

El carácter rector del principio de oportunidad en el régimen de responsabilidad penal de infancia y adolescencia

Jenny Milena León Hernández

Trabajo presentado para optar al título de
Magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Ciencias Penales y
Criminológicas

Director: doctor Leonardo Cruz Bolívar

Universidad Externado de Colombia
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Penal y Criminología
Bogotá, 2019

Contenido

Introducción	4
Objetivo general	6
Objetivos específicos	6
Capítulo primero	8
El principio de oportunidad. Antecedentes, aspectos constitucionales y condiciones para su aplicación	8
1. El principio de oportunidad en el ámbito constitucional y en el procedimiento penal colombiano. Breve descripción sobre sus antecedentes en el derecho comparado.....	8
1.1. Sentencias destacadas en el ámbito constitucional.....	13
1.2. El principio de oportunidad en el proceso penal de los Estados Unidos.....	15
1.3. Principio de oportunidad en el proceso penal inglés.....	16
1.4. Principio de oportunidad en el proceso penal español	18
2. Antecedentes constitucionales y legales del principio de oportunidad en el proceso penal colombiano y en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.....	19
2.1. Antecedentes del Acto Legislativo 03 de 2002	19
2.2. El principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004	21
2.3. El principio de oportunidad en la Ley 1098 de 2006	23
2.4. La reforma al principio de oportunidad en la Ley 1312 de 2009	26
3. Principio de oportunidad y sus modalidades.....	31
3.1. Interrupción de la acción penal	33
3.2. Suspensión de la acción penal.....	33
3.3. Renuncia a la acción penal	36
Balance.....	37
Capítulo segundo.....	39
Tratamiento jurídico al menor infractor. Referencia al tránsito legislativo que privilegia otros mecanismos diferentes a la imposición del castigo.....	39
1. Modelos de tratamiento a los menores de edad infractores de la ley: el criterio del discernimiento, sistema tutelar, sistema de responsabilidad penal o de atención integral y modelo 4D	39
2. Marco normativo internacional relativo al tratamiento de menores infractores de la ley penal	43
3. Marco normativo colombiano relativo al tratamiento de menores infractores de la ley penal. Antecedentes de la Ley 1098 de 2006.....	49
3.1. Código de la Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 2006.....	52
4. El principio de oportunidad en el proceso penal juvenil visto desde el derecho comparado	55
4.1. El principio de oportunidad en el proceso penal juvenil chileno	55

4.2. El principio de oportunidad en el proceso penal juvenil de Costa Rica	56
Balance	57
Capítulo tercero	59
Aplicación preferente del principio de oportunidad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Procedimiento y análisis de las causales	59
1. El carácter preferente de la oportunidad en la Ley 1098 de 2006	59
2. La importancia del principio de oportunidad de cara a asegurar el interés superior del niño ...	64
3. Análisis de las causales de la Ley 906 de 2004 para la aplicación de la oportunidad en el procedimiento penal juvenil	67
4. Breve referencia al procedimiento que debe seguirse para aplicar el principio de oportunidad	76
5. Análisis sobre algunas cifras relativas al número de delitos cometidos por menores de edad y la aplicación del principio de oportunidad en el SRPA	79
6. Presupuestos para la elaboración de un régimen propio e independiente que facilite la aplicación preferente de la oportunidad en el SRPA.....	84
Conclusiones	87
Referencias	90
Jurisprudencia	96
Normativa.....	97

Índice de tablas

Tabla 1. Principales cambios de la Ley 906 a la 1312	27
Tabla 2. Estadística de la delincuencia juvenil en Colombia	79
Tabla 3. Aplicación del principio de oportunidad en el SRPA de acuerdo a la Fiscalía General de la Nación	81

Introducción

La Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia (en adelante CIA), contiene un conjunto de medidas administrativas y judiciales, orientadas a salvaguardar el interés superior del niño, como principio fundante y rector de todo el sistema. De manera que el establecimiento de un procedimiento especial, que difiere sustancialmente del sistema de responsabilidad para adultos, además de responder a estándares internacionales sobre la materia, entre los que se encuentran las *Reglas de Beijing*, las *Directrices Riad* y la *Convención Sobre los Derechos del Niño*, supera el llamado sistema tutelar y educativo e introduce un sistema de atención Integral. En este el menor de edad es concebido como un sujeto de derechos con capacidad cognitiva y de discernimiento, especiales condiciones que lo convierten en persona imputable para el derecho penal. De esta manera sigue la tendencia del sistema de responsabilidad penal.

Desde la perspectiva penal, si bien el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (en adelante SRPA) admite la imputabilidad del menor de edad, tal hecho no necesariamente significa que la aplicación del *ius puniendi* sea la única alternativa posible conforme al principio de diversificación. En efecto, además de la justicia restaurativa caracterizada por permitir que el menor de edad y la víctima, con o sin la ayuda de un mediador, sean quienes solucionen el conflicto, la Ley 1098 ha previsto la aplicación preferente del principio de oportunidad como recurso judicial responsable de desplazar la judicialización del menor. Esto quiere decir que mientras en el sistema penal ordinario la oportunidad es considerada como regla excepcional, en el sistema penal especial juvenil se constituye como la regla general.

Ahora bien, este presupuesto del SRPA, como lo ha denominado Perdomo (2005) evidencia el “margen de discrecionalidad” con el que la Corte Constitucional caracterizó el sistema y, dicho sea de paso, guarda coherencia con las *Reglas de Beijing* (Oficina de la Naciones Unidas contra el Delito y la Droga, 2016), en especial con las 11.1, 11.2 y 17.4. La primera de tales reglas recomienda que en cuanto la ley lo permita los menores no deberán ser remitidos a las autoridades judiciales; por su parte, la segunda regla establece que las autoridades que se ocupen de los casos de delincuencia juvenil “estarán facultadas para fallar

dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial”; mientras tanto, la última de las citadas reglas dispone que la autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento, disposiciones todas que propugnan por la aplicación al principio de oportunidad y constituyen fuente de explicación del artículo 174 de la mencionada ley.

Sin embargo, no se ignora la problemática que ha generado el principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio colombiano, es decir, el que determina la Ley 906 de 2004 (Congreso de Colombia), y en general, en la comunidad académica; no obstante, las reflexiones que se han dado alrededor del tema poco se han ocupado de su aplicabilidad en el SRPA. En esa medida, no existen demasiados estudios sobre la materia, pues la mayor producción académica se ha concentrado en el principio de oportunidad en el derecho penal ordinario y como antítesis al principio de legalidad. De manera que esta propuesta de investigación, la cual acude al método teórico y estadístico, pretende demostrar que el principio de oportunidad se ha convertido en una regla excepcional en el sistema objeto de estudio (SRPA), cuya explicación está dada por una deficiente regulación de las causales; en otra palabras, a causa de la inadecuada remisión al régimen previsto en la Ley 906, un sistema que incluso ha sido objeto de justificadas críticas como las formuladas por el profesor Daza (2010). Se trata, pues de una evidente contradicción intrasistemática (Molina, 2009) que dificulta la aplicación preferente del principio de oportunidad, presupuesto a partir del cual el principio del interés superior del niño disminuye su eficacia. Toda una postura que difiere de la defendida por el profesor Gómez (2007), quien sostiene que las causales previstas en la Ley 906 tienen “operatividad” en el SRPA.

Por lo tanto, en esta investigación se estudian las causas que impiden o dificultan la aplicación preferente de la oportunidad, lo que evidencia el desconocimiento del principio de promoción del interés superior del niño y de todas aquellas normas internacionales que recomiendan soluciones *discrecionales* en los procesos penales seguidos contra menores juveniles. De hecho, el resultado no deja de ser paradójico, pues mientras en el sistema penal ordinario el principio de oportunidad parece haberse consolidado a pesar de su previsión excepcional, en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, este es aplicado con poca frecuencia. Por tal motivo, se mostrarán algunos datos estadísticos sobre la aplicación

del principio objeto de estudio en el SRPA, mediante la exposición de las razones que explican por qué la referida oportunidad no ha podido consolidarse como regla general.

En concordancia con esta forma de proceder, el problema jurídico a resolver en esta investigación será el siguiente: ¿La aplicación preferente del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes requiere de causales propias, o por el contrario, debe seguirse guiando por las causales previstas en la Ley 906 de 2004?

Por su parte, la hipótesis a defender será la siguiente: la aplicabilidad de la oportunidad como principio rector del procedimiento penal para menores infractores, solo puede asegurarse en la medida que se establezcan causales diferentes a las previstas para los adultos delincuentes y se permita al fiscal del caso mayor autonomía. Esto, además de ser coherente con el sistema internacional que recomienda la primacía de soluciones discrecionales antes que la aplicación del *ius puniendi*, contribuye a garantizar el interés superior del menor de edad.

