁰⁶ BEHAINE G., Soad Loren, Concepto y medición de los métodos de evaluación económica costo-beneficio, costo-efectividad, costo-utilidad y costo-minimización en salud [Microficha] // Soad Loren Behaine G., Sandra Reyes M., Edna Aurora Sandoval C. director Freddy Velandia, Santa Fe de Bogota,1995, Pág. 24

¹⁰⁷ BEHAINE G., Soad Loren, Concepto y medición de los métodos de evaluación económica costo-beneficio, costo-efectividad, costo-utilidad y costo-minimización en salud [Microficha] // Soad Loren Behaine G., Sandra Reyes M., Edna Aurora Sandoval C. director Freddy Velandia, Santa Fe de Bogota,1995, Pág. 24

análisis está basado en una secuencia lógica de principios a seguir. Inicialmente se hace necesario identificar los diversos proyectos que generen resultados esperados para satisfacer necesidades. Luego se realiza una descripción detallada de los “inputs” y “outputs” de cada uno de las alternativas para asignar valores a los factores identificados. Por último, se calculan los beneficios netos al sumar los costos y beneficios hallados de los proyectos.¹⁰⁸

Existen variaciones que se deben tener en cuenta al aplicar la evaluación costo beneficio a proyectos privados y públicos. Los proyectos públicos resaltan la importancia de los beneficios logrados por la sociedad, aunque algunos bienes públicos no tengan precio en el mercado. A estos se les asigna precios sombras. En los proyectos públicos, una dificultad que surge al asignar valores monetarios a los beneficios sociales, es que en ocasiones los resultados obtenidos no son fácilmente desglosables debido a su carácter no excluyente. Los bienes sociales son bienes intermedios que a su vez producen beneficios adicionales.¹⁰⁹

Para valorar estos beneficios sociales existen varias técnicas que consisten en determinar el valor buscado, a partir de la evaluación de los individuos que se obtienen del mercado y de observaciones del comportamiento en otros escenarios.¹¹⁰

¹⁰⁸ *Ibidem* Pág. 24.

¹⁰⁹ *Ibidem*, Pág. 25

¹¹⁰ *Ibidem*, Pág. 26

Es importante definir de manera precisa los efectos de los proyectos como costos y beneficios y no ambos, para así evitar caer en el error de incluir los factores dos veces en la ecuación costo beneficio.¹¹¹

En el análisis costo beneficio, la escogencia de los proyectos se establece dependiendo de la relación entre los costos y beneficios.

La segunda aproximación utilizada en el análisis costo beneficio esta basada en la preferencia de los individuos. Esta a su vez se puede desglosar en dos categorías: las preferencias observadas de los individuos a través de su comportamiento o las preferencias expresadas explícitamente por los individuos para luego valorar, en términos monetarios, el bienestar hallado.¹¹²

En ocasiones los individuos aceptan pagos adicionales por riesgos tomados en el trabajo o pagan por factores que disminuyen el riesgo. Basado en el comportamiento del individuo, entre los posibles riesgos, el método de observación se emplea para determinar el valor personal implícito en el comportamiento, dado por la comparación entre los gastos realizados o pagos aceptados y el grado de riesgo asociado a cierta actividad. El problema principal arrojado por el método de observación se encuentra en el número limitado de situaciones homogéneas en las cuales se puede analizar el

¹¹¹ *Ibíd*em, Pág. 35

¹¹² *Ibíd*em, Pág. 40

comportamiento de los riesgos para establecer con precisión el valor de los mismos.¹¹³

Debido a las limitaciones en la técnica de observación, se ha establecido un método directo para determinar preferencias individuales. Por medio de la técnica de “lo que estaría dispuesto a pagar para obtener un beneficio o evitar costos”.¹¹⁴

Es de anotar que se debe incluir en el análisis costo beneficio el riesgo relativo (r). El (r) es el riesgo en el que debe incurrir un individuo o la sociedad al escoger un proyecto y esto se analiza desde varios puntos de vista.

Richard Larica encontró que “los individuos que aplicaban las reglas de costo-beneficio en la toma de decisiones diarias, tiene mas probabilidad de producir mayor número de resultados exitosos en el transcurso de su vida.”¹¹⁵

De hecho, algunos estudios han revelado que los gobiernos que utilizan en sus políticas análisis de costo beneficio son mucho mas prósperos y tienden a generar mayores riquezas que aquellos que no lo hacen.

¹¹³ *Ibíd*em, Pág. 40

¹¹⁴ *Ibíd*em, Pág. 41

¹¹⁵ *Ibíd*em, Pág. 23

En la evaluación económica las técnicas de costo beneficio, costo efectividad y costo utilidad juegan un papel esencial en la toma de decisiones y asignación racional de los recurso que en muchos casos son limitados¹¹⁶ y es por esta razón que la hipótesis a probar en la presente es que dicho análisis debe ser utilizada en la aplicación del principio de oportunidad.

¹¹⁶ *Ibíd*em, Pág. 79

4. Demostración Hipótesis Principio de Oportunidad vs. Análisis Costo Beneficio

Una vez analizados y expuestos los aspectos más relevantes del principio de oportunidad y de la teoría de costo beneficio, se hace necesario entrar a desarrollar la hipótesis propuesta en el presente trabajo.

El objetivo principal es demostrar que el análisis de costo beneficio es la perspectiva más eficiente para aplicar el principio de oportunidad y garantizar una coherente política criminal del Estado, ya que dicho análisis permite que quien debe aplicar dicho principio, realice un análisis objetivo, que dé como resultado una decisión eficiente.

El análisis de costo beneficio se puede condensar en pocas palabras afirmando que es un instrumento de evaluación económica en el cual se comparan los costos y beneficios esperados en términos monetarios del proyecto, buscando

mejor alternativa para la asignación del recurso¹¹⁷ y en este orden de ideas, cuando se propone que se utilice dicha herramienta en el principio de oportunidad, lo que se pretende es que el ente acusador, en Colombia la Fiscalía General de la Nación , realice un análisis y que como resultado del mismo se decida si se aplica o no dicho principio.

Los fiscales pueden acordar diferentes tratamientos para las personas que infringen la ley, por ejemplo, pueden establecer si estas deben ir a prisión y por lo tanto se les debe adelantar un proceso o si por el contrario, la mejor opción es buscar otras alternativas, en todo caso dicha decisión no se encuentra reglada, ni existen criterios objetivos que se puedan seguir para tomar este tipo de decisiones. ¹¹⁸ Entonces, se puede afirmar que los fiscales gozan de un poder casi monopólico dentro del uso de la discrecionalidad para acusar, puesto que al adoptar la determinación de acusar o no, lo hacen de forma independiente y sin ningún mandato legal que regle la aplicación del principio de oportunidad. ¹¹⁹

En América, el ente encargado de realizar la persecución penal tiene mas poder sobre la vida, la reputación y la libertad de las personas que cualquier otro, puesto que éste ente se encuentra revestido de un poder muy especial: el

¹¹⁷ *Ibidem*, Pág. 23

¹¹⁸ VORENBERG, Jmes, Decent Restraint of Proesecutorial Power, *Harvard Law Review*, Volume 94, May 1981, Pág. 1555

¹¹⁹ KRUG Meter. Prosecutorial Discretion and Its Limits , *The American Journal of Comparative Law* > Vol. 50, Supplement: American Law in a Time of Global Interdependence: U. S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law (Autumn, 2002), Pág. 646

de tomar la decisión, de acusar o no a una persona, con todo lo que ello implica. En otras palabras, quienes adoptan la decisión de llevar a cabo la persecución penal, llegar a una conciliación o un preacuerdo con el sindicato, son los fiscales.¹²⁰ Por lo tanto, al contar el ente acusador con tales facultades, puede presentarse un peligro para la administración de justicia, puesto que se podría abusar de tal principio.¹²¹

Algunos autores señalan, que uno de los principales problemas del principio de oportunidad es la facultad que se le da al ente acusador para tomar la decisión de llevar a cabo un proceso o no hacerlo, puesto que dicha facultad carece de reglamentación o criterios que sirvan de guía para la adopción de la decisión.

