

**TÍTULO: CRITERIOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO
COLOMBIANO RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
OPORTUNIDAD PARA DETERMINAR LA AFECTACION A UN BIEN JURIDICO
FUNCIONAL.**

PRESENTADO POR: LUISA FERNANDA MÁRQUEZ BOTERO

INTRODUCCIÓN

La introducción del sistema penal acusatorio que empezó a regir en nuestro país el 01 de Enero de 2005, trajo consigo beneficios procesales para el sindicado como la figura del principio de oportunidad, la cual ocasiona perplejidad para la víctima del delito ya que en muchos casos puede generarse contraposición del derecho que debe garantizársele a la misma en el proceso penal y las consecuencias que acarrear la aplicación de este principio en dicho procedimiento.

Previo a desarrollar lo concerniente al artículo 324 del código de procedimiento penal en su numeral 9 que establece lo relacionado con la temática que se va a abordar en el presente ensayo, es necesario hacer un re-encuentro en cuanto a los criterios de la política criminal de nuestro ordenamiento, vista como la encargada de aquellos comportamientos sociales que requieren un reproche el cual se desarrolla a través de medidas sociales, culturales y legales.

El amplio concepto de política criminal permite al estado colombiano a través de figuras como la del principio de oportunidad, entendida en el proceso penal como la

facultad constitucional que tiene el funcionario de la fiscalía general de la nación para finalizar, suspender o renunciar a la persecución en un proceso penal; y determinar, los casos en los que se genera afectación a un bien jurídico funcional protegido por el derecho que puede resultar poco significativa.

RESUMEN

El presente ensayo jurídico es el resultado de un breve estudio realizado al principio de oportunidad como medio para dar por terminado un proceso cuando la afectación a un bien jurídico que está efectivamente protegido, se considera poco significativo y por tanto da lugar a que pueda suspenderse, interrumpirse o renunciarse a la acción penal. Esto visto desde elementos determinantes como la política criminal empleada en nuestro estado, definición de "bien jurídico" y aquellas características que permiten sea considerado como funcional.

Todo esto visto desde la facultad que tiene la fiscalía general de la nación para establecer de acuerdo a criterios previamente establecidos cuando se debe considerar poco significativa la afectación que puede realizar el sujeto activo ha dicho bien jurídico considerado como funcional.

ABSTRACT

The present legal trial is the result of a brief study conducted at the beginning of opportunity as a means to terminate a process when the affectation to a legal asset that is highly protected, is considered insignificant and therefore, it can be suspended, interrupted or give up criminal action. This is seen from determining elements such as the criminal

policy employed in our state, definition of "legal good" and characteristics that allow the sea to be considered as functional.

All this seen from the power that the general prosecutor of the nation has to establish a previously accepted agreement when something must be done, the affectation that the active subject can perform has said legal good considered as functional.

PALABRAS CLAVE

Política criminal, Principio de Oportunidad, Bien Jurídico, Justicia Restaurativa, Sistema Acusatorio.

KEYWORDS

Criminal policy, Principle of Opportunity, Legal Good, Restorative Justice, Accusatory System.

DESARROLLO DEL ESCRITO

La justificación de este trabajo se desarrolla, a partir de un análisis que se realiza a la revisión de temas que se hayan expuesto previamente con respecto al principio de oportunidad. En el transcurso del presente ensayo, se tendrá en cuenta la función de la Fiscalía General de la Nación en el papel de buscar herramientas que proporcionen las bases necesarias que sirvan de soporte y fundamento para la aplicación del principio que vamos a desarrollar, teniendo en cuenta la política criminal que se presenta en nuestro país. La Corte Constitucional en sentencia C-095 de 2007-02-14, Magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideró respecto de la discrecionalidad del Fiscal para evaluar si