Objetivo general

Exponer las razones que sustentan por qué el principio de oportunidad requiere de un régimen propio que facilite su aplicación en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en tanto principio rector del mismo.

Objetivos específicos

En cuanto a estos, se persiguen los siguientes: en primer lugar, estudiar el sistema de responsabilidad penal para adolescentes (SRPA), lo cual involucra analizar la normatividad colombiana e internacional y algunos pronunciamientos jurisprudenciales; en segundo lugar, exponer los elementos teóricos del principio de oportunidad y su regulación en el sistema penal ordinario; en tercer lugar, realizar un estudio de algunas legislaciones relevantes sobre la aplicación del principio de oportunidad a los menores infractores de la ley penal, y por

último, consultar y analizar algunos datos estadísticos relacionados con la aplicación de la oportunidad en el SRPA.

Por tanto, el trabajo se estructura de la siguiente manera: en el primer capítulo se exponen algunos elementos teóricos del principio de oportunidad, se hace una breve exposición de este en el derecho comparado y se estudian las modalidades y causales bajo las cuales se admite su aplicación en el proceso penal ordinario. En el segundo capítulo se aborda el marco normativo internacional y local en relación con el tratamiento jurídico a los menores de edad y la ubicación del principio de oportunidad dentro de este; para ello se hace una breve mención a algunos sistemas penales juveniles foráneos en los que se encuentra previsto el referido principio. En el tercer capítulo se exponen las causas que han impedido la aplicabilidad preferente del principio en el SRPA, también se muestran algunos datos estadísticos y se proponen bases para la configuración de un régimen propio que facilite su aplicación en dicho sistema. Con respecto al método, esta investigación se elaboró bajo el sustento de conceptos teóricos, explicativos y con enfoques cuantitativos. Por un lado, se explica el sentido o deber ser del principio de oportunidad dentro del SRPA; y por el otro, se muestran algunos datos estadísticos a través de los cuales intenta corroborarse la excepcionalidad a la que ha sido reducida la aplicación del principio de oportunidad, lo cual desemboca, al final, en la propuesta de un régimen de causales independientes al sistema de la Ley 906.

Capítulo primero

El principio de oportunidad. Antecedentes, aspectos constitucionales y condiciones para su aplicación

1. El principio de oportunidad en el ámbito constitucional y en el procedimiento penal colombiano. Breve descripción sobre sus antecedentes en el derecho comparado

La introducción del concepto de oportunidad en el derecho procesal penal se atribuye a Glasser. Su origen como concepto jurídico se ubica en el desarrollo del derecho administrativo donde se concibe como “la potestad jurídica que tienen los funcionarios de la administración para decidir en cada caso concreto, acerca de la conveniencia de una medida del soberano”, este principio se contrapone al principio de legalidad también vigente en el derecho administrativo. De acuerdo con esta característica, la oportunidad se analiza en íntima conexión con la *discrecionalidad* y tiene por lo menos en Alemania, una de sus mejores manifestaciones cuando se trata de la defensa general ante peligros. Es decir, los miembros de la policía y las autoridades del orden no están obligados a tomar medidas para la defensa ante determinados peligros generales, sino que pueden decidir acerca de ellas discrecionalmente en el marco de sus competencias y deberes (Perdomo, p. 44). Sin embargo, no es posible afirmar que esta institución sea ajena al derecho penal, ya que, si bien no se encontraba consagrado expresamente en la Constitución ni desarrollado estrictamente en normas procesales, el ordenamiento procesal ha conocido instrumentos excepciones al principio de persecución penal. Por ejemplo, en los delitos querellables, los cuales pertenecen a la categoría de los delitos en los que el ordenamiento jurídico parte de la relación autor-víctima y en los que el conflicto no se analiza frente a la generalidad. Entonces, se trata de circunstancias en las que no se da necesariamente el interés público en la persecución. El motivo para la inclusión de estas excepciones en el ordenamiento penal es hacer depender la persecución penal de criterios de utilidad. La regulación expresa del principio de oportunidad aporta claridad al respecto y consagra los eventos de su aplicación (Perdomo, p. 45-46)

Como “excepción” el principio de oportunidad podría ser objeto de varias concepciones. Por ejemplo: se puede pensar que conforma una limitación del principio de legalidad, también se puede señalar que él rompe con el principio base. No obstante, cualquiera que sea su valoración no podrá hilar más allá de lo que consagra la Constitución, la cual es una correlación que sirve a la libertad del ciudadano, el principio de igualdad ante la Ley y a la seguridad jurídica. Esto se da porque su aplicación como regla-excepción busca estabilizar, desde el ámbito del derecho procesal penal, las condiciones fácticas necesarias en el Estado para la garantía de los derechos y el bienestar de los ciudadanos. Así que el principio de oportunidad es la expresión de una finalidad especial “político-criminal” que de ninguna manera puede tenerse como una idea contraria a la legalidad (Perdomo).

Ahora bien, la puesta en funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia, implicó la ruptura de grandes paradigmas. Entre ellos está la abolición de la casi totalidad de funciones jurisdiccionales en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, que en la mayoría de los casos ha de acudir ante los jueces de control de garantías en la búsqueda de decisiones y autorizaciones que antes de 1991 adoptaba y obtenía directamente. Por ejemplo, tenía la potestad de dar por terminado el proceso, en cualquier momento, a través de las figuras jurídicas del inhibitorio o la preclusión de la instrucción, lo que denominaban los autores una forma “larvada” de aplicación del principio de oportunidad, situación que cambió radicalmente, pues ahora dichas decisiones requieren de la intervención necesaria del juez de control de garantías.

Por otra parte, este mecanismo que tiene gran aplicación en otras latitudes, se presenta en Colombia como una forma más de descongestionar el sistema, de manera que no todos los casos lleguen a juicio, ya que de ser así el sistema judicial colapsaría. En palabras del doctrinante Oscar Julián Guerrero Peralta, se trata de una figura adaptada del sistema americano en el que el fiscal goza de una cierta discrecionalidad para sustraerse de la acusación, por razones tales como la causa probable, la insuficiencia de la prueba o la victimización innecesaria del ofendido. La gran diferencia con la fórmula adoptada por el legislador colombiano la constituye que se acude para su aplicación al principio de legalidad y no a criterios de conveniencia como ocurre en Estados Unidos.

Dentro de las discusiones que se presentaron en el legislativo para dar lugar a la instauración del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal, se planteaba que se estaba desconociendo el principio de legalidad, basados en que toda conducta que tuviera las características de punible debería ser investigada. Pero ante el reconocimiento del propio Estado de su incapacidad o imposibilidad para investigar todos los delitos, se echó mano de la Teoría Alemana consistente en que el principio de legalidad debe de flexibilizarse para dar paso a la aplicación de figuras como el principio de oportunidad. Esto se planteó de conformidad con la STPO de 1987 (Ordenanza del Proceso Penal Alemán) que establece las siguientes causales de procedencia del principio de oportunidad: *(i) cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe interés alguno en la persecución penal; (ii) el interés en la persecución puede ser satisfecho de otro modo; (iii) el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal, y (iv) existen intereses estatales prioritarios.*

Criterios éstos que permitieron establecer el principio de oportunidad en rango constitucional, puesto que se le ha ubicado en el artículo 250 de la Constitución Política, el cual, entre otros términos consagra:

... La Fiscalía General de la Nación [...] no podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la Ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la Política Criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del Juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

De ello, se puede extraer la valoración constitucional actual entre el deber de persecución penal y la posible renuncia a esta potestad por parte de la Fiscalía, hecho que conforma una regla-excepción (Perdomo).

Tradicionalmente, en Colombia el ejercicio de la acción penal se ha caracterizado por ser pública y obligatoria. Exceptuando la Ley 1826 de 2017 (Congreso de Colombia), por medio de la cual se instituyó el acusador privado en el procedimiento penal abreviado, el Estado colombiano ha detentado el poder de investigación penal (Constitución Política, art. 250), con lo cual son las autoridades delegadas por la Ley —jueces y fiscales— las responsables de promover la acción penal. Es más, ni siquiera en los llamados delitos

querellables se ha contemplado una posible privatización de la acción penal, pues si bien en estos casos la iniciación de la investigación exige la querrela previa como requisito de procedibilidad, interpuesta esta, a la Fiscalía le corresponde continuar con la investigación. A partir de esta obligación “la persecución penal continúa siendo pública y privada, su excepción reside en que la ley impone un requisito anterior para que entre la actuación del Estado, debido a que no existe un interés público cifrado en su persecución” (Guerrero, 2011, p. 111).