¹²² De hecho, muchas de las críticas que realizan los doctrinantes en cuanto al poder de discrecionalidad que se otorga al ente acusador, se basa en el hecho de la poca regulación que se presenta frente al tema y las consecuencias que este hecho trae consigo, es decir, la poca objetividad de las decisiones, el abuso del poder y las arbitrariedades que pueden presentarse, así como la poca congruencia que podría darse entre las decisiones adoptadas y los objetivos planteados dentro de la política criminal.¹²³

¹²⁰ VORENBERG, James, Decent Restraint of Prosecutorial Power, *Harvard Law Review*, Volume 94, May 1981, Pág. 1521

¹²¹ HELLER Robert. Selective Prosecution and the federalization of criminal law : the need for meaningful judicial review of prosecutorial discretions, *University of Pennsylvania Law Review* > Vol. 121, No. 5 (May, 1973), 1320

¹²² ALBONETY, Celesta. Prosecutorial discretion : The effects of uncertainty, Pag. 291.

¹²³ KRUG METER. Prosecutorial Discretion and Its Limits , *The American Journal of Comparative Law* > Vol. 50, Supplement: American Law in a Time of Global Interdependence: U. S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law (Autumn, 2002), Pág. 649

Así, cuando se establezcan reglas claras para la correcta aplicación del principio de oportunidad, según la autora, el análisis costo beneficio, se logrará que las decisiones del ente acusador se basen en criterios objetivos, logrando con esto que las decisiones que se tomen sean mas coherentes según el criterio de la opinión pública y sea mas difícil la manipulación de las decisiones que se adopten por la Fiscalía.¹²⁴

Según lo anterior, donde se señalan las falencias y riesgos que se presentan al aplicar el principio de oportunidad, es pertinente traer nuevamente la propuesta de tomar el análisis de costo beneficio para reglar la aplicación del principio de oportunidad, pues no solo se contaría con unas reglas específicas para su aplicación y se permitiría un mejor manejo del mismo, sino que también se lograría que la decisión fuera mucho mas objetiva.

Para analizar como funciona el principio de oportunidad Vorenberg propone la elaboración de una clasificación de delitos, según los cuales, dependiendo de la clase en la cual se encuentre el delito investigado, el Fiscal tendrá mayor o menor poder de decisión. Dicha clasificación encaja dentro de las teorías propuestas en el presente trabajo y es la siguiente: las Ofensas Mayores, Ofensas Intermedias y Ofensas Menores.¹²⁵

¹²⁴ VORENBERG ,James, Decent Restraint of Prosecutorial Power, Harvard Law Review, Volume 94, May 1981, Pág. 1559

¹²⁵ VORENBERG ,James, Decent Restraint of Prosecutorial Power, Harvard Law Review, Volume 94, May 1981, Pág. 1527

Las *Ofensas Mayores* corresponden a los tipos de crimen que causan mas impacto en la población, causan miedo o se consideran como crímenes atroces tales como son los delitos de secuestro, hurto armado, homicidio y tráfico de drogas. En este tipo de delitos la Fiscalía, en la generalidad de los casos, opta por llevar a cabo el proceso y adicionar algunos otros cargos, para que sea el jurado o el juez, quien tome la decisión de cuanto tiempo es el castigo adecuado para el infractor de la norma penal. Sin embargo, existe una excepción de gran relevancia para el tema que nos ocupa y es que en éste tipo de delitos el ente acusador podría dejar de iniciar la acción penal, cuando necesite información que el infractor pueda aportar o cuando se necesite su testimonio para poder procesar a un objetivo mas grande y relevante.¹²⁶

Esta hipótesis, donde se prefiere no judicializar a una persona para lograr obtener información que conlleve a la captura de un objetivo de mayor importancia, es uno de los casos prácticos que se plantean en el presente trabajo y en el cual es evidente que el beneficio de no judicializar a la persona es mayor, que el costo que implica hacerlo.

Las *Ofensas Intermedias* son aquellas en las cuales se reduce la atención del público y por lo tanto el poder discrecional del ente acusador es mayor que el que tiene en las ofensas mayores. Algunos ejemplos de este tipo de ofensas podrían ser el hurto sin violencia y el soborno, entre otros, en los cuales

¹²⁶ VORENBERG ,James, Decent Restraint of Proesecutorial Power, Harvard Law Review, Volume 94, May 1981, Pág. 1528

aquellos infractores que no tengan antecedentes pueden tener una reducción de cargos y hasta podrían lograr la no iniciación de la acción penal, siempre y cuando estén de acuerdo en someterse a diversos programas de rehabilitación o busquen otro tipo de ayuda.¹²⁷

El último grupo sería el de las *Ofensas Menores* y a pesar de que la línea que diferencia las ofensas menores de las intermedias es muy tenue, existe gran diferenciación respecto de las atribuciones del ente acusador en estas dos categorías. Como se anotó anteriormente, en las ofensas intermedias el poder de decisión del fiscal es mucho mayor que en el de las ofensas mayores, pero no es un poder pleno. En las ofensas menores, por el contrario, el poder discrecional de acusar o no, con el que cuenta el ente acusador, se encuentra en su máxima expresión. Los delitos menores son aquellos en los cuales el daño causado es relativamente pequeño y el ofensor no puede ser calificado como peligroso, ejemplo de este tipo de ofensas son algunos delitos querellables y el hurto simple. Muchas de las teorías mas aceptadas respecto a este tipo de delitos afirman que la razón para no procesarlos, se fundamenta en la necesidad que tiene la administración de justicia de hacerse cargo de un gran número estas, lo que quiere decir en otras palabras, que dada la gran cantidad que se presentan, muchas veces es mejor optar por no iniciar un proceso y adoptar otro tipo de decisión. Es en este tipo de ofensas donde el

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 1528

Fiscal cuenta con la discrecionalidad total para decidir cuales de los casos se llevan a un proceso y cuales debe dejar pasar.¹²⁸

En los casos en los cuales el Fiscal deja pasar las ofensas, lo que generalmente sucede es que se opta por otro tipo de solución que resocialice al infractor. Usualmente lo que se propone es la inclusión del ofensor en diferentes programas, dependiendo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho ilícito, así como el tipo de delito, por ejemplo asistir a programas de Alcohólicos Anónimos o asistir a terapias psicológicas.¹²⁹

En este tipo de ofensas, las menores, se puede aplicar la teoría del costo beneficio, puesto que en ellas, el costo que implica para la administración de justicia el hecho de llevar a instancias judiciales todos los casos que se presenten, lo cual implican un gran costo, que no excede al beneficio que el procesamiento de este tipo de conductas podría implicar.