procede la aplicación del principio de oportunidad: “Aunque las previsiones abstractas de la ley se revistan de precisión y claridad, siempre será necesaria la labor de subsumir el caso concreto dentro de las previsiones generales contenidas en ella, es decir, llevar a cabo una operación mediante la cual el funcionario que la aplica considera si el caso particular responde o puede ser sometido a la norma general prevista en la ley. Ahora bien, aun cuando la norma legal sea clara y precisa en grado sumo, la infinita posibilidad de circunstancias que rodean las conductas humanas regulables resulta imposible de prever en fórmulas legales generales, impersonales y abstractas. Dicho de otro modo, la necesaria generalidad y abstracción de la ley, incluso cuando ella es clara y precisa en la descripción de las circunstancias en que es llamada a operar, exige lógicamente reconocer cierto grado de discrecionalidad al operador jurídico llamado a aplicarla. De esta forma, la exigencia de claridad y precisión en el diseño de las causales legales de aplicación del principio de oportunidad no resulta contradictoria con el reconocimiento de algún grado aunque sea mínimo de discrecionalidad al fiscal para evaluar si en un caso concreto debe aplicarse o no dicho principio”. Por tanto debe tenerse claro que la implementación de este principio que puede dar por terminado un proceso y que trae consigo reformas al sistema penal acusatorio, debe estar aprobado por la constitución política que es la encargada de velar por las garantías procesales.

PIES DE ILUSTRACIÓN

Después de realizar un estudio previo sobre la temática, se tiene en cuanto a lo concerniente al principio de oportunidad que existen diversos estudios presentados con respecto a su forma de aplicación, donde como base primaria los siguientes:

1. Un estudio previo realizado por Humberto Camargo Chona, Lemmy Morales Peinado, Wilfrido Osuna López sobre La implementación del principio de oportunidad en la legislación penal colombiana que desarrolla el concepto de este desde.

"los distintos conceptos emitidos por las Altas Cortes, tales como La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, los aportes doctrinales nacionales e internacionales, los cuales ofrecen una concepción amplia y completa que contribuyó eficazmente al desarrollo de la investigación." (Vol. 6, N°. 13 (Abril-Diciembre), 2010, págs. 79)

En este estudio

"se ha procedido al estudio del mencionado principio en su aplicación particular en el Sistema Judicial local, identificando los delitos en los cuales tiene mayor aplicación este principio, analizando así mismo si ha resultado una herramienta efectiva para lograr la descongestión judicial, pues una de las razones para la implementación del principio de oportunidad en la legislación penal colombiana, fue entre otras la de su finalidad como un mecanismo que contribuya a disminuir las cifras de congestión judicial, fenómeno que conduce a un desgaste innecesario y una alta impunidad" (Vol. 6, N°. 13 (Abril-Diciembre), 2010, 79)

2. Investigación realizada por Luis Fernando Bedoya Sierra, Carlos Andrés Guzmán Díaz y Claudia Patricia Vanegas Peña sobre el principio de oportunidad y las bases conceptuales para su aplicación.

"La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal rompe con una tradición de los sistemas colombianos de enjuiciamiento criminal. Esta

característica innovadora implica dos requisitos mínimos en su efectiva aplicación. El primero, un conocimiento y comprensión de la nueva figura. Y el segundo, un cambio en la mentalidad de quienes a ella acuden en la práctica cotidiana. El presente estudio es una propuesta para continuar la discusión y el examen constante que exigen las novísimas instituciones procesales que trajo consigo el sistema acusatorio, y de cuyo oportuno y acertado manejo dependerán los resultados de justicia ágil y eficaz, con el respeto de las garantías constitucionales.” (2010-página 6)

3. Tesis realizada sobre el principio de oportunidad del nuevo sistema penal acusatorio y su aplicación en la ciudad de Manizales, realizada por Mauricio Torres Quirama y Darío Alonso Aguirre Palomino, donde se expone que

“El objetivo de la inclusión del principio de oportunidad en el sistema acusatorio, es el de disminuir las cifras de congestión judicial, fenómeno que conduce a un desgaste innecesario. Por lo tanto, se pretende resolver conflictos menores que se presentan con gran frecuencia y que en la mayoría de los casos no alcanzan a vulnerar materialmente el bien jurídico protegido por el legislador.

Indudablemente, el espíritu del principio de oportunidad está cimentado sobre la necesidad de simplificar, de acelerar y de hacer eficiente la administración de justicia en el país. Esto se logra despenalizando algunos comportamientos de la denominada “criminalidad de poca monta”.

En esta medida, y teniendo en cuenta que otras reformas no tuvieron un impacto real en los problemas de impunidad, retardo e ineficiencia del aparato

judicial; se hace del interés para la comunidad académica contar con un documento expositivo, explicativo y demostrativo, que de manera confiable que profundice en el tema que, sin duda, se convertirá en uno de los primeros documentos relacionados con el objeto de investigación y análisis de las implicaciones y eficacia del Principio de Oportunidad en la ciudad de Manizales. (2006- Pagina 24-25)”

En cuanto al bien jurídico funcional como tal, se considera muy poco abarcado el tema en el campo investigativo, sin embargo se toman como referencias algunos apartados de sentencias como la C-988 de 2006 y estudios previos realizados sobre la definición y el concepto de bien jurídico.

