

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA DE INFANCIA Y
ADOLESCENCIA EN COLOMBIA**

**TATIANA ARROYAVE BAENA
MÓNICA JOHANA MONTOYA SÁNCHEZ**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
MEDELLÍN
2016**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA DE INFANCIA Y
ADOLESCENCIA**

**TATIANA ARROYAVE BAENA
MÓNICA JOHANA MONTOYA SÁNCHEZ**

TRABAJO DE GRADO

**ASESOR: DIMARO ALEXIS AGUDELO MEJÍA - DOCENTE
INVESTIGADOR MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL
CONTEMPORÁNEO COORDINADOR**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
MEDELLÍN
2016**

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	1
1. Que es el principio de oportunidad	3
2. Breve descripción del sistema de infancia y adolescencia	22
a. El principio de oportunidad en el sistema de infancia y adolescencia	23
b. Derechos fundamentales protegidos por el principio de oportunidad	28
3. Otras medidas de protección de la infancia y adolescencia	34
4. Conclusiones	40
5. Recomendaciones	41
6. Bibliografía	42

INTRODUCCIÓN

La idea principal de este trabajo es brindar herramientas para el estudio y la aplicación del principio de oportunidad en el sistema de infancia y adolescencia, desde la solicitud por parte de la fiscalía hasta la realización de la audiencia ante el juez de control de garantías, para esto se hará alusión a cada uno de los pasos para la aplicación de dicho mecanismo jurídico. No obstante, señalando que el principio de oportunidad es un instrumento jurídico-procesal sobre la procedencia de la suspensión interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal donde no se limita a aspectos meramente jurídicos ya que en cada caso es fundamental establecer si los presupuestos fácticos de las diferentes normas que resulten aplicables están suficientemente acreditados para la aplicación del mismo.

En este trabajo, lo que interesa es dirigir la mirada y colocar el sistema de la justicia de menores en el contexto de las dimensiones del crecimiento, y trastorno del adolescente en el cual perpetra delitos y que se encuentra con los servicios y los operadores encargados de juicio, de control y de su acompañamiento en el procedimiento penal.

El principio de oportunidad analizado desde una forma de afrontar las conductas penalmente relevantes de los adolescentes, obedece no sólo a la necesidad de responder a los criterios Constitucionales, no a la asunción del adolescente como un titular de derecho y como tal, responsable de sus actos. Para poder analizar esa responsabilidad se debe hacer un esfuerzo global para la necesidad de ejercer la persecución penal de conductas penal y socialmente reprochables, con la importancia de brindar herramientas para que el adolescente sea tratado con el respeto inherente a su dignidad humana

sin perder de vista el nivel de desarrollo alcanzado hasta el momento de su vida

También es de aclarar que al mirar este principio estamos frente la aplicación de la justicia restaurativa, para poder entender las penalizaciones como instrumentos capaces de profundizar las realizaciones interpersonales entre los actores del conflicto, para enraizar la dialéctica de la pena en el terreno de la comunidad, para no relegarlo únicamente como instrumental, finalizada únicamente a reducir la criminalidad, particularmente de menores infractores.

Así entendido este principio como la oportunidad que se le permite al fiscal, de manera excepcional, suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, siendo así resultaría ser la antítesis del principio de legalidad, por cuanto el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indispensable y obligatorio.

1. QUE ES EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Esta herramienta procesal entro en vigencia a partir del acto legislativo 03 de 2002 y la ley 906 de 2004, donde la Fiscalía General de la Nación podría hacer uso de la posibilidad de renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal y este principio se incluyó como alternativas de conflictos derivados de conductas punibles de poca monta, para impulsar la justicia restaurativa como mecanismo de reconstrucción del tejido social, parar evitar la imposición de penas innecesarias, logrando la colaboración de personas involucradas en conductas punibles.

La aplicación del Principio del Principio de Oportunidad constituye una decisión determinante en el deber del Estado de brindar una respuesta a las diferentes respuestas adecuadas a las diferentes expresiones de la criminalidad. Ahora bien, sobre el debate de la procedencia de la suspensión, interrupción o renuncia al ejercicio de la acción penal no se limitan solo a aspectos jurídicos, ya que se debe analizar cada caso en concreto, siendo fundamental establecer si los presupuestos aplicables estén suficientemente acreditados, como por ejemplo el nivel del daño causado, el perjuicio físico o morales sufridos por el sujeto activo y las circunstancias que atenúan el juicio de reproche de culpabilidad.

Es de señalar que este principio constituye un mecanismo de protección de la presunción de inocencia, ya que se trata de una decisión en principio favorable al implicado, pero tiene el mismo alcance de una preclusión o de un archivo, pues mientras en estos eventos generalmente se parte de que no hubo conducta punible, donde se asume que el afectado ha actuado al margen de la ley.

De acuerdo a estos lineamientos, se encuentra definido el principio de oportunidad en nuestra legislación, como bien sabemos debemos realizar para un mejor entendimiento de aplicación una comparación con las diferentes legislaciones en las cuales también existe aplicación de este principio.

La presunción de inocencia en el sistema alemán es el que ha regulado con mayor detalle los supuestos de aplicación del principio de oportunidad, convirtiéndose en punto de referencia de la Recomendación del Comité del Consejo de Europa sobre la simplificación de la Justicia Penal de 1987. Ésta recomienda la adopción del principio de oportunidad, siempre que el contexto histórico y la Constitución de los Estados Miembros lo permitan, y establece los criterios que deben regir su aplicación¹.

Este principio es igualmente desarrollado en el marco del proceso penal español entendido 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” GIMENO-SENDRA quien a su vez al aparecer constituyo una polémica consustancial a la superación del sistema inquisitivo y su sustitución por el acusatorio. En España, tal fenómeno se produce con la Constitución Española de 1978.²

En el proceso penal español a través de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, dicha ley fue aprobada por el Consejo de Ministros el pasado 22 de julio de 2011, en el que se introdujo el archivo por oportunidad y se reguló la oportunidad en el marco de la conformidad y la mediación penal, esta es

¹ Artículo publicado en Legaltoday la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal español - Juan Segarra

² Artículo Publicado en Revista de Mediación Número 11

desarrollada en el artículo 148 a efectos de que la falta de necesidad de la pena se dé a fin de prevención, cuya apreciación, se basa en política criminal, correspondiendo conocer como principal ente encargado al Ministerio Fiscal, sin que esta apreciación de la oportunidad por parte de este Ministerio Fiscal sea discrecional sino que solo cabe en los casos y con los requisitos fijados en la Ley, sometiéndose al cumplimiento de los elementos reglados a control judicial.³