De este modo, y de acuerdo con un sector de la doctrina, se evidencia la persistencia del Estado en mantener la publicidad de la acción penal y negar su privatización. Esto se explica por la fuerte influencia que recibió nuestro ordenamiento jurídico del sistema penal continental europeo, con lo cual se asentó el principio de oficialidad que radica la persecución de los delitos en la Fiscalía para buscar con ello prevenir la venganza privada. De otra parte, la oficialidad de la acción penal guarda una estrecha relación con el principio de legalidad, al exigirse que una conducta delictiva obligatoriamente sea investigada por la Fiscalía cuando tenga conocimiento de ella. Este punto de partida se encuentra previsto en la Constitución Política, a partir de lo cual el principio de oportunidad es “una excepción a la regla general que recae sobre la fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito” (Corte Constitucional, Sentencia C-387, 2014). En aplicación de esta excepción se permite a la Fiscalía bajo ciertas condiciones y con el aval del juez de control de garantías suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal. El marco de condiciones establecido por la Constitución, y posteriormente por el legislador al desarrollar el artículo 250 de la Carta Política, limitan la discrecionalidad de la Fiscalía tanto que la aplicación de una causal “exige un principio de verdad respecto de la autoría y tipicidad de la conducta” (Corte Constitucional, Sentencia C-936, 2010). Esta es la única manera de evidenciar el revés que ha sufrido el principio de persecución penal obligatoria en Colombia.

Así pues, el principio de oportunidad se ha introducido progresivamente en distintos ordenamientos jurídicos europeos como España, Portugal, Italia y Alemania; en el derecho anglosajón es la regla que se traduce en las figuras del *plea guilty*: confesión dirigida a evitar el juicio; también del *plea bargaining*: negociación entre el fiscal y el imputado que supone

pactar la acusación en toda su extensión para reducir o mutar a conveniencia. Si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado (Corte Constitucional, Sentencia C-387), ha llevado a la doctrina a opinar que se trata de una excepción al principio de legalidad (Perdomo; Velásquez, 2011; Guerrero, 2011) o a la obligatoriedad de la acción penal (Vásquez & Mojica, 2010), por cuanto la Constitución Política de 1991, reformada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 (Congreso de Colombia) admite que la Fiscalía pueda suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal para aplicar el principio de oportunidad dentro del marco de la política criminal y bajo la revisión y aprobación del juez de control de garantías.

Esta política criminal comprende una “articulación tanto en normas sustanciales como procesales” (Corte Constitucional, Sentencia C-387), pues el decaimiento del *ius puniendi* debe estar justificado constitucional y procesalmente. Es decir, aunque la norma sustantiva aparece determinada por la acción punitiva que ejerce el Estado, en algunos eventos, esta pretensión debe ceder ante intereses constitucionales superiores, y es en este escenario donde el principio de oportunidad en tanto instrumento de política criminal obliga a modificar la arquitectura procesal penal. No obstante, esta herramienta de política criminal ha sido difícil de asimilar dada la fuerte tradición legalista que ha caracterizado al proceso penal colombiano. Por supuesto, como ha sido costumbre, las importantes reformas penales que se han dado en Colombia han estado influenciadas por otros sistemas jurídicos. La oportunidad es una evidencia clara e incontrovertible de ello, como quiera que ha correspondido a una importación del sistema penal anglosajón.

En este punto es necesario dejar de lado la polémica que ha suscitado la inclusión del principio de oportunidad dentro del proceso penal colombiano, pues además de señalarlo como responsable de contribuir a aumentar la tensión entre dos modelos de juzgamiento en disputa (Velásquez) y dificultar el encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental (Guerrero, 2006), su comprensión exige conocer los antecedentes que llevaron al constituyente derivado a establecer esta excepción al principio de obligatoriedad de la persecución penal.

1.1. Sentencias destacadas en el ámbito constitucional

El principio de oportunidad ha sido objeto de estudio por el Alto Tribunal Constitucional el cual ha hecho alusión a su definición, estructura, presupuestos, requisitos para su aplicación, entre otros, observándose en este proyecto la imperiosa necesidad de ilustrar algunos de esos fallos. Uno de los más importantes es la Sentencia C-387 fallo que declaró exequibles los literales b) y d) del artículo 326 de la Ley 906, y luego modificado por el artículo 4° de la Ley 1312 de 2009 (Congreso de Colombia). En la dogmática de esta jurisprudencia, la Corte Constitucional sintetiza algunos criterios para la aplicación del principio de oportunidad en la legislación colombiana. Se destaca que el legislador goza de potestad de configuración en la definición de la política criminal del Estado conforme a la ponderación de los fenómenos de la vida social y el mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social. Lo anterior, tiene en cuenta el *principio de mínima intervención* del Estado, pues el derecho penal debe considerarse como la última *ratio*, también que la conducta revista *antijuridicidad*, ya que el elemento común a cualquier sistema de imputación penal radica en el contenido de injusticia que se atribuye al delito y el principio de *culpabilidad*, por cuanto nuestro sistema se encausa dentro de un *derecho penal de acto* y no de autor.

Por otra parte, en el diseño del *procedimiento penal* el legislador puede instituir nuevas actuaciones y etapas procesales en garantía de las libertades ciudadanas y la mediación del Estado ante situaciones de conflicto; también contemplar casos de terminación anticipada del proceso, prever causales de extinción de la acción penal, entre otros, lo cual debe desenvolverse dentro del marco constitucional y del orden internacional de los derechos humanos, como la prevalencia del derecho sustancial, la defensa de las garantías esenciales de las personas, el respeto por las competencias de las autoridades, etc. Señala igualmente que el Acto Legislativo 03 de 2002 modificó, entre otros, los artículos 250 y 251 superiores, con lo cual reforma la estructura básica del proceso penal en Colombia, al pasar de un modelo mixto de preferencia inquisitiva a un sistema de tendencia acusatoria. Este cambio dejó en manos de la Fiscalía el ejercicio de la acción penal, mediante la realización de la investigación de los hechos que “revistan las características de un delito” que lleguen a su conocimiento,

siempre y cuando “medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indique la posible existencia del mismo” (art. 2º que modifica el art. 250 de la Constitución Política). De igual modo, estableció que no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad que estará sometido al control de legalidad que ejerza el juez de control de garantías.

De manera que el principio de oportunidad como *excepción a la regla general* que recae sobre la fiscalía, tiene entre sus *finalidades* racionalizar la actividad investigativa del Estado, hacer más eficiente la administración de justicia penal, responder proporcionalmente a los hechos que afectan la estabilidad jurídica, reparar integral y oportunamente a las víctimas, brindar oportunidades reales de inserción social del procesado, revelar la baja significación social de ciertos delitos, desarticular organizaciones criminales y atender la culpabilidad disminuida, adelantar el proceso penal en un tiempo razonable. Establece, asimismo que el citado principio de oportunidad es una figura *reglada*, puesto que corresponde al legislador señalar las causales y condiciones específicas de aplicación, que deben resultar compatibles con la Constitución, particularmente con la vigencia de un orden justo y el principio de legalidad. Así mismo, señala que la aplicación por *el fiscal* del principio de oportunidad en los casos establecidos por el legislador implica un ejercicio de “discrecionalidad reglada” que le impone no solamente una evaluación acerca de las causales legales de operatividad, sino que debe determinar si lo que procede es la interrupción, la suspensión o la renuncia, lo cual debe constatar a la vez el respeto por las garantías del investigado.

Por su parte, en la Sentencia C-095 de 2007 (Corte Constitucional) se dijo que ante la generalidad y abstracción de la ley, incluso cuando ella es clara y precisa en la descripción de las circunstancias en que es llamada a operar, exige lógicamente reconocer cierto grado de discrecionalidad al operador jurídico llamado a aplicarla. Adicionalmente, el Fiscal General goza de un poder de reglamentación general e interna para asegurar la aplicación del principio de oportunidad y funcionamiento de la justicia restaurativa, lo cual debe estar conforme a la ley y la Constitución, además de estar sometido a los controles judiciales propios de los actos administrativos. Mientras tanto, la Corte señaló que el control de legalidad compromete todos los eventos de aplicación del principio de oportunidad, esto es

la interrupción, la suspensión y la renuncia, como en efecto lo hizo la nueva Ley 1312, que modificó tal disposición, además de señalar que el control efectuado por el juez de garantías debe dirigirse no solamente a proferir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, “sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado” o acusado. Finalmente, la decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decida.