1. Sentencia C-988 de 2006

“El Legislador estableció en el numeral 9 del artículo 324 que el principio de oportunidad puede aplicarse “cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios”. El Legislador supedita dicha posibilidad a dos precisos requisitos, a saber i) que la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa -es decir que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, y el juez de garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijurídica y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo- y ii) que la

infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios -es decir que en relación con la misma conducta se configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de la sanción respectiva. En relación con esta última condición cabe precisar que en la medida en que la disposición se refiere expresamente al “deber funcional” ha de entenderse que se alude en este caso a hipótesis en que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas y como tal estén sometidos a la potestad disciplinaria incurran en conductas respecto de las cuales quepa junto con la imposición de la sanción penal endilgarles responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de dichos deberes funcionales.

2. Apuntes sobre el concepto de bien jurídico de Álvaro Salgado

González

“Uno de los temas cuyo estudio resulta asaz complejo para el derecho penal, ha sido el referente al instituto del bien jurídico, a fin de determinar la potestad del Estado, en tanto el límite del jus puniendi. Las corrientes doctrinarias han ido evolucionado y por supuesto cada una de ellas, se abroga de ser la que contiene el derrotero en cuanto a la fundamentación que debe imperar en un Estado Social y Democrático de Derecho, para sancionar a los infractores de la ley penal

Se ha dicho como una de las teorías, que el legislador es quien debe decidir en un momento dado cual es el bien jurídico que debe crearse; otra atendiendo los derechos fundamentales plasmado en la Constitución Nacional de cada país, es de parecer que los bienes jurídicos están en el entorno social, y el legislador lo que

hace es recogerlos y plasmarlos; y otra tendencia que cada día cobra más auge es la que sostiene que no son los bienes jurídicos los que marcan el límite del jus puniendi, sino la norma, es decir al sujeto se le sanciona porque infringe la vigencia de una norma que le impone comportarse de determinada manera.” (página 149-abril 18 de 2012)

El presente ensayo jurídico tiene como finalidad determinar los criterios de la política criminal del estado colombiano respecto de la aplicación del principio de oportunidad definir los casos en los que la afectación a un bien jurídico funcional se considera poco significativa, es por esto que se procedió a realizar una pesquisa con respecto a posibles investigaciones que se hayan desarrollado sobre categorías relacionadas con el principio de oportunidad, la política criminal del estado colombiano y el bien jurídico funcional.

Como resultado a la búsqueda selectiva de documentos elaborados previamente como trabajos de maestría, doctorado, artículos científicos e investigaciones, sobre la materia a tratar que se va a desarrollar en el presente trabajo, puede decirse que sobre el tema en concreto relacionado con la pregunta de investigación no se halla ningún trabajo que se haya publicado con anterioridad.

Lo que pudo presenciarse posterior al rastreo hecho, es que existe documentación amplia con respecto a el principio de oportunidad y las bases conceptuales para su aplicación, el alcance de este principio en la nueva legislación penal

colombiana, la política criminal en el estado colombiano y algunas nociones básicas del bien jurídico desde la óptica de la discusión actual.

Sobre esto es importante manifestar el origen del principio de oportunidad y la definición contemplada por el observatorio de transparencia y anticorrupción:

"El principio de oportunidad fue incorporado en la normatividad constitucional y legal colombiana a través del Acto Legislativo N° 03 de 2002 y el artículo 324 de la Ley 906 de 2004. El origen de esta figura reside en la evolución del antiguo sistema inquisitivo (basado en la obligatoriedad absoluta de la investigación de conductas presuntamente delictivas) al novedoso sistema penal acusatorio (sustentado en el establecimiento de una política criminal del Estado que faculta a los fiscales a desistir de la formulación de una acusación en función de la conveniencia social"

"Esta es una institución jurídica de carácter reglado, que permite a los fiscales optar por suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal por motivos de política criminal -a pesar de tener conocimiento de la comisión de una conducta que revista de las características de delito y de contar con elementos probatorios sobre la autoría o participación en la misma- siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y se cuente con la aprobación del juez de control de garantías . El ordenamiento jurídico contempla 17 causales para la aplicación del principio de oportunidad. Cada causal tiene una finalidad diferente frente al desarrollo de esta figura; por ejemplo, algunas se centran en la indemnización integral a las víctimas de delitos menores; otras a evitar que se impongan penas desproporcionadas o innecesarias; y otras a lograr la

colaboración de personas incursoas en delitos en pro de la desarticulación de bandas criminales, entre otras". (Síntesis de la noción de principio de oportunidad, observatorio de transparencia y autocorrupcion página 1)