En esencia, esta Ley introduce dos modalidades comunes de oportunidad, el archivo por oportunidad (art. 149) y el archivo con condición (art. 150); y tres supuestos adicionales de oportunidad, el archivo para facilitar la investigación de una organización criminal (art. 152), el archivo por colaboración activa contra una organización criminal (art. 153) y los supuestos especiales por razón de peligro para la seguridad nacional (arts. 155 y 156).⁴

Desde que se asume la tesis de la “protección integral al menor” por los Ordenamientos español y colombiano, a partir de la introducción de los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el proceso penal de los menores comienza a ser objeto de una serie de cambios orientados al reconocimiento e implementación de las prerrogativas procesales existentes en el proceso penal de adultos, y a la introducción de mecanismos que permiten la simplificación y flexibilidad necesarias en una intervención de carácter esencialmente educativa y protectora.⁵

³ *Ibíd*em, revista de mediación-artículos

⁴ Juan Segarra, Artículo La introducción del principio de oportunidad en el proceso penal español 2011

⁵ Ricardo Molina López, El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español)

El principio de oportunidad ha abierto sus puertas a vías alternativas para buscar soluciones en el proceso penal de los menores, como es el caso en el sistema español o el alemán, sí lo es, si se considera como una consecuencia derivada de la Recomendación del Comité de Ministros de Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la simplificación de la justicia penal. Dentro de este principio pueden ser abarcados diversos mecanismos, denominados como de desjudicialización o de no intervención, siempre orientados por una idea de flexibilidad en cuanto a las posibilidades procesales de procurar la satisfacción del interés superior del menor y los intereses de los demás actores del conflicto, prevaleciendo en todo caso aquél sobre éstos últimos.⁶

Por otro lado, en cuanto a la legislación Argentina podemos decir que es un país donde no hay normas constitucionales que impongan el principio de oportunidad. Sí las tiene el Código Penal. Salvo los casos de algunos delitos que podríamos denominar constitucionales, como el delito de traición (art. 29, CN de Argentina) la Constitución y los tratados internacionales incorporados (art. 75, inc. 22, CN de Argentina) se limitan a poner condiciones para el ejercicio del poder punitivo del Estado: "Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...". Pero en ningún lugar se expresa que cada vez que se cometa un hecho de los que la ley anterior tipifica como delito, deba provocarse la iniciación de un juicio o se deba imponer una pena. Además, aun cuando reconoce expresamente la necesidad de acusación como presupuesto del juicio ("acusación, juicio y castigo", es la secuencia prevista por el artículo 60 de la Constitución Nacional), no ordena que aquélla se produzca en todo caso.⁷

⁶ El Interés Superior del Niño, Interpretaciones y Experiencias Latinoamericanas 2014 - Silvana Alegre, Ximena Hernández Camille Roger -

⁷ El Principio de Oportunidad (Algo para tener en cuenta en una futura reforma penal) - Rubén E. Figari

La Constitución de Argentina tolera tanto la legalidad como la oportunidad, en la medida que esta última respete el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN de Argentina) y ante los tribunales (art. 14.1, PIDCP), que protege al ciudadano frente a la discriminación en situaciones iguales. Sin embargo, aquella “tolerancia” parece encontrar un límite, al menos frente a ilícitos que signifiquen violaciones serias a derechos humanos reconocidos por nuestra Constitución y la normativa supranacional incorporada a ella, o su mismo nivel (art. 75, inc. 22), entendiendo que además que no se puede someter a oportunidad a aquellos bienes jurídicos fundamentales para la construcción social, tal es el caso de la vida, la salud, la propiedad, entre otros que podemos discutir. La Corte Internacional de Derechos Humanos, señala que como consecuencia de su obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de aquellos derechos “a toda persona sujeta a su jurisdicción” el Estado tiene el deber jurídico de “investigar...las violaciones que se hayan cometido...a fin de identificar a los responsables” e “imponerles las sanciones pertinentes.” Hasta aquí hemos analizado la situación a nivel constitucional. La situación se torna diferente cuando advertimos que el Código Penal, en cambio, establece el principio de legalidad como regla general. El artículo 71 del Código Penal reza: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1º. Las que dependieren de instancia privada; 2º. Las acciones privadas.” Lo primero que prescribe el artículo, es el deber, no existe posibilidad alguna a un potencial inicio de acciones penales de oficio. Lo segundo que se desprende de su lectura es que esa actuación de oficio debe ser emprendida mediante los órganos del Estado ya que es el único capaz de actuar de oficio. Las excepciones a este principio resultan evidentes en el texto del artículo precitado. Cabe agregar que “el artículo 274 del Código Penal reprime la conducta de los funcionarios públicos, que debiendo perseguir y castigar a los delincuentes, omitan hacerlo; esta disposición, además,

proporciona sentido al principio de legalidad, indicando para qué se inician las acciones penales (para perseguir y castigar el delito).”⁸

Ahora bien en nuestro ordenamiento en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad se da según los lineamientos del Art 250 de la Constitución Política y el Art 323 del Código de Procedimiento Penal, según estos parámetros serian la suspensión, interrupción o renuncia.

El ordenamiento jurídico consagró 17 causales para la aplicación del principio de oportunidad, en la que cada una tiene una finalidad diferente frente al desarrollo de instrumentos jurídicos, el Fiscal debe tener suficiente conocimiento a las diversas posibilidades de aplicación, pues solo así se podrá establecer si se cumplen frente a cada caso en concreto. Por ello, buena parte de este trabajo se orienta a mostrar el desarrollo de estas causales en la aplicación del mismo.

PRIMERA CAUSAL: Artículo 324 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

“1. Cuando se tratase de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de

⁸ El Principio De Oportunidad Como Una Herramienta Primordial En El Sistema Acusatorio por Diego Alejandro Corres

conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

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

3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.”⁹

Ilustración: Esta causal está orientada a cobijar un considerable número de delitos, sin embargo tiene dos problemas jurídicos principales a saber: el primero es el extremo máximo de la pena no supere los 6 años de prisión y segundo que se haya indemnizado integralmente a la víctima, lo que quiere decir que esta causal consagra límites relacionados con las penas establecidas para los delitos.

Esta causal es perfectamente aplicable cuando la víctima es desconocida o no puede ser ubicada. En tales eventos el Fiscal procurara un punto de equilibrio entre la protección de los derechos de la víctima, entre el indiciado o imputado, y además considerara la importancia de lograr soluciones alternativas al conflicto penal, sobre todo cuando se trate de conductas punibles de menor gravedad.

SEGUNDA CAUSAL: Artículo 324 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

⁹ Artículo 324 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009

“2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.”¹⁰

Ilustración: En esta causal segunda se deben analizar dos aspectos jurídicos, que hubiese operado la figura jurídica de la extradición y que se trate de la misma conducta, contemplando la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad cuando la persona fuere entregada en extradición ante la Corte Penal Internacional, sin embargo luego de la introducción de la Ley 1312 de 2009 desapareció.