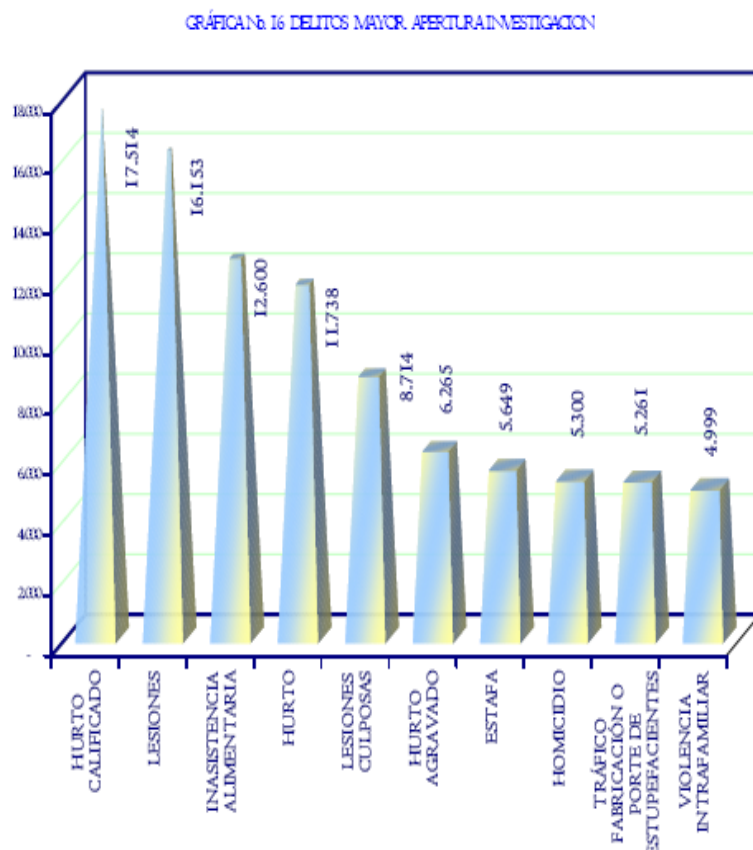
Si tomamos la clasificación propuesta por Vorenberg y se aplica al caso colombiano es necesario entrar a analizar los índices de criminalidad del país, para así poder entrar a señalar una propuesta de clasificación, utilizando los delitos más comunes en el país.

¹²⁸ VORENBERG ,James, Decent Restraint of Prosecutorial Power, Harvard Law Review, Volume 94, May 1981, Pág. 1531.

¹²⁹ VORENBERG ,James, Decent Op. cit., p. 1532.

Se toma una estadística de la página Web¹³⁰ de la Fiscalía General de la Nación donde se señalan los delitos de mayor frecuencia, gráfica (Gráfica No. 1) de la cual podemos concluir, que el delito que mas se presenta el es hurto calificado, el segundo en la escala sería el delito de lesiones personales y seguidamente, el delito de inasistencia alimentaría. Así los delitos mas comunes serían lo antes mencionados.

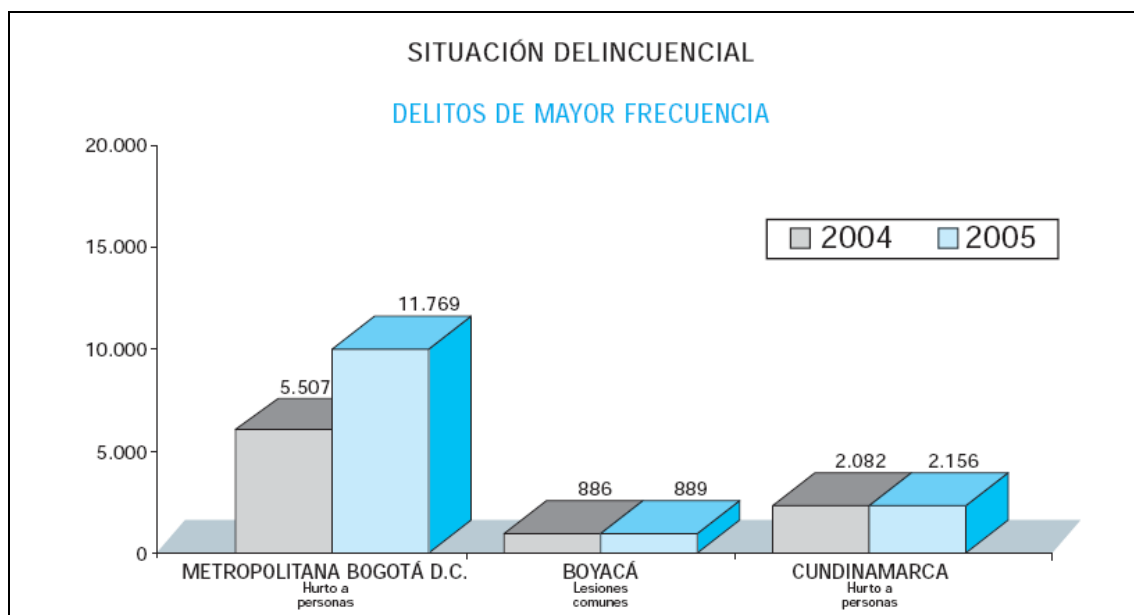
Gráfica No. 1. Estadística Fiscalía General de la Nación ¹³¹



¹³⁰ www.fiscalia.gov.co/noticias

¹³¹ <http://www.fiscalia.gov.co/pag/general/estadistica/boletín18.pdf>

Por otra parte, se toma de la revista “Criminalidad”¹³² de la Policía Nacional, n las graficas que se presentan a continuación. De la primera (Gráfica No. 2) , la cual hace referencia a los delitos de mayor frecuencia que se presentan en la ciudad de Bogotá, en el Departamento de Boyacá y Cundinamarca, los cuales son o y las lesiones personales, coincidiendo éstos datos con los aportados en la gráfica anterior (Grafica No. 1), proveniente de las estadísticas de la Fiscalía General de la Nación.



Gráfica No. 2

Respecto a la segunda, Tabla No. 1, en la cual se señalan cuales son los bienes jurídicos más vulnerados durante los años 2004 y 2005, se realiza un análisis de la misma, concluyendo que el bien jurídico que mas se ve afectado es el patrimonio económico, seguido por la vida y la integridad personal, y luego por la salubridad pública.

¹³² www.Policianacional.gov.co/criminalidad/indice/estadistica

TABLA No. 1.