1.2. El principio de oportunidad en el proceso penal de los Estados Unidos

Para empezar, hay que indicar que el principio de oportunidad no es un instrumento novedoso dentro del inventario de instituciones que se han instituido para solucionar por una vía diferente al proceso penal ordinario las infracciones penales. Por supuesto, dentro de la tradición anglosajona, la oportunidad, no solo es la regla general y absoluta del sistema (Bovino, 1997), sino que permite a la Fiscalía —como única designada para ejercer la acción penal— una amplia discrecionalidad para negociar las penas y los cargos. La primera alternativa se conoce como *Bargaining sentence* y autoriza al fiscal para que acuerde con el acusado una pena menor de la que recibiría en caso de ser vencido en juicio; la segunda modalidad, por su parte, permite que el fiscal pueda acusar por un hecho o delito de menor entidad (Bovino).

La oportunidad en el derecho procesal penal estadounidense, como puede verse, se diferencia sustancialmente del procedimiento penal colombiano, pues en este la Fiscalía suspende, interrumpe o renuncia a la persecución penal bajo ciertas condiciones, verbigracia, que el imputado o acusado se comprometa a servir de testigo a cambio de no ser sancionado penalmente (se le ofrece en algunos casos inmunidad total o parcial). Contrariamente, en los Estados Unidos el citado principio representa una sustitución del juicio por el *plea bargaining* (Schünemann, 2007), que destaca la autonomía del fiscal para acordar con el procesado la pena a imponer o la entidad del delito, también la inmunidad absoluta (Navarro, 2015). Es decir, se trata de un equivalente a la negociación que queda a merced del fiscal, quien cuenta con absoluta libertad para decidir sobre la continuación de la acción penal. En pocas palabras, en el sistema que se compara puede darse una “aplicación totalmente facultativa” (Castro,

2013, p. 256) en oposición a la legalidad que caracteriza la oportunidad en el proceso penal colombiano, la cual le resta poder de disposición a la Fiscalía.

A lo anterior, debe sumarse el tipo de control que se ejerce sobre esta discrecionalidad. Por ejemplo, en Estados Unidos existe un control político que no recae sobre la decisión que en concreto adopta el fiscal, sino que puede dar lugar a que dicho funcionario sea removido por el poder ejecutivo o no sea reelegido por el pueblo según el origen de su nombramiento (Medina, Peña & Ramírez, 2016). Por su parte, en Colombia, la aplicación de la oportunidad en la mayoría de los casos está sujeta a la aprobación del Fiscal General de la Nación y al control posterior del juez de garantías, asunto que la convierte en una de las razones por las que se afirma que en el proceso penal colombiano la discrecionalidad es reglada, pero no absoluta.

1.3. Principio de oportunidad en el proceso penal inglés

El sistema actual se caracteriza porque permite que la persecución penal pueda ser llevada a cabo por varios funcionarios, pero también se admite que estos puedan abstenerse de iniciar o continuar con la acción penal. Es decir, destaca que hay mayor discrecionalidad de la que existe en el proceso penal colombiano.

Ello, permite concluir que en el derecho procesal inglés el ejercicio de la acción penal corresponde a “una función descentralizada” (Medina et al., p. 112), por cuanto no existe un órgano como la Fiscalía que centralice la investigación y la acusación o renuncie a la acción penal como sí sucede en el proceso penal colombiano. Este rasgo característico del sistema inglés ocasiona que, por ejemplo, en los casos de flagrancia el policía captor deba conducir a la persona a la estación de policía designada y la ponga a disposición del oficial de custodia, quien deberá decidir si formula o no los cargos correspondientes (Velandia, 2005). Adicionalmente, el sistema diferencia entre delitos menores y delitos graves, y de cara a los primeros, el oficial de custodia puede definir lo relativo a la acusación; pero respecto a los segundos, el responsable de tomar esa decisión es el *acusador de la corona* (Velandia).

Ahora bien, hasta donde se ha dado a conocer, no cabe duda de que las autoridades que intervienen en el proceso penal inglés tienen amplia discrecionalidad para decidir si formulan o no acusación, incluso el Código de conducta de los fiscales del Reino Unido, en su numeral 4.10, establece que el enjuiciamiento automático no es una regla absoluta al finalizar la etapa probatoria. Este se lleva a cabo si y solo si el fiscal determina que existen factores de interés público que recomiendan el juicio; no obstante, en algunas oportunidades es posible que el Fiscal considere que el interés público puede ser atendido adecuadamente si se ofrece al procesado la oportunidad de que su caso sea resuelto en un tribunal extrajudicial en lugar de iniciar un proceso judicial.

Cabe aclarar que el ejercicio de esta libertad tiene igualmente lugar cuando se haya dado inicio a la persecución penal, pues el *acusador de la corona* está facultado para desistir de la acusación hasta antes de que se presente la evidencia ante los magistrados (Velandia). Esto sería equivalente a lo previsto en el numeral 5° del artículo 324 de la Ley 906 que admite la aplicación de la oportunidad hasta antes de la presentación de la teoría del caso. El procedimiento penal inglés también incluye al Fiscal General, quien es considerado un miembro del gobierno, sin que ello quiera decir que sea un activista político; este funcionario, de acuerdo con Bovino, puede interrumpir la persecución penal presentando un *nolle prosequi*, y es también el encargado de vigilar la función que desempeña el director de persecución penal pública y a él corresponde autorizar la iniciación de la persecución en ciertos delitos.

Aunque en los dos modelos de juzgamiento de origen anglosajón, que han sido brevemente descritos, no se hace mención alguna al principio de oportunidad (Hernández, 2016), la doctrina ha entendido que la amplia discrecionalidad que los caracteriza permite una asociación con el principio de oportunidad previsto en sistemas con una fuerte tradición legalista como el colombiano. Además, hay que señalar que una revisión general a los procedimientos penales de tendencias mixtas como los de Italia, España o Alemania que han influenciado nuestro sistema penal, evidencia que solamente en este el principio de oportunidad tiene cabida respecto a la criminalidad leve o media (Medina et al., 2016). De hecho, el carácter reglado del principio es una característica propia del procedimiento penal alemán que el legislador colombiano introdujo a efectos de conciliar algunos intereses (v. gr.

los de derechos de las víctimas), lo cual impide que la Fiscalía tenga absoluta libertad para aplicar la oportunidad, pues sin importar la causal y la modalidad debe acudir siempre al juez de control de garantías para que lo avale. Este último aspecto se muestra más rígido en nuestro sistema, pues en Alemania existen causales que le permiten a la Fiscalía autónomamente aplicar el principio, al igual que existen otras que requieren de la autorización del juez intermedio o de la causa (Granados, 2004).

En suma, puede aseverarse que el principio de oportunidad en el proceso penal colombiano tiene como presupuesto de identidad la discrecionalidad que caracteriza el proceso penal anglosajón; sin embargo, a diferencia de lo que sucede en ese sistema, en el proceso penal local, la discrecionalidad sigue siendo determinada por el principio de legalidad por cuanto se trata de “regla secundaria de adjudicación mediante la cual se da una competencia adicional a la Fiscalía General de la Nación, para determinar si procede o no la acción penal” (Acuña, 2010, p. 71). En virtud de ello, el fiscal del caso además de pedir autorización al Fiscal General de la Nación o al vicefiscal, según la causal invocada, está obligado de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política a acudir al juez de control de garantías para que este imparta aprobación a la interrupción, suspensión o renuncia a la persecución penal. Sumado a esto, la aplicación debe darse como consecuencia de una de las causales previstas en el artículo 324 de la Ley 906. Esta rigidez y la remisión del artículo 114 de la Ley 1098, como podrá verse más adelante, han dificultado la aplicación preferente de la oportunidad en el proceso de responsabilidad penal para adolescentes, tesis central de la presente investigación.

1.4. Principio de oportunidad en el proceso penal español

Este principio es desarrollado en el proceso penal español 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, citado por Santana, 1994). Esta definición constituyó una polémica consustancial a la superación del sistema inquisitivo y su sustitución por el acusatorio. En España, tal fenómeno se produjo con la Constitución Española de 1978.

Ahora bien, en el proceso penal español a través de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, dicha ley fue aprobada por el Consejo de Ministros el 22 de julio de 2011. En ese momento se introdujo el archivo por oportunidad y esta se reguló en el marco de la conformidad y la mediación penal, y es 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. En esta medida, le corresponde reconocerla como principal ente encargado al Ministerio Fiscal, sin que esta apreciación de la oportunidad por parte de este sea discrecional, sino que solo cabe en los casos y los requisitos fijados en la ley. Tal mandato somete al cumplimiento de los elementos reglados a control judicial. 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).

2. Antecedentes constitucionales y legales del principio de oportunidad en el proceso penal colombiano y en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes

2.1. Antecedentes del Acto Legislativo 03 de 2002

Como ha sido expuesto en el desarrollo de este capítulo, la acción penal en el proceso penal colombiano se ha caracterizado por ser obligatoria y estatal. En esa medida, corresponde a la Fiscalía General de la Nación obrar como única titular y responsable de investigar y acusar. En correspondencia con esta regla, una vez iniciada la investigación y recolectadas las pruebas que respaldaban la hipótesis delictiva, el fiscal del caso no tenía otra alternativa que acusar; esta sujeción estricta al principio de legalidad, vino a morigerarse con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se reformaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política.