TERCERA CAUSAL: Artículo 324 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

“3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.”¹¹

Ilustración: Esta causal tiene como requisito que el imputado beneficiario del principio de oportunidad haya sido condenado en otro Estado por conducta punible diferente o que haya sido entregado en extradición, y además que se haya impuesto pena con efectos de cosa juzgada en el exterior.

A su vez esta causal exige dos requisitos relacionados entre sí con características y alcances diferentes: la imposición de la pena y el tránsito a cosa juzgada de la respectiva decisión.

¹⁰ Artículo 324 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

¹¹ Artículo 324 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

CUARTA CAUSAL Artículo 324 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

“4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.”¹²

Ilustración: Esta causal tiene como requisitos el balance de intereses que impone su aplicación, el análisis que los diferentes eventos que la causal consagra y las víctimas frente a la aplicación de esta causal.

Se parte de la base de que si existe necesidad de pena para la persona que resultare beneficiaria con la aplicación del principio. Se trata de un cuidadoso balance de intereses constitucionalmente relevantes a partir del cual puede considerarse aceptable la aplicación del principio de oportunidad, cuando la colaboración del imputado resulte determinante para evitar la continuación del delito o que otros se cometan, o lograr la desarticulación de bandas delincuenciales.¹³

QUINTA CAUSAL: Artículo 324 numeral 5 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

¹² Artículo 324 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

¹³ Fiscalía General de la Nación – Principio de Oportunidad Bases Conceptuales Para Su Aplicación - Luis Fernando Bedoya Sierra Carlos Andrés Guzmán Díaz Claudia Patricia Vanegas Peña

“5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.¹⁴

Ilustración: En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.¹⁵

En esta causal se analiza el concepto de testigo de cargo, la noción de inmunidad total o parcial, medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el imputado o acusado a raíz de la aplicación del principio de oportunidad.¹⁶

SEXTA CAUSAL: Artículo 324 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

“6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, 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.”¹⁷

Ilustración: esta causal tiene tres requisitos básicos a saber, el primero debe tratarse de conductas culposas, segundo que el imputado haya sufrido daño físico

¹⁴ Artículo 324 numeral 5 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Fiscalía General de la Nación – Principio de Oportunidad Bases Conceptuales Para Su Aplicación - Luis Fernando Bedoya Sierra Carlos Andrés Guzmán Díaz Claudia Patricia Vanegas Peña

¹⁷ Artículo 324 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

o moral grado, y tercero que haga proporcionada la aplicación de una sanción o implique el desconocimiento del principio de inmunización de la pena.¹⁸

Si en un determinado caso se estima que la pena a imponer resultaría innecesaria, desproporcionada, ilegítima o inhumana. Podría afirmarse que el proceso orientado a imponerla también lo sería.

SÉPTIMA CAUSAL: Artículo 324 numeral 7 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

“7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.”¹⁹

Ilustración: Frente a esta causal la mediación juega un importante papel para lograr un resultado restaurativo que pueda servir de fundamento a la aplicación del principio, en la práctica se evidencia varios problemas relacionados con los siguientes aspectos: primero los delitos frente a los que proceda en esta causal, segundo lo que debe entenderse por justicia restaurativa y tercero criterios para la imposición de obligaciones.²⁰

En el concepto de esta causal el estado puede mantener interés en el conflicto derivado del acuerdo logrado por las partes, solo que no lo hacen por el sistema ordinario de penalización, sino a través de la imposición de obligaciones orientadas a cumplir finalidades específicas que implican

¹⁸ Fiscalía General de la Nación – Principio de Oportunidad Bases Conceptuales Para Su Aplicación - Luis Fernando Bedoya Sierra Carlos Andrés Guzmán Díaz Claudia Patricia Vanegas Peña

¹⁹ Artículo 324 numeral 7 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

²⁰ Fiscalía General de la Nación – Principio de Oportunidad Bases Conceptuales Para Su Aplicación - Luis Fernando Bedoya Sierra Carlos Andrés Guzmán Díaz Claudia Patricia Vanegas Peña

restricción de derechos y que incluso se asemejan a algunas medidas de aseguramiento o apenas accesorias.

OCTAVA CAUSAL: Artículo 324 numeral 8 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

“8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.”²¹

Ilustración: Esta causal está basada en la ponderación de los intereses del estado en el marco de la seguridad internacional y los fines del ejercicio de la acción penal, y en la posibilidad de que estos cedan ante aquellos elementos específicos que deben ser analizados por el detenimiento del funcionario judicial.

La aplicación de este principio conlleva dos aspectos: primero el riesgo o amenaza grave a la seguridad del estado y segundo que dicho riesgo o amenaza pueda derivarse del ejercicio de la acción penal.²²

NOVENA CAUSAL: Artículo 324 numeral 9 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

“9. 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

²¹ Artículo 324 numeral 8 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

²² Fiscalía General de la Nación – Principio de Oportunidad Bases Conceptuales Para Su Aplicación - Luis Fernando Bedoya Sierra Carlos Andrés Guzmán Díaz Claudia Patricia Vanegas Peña

tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.”²³

Ilustración: en esta causal tiene tres aspectos básicos: primero que los delitos frente a los que procede, segundo la afectación del bien jurídico funcional debe ser insignificativo y tercero que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondiente.

DECIMA CAUSAL: Artículo 324 numeral 10 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

“10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal 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.”²⁴

Ilustración: esta causal tiene como requisitos básicos que debe tratarse de delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en alto grado de deterioro respecto a su titular y que haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido o aleatorio beneficio.

ONCEABA CAUSAL: Artículo 324 numeral 11 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

²³ Artículo 324 numeral 9 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

²⁴ Artículo 324 numeral 10 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

“11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.”²⁵

Ilustración: esta causal tiene dos requisitos, una la imputación subjetiva debe ser culposa y dos la conducta debe estimarse como de mermada significación jurídica y social, igualmente no se hace un juicio sobre el grado de la culpa, sino que debe solucionarse el conflicto creado por el delito, por el camino de la indemnización integral o la justicia restaurativa y se orienta a evitar los rigores del ejercicio de la acción penal frente a comportamientos culposos de escasa trascendencia, tiene que ver con los grados de imprudencia de la aplicación de la acción penal.²⁶

DOCEAVA CAUSAL: Artículo 324 numeral 12 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

“12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.”²⁷

Ilustración: esta causal se centra en el juicio de culpabilidad, en los fundamentos normativos de lo que se denomina juicio de reproche de culpabilidad disminuido, y la obligación de allegar evidencia de este requisito esencial, por ello el fiscal debe tener claro en que consiste el juicio de reproche de culpabilidad donde el principio descansa sobre la consideración de que el

²⁵ Artículo 324 numeral 11 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

²⁶ Fiscalía General de la Nación – Principio de Oportunidad Bases Conceptuales Para Su Aplicación - Luis Fernando Bedoya Sierra Carlos Andrés Guzmán Díaz Claudia Patricia Vanegas Peña

²⁷ Artículo 324 numeral 12 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

derecho se dirige a hombres normales y no seres legendarios o mitológicos, por lo tanto cuando una persona común y corriente actúa en circunstancias que humanamente le impide ajustarse a los requerimientos del ordenamiento jurídico.²⁸

TRECEAVA CAUSAL: Artículo 324 numeral 13 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009

“13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.”²⁹

Ilustración: En esta causal se hace alusión al concepto de bien jurídico punitivo, a la afectación mínima de estos bienes jurídicos, a la reparación integral cuando se trate de delitos atentatorios contra bienes colectivos y a la garantía de no repetición, es así como el fiscal debe establecer en cada caso en concreto porque considera la afectación del bien jurídico y dicho análisis dependerá de la especificidad de cada asunto.