TÍTULO	MODALIDAD DELICTIVA	2004	2005	VARIACIÓN PORCENTUAL	PARTICIPACIÓN PORCENTUAL
I.	DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL	69.209	62.603	-9,49%	18,76%
II.	DELITOS CONTRA PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	74	39	-47,30%	0,01%
III.	DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y OTRAS GARANTÍAS	2.382	3.170	33,08%	0,95%
IV.	DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES	4.344	4.531	4,30%	1,36%
V.	DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL	523	807	54,30%	0,24%
VI.	DELITOS CONTRA LA FAMILIA	14.614	18.468	26,37%	5,53%
VII.	DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO	116.173	117.013	0,72%	35,06%
VIII.	DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR	10.498	19.427	85,05%	5,82%
IX.	DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA	5.349	5.430	1,51%	1,63%
X.	DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO SOCIAL	11.047	12.066	9,22%	3,62%
XI.	DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE	2.395	3.442	43,72%	1,03%
XII.	DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA	19.703	19.874	0,87%	5,95%
XIII.	DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA	48.423	61.312	26,62%	18,37%
XIV.	DELITOS CONTRA MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA	20	100	400,00%	0,03%
XV.	DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	1.097	1.172	6,84%	0,35%
XVI.	DELITOS CONTRA LA EFICAZ Y RECTA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA	1.562	3.875	148,08%	1,16%
XVII.	DELITOS CONTRA LA EXISTENCIA Y SEGURIDAD DEL ESTADO	4	2	-50,00%	0,00%
XVIII.	DELITOS CONTRA EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL	350	393	12,29%	0,12%
TOTAL DELITOS		307.767	333.724	8,45%	100,00%

Si se compara la gráfica No. 2, con la No. 1 y Tabla No 1 se puede señalar que los bienes jurídicos mas vulnerados coinciden con los delitos mas cometidos. Dicho en otras palabras, si el bien jurídico mas vulnerado es el patrimonio económico, esto coincide con el hecho de que el delito mas común, tanto el la gráfica No. 1 como en la No. 2, sea el hurto.

Luego de analizadas las gráficas anteriormente expuestas, se puede concluir que el delito mas común que se presenta en Colombia es el hurto, seguido por las lesiones personales y la inasistencia alimentaría.

Si se entrara a realizar una clasificación similar a la propuesta por Vorenberg, a pesar de que el grado de ofensa no depende del grado de frecuencia con que se presente el delito, se intentará realizar una clasificación similar tomando las gráficas anteriormente expuestas, presentándose un resultado que se aprecia en el siguiente cuadro.

Clasificación	Delito	Grado de Discrecionalidad
Ofensas Mayores	Narcotráfico, Secuestro, Violación	Bajo grado, sin embargo puede aumentar en caso de que se requiera de información o testimonio
Ofensas Intermedias	Hurto sin violencia, Soborno	Nivel medio
Ofensas Menores	Delitos querellables, Hurto simple	Máximo grado

Así, teniendo en cuenta que el delito que más se presentan es el hurto y que éste dependiendo de la modalidad, se encuentra en nivel de ofensas menores e intermedias, el grado de discrecionalidad del Fiscal para decidir si acusa o no, oscila entre medio y el máximo. Si se toma como ejemplo el hurto simple, el cual estaría dentro de las ofensas menores, el grado de discrecionalidad con el cual cuenta el ente acusador es el máximo. En el caso planteado, hurto simple, aplicando la teoría de costo beneficio, se debe tener en cuenta por una parte, que el delito se clasifique dentro de los de ofensas menores y por otra, el costo que implica para el aparato judicial el hecho de entrar a procesar este tipo de conductas, para llegar así a esta conclusión: resulta mas costoso entrar a procesar dicha conducta, razon por la cual, se debe aplicar el principio de oportunidad , proponiendo una solución alternativa, que implique por supuesto, la reparación integral de la víctima.

De igual forma, se hace interesante realizar el mismo análisis respecto al delito de inasistencia alimentaria, el cual según lo anteriormente señalado es uno de los más comunes. Respecto al mismo, se presenta la misma operación. Sin embargo, dadas las consecuencias que éste trae y que la familia en la legislación colombiana tiene especial protección constitucional, éste delito no podría calificarse como una ofensa menor. Según el criterio de la autora, por las razones antes expuestas, la inasistencia alimentaria entraría dentro de las ofensas intermedias, en donde según Vorenberg, el Fiscal tiene un grado de discrecionalidad medio. Haciendo el análisis costo beneficio se podría llegar a

lo siguiente: Si se analiza el costo, incluyendo dentro de este rubro , el costo que implica llevar el proceso, mas la manutención del sindicato (la cual debe ser asumida por los establecimientos penitenciarios en caso de ser condenado), mas el hecho de que estando el ofensor en la cárcel implica la imposibilidad total de reparar a la víctima¹³³, resulta mas costoso llevar el proceso que no hacerlo. Lo anterior se puede resumir en la siguiente ecuación:

C= Costo

B= Beneficio

C= costo del proceso + costo manutención sindicato + hecho no reparación a la víctima

B= Hecho de que el no procesamiento garantiza la reparación a la víctima + ahorro en costos del proceso + ahorro en manutención del sindicato

El costo excede el beneficio, con lo cual se puede señalar una vez mas, que el análisis de costo beneficio sería muy provechoso para la administración de justicia, puesto que no solo se daría una descongestión del aparato judicial, sino que se podría dar una solución a un problema que se presenta, como es el hecho de que la inasistencia alimentaria se pueda sancionar con cárcel, lo cual

¹³³ Puesto que al estar privado de la libertad no puede producir económicamente ni devengar un sueldo con el cual pueda asumir los gastos por los cuales es demandado.

implica un despropósito, puesto que el sindicado al ir a la cárcel, queda aún mas imposibilitado para cumplirle a quien lo demanda¹³⁴.

En otras palabras, al estar privado de la libertad quien es demandado, el problema en vez de solucionarse se agrava, no solo porque a corto plazo no se podrá cumplir con la cuota alimentaria, sino que, a largo plazo quien es demandado tendría una dificultad al momento de conseguir trabajo, dados los antecedentes penales que se registran luego de haber sido condenado por una conducta punible, lo que en ultimas afectaría nuevamente al menor que demanda.

Por otra parte, es necesario hacer referencia la hecho de que el principio de oportunidad también puede aplicarse en aquellos casos donde la evidencia probatorio es débil o minima, casos donde la evidencia ha sido recopilada por medios ilegales y por lo tanto debe quedar excluida del juicio y el proceso, o casos donde la probabilidad de llegar a una sentencia condenatoria es poca.¹³⁵

En éstos casos, donde la evidencia probatoria es débil, es donde el ente acusador ejercita su discrecionalidad exclusiva de adoptar la determinación de

¹³⁴ MESTRE ORDOÑEZ, Jose Fernando, Diplomado Sistema Penal acusatorio, Conferencia El Principio de Oportunidad, Octubre de 2005.

¹³⁵ VORENBERG ,James, Decent Restraint of Proesecutorial Power, Harvard Law Review, Volume 94, May 1981, Pág. 1558

no acusar o por el contrario, de levantar cargos, a pesar de la poca evidencia.¹³⁶

Aquí es donde la Fiscalía debe propender por buscar una mejor solución podría ser buscar una forma eficiente de reparación a la víctima y un programa alternativo que permita la resocialización del ofensor, logrando así un resultado mucho mas eficiente puesto, que no solo se logra la reparación integral del agredido, sino que se ahorra tiempo y recursos que el estado invertiría, por el hecho de llevar un proceso.¹³⁷

Así, una vez mas se podría entrar a analizar la utilidad del análisis costo beneficio en el caso planteado anteriormente, donde se hace evidente que el beneficio de no llevar a cabo el proceso y buscar otras formulas alternativas que logren el mismo resultado, o sea la reparación integral de la víctima y la resocialización del agresor, excede el costo de llevar a cabo el proceso. Dicho en otras palabras, es mas costoso iniciar una acción penal en contra del infractor que buscar una formula alternativa que solucione el conflicto que se presenta.