Previamente, cabe mencionar que la reforma constitucional estuvo precedida de importantes reformas al procedimiento penal que iniciaron con la expedición de la

Constitución Política de 1991. Una de ellas fue la expedición de la Ley 600 de 2000 que incorporó elementos del sistema acusatorio al proceso penal. A pesar de lo anterior, la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ, 2015) propuso avanzar hacia un procedimiento de juzgamiento criminal que se constituyera sobre las bases de un sistema acusatorio, planteamiento que motivó a la Cámara de Representantes a radicar el Acto Legislativo 151 de 2001 (Granados), un intento de reforma que finalmente fue archivado y que en palabras de Granados era tímida con respecto a la transformación que buscada dar al procedimiento penal.

De acuerdo con este autor, el Fiscal General de la Nación de la fecha encargó a una comisión integrada por distintos organismos y entidades la preparación de la reforma constitucional. Como resultado de ello, el 19 de marzo de 2002 fue presentado el anteproyecto, el 26 de abril fue radicado en el Senado, y finalmente fue aprobado el 19 de diciembre 2002. La reforma constitucional no solo afianzó el principio acusatorio, sino que facultó a la Fiscalía para que pudiera interrumpir, suspender o continuar con la actuación penal en los casos señalados por la ley, previa verificación y aprobación del juez de control de garantías. De esta manera se introdujo una excepción al principio de legalidad, pues el principio de oportunidad no solo está sujeto a los requisitos ya señalados, sino que se requiere haber constatado por parte de la Fiscalía la ocurrencia de un delito (Corte Constitucional, Sentencia C-1154, 2005); de lo contrario, no podría aplicarse, pues la oportunidad ha sido concebida como un perdón que recibe la persona que ha intervenido en una conducta punible.

De esa manera, la reforma constitucional comentada terminó introduciendo “por la puerta grande al principio más debatido en los últimos años en la doctrina procesal penal” (Guerrero, 2007, pp. 124-125); incluso, han transcurrido más de quince años desde que se constitucionalizó esta excepcionalidad al ejercicio obligatorio de la acción penal y los debates siguen abiertos. Esta tesis, por ejemplo, hace parte de la reflexión al cuestionarse la ineficacia del principio en los procesos penales seguidos contra menores de edad que infringen la ley penal. De hecho, un balance de los primeros diez años de funcionamiento del sistema acusatorio demuestra que la oportunidad “ha sido una herramienta poco aprovechada por los fiscales” (CEJ, 2015, p. 37), toda vez que dentro de la estadística elaborada por esta

institución y de conformidad con la información contenida en SPOA, la salida de causas criminales por aplicación del principio apenas llegó al 0.06%.

Lo anterior demuestra que el debate dogmático no ha sido el único problema que ha enfrentado esta institución en el proceso penal colombiano; también en la práctica judicial se han presentado escollos que no han sido fáciles de superar. Una situación que lo ejemplifica es la falta de autonomía del fiscal del caso para aplicar directamente el principio, pues la Resolución 4155 comparada con la Resolución 2370 de 2016, centraliza y casi que monopoliza en la persona del Fiscal General de la Nación la aplicación del principio al ampliar el número de causales en las que la competencia es exclusiva del director del órgano estatal. No obstante, ni siquiera en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, cuyo pilar es la aplicación preferente (Ley 1098, art. 174), le es permitida al fiscal esa independencia, ya que se le exige remitir la solicitud al Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada e informar al coordinador o jefe de la unidad respectiva.

2.2. El principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004

Una vez se sentaron las bases constitucionales que habilitaban la creación de un nuevo procedimiento penal, de preeminencia acusatoria, como lo recuerda Granados, el 18 de julio de 2003 la comisión encargada de redactar este nuevo código procesal penal concluyó los trabajos preparatorios. Solo una vez radicado y surtidos los debates respectivos, el 31 de agosto de 2004 se expidió la Ley 906. Inicialmente, la propuesta que se presentó con respecto al principio de oportunidad demostraba serios inconvenientes, toda vez que contemplaba causales sustanciales que a juicio del profesor Bazzani (2003) no podían ser controladas por el juez de garantías debido a la ausencia de prueba para el momento en el que pretendía aplicarse el principio. Incluso, siguiendo el modelo alemán, en lo sucesivo de los debates, llegó a presentarse una propuesta que propendía por un *control rogado* en contravía del control automático que había previsto la reforma constitucional (Bazzani). Esto surgió por cuanto en el artículo 355 se establecía que el control de legalidad debía efectuarse a petición de la víctima o del ministerio público; finalmente, tras acoger las sugerencias de los expertos, el artículo 327 estableció que dicho control debía ser *obligatorio* y *automático*.

En todo caso, interesa mencionar que el texto final aprobado no solo se caracterizó por establecer un considerable número de causales, sino que no dispuso de una fase específica para aplicar el principio objeto de estudio o por lo menos, se abstuvo de condicionarla a la iniciación del juicio oral como luego habría de darse con la Ley 1312. En efecto, si se revisa el artículo 323 de la codificación original, podrá notarse que escuetamente se establecía que la Fiscalía podía suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en los eventos que estableciera el código para la aplicación de la oportunidad. No obstante, en las causales 5^a, 6^a y 7^a se aludía al “imputado”, lo que podría llevar a interpretar que debía existir comunicación previa de cargos para poder aplicar el principio en esos específicos eventos. De igual manera, el profesor Gómez opina en la misma dirección al sugerir que el principio de oportunidad “se origina a partir de la formulación de imputación” (p. 66). Sin embargo, este es un criterio que no es posible compartir por cuanto con este se daría lugar a una limitación que no tiene fundamento en el proceso penal para adolescentes, en el que la regla de excepcionalidad ha sido establecida como principio rector del sistema que debe privilegiarse por encima del formalismo que comprende el mencionado acto preliminar. Lo relevante es que existe delito y evidencia mínima que sugiera la participación del adolescente en este para que pueda ser beneficiario.

Respecto a este último punto es necesario indicar que el inciso final del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal (CPP) no alude a otras condiciones que el respeto a la presunción de inocencia y la existencia de evidencia mínima para aplicar el principio de oportunidad. Es más, la reforma constitucional (Acto Legislativo 03, 2002) no sugiere requisito de temporalidad para aplicar el citado principio, razones por las cuales, es posible opinar a favor de que pueda suspenderse, interrumpirse o renunciarse a la acción penal en cualquier etapa del proceso, como lo ha propuesto la Fiscalía General de la Nación en la Resolución 4155 de 2016 y un sector de la doctrina.

En síntesis, el artículo 327 permite desarrollar el principio de presunción de inocencia en lo que atañe a la aplicación del principio de oportunidad. Todo indica que en esta materia, como en algunas otras, el legislador centró más la atención en la real existencia de medios de conocimiento indicativos de que el destinatario de la aplicación del principio de oportunidad puede ser razonablemente tenido como autor o partícipe de la conducta punible. Al mismo

tiempo, la literalidad de la norma indica que la formulación de imputación no se consideró como un requisito para la aplicación del principio de oportunidad. Así las cosas, lo que resulta crucial para la aplicación de este principio es que el fiscal y el juez verifiquen la existencia de medios de conocimiento que suplan las exigencias consagradas en el artículo 327, como salvaguarda del derecho a la presunción de inocencia (Bedoya, Guzmán & Vanegas, 2010, p. 236).

Así pues, la regulación primigenia se caracterizó por los siguientes aspectos: i) se ratificó el principio de legalidad y con ello la obligación que tiene la Fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal, excepto cuando vaya a aplicar el principio de oportunidad, el cual corresponde a una discrecionalidad reglada y no una obligación. Tan cierto es esto que el artículo 5° de la Resolución 4155 señala con total claridad que ni la solicitud ni el cumplimiento de los presupuestos exigidos obligan a la aplicación de la oportunidad; ii) la existencia de un número considerable de causales que pudieron haberse resumido según categorías muy precisas (v. gr.: el grado de lesividad, el interés público y la aplicación de la justicia alternativa); iii) la ausencia de una fase específica para aplicar el principio, lo cual provoca que la alusión al imputado en las causales 5ª, 6ª y 7ª se entienda como una restricción que exigía previamente la comunicación de cargos; sin embargo, el baremo para suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal es el artículo 327 del CPP y el artículo 251 de la Constitución Política, de los cuales no parece ser factible una lectura restrictiva.