CATORCEAVA CAUSAL: Artículo 324 numeral 14 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009

“14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución

²⁸ Fiscalía General de la Nación – Principio de Oportunidad Bases Conceptuales Para Su Aplicación - Luis Fernando Bedoya Sierra Carlos Andrés Guzmán Díaz Claudia Patricia Vanegas Peña

²⁹ Artículo 324 numeral 13 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009

alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.”³⁰

Ilustración: en esta causal se tiene en cuenta la persecución penal como causa del problema social, el juicio de ponderación sobre los costos sociales de la judicialización, la pluralidad de sujetos activos y la prohibición de aplicar la causal a determinadores y financiadores del delito, por ello se traduce en una importante carga argumentativa para el funcionario judicial, o sea juez de control de garantías y fiscal, pues en cada evento se tendrá que explicar porque se justifica castigar los fines inherentes al ejercicio de la acción penal a cambio de evitar los problemas sociales que podrían generarse a raíz de dicha intervención estatal.³¹

QUINCEAVA CAUSAL: Artículo 324 numeral 15 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009:

“15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.”³²

Ilustración: en esta causal se analiza el concepto de exceso en la justificante, el exceso se derive de la desproporción y que tal desproporción signifique un menor valor jurídico y social explicable en la culpabilidad, para hablar del exceso de la justificante, necesariamente han de considerarse la existencia de unos límites, los cuales han sido delineados por la jurisprudencia y la doctrina,

³⁰ Artículo 324 numeral 14 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009

³¹ Fiscalía General de la Nación – Principio de Oportunidad Bases Conceptuales Para Su Aplicación - Luis Fernando Bedoya Sierra Carlos Andrés Guzmán Díaz Claudia Patricia Vanegas Peña

³² Artículo 324 numeral 15 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009

el conocimiento de dichos límites resultan necesarios para saber si una persona ha incurrido en un exceso, sin perjuicio de que el desbordamiento de los mismos deben marcarse en otra conducta punible y previamente a debido existir un espacio de legitimidad de la defensa o del estado de necesidad.³³

DIECISEISAVA CAUSAL: Artículo 324 numeral 16 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009

“16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.”³⁴

Ilustración: Esta causal tiene en cuenta los siguientes aspectos el delito por los que procede, la entrega de los bienes al fondo de reparación de víctimas y Prohibición de aplicarlos a jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de las respectivas organizaciones.

DIECISIETEAVA CAUSAL: Artículo 324 numeral 17 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

“17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción

³³ Fiscalía General de la Nación – Principio de Oportunidad Bases Conceptuales Para Su Aplicación - Luis Fernando Bedoya Sierra Carlos Andrés Guzmán Díaz Claudia Patricia Vanegas Peña

³⁴ Artículo 324 numeral 16 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009

de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones. Numeral declarado INEXEQUIBLE por la Sentencia de la Corte Consticional C-936 de 2010_

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.”³⁵

Entonces el principio de oportunidad se conoce como “la facultad de no adelantar un proceso penal contra alguien, porque bajo determinadas circunstancias se considera que hay más ventajas en la renuncia a la acción penal que en el enjuiciamiento de una persona; Es ante todo un instrumento de política criminal, cuya aplicación debería responder a unos lineamientos generales del Estado en materia de aplicación de justicia. Es una figura que se traduce en la decisión de no procesar penalmente a algunas personas por razones de conveniencia general, y eso hace que su aplicación sea ante todo de naturaleza política (dentro del marco de la política criminal del Estado) y no estrictamente jurídica.”³⁶

³⁵ Artículo 324 numeral 17 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009

³⁶ El Principio de Oportunidad, articulo por *Yesid Reyes Alvarado 29 Mayo 2008*

En este orden la aplicación del principio de oportunidad se da a través de la facultad discrecional por parte de la Fiscalía General de la Nación, sin embargo se debe tener en cuenta los preacuerdos como mecanismos de disposición de la pretensión penal.

En Sentencia C-738 de 2008 la H. Corte Constitucional dijo: “El fin del principio de oportunidad es la racionalización de la función jurisdiccional penal. La institución busca disminuir las consecuencias negativas de penas cortas de privación de la libertad, persigue la reparación de las víctimas y pretende facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas punibles, permitiendo dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa del orden social.”³⁷, al igual que la libertad de esta configuración legislativa no es absoluta por cuanto la jurisprudencia ha reconocido que “el legislador cuenta con un margen de configuración amplio para definir las causales de procedencia del principio de oportunidad, pero que dicho margen encuentra límite en la naturaleza excepcional de la figura, que viene impuesta por su condición de ser mecanismo de descongestión del aparato judicial que busca la supresión de la acción penal en contra de conductas delictivas de bajo impacto que pueden no ser sancionadas sin grave detrimento del orden social. Si bien el legislador tiene autonomía para fijar los eventos en que el principio de oportunidad es procedente, también es autónomo para establecer los casos en que dicho principio no tiene aplicación, lo que supone que la decisión del legislador sólo es contraria al orden constitucional si se comprueba que la no procedencia del principio en el delito de que se trate resulta desproporcionada, irrazonable o contraria a la institución misma.”³⁸

³⁷ Sentencia C – 738 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

³⁸ *Ibidem*

2. BREVE DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

El sistema de infancia y adolescencia, está reglamentado en la Ley 1098 de 20016(Código de la infancia y las adolescencias), siendo el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años al momento de cometer el hecho punible.