Es importante tener un punto de referencia desde un enfoque histórico con respecto al principio de oportunidad, donde encontramos en la tesis principio de oportunidad dinámica y tensiones con los derechos de las víctimas por María Carolina Bruges Manjarrés publicado en el 2014 que:

"A través de la historia podemos evidenciar los diferentes modelos de justicia adoptados en nuestro sistema penal colombiano, los cuales nos permiten evidenciar claramente el estudio realizado por nuestro legislador para establecer políticas criminales creadas con el fin de contribuir a una protección social o tal vez un mecanismo de descongestión judicial. Lo anterior es una tesis que planteo desde la mirada histórica encontrada y que a continuación me permito ilustrar. En los últimos años, se produjeron dos grandes reformas al Código de Procedimiento Penal, las que por supuesto importaron temas de sistemas penales americano y continental europeo. Nos referirnos a la Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004, esta última forjadora de lo que se ha denominado sistema penal acusatorio. Es importante evidenciar que las reformas se presentaron apresuradamente, debido a: "Los cambios de los esquemas procesales en Latinoamérica a partir de los años 80 y 90, regidos por lo general bajo el principio de la legalidad, adoptándose

esquemas tendientes no solo a flexibilizar el derecho sustancial sino encaminadas a que el proceso se tornara más ágil y coherente con la realidad social vigente en un momento histórico dado. "

Puede evidenciarse que el origen de esta figura es implementado desde el siglo XX en algunos países Indoamericanos que han visto la necesidad de adecuarse al proceso de modernidad bajo un sistema de Estado de Derecho de estándares internacionales en temas de política criminal.

Todo esto en busca de celeridad en el proceso y en respeto a garantías individuales.

“El principio de oportunidad de raigambre esencialmente americano, se convirtió precisamente en una de esas formas excepcionales de inaplicar el principio de legalidad y por ende la obligatoriedad para el Estado de investigar y sancionar el delito permitiéndosele la renuncia a la persecución penal. “Es así como, podemos encontrar que desde tiempos atrás existió la necesidad en la sociedad de fijar pautas de comportamiento en la búsqueda de un orden social justo. En principio impero una sociedad anarquizada regida bajo la ley del más fuerte; posteriormente aparecen formas de enjuiciamiento de corte acusatorio cuando se requería de la dispensa de justicia por el PRETOR ROMANO quien luego de oír los planteamientos de las “partes” decidía del asunto puesto a su consideración. Es así como podemos ver, que desde estos tiempos en ocasiones la pena o sanción iba más allá de la falta cometida llegando a afectar a las personas y bienes componentes del núcleo familiar del infractor. Para ejemplificar lo establecido anteriormente, encontramos que para esta época romana, existían

pruebas que se consideraban como válidas para resolver las controversias a través de las ORDALIAS o los JUICIOS DE DIOS, prácticas que aunque hoy en día se consideran infamantes de todas maneras, reflejan que desde antaño el procedimiento o las ritualidades procesales formaban parte del juicio."

En cada figura procesal tendiente a regular un proceso en el ordenamiento jurídico trae consigo un antecedente que determina el desarrollo de la misma en el caso de la política criminal del estado colombiano se puede evidenciar en la definición que desarrolla la Corte Constitucional en la sentencia C-646 de 2001 magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, que esta se tiene como resolución a aquellas circunstancias en las cuales se vean incursas conductas que requieren sanción para que se pueda conservar la serenidad de la sociedad y se pueda dar efectiva garantía a los derechos de quienes residen en el territorio colombiano.

“Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito (cita suprimida). También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a

quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”

Como todo concepto jurídico debe abordarse un concepto en cuanto al origen o las bases de donde proviene la figura, en este caso el observatorio de política criminal estipula en un artículo que:

"la política criminal, no puede ser construida sin fundamentos de ninguna naturaleza o con la mera liberalidad de una entidad del gobierno o de una persona o simplemente obedeciendo a los caprichos que puedan presentarse dentro de la sociedad, en un momento determinado. Desde ese punto de vista, se considera que las bases de los fundamentos deben estar específicamente establecidos en la Constitución Política de Colombia. Es decir, que allí se deben encontrar unos condicionamientos específicos para configurar esa política, y en ese punto, se halla que la Constitución Política de Colombia actúa de manera supremamente protectora de las libertades esenciales de las personas, luego la política criminal, debe enfocarse dentro de esa perspectiva principal. Es decir, abandonar los criterios de mera represión y del castigo por el castigo mismo, y tratar de

comenzar a configurar todas las medidas de política criminal desde una perspectiva de derechos, que proteja tanto los derechos de las víctimas, como los de los autores de las conductas lesivas. En este sentido, es una doble dimensión que debe examinarse desde ambas perspectivas. Este fundamento constitucional está íntimamente relacionado con los tratados que Colombia ha suscrito, pero aquí no se incorpora solamente los tratados de Derechos Humanos, que como se expresó con anterioridad son fundamentales desde la perspectiva de política criminal, sino que también se tiene que considerar incorporar los tratados que Colombia ha suscrito y que imponen ciertas obligaciones, es decir, tratados de Derecho Internacional I Corte Constitucional, sentencia C-646 de 2001. 5 Política Criminal del Estado Colombiano Público que imponen, por ejemplo, determinadas obligaciones del Estado para criminalizar conductas a nivel nacional, el tráfico de drogas, comportamientos que pueden afectar la economía, la libertad de expresión o de información que tienen los ciudadanos, es decir, es una complementariedad entre todos los planteamientos de DDHH con los deberes de criminalización que el Derecho Internacional le ha dado al Estado, consideradas desde la perspectiva de la Constitución Política y de DDHH que el gobierno ha o debe asumir; y el tercer fundamento que se considera como uno de los elementos centrales es el de la evidencia empírica, lo que conlleva a un alejamiento de los contenidos meramente estadísticos." (cartilla política criminal del estado colombiano pagina 4)

Se hace también necesario hacer énfasis en lo que se considera un bien jurídico iniciándose desde el origen del mismo donde en estudios previos sobre este, más concretamente en el ensayo jurídico con título "Aproximación al concepto de bien

jurídico en un «Derecho penal colonizado»: el caso colombiano" desarrollado por Diana Restrepo Rodríguez, se hace una aproximación a la fuente principal de este:

"El concepto de bien jurídico que tiene origen en el «Derecho europeo continental» o civil law, en un ejemplo de «Derecho penal colonizado»: el caso colombiano. Se trata de una aproximación al estudio de la llegada de este concepto al país sudamericano en mención, de las relativas dependencias conceptuales y de los primeros pasos hacia la construcción de una noción mestiza. "

*" los precedentes de tal noción en la Francia iluminista del s. XVIII⁹, a su creación normalmente atribuida a Johann Michael Franz Birnbaum en 1834 dentro de la ciencia jurídico-penal alemana¹⁰, a las distintas características que presenta en esta última: desde la concepción iuspositivista de Binding¹¹ (con la que la idea del bien jurídico se impuso en la doctrina y con la que, a su vez, sufrió una pérdida de su capacidad limitadora¹²) y aquella paralela de v. Liszt (con la obra *La idea de fin en el Derecho penal, que hace surgir el "concepto material de bien jurídico"* que funda la denominada antijuridicidad material en la ofensa a un bien jurídico¹³; tesis de especial importancia en la recepción del concepto en estudio en España y por lo tanto también en Colombia) de finales del s. XIX, hasta las modernas elaboraciones teóricas de Hassemer¹⁴ o Roxin, y al abandono del bien jurídico por parte de Jakobs (cuando no asigna como misión del Derecho penal la protección de éste, sino la tutela de la vigencia de las normas)¹⁵, pasando por las concepciones del s. XX, entre las cuales sobresale la de Welzel¹⁶. Será fundamental, de igual modo, que el lector tenga presente la expansión que de este concepto tuvo lugar a Italia¹⁷ y España¹⁸ en el s. XX. Desde entonces, en estos*