La extensión de la discrecionalidad para adoptar la decisión de acusar o no, con la cual cuanta el ente acusador, se puede medir examinando dos tipos de

¹³⁶ KRUG METER. Prosecutorial Discretion and Its Limits , The American Journal of Comparative Law > Vol. 50, Supplement: American Law in a Time of Global Interdependence: U. S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law (Autumn, 2002), Pág. 647

¹³⁷ VORENBERG ,James, Decent Restraint of Prosecutorial Power, Harvard Law Review, Volume 94, May 1981, Pág. 1547

indicios: el grado de libertad con el que cuentan para adoptar la decisión por ellos mismos (autonomía de presentar cargos) y el grado de aislamiento con el que cuentan respecto de la revisión judicial posterior.¹³⁸

Para concretar un poco más la propuesta planteada en el presente trabajo, con base en lo anteriormente expuesto se puede señalar lo siguiente.

Cuando se presente un caso en donde podría darse aplicación al principio de oportunidad, el Fiscal debe hacer el siguiente análisis: dividir la decisión de aplicar el principio de oportunidad en dos opciones

A: adelantar el proceso y por lo tanto no aplicar el principio de oportunidad y B: darle aplicación al principio y no adelantar el proceso; lo importante en momento de tomar la decisión sería determinar cual sería la mejor opción, considerando entre otras, cosas factores como, si la persona puede suministrar información valiosa para la investigación o si puede aportar datos para dismantelar una banda. Así, lo que vendría a decidir el funcionario judicial es si es mas beneficioso o mas costoso adelantar o no el proceso penal. En el caso concreto, lo que se determinaría es cuanto vale A y B y dependiendo de esto, se aplicará el principio o no.

¹³⁸ KRUG Meter. Prosecutorial Discretion and Its Limits , The American Journal of Comparative Law > Vol. 50, Supplement: American Law in a Time of Global Interdependence: U. S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law (Autumn, 2002), Pág. 644

Una buena forma de explicar la teoría planteada es mediante el siguiente ejemplo:

El fiscal cuarto de la Unidad de Lavado de Activos recibe una investigación en la cual el sindicado es un señor JUAN MARIO PEREZ, quien hace parte de una red de conocidos testaferros de los narcotraficantes mas importantes del país.

Se reúne entonces el Fiscal con la Policía para realizar el respectivo programa metodológico de la investigación, y se establece que el señor PEREZ podría aportar datos para capturar al “El Duro”, el cual es un conocido narcotraficante quien ha sido solicitado en extradición por los Estados Unidos de América. En este momento es cuando la decisión de acusar o no debe abrirse en dos opciones, la opción A, la cual se basaría en llevar el proceso en contra del señor PEREZ hasta que se condene, lo que implicaría un desgaste para la administración de justicia, puesto que tanto la Fiscalía como los juzgados deben activar sus mecanismos para poder llegar a una sentencia. Por otra parte, estaría la opción B, que implicaría no llevar un proceso en contra del señor PEREZ, lo que iría un poco en contra del principio de legalidad consagrado, a cambio de que el señor en mención aporte información eficaz y verdadera, de tal forma que se capture a dichos narcotraficante. Es aquí donde se utilizan las teorías de costo beneficio y dependiendo de cual de las dos opciones convenga más, se aplicara el principio en comento o se continuará con el proceso.

Según el criterio personal, debe aplicarse el principio de oportunidad puesto que resulta mas beneficioso capturar a un gran capo de la mafia, que llevar a una persona que solo es un medio, a juicio.

El análisis económico del derecho, y en especial la Escuela de Chicago proponen realizar un análisis de costo-beneficio de las normas, y en especial de las normas penales, para así poder incidir en la conducta de los delincuentes. En este caso, el análisis económico del derecho resulta útil puesto que nos permite tomar una decisión objetiva, basada en criterio de costo beneficio, el cual evidentemente propende por la eficacia de la justicia.

Actualmente, para dar aplicación al principio de oportunidad, solo se analiza si se encuadra dentro de las causales establecidas en la ley; la propuesta es que sin salirse de los parámetros legales, se analice también que tan beneficioso puede ser para la Fiscalía y el país, en algunos casos, dejar de llevar una investigación, para lograr un resultado mucho mas significativo y eficaz.

Algunos autores han tratado el tema y afirman, como lo hace CONTRERAS ALFARO¹³⁹, que el principio de oportunidad puede ser sinónimo de conveniencia criminal, lo que se puede aplicar al caso en cuestión. Por esto, es necesario que se de una reglamentación de la forma como se puede aplicar el principio de oportunidad, que en muchas ocasiones se ve influenciado por

¹³⁹ CONTRERAS ALFARO, Corrupción y el Principio de Oportunidad Penal, Luís H, Ratio Legis, 2005

presiones políticas, puesto que no se trata de una cuestión de conveniencia, sino de buscar la decisión más eficiente.

Así, la aplicación del principio de oportunidad, podría llegar ser más útil de lo que actualmente es, puesto que el ente acusador tendría criterios objetivos en los cuales se podría basar para tomar una u otra decisión.

Cuando se logra abrir en dos opciones la decisión de dar o no aplicación al principio, se logra dar un valor, aunque no matemático sino de beneficio, a cada una de las opciones que se presentan, lo que se logra es que la decisión resultante del análisis propuesto además de ser eficiente sea objetiva.

Lo que debe tenerse en cuenta al momento de tomar una u otra decisión (acusar o abstenerse de hacerlo) es qué resulta más beneficioso, es decir cual de los dos traería consigo un mayor beneficio.

Así, en el ejemplo propuesto, en donde podría atraparse a un gran capo de la mafia a cambio de no judicializar a uno de sus testaferros, podría afirmarse que dependiendo de la política criminal trazada y de los objetivos planteados por la Fiscalía, podría resultar más beneficioso atrapar al “gran pez” que a uno de los tantos medios.

Con esto, se toca uno de los aspectos mas favorables de la presente propuesta, puesto que con el análisis de costo beneficio, no sólo se hace mas eficiente el sistema judicial por la descongestión del mismo y la eficiencia que se produciría y traduciría en mayores resultados, sino que además, se crea un instrumento mediante el cual se propende por ir siempre tras las personas mas relevantes para el campo criminal. En otras palabras, si se sigue el análisis costo beneficio en la aplicación del principio de oportunidad, se abre la posibilidad de que se procese a los grandes capos de la criminalidad y no como siempre sucede, a los mandos medios o personas que simplemente fungen como autores materiales del ilícito penal.

Lo que se podría lograr es atrapar a los autores intelectuales o personas con mas influencia en la elaboración de los ilícitos, puesto que al versen en situación de ser judicializados, las personas que tan solo son lo medios para realizar los delitos o que no son tan influyentes en el mismo, delatarían a quienes realmente tuvieron una inherencia significativa en la misma.