El derecho penal de adolescentes es un estudio del principio básico del interés superior del menor y se desarrolla tomando posición frente a tres puntos de vista los cuales estarían en discusión: 1. Capacidad del menor para cometer delitos: imputabilidad o inimputabilidad 2. La respuesta que se le debe dar al comportamiento delictual del menor: medidas o sanciones 3. El procedimiento a seguir: Garantías procesales (sistema acusatorio, inquisitivo o mixto). Las pautas que el legislador ofrece para responder cada una de estas preguntas deben ser abordadas por el intérprete bajo la óptica del interés superior del menor -el cual entraña su bienestar y la proporcionalidad en el trato-, tomando como apoyo permanente la Constitución Política y el bloque de Constitucionalidad el cual incluye las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como “Reglas de Beijing” (aprobadas mediante Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (aprobadas mediante Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990), la Convención de Derechos del Niño y las Directrices de Riad.

Ahora bien, el código está delimitado en forma clara por el legislador, ya que los sujetos que serán investigados y juzgados penalmente son los señalados de 14 a 18 años, con esta delimitación, entendemos que estos menores son regidos por la fijación legal del rango de edades en los cuales los adolescentes responderán bajo los parámetros del sistema penal para adolescentes, a los mismos habrá de tratárseles como imputables de “categoría especial” o con capacidad de culpabilidad disminuida. Esto a pesar de la tendencia a señalar que, si bien la responsabilidad de los menores es especial, la misma apunta hacia una especie de responsabilidad objetiva (ver citas de la Corte Constitucional en sentencia C-839 de 2001), con lo cual se descartaba el elemento de culpabilidad esencial dentro de cualquier esquema penal. Al establecer un régimen de responsabilidad penal donde se imponen sanciones luego del ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía, debe aplicarse toda la carga dogmática contenida en el Código Penal vigente –tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, tentativa, coparticipación, etc.-, más aún cuando por principio, al menor debe garantizársele como mínimo, los mismos derechos y condiciones que se le otorgan a los adultos.

Ahora bien, partiendo de la base que el adolescente será tratado con una imputabilidad especial y que debe demostrarse además de los otros elementos de la conducta punible, su culpabilidad, es importante concretar entonces si como consecuencia de su incursión en el campo delincriminal, al adolescente se le impondrán penas o medidas.

A. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

La justicia restaurativa y el principio de oportunidad han sido desarrollados en Colombia en el Código de Infancia y Adolescencia establecido por la Ley 1098

de 2006, y se han definido como “un mecanismo para resolver los conflictos y repararlos. Este motiva a quienes produjeron el daño a reconocer el impacto de lo que hicieron y les da la oportunidad de repararlo. Y ofrece a quienes sufrieron el daño, la oportunidad de que se les reconozca su pérdida y que ésta les sea reparada”³⁹

A demás se dice que “La Justicia Restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”⁴⁰

En este orden de ideas tenemos que la Justicia Restaurativa busca que mediante métodos de conciliación se restaure el daño, motivando al niño, niña o adolescente a reconocer el perjuicio causado, al igual de reconocer la pérdida de quienes lo sufrieron, garantizando todos los derechos de cada una de las partes.

Sin embargo en nuestro ordenamiento, el Código de Infancia y Adolescencia no se busca mediante este método resarcir el daño sino que es a través de un proceso penal, correccional y autoritario.

Al respecto la H. Corte Constitucional indico al respecto que: “La Ley 1098 de 2006, o Código de la Infancia y la Adolescencia, creó el sistema de responsabilidad penal para adolescentes y lo definió, en su artículo 139, como el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan

³⁹<https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/sala%20de%20prensa/documentos/PRACTICAS%20RESTAURATIVAS.pdf>

⁴⁰ ZEHR, Howard. Justicia Restaurativa. Good Books. United States of América. 2007. Pág. 45

entre 14 y 18 años al momento de cometer el hecho punible. En dicho sistema también tiene particular presencia el principio de oportunidad. Si bien conserva su fundamento constitucional y las directrices generales que lo informan, aquí se le reconoce como principio rector de aplicación preferente, en favor del interés superior del niño, la niña y los adolescentes. Este desarrollo legal abandona la concepción proteccionista del menor que lo asume como sujeto inimputable, para tenerlo ahora como una persona con capacidades y responsabilidad penal por sus actos y consecuencias, aunque disminuida por su propia condición, rodeado por un sistema con garantías constitucionales y legales. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 140 del CIA las medidas tomadas en el proceso de responsabilidad penal del adolescente son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral.⁴¹

Por ello a través de este principio no solo se busca resarcir el daño de la persona que lo sufrió sino del adolescente que lo causa, quien por varias razones de su trayectoria de vida o situaciones difíciles, influyen en su actuar.

El eje central de esta figura es la víctima quien es la única que sabe cómo puede ser reparado el perjuicio ocasionado, y por tanto el victimario deberá reunir sus esfuerzos y asumir la responsabilidad del caso, de esta forma se evita que la comunidad en general asuma el precio de los daños generados, lo que se busca es individualizar cada caso en particular, inclinando la balanza siempre a favor de la víctima, sin dejar de lado la oportunidad que se le da al victimario de reivindicarse tanto con la víctima como con la sociedad y lograr así su reincorporación.

⁴¹ Sentencia T-672 de 2013 M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Sobra decir que lo que busca la justicia es reparar el daño ocasionado por el menor con la participación de la víctima, del infractor y con todas las personas que se sienten afectados y que de una forma de intervención de todas las partes este proceso de restauración pretende que sea de una forma eficaz compensar no solo los daños materiales, sino también físicos, psicológicos y sociales.

En cuanto al principio de oportunidad en la sentencia T – 672 de 2013 se indicó que:

“El principio de oportunidad se entiende como una institución central del sistema penal acusatorio cuya aplicación compete a la Fiscalía General de la Nación, por razones de política criminal y bajo la supervisión del juez de control de garantías. Se concibe como la antítesis del principio de legalidad, es decir como una excepción a la obligación constitucional atribuida a la Fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos delictivos. En virtud de su aplicación puede suspender, interrumpir o renunciar a dicha obligación atendiendo a precisas circunstancias establecidas por el legislador. Además, tiene como fin racionalizar la función jurisdiccional penal (...)

La Ley 1098 de 2006, o Código de la Infancia y la Adolescencia, creó el sistema de responsabilidad penal para adolescentes y lo definió, en su artículo 139, como el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años al momento de cometer el hecho punible. En dicho sistema también tiene particular presencia el principio de oportunidad. Si bien conserva su fundamento constitucional y las directrices generales que lo informan, aquí se le reconoce como principio rector de aplicación preferente, en favor del

interés superior del niño, la niña y los adolescentes. Este desarrollo legal abandona la concepción proteccionista del menor que lo asume como sujeto inimputable, para tenerlo ahora como una persona con capacidades y responsabilidad penal por sus actos y consecuencias, aunque disminuida por su propia condición, rodeado por un sistema con garantías constitucionales y legales. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 140 del CIA las medidas tomadas en el proceso de responsabilidad penal del adolescente son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral.”⁴²

En este sentido, el principio de oportunidad en el Sistema de infancia y adolescencia debe ser adelantado por el Fiscal General de la Nación encargado en el proceso penal que se adelanta, con el fin de que con la investigación que se realiza se pueda resarcir el daño causado por el menor y que se constituya como una prevención admitiendo excepciones y a su vez sometiendo dicha oportunidad al control del principio de legalidad ante un Juez de Garantías.