*países, esta noción pertenece al lenguaje de la ciencia penal, a diferencia de cuanto sucede en Francia, en donde la referencia a semejante categoría es bastante escasa¹⁹. Por otro lado, no debe olvidarse que ya desde el período de entreguerras se puede comprobar la existencia de un concepto común de bien jurídico, aunque con obvias diferencias, en los países que aquí usamos como ejemplo del Derecho europeo continental. Tampoco deben descuidarse los desarrollos que tal noción tuvo durante las experiencias totalitarias de la Italia fascista (1922-1943²⁰), la Alemania nazi (1933-1945²¹) y la España franquista (1939-1975²²), y sobre todo la evolución posterior a tales periodos, en donde se presenta el que considero sea uno de los aportes italianos más importantes a la materia, aunque se trate de una tesis que no es identificable con el concepto de bien jurídico si bien se encuentre con éste en íntima relación: la construcción teórica del principio de lesividad²³, como corolario del principio del *neminem laedere*²⁴. Toda la evolución del concepto de bien jurídico en el ámbito europeo debe estar clara para poder comprender las diversas perspectivas que actualmente se presentan al respecto, tanto dentro del debate europeo como dentro de aquél que se da en el contexto latinoamericano en el que se inscribe la discusión colombiana. Al respecto se destacan, como de imprescindible conocimiento, los siguientes aportes provenientes de Alemania, Italia y España, que son los tres países, como se verá mejor más adelante, en donde se han originado las concepciones acerca del bien jurídico que se imponen a la ciencia penal colombiana: a) Del ámbito alemán se menciona la tesis de Jakobs y sus seguidores sobre la pretendida protección por parte del Derecho penal de la vigencia de las normas. b) Interesa particularmente, en virtud de la influencia que ejercerá en las tesis colombianas, la dirección que asume la doctrina italiana de los años 70 del s.XX, cuando se “culmina” el desarrollo –cuyo proceso había iniciado en la segunda postguerra con la*

aprobación de la Constitución el 22 de diciembre de 1947- de la concepción del bien jurídico que podríamos llamar actual, en oposición a gran parte de los postulados de la orientación técnico jurídica, más que a su metodología y vínculo con el Derecho positivo³¹, y que debe mucho a Franco Bricola. Se trata del «bien jurídico constitucionalmente orientado o condicionado»³², como parte del «rostro constitucional del ilícito penal»³³. Bricola logra dar un rostro garantista al bien jurídico, retomando su función de límite mediante su vinculación con la Constitución³⁴. En su opinión, la Constitución tiene un valor fundante y entonces no representa solamente una fuerza de límite para el Derecho penal, aceptando también la referencia implícita en la Constitución de los bienes relevantes, pero “...en sentido muy riguroso y restringido”³⁵, por lo que establece que el bien jurídico, para ser tal, debe poseer “aferrabilidad”³⁶.”

En cuanto a la definición concreta de bien jurídico se encuentra un concepto en el trabajo denominado "el bien jurídico en el derecho pena, algunas nociones basicas" por Mariano Kierszembraum publicado en el 2009 que trae consigo la siguiente definición:

"Concepto: Ha de ser, quizá, el bien jurídico el concepto más difícil de definir en el ámbito de la ciencia penal 1 . Podría decirse que la doctrina ha esbozado tantas definiciones como autores han tratado el tema 2. Por nuestra parte, creemos, siguiendo en gran parte a Von Liszt, que el “bien jurídico” puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico. De la definición dada tenemos que el bien jurídico es un a) interés vital que preexiste al ordenamiento normativo, pues tales intereses no son creados por el derecho sino que éste los

reconoce, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos 3 ; b) la referencia a la sociedad determinada nos señala que ese interés que es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico, puede no serlo en otro, por esa razón es discutible la idea de que existan intereses universales y eternos; c) la idea de que el bien es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico nos lleva a preguntarnos qué rama del ordenamiento jurídico es la que “crea” los bienes jurídicos, es decir, la que reconoce intereses fundamentales, ¿lo es el derecho penal? La respuesta es negativa, el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena a ciertas conductas que lesionan ciertos bienes de cierta forma. El bien jurídico es creado (lo cual equivale a decir que el interés vital es reconocido) por el Derecho constitucional y el Derecho Internacional.”

Teniéndose en cuenta lo anterior se tiene entonces que la noción de principio de oportunidad, política criminal y bien jurídico tienen estrecha relación en cuanto a que uno no puede desarrollarse sin el otro.

CONCLUSIONES

Se tiene entonces que la aplicación del Principio de Oportunidad se determina como una decisión que tiene el Estado de ofrecer una solución al problema de criminalidad y que dicha decisión debe estar reglada y ceñirse a unos requisitos específicos de acuerdo a la causal que se vaya a invocar.