Por todo lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que al utilizar el análisis de costo beneficio cuando se presenta la aplicación del principio oportunidad el sistema judicial se vuelve mas eficiente, puesto que la decisión se basa en una ecuación que busca la eficiencia

Adicionalmente, al contar con criterio objetivo, como darle un valor a cada opción y escoger la que reporte más beneficio para la sociedad y la Fiscalía, se podría presentar una disminución en la corrupción puesto que al contar con criterios objetivos, no depende de la decisión unilateral de quien acusa, sino que puede ser valorada y revisada objetivamente por otras personas.

De igual forma, utilizando el análisis de costo beneficio se logra desarrollar uno de los pilares fundamentales para que se consagre el principio de oportunidad, es decir, el hecho de que el estado no active el aparato judicial cuando el delito no amerita, teniendo en cuenta los costos que esto representa. Así, dados los pocos recursos con los que se cuenta en muchas jurisdicciones solo una pequeña fracción de los delitos que se cometen se lleven a juicio.¹⁴⁰ Se hace por esto necesario encontrar una forma que permita la aplicación objetiva del mismo y un control por parte de los entes estatales encargados .

En estos casos, lo que sucede aplicando el análisis de costo beneficio es que el Fiscal, cuando se le presenta la noticia criminal debe entrar a analizar, al igual que en los casos planteados con anterioridad, cual de las dos opciones, entre acusar o no, resulta más beneficiosa. En el momento de tomar la decisión el fiscal debe ponderar que tan grave es el delito, la cuantía y darle un valor significativo al mismo para luego, analizar y hacer el mismo procedimiento con el hecho de presentar una acusación, y todo lo que ello implica.

¹⁴⁰ VORENBERG ,James, Decent Restraint of Prosecutorial Power, Harvard Law Review, Volume 94, May 1981, Pág. 1533

Así, la decisión del Fiscal dependerá de cual de las dos opciones aporte mas beneficio a la Fiscalía.

5. Casos Prácticos

A pesar de que en el presente trabajo ya se ha expuesto un ejemplo para tratar de explicar la propuesta, a continuación se presentan algunos casos prácticos donde según el criterio de la autora el análisis costo beneficio sería oportuno para lograr una decisión adecuada.

Como primera medida se debe tomar el siguiente caso, haciéndose necesario aclarar que es sabido por la autora que el principio de oportunidad no opera en los casos de narcotráfico.¹⁴¹

Existe un narcotraficante de nombre RONALD PEREZ, quien es el capo de un cartel de la mafia que opera a nivel nacional e internacional. Las investigaciones demuestran que dicho cartel es uno de los mas poderosos y renombrados del país. En un operativo es detenido alias "Caliche" quien es uno de los colaboradores del cartel y la mano derecha de RONALD PEREZ.

¹⁴¹ El principio de oportunidad no se aplica en casos de narcotráfico, sin embargo dados los casos que se han presentado existe una propuesta del Fiscal General de la Nación para que éste pueda ser aplicado también en casos de trafico de sustancias estupefacientes y delitos relacionados.

En el momento en que la Fiscalía tiene conocimiento de la captura de alias "Caliche" empieza el ente acusador a analizar la situación. La propuesta que se presenta es que aquí se aplique la teoría de costo beneficio de la siguiente manera.

Se tiene la facultad de decidir si se abre una investigación o no, así las opciones serían las siguientes:

Opción A: Se abre investigación al señor RONALD PEREZ, se acusa y se lleva el proceso, en este caso lo positivo es que se atrapa a uno de los miembros del cartel y se podría afirmar que en este caso se cumpliría con el propósito de prevención específico del derecho penal, puesto que podría suceder que una vez atrapado uno de los miembros del cartel, los otros dejen de traficar, dada la amenaza de ser atrapados. Sin embargo, la investigación representa per se un costo en cuanto a tiempo, materiales y desgaste del aparato judicial.

Opción B: No se abre investigación en contra de alias "Caliche" y se podría llegar a un acuerdo con el, que se base en el no procesamiento de su conducta delictiva a cambio de aportar información que conlleve a la desmantelación del cartel de narcotráfico, además de protección y una nueva organización para el señor "Caliche" y su familia. En este caso, lo negativo es que no se cumpliría con el propósito de prevención general del derecho penal, se dejaría de procesar una conducta ilícita, pero lo bueno sería que a cambio de esto, se podría capturar a la banda entera de quienes conforman el cartel.

Una vez se analicen las opciones y dependiendo de las directrices y política criminal que se maneje será una u otra. Para la autora, resultaría mas provechoso atrapar a toda la banda, dado el costo social y las repercusiones que este hecho podría tener para el país, razón por la cual la opción que tomaría sería indudablemente la B.

EL SEGUNDO CASO QUE SE PROPONE ES EL SIGUIENTE.

El día seis de diciembre de 2006 ingresan al almacén de cadena dos mujeres. Luego de dar una vuelta por las instalaciones del almacén, una de ellas toma un paquete de chocolatinas JET y un tarro de leche KLIM. Las dos señoras se dirigen a la salida cuando uno de los celadores las aborda y las sorprende con los artículos que habían tomado sin cancelar, los cuales tiene un valor \$8.600 pesos.

La anterior noticia criminal llega a manos del Fiscal Décimo Local, quien debe tomar una decisión frente al caso. En este instante es cuando el análisis costo beneficio entra a jugar un papel importante. La situación debe analizarse desde dos opciones:

Opción A: Se procesa a las señora DORA Y GLORIA MARIÑO por el delito de hurto, donde se hace evidente el desgaste del aparato judicial, puesto que

dado el valor de los artículos, sería mas útil hacer uso de otras opciones como la conciliación. En estos casos si se podría asignar un valor numérico a la opción, sacando el costo de los que vale el tiempo del fiscal, el juez y demás funcionarios judiciales , los materiales que se requieren para llevar a cabo el proceso, y otros gastos en los que podría incurrir la Fiscalía.

Opción B: El Fiscal Décimo Local decide no presentar imputación de cargos, puesto que considera que dada la magnitud del delito no es necesario, a cambio de esto, lo que se haría será citar a una conciliación donde el almacén de cadena llegue a un acuerdo con las señoras para remediar el daño causado. Lo positivo de ésta opción es que se soluciona el conflicto y no se pone en marcha en aparato judicial, con los costos que ello implica, por una conducta de menor relevancia. Además, la no iniciación de un proceso penal conlleva inmediatamente a una disminución de la congestión de los Despachos judiciales que actualmente se presentan en Colombia, teniendo en cuenta la cantidad de hechos similares a este que ocurren en el país. Lo negativo es que no se judicializaría a dos personas que son culpables, dada la flagrancia que se presenta.

Así, la decisión se basaría en los criterios establecidos en la política criminal que rijan al momento en que el ente acusador decida si debe o no aplicar el principio de oportunidad. Sin embargo, es cierto que resulta menos costoso no

iniciar el proceso en contra de las señoras MARIÑO, puesto que el Estado incurre en varios gastos para poder judicializar a una persona.

El caso anterior, es uno de los que mas se presenta y donde tal vez pueda ser más útil la aplicación de las teorías económicas del derecho que se plantean en el presente trabajo, puesto que se hace latente el hecho de que algunas veces por delitos pequeños es mejor no acusar dado el elevado costo que esto representa para el Estado.