En este orden la justicia restaurativa y el principio de oportunidad lo que buscan es resarcir el daño ocasionado por el menor a través de la Fiscalía General de la Nación quien mediante una investigación se puede dar la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, atendiendo diversos factores inmersos en la política criminal del Estado.⁴³

Que tiene como características generales su aplicación en el marco de la política criminal del estado, excepcional y reglada, y sus causales deben establecerse por el legislador de manera clara, precisa e inequívoca y estar conforme a la constitución, a su vez su regulación debe ser compatible con la

⁴² Sentencia T – 672 de 2013 M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

⁴³ Sentencia C- 384 de 2014 MP. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

vigencia de un orden justo, el principio de legalidad y los derechos de las víctimas, el fiscal gozara de un margen razonable de interpretación en la aplicación de la Ley pero este no es ilimitado por cuanto estará sujeto al control de legalidad por el juez de control de garantías.⁴⁴

Por ello la Justicia restaurativa no solo se convierte en un mecanismo de conciliación sino que además es un instrumento pedagógico que ayuda al aprendizaje de cada una de las partes como La víctima que tiene la oportunidad de recuperar alguna contraprestación por el daño que le han causado, ya sea simbólica o física, sin dejar de lado que la falta cometida crea responsabilidades y obligaciones para el infractor menor adolescente.

Contempla el artículo 174 de la ley 1098 del 2006: “Del principio de oportunidad, la conciliación y la reparación integral de los daños. Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación del principio de oportunidad....”⁴⁵.

Este artículo no solo muestra el principio de oportunidad como un consenso sino que se muestra para indicarle al funcionario judicial que tiene una aplicación dentro del sistema de responsabilidad para los niños, niñas y adolescentes de manera preferente.

Se indicó por el doctor Montalvo Vásquez que: “A pesar que el artículo 174 de la Ley 1098 del 2006 alude genéricamente a la aplicación preferente del principio de oportunidad en los casos del sistema de responsabilidad para adolescentes, de un análisis detallado de las causales contenidas en la Ley 906 de 2004 y teniendo en cuenta que el código de Infancia y Adolescencia dispone expresamente que podrá aplicarse la Ley 906 del 2004 en los

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ Artículo 174 de la Ley 1098 de 2006

procesos de los adolescentes en tanto sea compatible con los principios que inspiran la legislación específica para la niñez y la juventud, entonces puede deducirse que algunas causales contempladas en la Ley 906 del 2004 podrán aplicarse a los adolescentes, como lo serían frente a los llamados delitos de bagatela”⁴⁶,

Sin embargo la Ley 1098 de 2006 en su artículo 199 numeral 3° expone que la Fiscalía no podrá aplicar el principio de oportunidad para los casos de reparación integral de los perjuicios en delitos que se cometan como el homicidio, lesiones personales, delitos contra la libertad integral y formación sexuales o secuestro contra menores de edad y que el mismo sea doloso, por ello está bajo supervisión de legalidad del Juez de Control de Garantías, Es así como la Constitución Política autoriza a la Fiscalía a renunciar o suspender la acción penal.

B. DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Afortunadamente con el principio de oportunidad se puede proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que de una u otra forma han sufrido una situación difícil en su vida que hacen parte a bandas delincuenciales y/o grupos armados y a quienes finalmente no se les han protegido

La Constitución Política garantiza a la población más vulnerable una protección tanto en la investigación procesal como en su vida cotidiana y entre ellos encontramos a los niños, niñas, y adolescentes que están siendo investigados con su actuar, el artículo 13 exige esa obligación de prodigar una especial protección, y el artículo 44 dispone los derechos de los niños que

⁴⁶ Montalvo Velásquez, C (2015). Principio de oportunidad frente al adolescente desmovilizado del conflicto: un postulado del derecho penal mínimo y una política pública que genera impunidad penal.

deben prevalecer sobre los derechos de los demás reconociéndose un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, la Corte Constitucional ha señalado que la protección no debe depender de la voluntad o capricho de los padres pero si se debe tener en cuenta los derechos e intereses de las personas involucradas.⁴⁷

Sobre el particular la Corte Constitucional ha indicado:

“El artículo 44 de la Constitución Política es inequívoco al establecer que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, como consecuencia del especial grado de protección que aquellos requieren, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación. Una de las principales manifestaciones de este precepto constitucional, que se enmarca en el contexto del Estado Social de Derecho y del deber general de solidaridad, es el principio de preservación del interés superior del menor, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional y consagrada en los artículos 20 y 22 del Código del Menor. Dicho principio refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.

¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular (...)

⁴⁷ Sentencia T – 408 de 1995 M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso”⁴⁸.

Por ello el Estado se compromete especialmente con la protección de abandono, abuso, violencia, secuestro, venta, explotación laboral económica, trabajos riesgosos y hasta un proceso judicial siendo uno de los aspectos de mayor relevancia de los derechos de los niños.⁴⁹

En razón a ello el principio de oportunidad y su aplicación busca la reeducación social de los niños, niñas y adolescentes así lo considera la Corte Constitucional en el Acto Legislativo 03 de 2002 “quien acogió la fórmula del principio de oportunidad reglada, regulada dentro del marco de la política criminal del estado, es decir que al momento de aplicarlo para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, lo podrá ser solo con fundamento en alguna de las causales expresamente señaladas por el legislador, con el debido control de legalidad ante el juez de control de garantías.”⁵⁰

Sin embargo este principio de oportunidad a pesar de que busca la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes como la

⁴⁸ Sentencia T-510 de 2003 M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

⁴⁹ Sentencia T – 689 de 2012 M.P. Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

⁵⁰ Sentencia C – 979 de 2005 M.P. Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO

población más vulnerable la corte ha establecido que en ciertos casos el legislador debe impedir la aplicación del mismo en delitos como de lesa humanidad, delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos de tortura, tratos crueles, inhumanos, degradantes, conductas relativas a la libertad personal, entre otra.⁵¹

Otra de las limitaciones de la aplicación del principio de oportunidad son los acuerdos internacionales, no obstante el artículo 2° de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños nuestro país adquirió el compromiso de tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o de sus familiares”⁵²

A su vez se adoptó en nuestro país el artículo 19 de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños donde se debe adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”⁵³

Ahora bien, en ciertas circunstancias la víctima puede ver que su esperanza de reparación puede ser interrumpida con el principio de oportunidad sin embargo nuestro estado social de derecho indica que esta investigación debe ser llevada hasta su culminación sin que se deje de lado la protección especial de los niños, niñas y adolescentes, para así entonces disponer el restablecimiento

⁵¹ Sentencia C – 738 de 2008 M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

⁵² Convención Internacional de los Derechos de los Niños

⁵³ *Ibidem*

del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito cuando ha sido imposible la aplicación de este principio.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional indicó que el principio del interés superior tiene una consagración internacional que obliga al estado a la protección especial de los niños, niñas, y adolescentes: “Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales”⁵⁴.