2.3. El principio de oportunidad en la Ley 1098 de 2006

Antes de empezar, conviene aclarar que en este apartado se hará una breve referencia al principio de oportunidad en el SRPA, sin que ello incluya su análisis pormenorizado, pues en los artículos subsiguientes se hará un estudio detallado de la institución y su correspondencia con el sistema. Igualmente, se darán a conocer las razones que dificultan su aplicación.

La Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, cambió el paradigma respecto al tratamiento penal que debe dársele a los menores responsables de infringir la ley penal, pues de ser tratados como inimputables a la usanza del viejo Decreto 2737 de 1989

(Congreso de Colombia, Código del Menor), pasaron a concebirse como personas con capacidad de comprensión y determinación, y por ende, susceptibles de ser sancionados penalmente. Por supuesto, este viraje hacia la responsabilidad penal se acompasó con otras medidas e instrumentos de política criminal que resultan acordes con normas internacionales que protegen la niñez, inclusive, como lo señala el artículo 140 de la Ley 1098, la finalidad del SRPA, consiste en adoptar medidas que deben ser pedagógicas, específicas y diferenciadas, con la finalidad de garantizar con ellas el principio del interés superior del menor.

Por otra parte, la diferencia que marcó la Ley 1098 con respecto a la Ley 906 es ni más ni menos haber establecido la aplicación preferente del principio de oportunidad en oposición a la excepcionalidad y discrecionalidad que caracteriza al sistema de responsabilidad penal para adultos. En efecto, el artículo 174 de la norma que se comenta indica en su primer inciso que “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 preferente del principio de oportunidad*”. Con ello, el legislador quiso relegar la persecución penal, pues en este procedimiento es casi una obligación para la Fiscalía aplicar la oportunidad al ser principio rector del sistema, según Acuña. Así pues, mientras en la Ley 906 la oportunidad es una regla que discrecionalmente puede o no aplicarse por la Fiscalía, en la Ley 1098 no existe dicha discrecionalidad. La oportunidad en este sistema se concibe como principio medular que debe acatar y privilegiar la Fiscalía.

Por último, el Código de Infancia y Adolescencia, si bien establece un sistema de responsabilidad penal diferenciado que permite “al fiscal considerar continuamente las alternativas posibles a una sentencia condenatoria” (Bedoya et al., p. 250), adolece de un régimen propio e independiente que facilite la aplicación del principio de oportunidad a menores adolescentes señalados de infringir la ley penal. De hecho, el artículo 144 del mencionado código es claro en señalar que el procedimiento aplicable corresponde al previsto en la Ley 906, excepto aquellas normas que contravengan el principio de interés superior del menor. De manera que a partir de esta remisión se ha entendido que las causales del artículo 324 del CPP deben guiar al fiscal a la hora de aplicar la oportunidad, sumado a

la causal del artículo 175 de la Ley 1098, que establece la renuncia a la persecución penal en los procesos seguidos contra adolescentes que hayan participado en delitos cometidos por grupos al margen de la ley, para lo cual deben cumplirse cuatro situaciones, a saber: i) que las condiciones sociales, económicas y culturales hayan sido determinantes para integrarse al grupo armado ilegal; ii) se establezca que la marginación social, económica y cultural no le dejaron al menor otra alternativa que formar parte del grupo armado; iii) se determine que el menor no estaba en capacidad de elegir otra forma de participación social, y iv) la vinculación obedezca a situaciones de fuerza, amenaza, coacción o constreñimiento. Se exceptúan de la aplicación de la oportunidad, las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario y los crímenes de lesa humanidad y genocidio.

Así pues, queda claro que la oportunidad ha sido concebida como un principio rector del sistema de responsabilidad penal para adolescentes; no obstante, carece de una política criminal que atienda las realidades criminológicas y los índices de participación de los menores en la criminalidad del país. Evidentemente, no hay que desconocer que la Ley 1098 hace parte de esta política, y sin embargo, se ha quedado anclada y no ha evolucionado en la medida cuya oportunidad es el eje central del sistema de responsabilidad penal, y depende exclusivamente del régimen previsto en la Ley 906, desconociendo que se trata de dos modelos que responden a exigencias político criminales diversas. Esta observación que viene haciéndose merece atención de las autoridades que participan del sistema, pues entre los años 2007 y 2014, habían ingresado al SRPA 172.530 menores, hecho que evidencia un incremento significativo y continuo a partir del año 2008 (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF], 2015). Pero no solo estas estadísticas son preocupantes, también lo son los porcentajes de aplicación de oportunidad, datos que serán analizados en conjunto en los capítulos precedentes.

2.4. La reforma al principio de oportunidad en la Ley 1312 de 2009

El principio de oportunidad, sufrió una reforma importante con la expedición de la Ley 1312. Para comprender los cambios que tuvo y su importancia de cara a la aplicación preferente en el SRPA se requiere revisar la exposición de motivos que la inspiraron. Así pues, la reforma que presentó el Fiscal General de la Nación junto con el Ministro del Interior y de Justicia y el senador Héctor Helí Rojas parte de reconocer la necesidad de avanzar hacia un proceso penal más eficaz y menos simbólico, cuyo punto de partida es el principio de oportunidad para lograr una mayor eficacia en la lucha contra las organizaciones criminales, sobre todo aquellas que se dedican al terrorismo y al tráfico de estupefacientes y a la administración de recursos provenientes de dichas actividades. En el proyecto, se asume que la efectividad en el desmantelamiento de estas organizaciones depende de la aplicación de la oportunidad a los miembros que no sean jefes o cabecillas, motivo por el cual la reforma se centró en las causales 5ª y 6ª del artículo 324 del CPP. Al respecto se expuso:

Solo si se logra aplicar el principio de oportunidad a alguno de sus integrantes como una herramienta importante que ayude a desmantelarlas, y con ello, aunque se suspende o se renuncia a la acción penal respecto de aquellos partícipes que no tengan un nivel jerárquico alto en la organización criminal, quienes a cambio suministran el conocimiento, la voluntad y la prueba eficaz para desactivarla, correlativamente los esfuerzos estatales podrán encaminarse hacia objetivos más trascendentales para la comunidad nacional e internacional, como es el ataque a la estructura y funcionamiento de las sociedades delictivas.

De igual manera, esta aplicación del principio de oportunidad poseería especial incidencia en el tema del conflicto armado, dado que se tendría la prueba razonable para que numerosos jefes de grupos armados al margen de la ley o de organizaciones criminales fueran vinculados a investigaciones por este tipo de delitos y se lograría determinar quiénes son los líderes, auspiciadores y promotores de estos grupos, el *modus operandi*, rutas, relaciones, entre otros datos, ya que operaría de una manera efectiva la colaboración con la justicia, de acuerdo con los numerales 5 y 6 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, con las excepciones mencionadas, como es que no se aplique a los jefes, directores, organizadores, promotores, determinadores o cabecillas. (Congreso de Colombia, 2008)

En atención a lo anterior, los principales cambios que se dieron pueden sintetizarse como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 1

Principales cambios de la Ley 906 a la 1312

Ley 906 de 2004	Ley 1312 de 2009
Arts. 321 y 322 no fueron modificados	
Art. 323. Se modificó, y se estableció una fase para la aplicación de la oportunidad y se agregó un inciso en el que se reitera lo previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002: que la aplicación de la oportunidad es excepcional, reglada, debe desarrollar la política criminal y contar con el aval del juez de control de garantías.	La ley establece que la Fiscalía puede aplicar el principio “en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento”. Es de precisar que en el proyecto inicialmente presentado (Congreso de Colombia, 2008), se proponía que el principio pudiera aplicarse en la investigación o en el juicio, sin determinar que se hiciera hasta antes de la presentación de los alegatos de apertura.
Art. 324. 1. “Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal”.	Se incluyeron los delitos que tengan contemplada la multa como pena principal. De igual manera, se faculta al funcionario para que pueda fijar una caución a título de garantía de reparación cuando la víctima no haya sido conocida o individualizada, evento en el que debe tenerse en cuenta el concepto del ministerio público.
Art. 324. 5. “Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada”.	Pasó a ser la causal 4ª. Se incluyó la expresión “el acusado” y se limitó la aplicación “hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento”; así mismo, se dispuso que la información que debe entregar el beneficiado con el principio de