Algunos autores afirman que la discrecionalidad y la economía judicial de los entes estatales se constituyen como uno de los argumentos más fuertes para sustentar la discrecionalidad de los fiscales, puesto que al ser evidente los pocos recursos con los cuales cuentan las entidades estatales, muchas veces se hace necesario entrar a dejar de perseguir aquellos delitos.¹⁴² Sin embargo en este punto es donde se puede ver amenazada la objetividad del ente acusador y donde la discrecionalidad del Fiscal puede ser objeto de abusos, que no solo serían ilegales sino también inconstitucionales.

Evitando la judicialización de todos los casos que se presentan, mediante el análisis de costo beneficio, se podría lograr una significativa descongestión de los Despachos Judiciales, puesto que en vez de iniciar proceso por casos

¹⁴² Heller Robert. Selective Prosecution and the federalization of criminal law : the need for meaningful judicial review of prosecutorial discretions, *University of Pennsylvania Law Review* > Vol. 121, No. 5 (May, 1973) Pág. 1328

poco relevantes, se aplicara el principio de oportunidad y se propendiera por una solución donde la víctima sea reparada.

Los anteriores son tan solo dos casos prácticos que demuestran la utilidad que el análisis costo beneficio puede traer al sistema judicial en caso de que este se utilice, puesto que no solo haría más ágil y eficiente a la justicia, sino también sería de gran ayuda para que se investigaran los grandes casos y se atrapara a los verdaderos culpables o autores intelectuales de las conductas delictivas.

6. Propuesta Modificación Principio de Oportunidad Fiscalía General de la Nación

Dado el auge de la noticia donde se señala la propuesta presentada por el Fiscal General de la Nación, Mario Iguarán, de modificar los lineamientos del principio de oportunidad, varias veces comentada en el presente trabajo, se hace necesario hacer una pequeña referencia a la misma y explicar la relación existente entre ésta y la propuesta planteada por la autora.

La propuesta realizada por el Fiscal General de la Nación hace parte de la Reforma que se Plantea al Nuevo Código de Procedimiento Penal y consiste en la aplicación del principio de oportunidad para dismantelar las organizaciones criminales y hacer posible la devolución real de los bienes de los paramilitares.

Respecto a la propuesta del Fiscal General, tomando la exposición de motivos de la ley que presenta se puede señalar que “la Fiscalía General de la Nación ha encontrado un obstáculo para identificar a los cabecillas de los grupos terroristas y de narcotráfico a efectos de desarticular estas bandas criminales, ello por causa de la prohibición de aplicar el principio de oportunidad en estos casos. Se propone mantener tal prohibición solo para los jefes, organizadores y promotores de estos grupos, pero no para quienes tienen una inferior

jerarquía y pueden colaborar en el descubrimiento de quienes encabezan estos grupos.¹⁴³

El Fiscal señaló que la propuesta se presenta “ para que sepamos toda la verdad, no sólo quién fue el de la masacre, sino para que también conozcamos cuáles fueron los constructores, las transportadoras, concesionarios, fiduciarias, aseguradores, casas de cambio o casinos que no son empresarios sino testaferros”.¹⁴⁴

Según la propuesta, el texto quedaría así¹⁴⁵:

Artículo 26°. El artículo 323 de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal quedará así:

Artículo 323. Aplicación del principio de oportunidad. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

Esta facultad constitucional podrá ejercerla la Fiscalía General de la Nación hasta antes de emitirse el sentido del fallo por parte del juez de

¹⁴³ http://64.233.167.104/search?q=cache:uXdIvfHTwaMJ:prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20060815/asocfile/p_l_023_2006c__reforma_ley_906_y_599__codigo_procedimiento_penal_.doc+reforma+principio+oportunidad&hl=es&ct=clnk&cd=17&gl=co

¹⁴⁴ www.fiscalia.gov.co/noticias/declaracionesfiscal

¹⁴⁵ <http://64.233.167.104/search?q=cache:uXdIvfHTwaMJ:prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20060815/asocfile/p>

conocimiento. Para tal efecto se suspenderán los términos procesal y de prescripción penal.

Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de un delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de **nueve (9)** años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse ésta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de una misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible sólo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
5. Cuando el imputado **o acusado** colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

6. Cuando el imputado **o acusado** sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.
7. Cuando el imputado **o acusado** haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.
8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.
9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.
11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.
16. Declarado inexecutable C- 673 de 2005.
17. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

Parágrafo 1° En los **delitos de tráfico de estupefacientes y terrorismo** no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores.

Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de **nueve (9)** años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

Parágrafo 3°. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma

Ahora, si se logrará la aprobación de la modificación del principio de oportunidad, la aplicación de las teorías de costo beneficio al mismo traerían, como muchas veces se ha señalado, varias ventajas tanto para la Fiscalía como para el país.

Nótese que la propuesta del Fiscal concuerda específicamente con uno de los casos planteados en el presente trabajo, puesto que se parte de la hipótesis que se dejara de procesar a uno de los pequeños miembros de los carteles de la mafia colombiana, a cambio de obtener información valiosa que logre la captura, procesamiento y hasta una posible extradición de los grandes jefes o capos de la mafia.

En estos casos, aplicando el análisis de costo beneficio, se lograría la mayoría de veces capturar a los grandes capos, puesto que analizadas las opciones, casi siempre aportaría mas beneficios capturar al gran pez que al simple miembro que solo es un medio para el ilícito.

Sin embargo y a pesar de las ventajas que la propuesta podría traer consigo, dado el ambiente político por el cual se encuentra el país, dados los escándalos de la para política, el Fiscal General decidió eliminarla y dejarla para otro momento, ya que su propuesta no solo no tuvo acogida en las bancadas del Congreso de la República, sino que también generó mucha polémica respecto a la posición de la Fiscalía y la situación política actual.

Así, se puede apreciar que la hipótesis de aplicar el análisis de costo beneficio al principio de oportunidad no es tan lejano a la realidad y que por el contrario podría constituirse como una herramienta de gran importancia para la Fiscalía General de la Nación.

CONCLUSIONES

Una vez agotado el tema del principio de oportunidad, con sus causales, reglamentación, desarrollo en otros países, el análisis de costo beneficio y la aplicación de este respecto al principio de oportunidad, se hace necesario entrar a exponer una serie de conclusiones que se presentan, luego de realizar el presente trabajo.

Como primera medida se puede concluir que el nuevo Código de Procedimiento Penal limita algunas funciones de la Fiscalía General de la Nación, pero a cambio de esto, le otorga una facultad bastante importante, la titularidad del principio de oportunidad. Respecto del mismo, se puede señalar que a pesar de su consagración legal, no existe en Colombia una guía o manual específico que desarrolle su regulación y por lo tanto su aplicación, lo cual genera un vacío jurídico, que según la experiencia de algunos países como los Estado Unidos, puede prestarse para abusos, arbitrariedades y hasta para casos de corrupción.

De igual forma, en cuanto al principio de oportunidad, se establece que este principio surge ante la incapacidad que tiene el Estado para perseguir todas las

conductas que afecten bienes jurídicos, presentándose como una respuesta a este hecho, lo que conlleva a que mediante este principio, se procesen solo los ilícitos de mayor relevancia, según la política criminal propuesta.