Para considerarse la posibilidad de dar por terminado un proceso , debe tenerse en cuenta la información obtenida del caso, donde el fiscal pueda realizar un análisis de la causal que puede invocar donde debe tener claro cada presupuesto, desde diferentes perspectivas (jurídicas, probatorias)

Las 3 formas para aplicar el Principio de Oportunidad son: suspensión, interrupción o renuncia. Dicha modalidad será aplicada por el fiscal dependiendo de la causal. Cualquiera de estas que decida aplicarse debe estar ceñida a un control jurisdiccional tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional.

La causal novena que es la que inicialmente se estaba buscando analizar que estipula: “En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes”. Se tiene que esta causal contempla tres aspectos: (i) delitos frente a los que procede, (ii) la afectación del bien jurídico funcional debe ser poco significativa, y (iii) que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes. Este artículo hace referencia a dos bienes jurídicos en concreto: la administración pública y la recta y eficaz administración de justicia, para cuya protección el legislador consagró 35 y 17 delitos, respectivamente.

La afectación al bien jurídico funcional debe ser poco significativa, Para estos efectos debe considerarse la pena asignada por el legislador¹⁶⁹, el tipo de delito¹⁷⁰ y el daño efectivamente causado en cada caso en concreto. Al respecto, la Corte Constitucional,

en la Sentencia C-988 de 2006, expresó que la aplicación de la causal está supeditada, entre otras cosas, a que la afectación del bien jurídico resulte poco significativa, “es decir, que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, el Juez de Garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuridicidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo”.

La definición taxativa de los casos en los cuales la Fiscalía puede tener como opción adelantar, continuar o extinguir la investigación que genera la acción penal, evita que existan casos de arbitrariedad y a su vez garantiza una efectiva protección de los intereses y derechos que tiene la víctima dentro del proceso.

Se tiene entonces como conclusión final, que el principio de Oportunidad es una forma de depurar y facilitar el proceso penal en el estado, que agiliza el proceso en la mayoría de los casos.

APORTE PERSONAL

La política criminal varía dependiendo de las circunstancias que cada país viva y del contexto social por tanto puede entenderse que la política criminal se encuentra en directa y estrecha relación con el estado, y que sirve para analizar las posibles causas de la criminalidad en el país, y a su vez establece la forma en la que deben ser castigadas estas conductas que se determinan como reprochables y cuáles son los bienes jurídicos que se encuentran reconocidos y que deben protegerse a través de esta.

Es aquí donde puede en inicio hablarse del papel que representa la aplicación del principio de oportunidad; figura que lleva aplicándose en nuestro ordenamiento jurídico desde hace apenas catorce años y la cual analiza aquellas circunstancias en las que se considera más beneficioso para el proceso, renunciar a la acción penal que llegar hasta una etapa de juicio.

Esta figura es característica de ordenamientos jurídicos donde la fiscalía es el organismo encargado de darle impulso al proceso es por esto que quienes tienen dicha facultad de impulsar el proceso pueden también disponer de los casos en los que deseen continuar o no con el mismo. Caso distinto se presenta en los jueces los cuales limitan su labor al juzgamiento de aquellos que son vinculados en el proceso.

En este punto se hace relevante realizar un cuestionamiento con respecto a lo sustraído de la sentencia C-646 de 2001 donde se enfatiza en que la política criminal reúne todo este conjunto de respuestas que ayudan a garantizar la conservación de derechos en el caso en el que se haga presente una conducta reprochable por la sociedad. Se dice en esta que la respuesta se da cuando se realizan trabajos en el campo social, jurídico, económico, cultural, administrativo o tecnológico. Se hace necesario realizar un análisis con respecto a que campos de los anteriormente nombrados son los que realmente se usan en nuestra jurisdicción y cuestionarnos sobre si realmente el campo social se aplica en este caso donde se supone que la sociedad debe presentar cierto sentido de pertenencia con respecto a lo que ocurre en el entorno, caso contrario es lo que ocurre en la cotidianidad donde las personas

que conforman la colectividad manifiestan una actitud completamente indiferente en la mayoría de casos con lo que ocurre a su alrededor.

Después de encontrar un punto de referencia histórico dentro de los presupuestos anteriores podríamos entrar a analizar si el concepto de política criminal es viable o puede considerarse un error toda vez que la definición de política criminal en Colombia posee un concepto muy ambiguo para algunos al carecer de una definición precisa y de unos elementos que la conformen y que sirvan de cimiento para la aplicación del principio de oportunidad.