A su vez la Corte Constitucional indicó que el principio de oportunidad no implica el desconocimiento de los derechos de las víctimas, “la Corte estima necesario poner de manifiesto que la aplicación del principio de oportunidad previsto en la Constitución debe ser compatible con el respeto de los derechos de las víctimas de las conductas delictivas, lo anterior se deduce con claridad del mismo texto del Acto Legislativo 03 de 2002, que asigna al Fiscal, a quien

⁵⁴ Sentencia T 260 de 2012 M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

simultáneamente corresponde aplicar el principio de oportunidad, la misión de “velar por la protección de las víctimas” (C.P. artículo 250, numeral 7) y también “solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren... la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas” (C.P. Artículo 250, numeral 1).”⁵⁵

Lo que se busca entonces con el principio de oportunidad es resarcir el daño, reeducando al menor que de una u otra forma ha sufrido en su vida diaria violación a sus derechos fundamentales, protegiéndose desde el inicio de la investigación penal esa protección inminente que habla el preámbulo de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños y que es acogida por nuestra Constitución Política en su artículo 44, sin dejar de lado el artículo 250 de la Carta donde este principio es aplicable en los casos expresamente señalados por la Ley y que además se buscan mecanismos necesarios para obtener la reparación de los perjuicios causados a las víctimas del delito.

Los artículos iniciales del Código de la Infancia resaltan tal prevalencia al advertir que en todo “acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.” Y que “En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”⁵⁶ (art. 9º Ley 1098 de 2006).

En concreto, por virtud del artículo 2º de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, Colombia adquirió el compromiso de “tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda

⁵⁵ Sentencia C-738/08 M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

⁵⁶ Artículo 9 Ley 1098 de 2006

forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”⁵⁷. Igualmente, en virtud del artículo 19 de la misma Convención, el país asumió el deber de “adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”, al igual que el deber de “proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, y c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.⁵⁸

3. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

El principio de oportunidad en el derecho Penal del Adolescente, difiere de las reglas que lo gobiernan del derecho penal común, tanto para los efectos sustanciales como para los efectos procesales. Donde se encontraran marcadas diferencias que conducen a la especificidad y distinciones que conllevan a subespecialidades en aras de lograr la igualdad material en un espacio jurídico informado y materializado por la equidad.

Este principio es preferente en las investigaciones adelantadas en contra de los adolescentes por cuanto el artículo 44 de la Constitución Nacional en

⁵⁷ Convención sobre los Derechos del Niño Ratificada por Chile en 1990 - UNICEF

⁵⁸ *Ibidem*

concordancia con el inciso segundo del Artículo 13 consagra la prevalencia de los derechos de las niñas y niños.

Por ello el Comité de los Derechos de los Niños, de las Naciones Unidas contiene medidas que deben adoptarse para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, correspondiendo al fiscal considerar las alternativas posibles a una sentencia condenatoria y así respetar plenamente los derechos humanos y las garantías legales, esto armonizado con el artículo 40 numeral 3 literal b de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin disminuir o alterar los derechos de quienes resultan afectados por conductas del menor, en este sentido “son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos (...)”⁵⁹

En esta forma se dice que “la decisión de iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal”⁶⁰ correspondiéndole al fiscal considerar las alternativas posibles.

El artículo 174 de la Ley 1098 determina la aplicación de forma preferente, siendo el fiscal el encargado de analizar en cada caso la viabilidad de aplicar alguna de las causales contenidas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

Nuestro sistema ha buscado mecanismos alternativos de la solución de los conflictos de los jóvenes que han incurrido en conductas penales relevantes,

⁵⁹ Corte Interamericana. Ib. Consideración Número 135.

⁶⁰ Observación General número 10. Comité de los Derechos del Niño.

siendo entonces el principio de oportunidad una alternativa, como se explicó previamente que permite agotar la judicialización lográndose los intereses de las víctimas.

En lo que atañe a los adolescentes el Comité de los Derechos del Niño afirma:

“El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que comentan un delito por primera vez. Las estadísticas provenientes de muchos Estados Partes indican que una gran proporción, y a menudo la mayoría, de los delitos cometidos por niños entran dentro de esas categorías. De acuerdo con los principios enunciados en el Párrafo 1 del Artículo 40 de la Convención, es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legislación penal. Además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico”.⁶¹

En este orden lo que se busca es evitar la exposición en juicio y reproche familiar y/o social que implica un fallo condenatorio, esto en cabeza del Fiscal General de la Nación, quien debe considerar como principio preferente los beneficios de incluir a la justicia restaurativa, donde el adolescente asuma compromisos que eviten su criminalización y una forma para lograrlo es aplicando este principio de oportunidad pero en la modalidad de suspensión del procedimiento a prueba.

Esto es abordado por la Corte Constitucional quien precisa:

⁶¹ “Violencia y conducta desviada en la niñez y la adolescencia” Iván Valencia Laharenas, Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca v. XIII, nn. 21 y 22

“El artículo 174, en el que inserta la expresión demandada, establece unas reglas generales para la aplicación del Principio de Oportunidad, la conciliación y la reparación integral de los daños, en relación con las personas mayores de 14 años y menores de 18 que hayan incurrido en conductas punibles (artículo 169), sin hacer distinción o referencia alguna a personas pertenecientes a grupos armados al margen de la Ley. El cargo, en consecuencia, no se funda en la confrontación de la Constitución con el contenido verificable de una norma, que emane de la interpretación de su propio texto legal, sino del alcance particular que le asignan las demandantes. (...)