<p>Art. 324. 6. “Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó”.</p> <p>Art. 324. 7. “Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva”.</p>	<p>oportunidad debe ser eficaz para dismantelar la banda o para evitar que sigan cometiendo más delitos.</p> <p>Pasó a ser la causal 5ª. Se agregó un inciso para aclarar que la aplicación del principio en este caso procede bajo la modalidad de la suspensión, y que si al concluir la audiencia de juzgamiento, el beneficiado no ha declarado, será revocada la suspensión.</p> <p>Pasó a ser la causal 6ª. Al igual que sucedió con las causales anteriores, se incluyeron las expresiones “el acusado” y “hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento”. Esto ha dado lugar a que en la práctica judicial se interprete como límites procesales que restringen o condicionan la aplicación del principio a una etapa en particular.</p>
<p>Art. 324. 15. “Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva”.</p>	<p>Se incluyó la frase “Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito”.</p> <p>Finalmente, se incluyeron dos causales del siguiente tenor:</p> <p>15. “Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción</p>

<p>Se eliminaron las causales 3ª y 7ª. La causal 4ª pasó a ser la causal 3ª y así sucesivamente.</p> <p>Se agregaron a las causales dos más.</p>	<p>significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad”.</p> <p>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”.</p> <p>En igual sentido, se amplió la descripción del párrafo 1º del artículo 324 del CPP al indicarse que en los casos de tráfico de estupefacientes, financiación del terrorismo y administración de actividades relacionados con actividades terroristas, la aplicación de la oportunidad procede únicamente por las causales 4ª y 5ª, siempre y cuando no se trate de cabecillas, jefes, organizadores o determinadores. Entre tanto, en el párrafo 3º se incluyeron las conductas que recaigan sobre víctimas menores de 18 años de edad.</p> <p>También se incluyó un párrafo que prohíbe la aplicación del principio a la persona que haya accedido o permanecido en su curul o denominación pública con el apoyo de/o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.</p>
--	---

<p>Art. 325. Se reformó el inciso 1° en que se establecía “El imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir”.</p>	<p>Se incluyeron las expresiones “el acusado” y “hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento”.</p>
<p>Art. 326. Se reformó el inciso 1° que establecía “El fiscal fijará el periodo de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado, entre las siguientes”.</p>	<p>Se incluyó la oración “que deberán cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento”.</p> <p>Adicionalmente, se incluyó un literal que compromete al beneficiado a prestar colaboración eficaz para evitar la continuación de los delitos y facilitar la desarticulación de las bandas.</p>
<p>Art. 327. Se reformó el inciso 1° que establecía “El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad”.</p>	<p>Con la reforma se obliga al juez de garantías a efectuar el control de legalidad tanto a las “solicitudes individuales” como a las solicitudes “colectivas”.</p>
<p>Los artículos 328, 329 y 330 no fueron reformados.</p>	

Fuente: elaboración de la autora con base en las leyes 906, de 2004, y 1312 de 2009.

El cuadro anterior, muestra en primer lugar que la reforma se centró en ampliar la aplicación del principio de oportunidad a los integrantes de bandas u organizaciones criminales, que sin ser jefes o cabecillas contribuyan a su desarticulación o a que no continúe la ejecución de los delitos. En segundo lugar, la reforma se encargó de especificar quiénes eran las personas y cuáles eran las fases en las que es posible aplicar el principio con respecto a las causales 4^a, 5^a y 6^a; sin embargo, como pudo anticiparse antes, estas limitaciones

parecieran contrariar la Constitución Política, pues en esta no se determina que el principio de excepción tenga cabida en una fase específica de la actuación y frente a un sujeto determinado, pues lo que se exige es que la Fiscalía haya comprobado la realización del delito y que además exista evidencia mínima con respecto al autor o partícipe su comisión. Esta es una postura que comparte un sector de la doctrina local tal y como lo pone de presente el profesor Gómez. Estos elementos son relevantes de cara al análisis que pretende hacerse con respecto a la aplicación del principio en el SRPA, pues si bien la Resolución 4155 establece que la oportunidad puede aplicarse en “cualquier momento”, también sugiere la indagación como fase preferente. Estas limitaciones procedimentales, sumadas a la ausencia de un régimen propio y la falta de autonomía y discrecionalidad del fiscal, conspiran contra el principio rector del SRPA, tal y como podrá demostrarse más adelante.

3. Principio de oportunidad y sus modalidades

De conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política, el principio de oportunidad puede darse mediante la suspensión, interrupción o renuncia a la acción penal. Entre estas, las modalidades más comunes son la suspensión y la renuncia; a esta última, generalmente se llega luego de que la persona haya cumplido con una condición impuesta por la Fiscalía. La causal 7ª del artículo 324 del CPP, es el ejemplo más pertinente para ilustrarlo. Así pues, la modalidad que aplique el fiscal depende de la “naturaleza de la causal” (Bedoya et al., p. 31). Ahora bien, las normas que acaban de mencionarse no indican qué debe entenderse por cada una de estas modalidades, a pesar de que la Resolución 4155 es la principal fuente de definición.

Antes de conocer la noción de cada una de estas modalidades, vale la pena recordar que esta clasificación, sin desconocer las diferencias, se aproxima al derecho procesal inglés. En efecto, el *acusador de la corona*, se encuentra facultado para terminar la acción penal en cualquier momento y hasta antes de que se escuche “la evidencia en el juicio” (Velandia, p. 218). Esta decisión, que equivale a renunciar a la persecución penal, puede darse en el derecho inglés por ausencia de prueba o por motivos de interés público. Sin embargo, la renuncia en el procedimiento que se comenta no está sujeta al cumplimiento de ninguna

condición, característica que escapa a nuestro sistema, pues en este se exige para algunas causales (4ª, 5ª y 6ª) que se cumpla con ciertas obligaciones, luego de lo cual es posible autorizar la aplicación del principio en la modalidad de renuncia. En todo caso, en el derecho inglés, cuando la terminación del procedimiento se adopta con base en ausencia de evidencia, la decisión no hace tránsito a cosa juzgada, lo cual posibilita que el caso vuelva a abrirse cuando se encuentre nueva evidencia (Velandia). Tal hecho equivaldría a la interrupción de la actuación; sin embargo, en Colombia, la ausencia de elemento material probatorio da lugar al archivo de la investigación y no es causal para aplicar el principio de oportunidad, aunque sí puede reabrirse la causa en presencia de nuevos elementos materiales probatorios.

Por su parte, en el derecho procesal alemán, la oportunidad se caracteriza por las diversas modalidades de aplicación. En efecto, el Ministerio Público puede prescindir de iniciar la acción penal, lo que puede hacer considerando la levedad del crimen o cuando la extradición se imponga sobre la persecución penal (Lamadrid, 2018). Otra modalidad es la renuncia a la acción penal en casos de insignificancia absoluta; igualmente, puede darse la renuncia en los eventos de insignificancia relativa y el archivo del proceso en casos de compra y venta de estupefacientes en pequeñas cantidades como el cannabis (Lamadrid). En definitiva, las modalidades más usuales para aplicar el principio de oportunidad en el derecho alemán son la renuncia y la no iniciación de la acción penal.

Dicho lo anterior, y de vuelta al procedimiento penal colombiano, es evidente que las modalidades de suspensión y renuncia son próximas al derecho procesal penal inglés y alemán; sin embargo, la forma como se estructuran difiere del régimen colombiano, pues en este la renuncia generalmente está precedida de la suspensión y del cumplimiento de una condición, como ya se dijo. En efecto, la suspensión en el derecho inglés se presenta por ausencia de evidencia, aunque vale aclarar que ello se da porque hasta dicho momento no existe proceso como tal, mientras que en el procedimiento penal colombiano esta modalidad impone el cumplimiento de obligaciones que de no acatarse activan la persecución penal, además se entiende que existe proceso a partir de la indagación. Por tanto, brevemente se analizará por separado cada modalidad.

3.1. Interrupción de la acción penal

El artículo 9º de la Resolución 4155, establece que en esta modalidad no se le exige al procesado el cumplimiento de una obligación para que pueda aplicarse el principio de oportunidad. Al igual que sucede con la suspensión, la interrupción precede a la renuncia o como dirían Bedoya et al. “prepara [...] la renuncia al ejercicio de la acción penal” (p. 32). Lo anterior significa que la Fiscalía puede interrumpir la acción penal sin que medie condición alguna, supuesto en el que es viable que la actuación quede suspendida y se reanude después de transcurrido un tiempo determinado o se aplique la renuncia; se propone, entonces, como ejemplo la causal 2ª, ya que la Fiscalía, en esta hipótesis puede optar por interrumpir la persecución penal hasta que la persona sea entregada en extradición, y de no llegarse a autorizar por la Corte Suprema de Justicia, inmediatamente la Fiscalía tiene la posibilidad de reanudar el ejercicio del *ius puniendi*.