Se puede determinar después de lo extraído en las anteriores citas que el concepto de bien jurídico como tal trae consigo funciones que se establecen solo por medio de la norma penal y que este trae consigo mandatos y prohibiciones, las cuales son quienes le dan forma a lo que puede llegar a considerarse como funcional.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BEDOYA SIERRA L. F, GUZMÁN DÍAZ C.A, VANEGAS PEÑA C.P . 2010. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD BASES CONCEPTUALES PARA SU APLICACIÓN. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. COLOMBIA.

ESCOBAR CÉSPEDES A.R.2010. POLITICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, UNA HERRAMIENTA JUDICIAL. TESIS DE GRADO. CORPORACIÓN UNIVERSITARIA RAFAEL NÚÑEZ FACULTAD DE DERECHO BARRANQUILLA. COLOMBIA

FERRÉ OLIVÉ J.C. 2014 EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS TRIBUTARIOS. ESPAÑA

BERND MUSSING. 2002. DESMATERIALIZACION DEL BIEN JURIDICO Y DE LA POLITICA CRIMINAL “SOBRE LAS PERSPECTIVAS Y LOS FUNDAMENTOS DE UNA TEORIA JURIDICO CRITICA HACIA EL SISTEMA”. REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 2.UNIVERSIDAD DE BONN. ALEMANIA

ARISTIZABAL GONZALEZ C. 2005. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA NUEVA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL COLOMBIANA. PRESENTADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO.PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS CARRERA DE DERECHO.BOGOTÁ D. C. COLOMBIA

CAMARGO CHONA H, MORALES PEINADO L, OSUNA LÓPEZ W.2010. LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA. JUSTICIA JURIS, ISSN 1692-8571, VOL. 6. N° 13. COLOMBIA

TORRES QUIRAMA M. AGUIRRE PALOMINO D.A. 2006. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DEL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SU APLICACION EN LA CIUDAD DE MANIZALES, TESIS DE GRADO PARA OPTAR PARA TITULO DE ABOGADO. UNIVERSIDAD DE MANIZALES FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS. MANIZALES. COLOMBIA

SALGADO GONZALEZ A. 2012. APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE BIEN JURIDICO

RODRÍGUEZ GÓMEZ G, GIL FLORES , GARCÍA JIMÉNEZ E, 1996.METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION CUALITATIVA.EDICIONES ALJIBE. GRANADA. ESPAÑA.

HERNANDES SAMPIERI R. FERNANDEZ COLLADO C.BAPTISTA LUCIO M.P. 2010. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION QUINTA EDICION. INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V. MEXICO

DENZIN, NORMAN K. & LINCOLN, YVONNA S. (2005). *THE SAGE HANDBOOK OF QUALITATIVE RESEARCH. THIRD EDITION.* THOUSAND OAKS: SAGE PUBLICATIONS, INC. INTRODUCTION. THE DISCIPLINE AND PRACTICE OF QUALITATIVE RESEARCH. ESTADOS UNIDOS

TAYLOR, S.J. Y BOGDAN, R. 1986 “INTRODUCCIÓN: IR HACIA LA GENTE”, EN INTRODUCCIÓN A LOS MÉTODOS CUALITATIVOS DE INVESTIGACIÓN. MÉXICO.

OBSERVATORIO TRANSPARENCIA Y ANTICORRUPCION. SÍNTESIS DE LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.COLOMBIA

BRUGÉS MANJARRÉS M.C. 2014. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DINÁMICA Y TENSIONES CON LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA FACULTAD DE DERECHO. COLOMBIA

POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO COLOMBIANO.

RESTREPO RODRÍGUEZ D. 2010.APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO EN UN «DERECHO PENAL COLONIZADO»: EL CASO COLOMBIANO.NUEVO FORO PENAL NO. 75, JULIO-DICIEMBRE 2010, UNIVERSIDAD EAFIT. MEDELLIN. COLOMBIA

KIERSZEMBAUM M . 2009. EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENA, ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS. FACULTAD DE DRECHO. UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. ARGENTINA

AYUDA JURISPRUDENCIAL

C-988 DE 2006 MAGISTRADO PONENTE: DR. ALVARO TAFUR GALVIS. BOGOTA.
COLOMBIA

SENTENCIA C-646 DE 2001 MAGISTRADO PONENTE MANUEL JOSÉ CEPEDA
ESPINOSA . BOGOTA COLOMBIA

SENTENCIA C-646 DE 2001