En lo que atañe al cargo contra el Inciso Primero del Artículo 175, a juicio de las actoras, la consagración de la “renuncia” como única posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad, desconoce el ámbito que la Constitución (Artículo 250) adscribe a este mecanismo procesal ya que “este se da en tres supuestos, la suspensión, la interrupción y la renuncia”. El cargo así planteado adolece del presupuesto de certeza habida cuenta de que las demandantes parten de una referencia aislada, no sistemática, a la regulación del Principio de Oportunidad en la Ley 1098 de 2006. En efecto, la Ley 906/06 contempla una regla de remisión, según la cual “el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirán por la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio) exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente” (Artículo 144).⁶²

En este orden de ideas, la formulación de un cargo que involucre una censura sobre la oposición entre el ámbito de regulación del Principio de Oportunidad en la Constitución, y el previsto en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes, debe partir de una integración entre las normas especiales de

⁶² Principio De Oportunidad Fiscalía General De La Nación, Luis Fernando Bedoya Sierra Carlos Andrés Guzmán Díaz Claudia Patricia Vanegas Peña – 2010.

la Ley 1098/06y las generales de la Ley 906 /04 sobre la materia, fueren compatibles con el régimen especial, a fin de determinar el contenido normativo objeto de censura. Las demandantes parten de un planteamiento sobre la presunta regulación restrictiva (en relación con el artículo 250 de la Carta) del Principio de Oportunidad en el régimen de responsabilidad penal de los adolescentes, sin que previamente hubiesen determinado el verdadero alcance de la regulación legal, atendiendo a norma de remisión”.⁶³

A su vez el artículo 7 de la Ley 1098 de 2006 indica la protección integral para los niños, niñas y adolescentes así: “Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.”⁶⁴, siendo de mayor prevalencia los derechos de los mismos artículo 9 de esta misma Ley: “Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”⁶⁵

Por ello y como bien lo indica el Instituto de Bienestar familiar “El Estado, la sociedad y la familia serán garantes del desarrollo armónico e integral de los

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-033 del 23 de enero de 2008 MP Jaime Còrdoba Triviño.

⁶⁴ Artículo 7 de la Ley 1098 de 2006

⁶⁵ Artículo 9 Ley 1098 de 2006

niños, niñas y adolescentes, así como del ejercicio de todos los derechos reconocidos en la Constitución, en la ley y en todos los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, de igual manera cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento de estos derechos y la respectiva sanción a los infractores de los mismos y para ello el Defensor de Familia, laborara primordialmente, con el bloque de constitucionalidad, el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, manifiesta especialmente el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a las medidas de protección que su condición requiere, derecho que debe ser garantizado por parte de la familia, la sociedad y el Estado sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento⁶⁶.

Es por ello que nuestra norma de normas protege en todo sentido al niño, niña o adolescente que se encuentra en estado de vulneración ya sea como investigado, víctima o victimario, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales, buscando una protección integral a través del fiscal quien es el encargado de analizar en cada caso la viabilidad de aplicar alguna de las causales contenidas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

⁶⁶ Estatuto Integral Del Defensor De Familia

4. CONCLUSIONES

A manera de resumen

La justicia restaurativa y el principio de oportunidad se han desarrollado en Colombia desde el Acto Legislativo 03 de 2002 que modificó la Constitución Política en su artículo 250 y en el Código de Infancia y Adolescencia establecido por la Ley 1098 de 2006, como un mecanismo que resuelve conflictos y los repara, donde el eje central es la víctima quien es la que sabe cómo puede ser reparado el perjuicio ocasionado y el victimario debe asumir la responsabilidad sin dejar de lado la oportunidad que se le da para reivindicarse.

Por ello el daño ocasionado por el niño, niña o adolescente es reparado con la participación de la víctima del infractor y con las personas que son afectadas, a través de la Fiscalía General de la Nación quien mediante una investigación se puede suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, convirtiendo este principio en un mecanismo de conciliación, sin embargo la Ley 1098 de 2006 en su artículo 199 numeral 3° expone que la Fiscalía no podrá aplicar el principio de oportunidad para los casos de reparación integral de los perjuicios en delitos que se cometan como el homicidio, lesiones personales, delitos contra la libertad integral y formación sexuales o secuestro contra menores de edad y que el mismo sea doloso, por ello está bajo supervisión de legalidad del Juez de Control de Garantías.

Con este principio se puede proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que de una u otra forma han sufrido una situación difícil en su vida y no se les han protegido, siendo esta población la más vulnerable

protegida especialmente por la Constitución Política, buscando la reeducación social sin desconocer los derechos de las víctimas.

5. RECOMENDACIONES

Una vez concluido el trabajo de grado, se considera interesante investigar sobre otros aspectos relacionados:

- Como se ha desarrollado el principio de oportunidad en el sistema de infancia y adolescencia en otras legislaciones, y que aportes se pueden dar para mejorar la aplicación en nuestro país.
- Extender los estudios expuestos en este trabajo en especial en la aplicación del principio de oportunidad en el sistema penal en comparación con el sistema de infancia y adolescencia.
- Analizar con mayor detenimiento el procedimiento y la oportunidad para aplicar este principio.

6. BIBLIOGRAFIA

<https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/sala%20de%20prensa/documentos/PRACTICAS%20RESTAURATIVAS.pdf>

ZEHR, Howard. Justicia Restaurativa. Good Books. United States of América. 2007. Pág. 45

Sentencia T – 672 de 2013 M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Sentencia C- 384 de 2014 MP. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Sentencia T – 408 de 1995 M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia T – 689 de 2012 M.P. Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Sentencia C – 979 de 2005 M.P. Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Sentencia C – 738 de 2008 M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Convención Internacional de los Derechos de los Niños

Sentencia T 260 de 2012 M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Sentencia C-738/08 M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Código de Procedimiento Penal

Ley 1312 de 2009.

Ley 1098 de 2006.

Corte Interamericana. Ib. Consideración Número 135.

Observación General número 10. Comité de los Derechos del Niño.

“Violencia y conducta desviada en la niñez y la adolescencia” Iván Valencia Laharenas, Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca v. XIII, nn. 21 y 22

Corte Constitucional, Sentencia C-033 del 23 de enero de 2008 MP Jaime Córdoba Triviño.

Luis Fernando Bedoya Sierra, Principio de Oportunidad Bases Conceptuales para su aplicación 2010.

Carlos Arturo Gómez Pavajealu, La oportunidad como Principio Fundante Del Proceso Penal De Adolescencia 2007 Ediciones Nueva Jurídica

Juan Segarra, Artículo publicado en Legaltoday la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal español

Carlos Vaquero López, Artículo Publicado en Revista de Mediación Número 11.

Ricardo Molina López, El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español)

Silvana Alegre, Ximena Hernández Camille Roger, El Interés Superior del Niño, Interpretaciones y Experiencias Latinoamericanas 2014

Rubén E. Figari, El Principio de Oportunidad (Algo para tener en cuenta en una futura reforma penal).

Diego Alejandro Corres, El Principio De Oportunidad Como Una Herramienta Primordial En El Sistema Acusatorio

Luis Fernando Bedoya Sierra, Carlos Andrés Guzmán Díaz y Claudia Patricia Vanegas Peña, Fiscalía General de la Nación – Principio de Oportunidad Bases conceptuales Para Su Aplicación

Sentencia T – 672 de 2013 M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Sentencia C- 384 de 2014 MP. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Sentencia T-510 de 2003 M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Convención sobre los Derechos del Niño Ratificada por Chile en 1990 – UNICEF

Estatuto Integral Del Defensor De Familia