De igual forma, se concluye que utilizando el análisis costo beneficio se logra atrapar a los autores intelectuales de los delitos, puesto que en vez de judicializar a los autores materiales, se les solicita información que logre aportar el paradero de los organizadores intelectuales del mismo, así en vez de atrapar al “pez pequeño”, se atraparía al “pez gordo”. Lo anterior, podría conllevar a una disminución en los índices de criminalidad, puesto que al ver que efectivamente se esta procesando a los autores intelectuales de los delitos, puede que los demás dejen de realizar ilícitos penales, cumpliéndose así con la prevención general del derecho penal.

Por otra parte, se establece que utilizando el análisis de costo beneficio se logra reglamentar de alguna forma dicho principio, puesto que no solo se solucionaría la problemática anteriormente expuesta, sino que además se descongestionarían los despachos judiciales, logrando así, un sistema procesal mas ágil y una justicia un poco mas objetiva.

De otro lado, se puede señalar que el análisis de costo beneficio sería de gran utilidad en los delitos menores, puesto que si éste se realiza, generalmente es más costoso llevar un proceso por un delito mayor que abstenerse de hacerlo.

Así, se cumpliría una de las finalidades de la consagración del principio de oportunidad la cual es evitar el desgaste injustificado del aparato judicial.

Igualmente, se concluye, que utilizando el análisis costo beneficio en el principio de oportunidad, se lograría atrapar a los grandes capos de los carteles que cometen ilícitos penales, puesto que esto se presentaría como resultado de la información o los testimonios que las personas que se dejan de procesar, aportarían, a cambio de la no iniciación de un proceso.

Así mismo, mediante la inclusión del análisis de costo beneficio se lograría un mayor índice de reparación integral a las víctimas, ya que en vez de llevar a cabo un proceso, se realiza un compromiso alternativo de reparar a la víctima, con lo cual se lograrían resultados mas benéficos que los que se presentan cuando el sindicado va a la cárcel, puesto que muchas veces no es posible la reparación del daño causado.

Se hace necesario señalar también el hecho que mediante el análisis costo beneficio propuesto en el presente trabajo, el Fiscal cuenta con parámetros objetivos para la aplicación del principio de oportunidad, lo que conlleva a que disminuyan los índices de corrupción, al contarse con criterios objetivos para poder evaluar la decisión adoptada por el ente acusador.

De otro lado, se puede concluir que si se aplica la teoría análisis de costo beneficio, el cual debe incluir variables de tipo económico, al principio de oportunidad, fácilmente se lograría la eficiencia en el sistema de justicia colombiano.

De la misma forma, el análisis costo beneficio busca la eficiencia, por lo tanto si se incluye dentro de la aplicación del principio de oportunidad éste tipo de análisis, consecuentemente la justicia también se haría mas eficiente.

Por último, se llega a la conclusión de que el principio de oportunidad se puede analizar desde un punto de vista diferente al que le han otorgado hasta el momento y demostrar que en muchos casos, esta forma de aplicación sería la más adecuada para llegar a una justicia mas eficiente ágil y justa, finalidades establecidas cuando se consagró el nuevo sistema penal acusatorio.

BIBLIOGRAFIA

1. Albonety, Celesta. Prosecutorial discretion : The effects of uncertainty,
2. Alschuler, Albert W. . Sentencing Reform and Prosecutorial Power: A Critique of Recent Proposals for "Fixed" and "Presumptive" Sentencing, *University of Pennsylvania Law Review* > Vol. 126, No. 3
3. Behaine G., Soad Loren, Concepto y medicion de los metodos de evaluacion economica costo-beneficio, costo-efectividad, costo-utilidad y costo-minimizacion en salud [Microficha] / / Soad Loren Behaine G., Sandra Reyes M., Edna Aurora Sandoval C. director Freddy Velandia, Santa Fe de Bogota,1995
4. Corrupción y el Principio de Oportunidad Penal, Contreras Alfaro, Luís H, Ratio Legis, 2005
5. Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004
6. Código Penal, Ley 500 de 2000

7. Garzón Marín. Alejandro, Londoño Ayala. Cesar Augusto, Principio de Oportunidad, Ediciones Nueva Jurídica, 2006
8. Gilroy Janet A. Prosecutors' Discretionary Use of the Grand Jury to Initiate or to Reinitiate Prosecution , , *American Bar Foundation Research Journal* > Vol. 9, No. 1
9. Gómez Pavajeau. Carlos Arturo. La oportunidad como principio complementario del Proceso Penal, Procuraduría General de la Nación, 2006
10. Guerrero Peralta. Oscar Julián. Fundamentos Teóricos Constitucionales en el nuevo proceso pena, ediciones Nueva Jurídica, 2005.
11. Guerrero Peralta. Oscar Julián. Procedimiento Acusatorio y Terminación Anticipada del Proceso, ediciones Gustavo Ibáñez, 1998.
12. Heller Robert. Selective Prosecution and the federalization of criminal law : the need for meaningful judicial review of prosecutorial discretions, *University of Pennsylvania Law Review* > Vol. 121, No. 5 (May, 1973), 1320

13. Krug Meter. Prosecutorial Discretion and Its Limits , *The American Journal of Comparative Law* > Vol. 50, Supplement: American Law in a Time of Global Interdependence: U. S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law (Autumn, 2002)

14. Mestre Ordóñez, José Fernando, La discrecionalidad para acusar : la fiscalía y el principio de oportunidad en el estado social de derecho, Javegraf, 2003

15. Manuel de Procedimiento de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, Fiscalía General de la Nación, Imprenta Nacional, 2006

16. MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo, Anotaciones sobre Análisis económico del derecho, volumen I, Javegraf, 2005

17. Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Penal, Los grandes desafíos, Procuraduría General de la Nación, 2005

18. Reinganum. Jnnifer, Plea Bragaining and Posecutorial Discretion, The Amerocan Econocmic Review, September 1998, Vol 78 No. 4

19. Resumen de la conferencia pronunciada en el Seminario "Perspectivas del Proceso Penal Costarricense, el camino hacia la reforma". Colegio de Abogados, Facultad de Derecho U.C.R., Abril 1992.
20. Roemer Andres. Introducción al análisis económico del derecho, Fondo de Cultura económica, 2001
21. Rodríguez García. Nicolás, La Justicia Penal Negociada Experiencias de Derecho Comparado, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997
22. Sistema Acusatorio y Juicio Oral, Primera Edición 2004, Editorial Jurídica de Colombia, 2004.
23. Sustain Cass, R. Cost Bedit Default Principles, Michigan Law Review Association
24. Vanegas González. David. La Acción Penal, Biblioteca Jurídica, 2006.
25. Vorenberg ,Jmes, Decent Restraint of Proesecutorial Power, Harvard Law Review, Volume 94, May 1981.
26. www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%7007/gonzalo7.htm

27. <http://www.minem.gob.pe/archivos/dgaam/estudios/minapierina/CAPIT07.pdf>

28. http://www.ofdnews.com/comentarios/894_0_1_0_C/

29. <http://www.menschenrechte.org/beitraege/lateinamerika/oportunidad.htm>

30. www.fiscalia.gov.co

31. www.eltiempo.com.co

32. www.canalrcn.com.com