3.2. Suspensión de la acción penal

Bajo esta modalidad, los artículos 325 y 326 de la Ley 906 vinieron a establecer el trámite y condiciones a cumplir. Por eso, en la búsqueda de mecanismos que redujeran la violencia punitiva estatal en orden a proveer medidas diferentes al enjuiciamiento penal tradicional, al pronunciamiento de una sentencia condenatoria y a la privación obligada de la libertad como herramientas recurrentes ante el delito, para la resolución eficaz de conflictos en que sea de mayor importancia la intervención de la voluntad de los protagonistas inscrita en una política criminal restaurativa, algunas legislaciones admiten que se detenga el ejercicio de la acción penal en favor del investigado por la comisión de un ilícito. Para ello, este se somete durante un plazo a una prueba en la cual debe cumplir satisfactoriamente con determinadas obligaciones, a cuyo término satisfactorio se declarará extinguida la acción penal.

De ahí que el artículo 325 de la Ley 906 expone que el *imputado o acusado*, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá *solicitar* la suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo pueden hacer las personas simplemente imputadas,

mediante solicitud oral en la que *manifiesten*: i) *un plan de reparación del daño*, y ii) las *condiciones que estaría dispuesto a cumplir*. El plan podrá consistir: i) en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente; ii) la reparación integral de los daños causados a las víctimas, o iii) la reparación simbólica, en forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa. Una vez presentada la solicitud, individual o colectiva, el fiscal *consultará a la víctima* y resolverá de inmediato mediante decisión que *fijará las condiciones* bajo las cuales se suspende el procedimiento, y *aprobará o modificará el plan de reparación* propuesto por el imputado, conforme a los principios de *justicia restaurativa*. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad. El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

Por su parte, el artículo 326, estipuló las condiciones a cumplir durante el periodo de prueba. También estableció que el fiscal fijará el periodo de prueba que no podrá ser superior a tres (3) años y determinará una o varias de las condiciones que deberán cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento, entre las siguientes:

- a) Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
- b) Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.
- c) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
- d) Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
- e) No poseer o portar armas de fuego.
- f) No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.
- g) La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
- h) La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.
- i) La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
- j) La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
- k) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

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

m) La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o, aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el parágrafo 2° del artículo 324. (CPP)

Este es un espacio para la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa. En tal sentido, *el plan* podrá consistir en la mediación con las víctimas, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica.

Ante esta proposición, el fiscal consultará a la víctima. Cabe recordar que por programa de justicia restaurativa debe entenderse todo proceso en el que la *víctima y el imputado o acusado participan conjuntamente de forma activa* en la resolución de cuestiones derivadas del delito. Por su parte, el fiscal está facultado para aprobar o modificar el plan de reparación propuesto por el imputado o acusado, y así mismo consultará a la víctima conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en el Código de Procedimiento Penal.

El fiscal, al fijar el periodo de prueba, determinará una o varias de las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento. Además, hará exigibles deberes como el de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95.7 superior). De igual forma, varias de estas condiciones tienen alcance similar de algunas medidas de aseguramiento no privativas de la libertad (art. 307.B, Ley 906 de 2004)

En este punto ha de llamarse la atención acerca de que el artículo finaliza indicando que una vez verificado el cumplimiento de las obligaciones “la Fiscalía podrá renunciar al ejercicio de la acción penal”. Así pues, al darse cumplimiento a la obligación lo más recomendable es que la Fiscalía renuncie al ejercicio de la acción penal, toda vez que la obligación inicialmente impuesta y avalada por el juez de garantías está orientada a cumplir con dicha finalidad. El artículo 326 del CPP confirma lo antes dicho al ordenar a la Fiscalía que solicite el archivo de la investigación una vez verifique el cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, el término más adecuado a utilizar es la renuncia, ya que el archivo denota una situación jurídica diferente a la de la oportunidad.

Así mismo, es lógico pensar que la suspensión no tiene sentido si ella no permite acceder a la renuncia, o se deja al capricho del fiscal, pues comprendería una deslealtad con la persona que confió en la Fiscalía y aportó información que contribuyó a dismantelar una organización criminal o evitó la comisión de nuevos delitos. Por último, la resolución contempla la posibilidad de que en el transcurso puedan variarse las condiciones impuestas inicialmente, sin precisar si ellas pueden ser más o menos gravosas.

3.3. Renuncia a la acción penal

La tercera y última modalidad no requiere de mayores explicaciones. En efecto, esta modalidad se hace efectiva “cuando la Fiscalía General de la Nación desiste definitivamente de la persecución penal de uno o varios hechos que configuran uno o más delitos” (Resolución 4155, art. 11). En todo caso, habría que agregar que la suspensión no necesariamente conlleva a desistir completamente de la persecución de todos los delitos, incluso, en la práctica judicial, la Fiscalía suele utilizar esta modalidad parcialmente. La aplicación de la oportunidad bajo esta modalidad, conlleva a la extinción definitiva de la acción penal, como acertadamente lo indican los artículos 11, de la Resolución 4155, y 329, de la Ley 906.

Por lo tanto, es pertinente aclarar que estas tres modalidades son igualmente aplicables en el SRPA, es decir, si bien el artículo 175 de la Ley 1098 alude únicamente a la *renuncia*, no hay que olvidar que su artículo 144, establece una remisión clara y expresa al régimen de la Ley 906, por lo que se sobreentiende que también la interrupción y la suspensión tienen cabida en el mencionado sistema. En todo caso, la renuncia y la suspensión son las dos modalidades recomendables al aplicar la oportunidad a menores delincuentes, con mayor preferencia de la segunda.

Balance

Dejando a un lado las discusiones teóricas que suele despertar el principio de oportunidad, no hay que dudar que este instrumento de tradición anglosajona ha modificado parcialmente el paradigma de la obligatoriedad del ejercicio del *ius puniendi* en Colombia, pues la Constitución Política permite a la Fiscalía que frente a determinados delitos y de acuerdo con las causales previstas en la Ley 906, pueda interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal. A diferencia de la obligatoriedad que en principio exige, el ente investigador para adelantar la investigación de hechos delictivos, el principio de oportunidad es una discrecionalidad que no crea para la institución y para el fiscal del caso una obligación de aplicación. En todo caso, y a diferencia de lo que ocurre en el derecho anglosajón, se trata de una discrecionalidad reglada que además está sujeta a la aprobación del juez de control de garantías.

De otra parte, la oportunidad constituye una excepción en el proceso penal ordinario, todo lo contrapuesto al procedimiento de responsabilidad penal juvenil, en el que se le confiere carácter preferente en tanto ontológicamente se le vincula con el principio de interés superior del menor. En efecto, mientras en la Ley 906 el principio de oportunidad ha sido formulado y diseñado acudiendo a criterios eficientistas, en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, ha sido valorado como un importante instrumento a través del cual es posible desarrollar el principio del interés superior del menor de edad, sin que esto lleve a descartar la posibilidad de que el juez en algunos casos tenga que enfrentarse a una ponderación de intereses a efectos de validar o no la aplicación de la oportunidad. Así lo demuestra la Sentencia T-142 de 2019 (Corte Constitucional) sobre la cual se volverá más adelante.

De otra parte, la oportunidad, en cuanto a sus modalidades de aplicación, no sufre ninguna modificación en el SRPA, y tampoco se descarta la intervención del juez de control de garantías. Sí constituye una diferencia el hecho de que en este sistema el principio de oportunidad opere como principio rector en oposición al principio de obligatoriedad que caracteriza al proceso penal regulado en la Ley 906; esto da lugar a que en el primero de los sistemas la oportunidad sea regla general y en el último sea regla excepcional. La práctica

judicial, sin embargo, demuestra que esta distinción teórica se diluye, pues el porcentaje de aplicación del principio de oportunidad en el SRPA ha sido muy bajo desde la entrada en vigencia de la Ley 1098.

Capítulo segundo

Tratamiento jurídico al menor infractor. Referencia al tránsito legislativo que privilegia otros mecanismos diferentes a la imposición del castigo

En el anterior capítulo, muy brevemente, se expusieron los elementos teóricos y legales que definen el principio de oportunidad en general, así que en este apartado se hace una referencia más concreta de este. En particular, se estudia el principio de oportunidad regulado en la Ley 1098 y su correspondencia con normas internacionales, para buscar con ello sentar las bases de orden legal y dogmático que desarrollan y dan validez a su carácter preferente. Para ello, en primera instancia, se expone y comenta el marco de regulación internacional, luego se llega a la regulación interna para identificar sus elementos característicos, en especial, los principios de interés superior del menor y la predilección por el principio de oportunidad como regla general que define el SRPA. Sin embargo, antes de abordar el marco normativo internacional y local, relativo al tratamiento penal de los menores adolescentes infractores, se hará una breve mención histórica de los sistemas que se han propuesto para responder a la criminalidad juvenil. Con ello se pretende facilitar la comprensión de los dos modelos adoptados dentro de política criminal del Estado colombiano hasta el momento, cada uno con enfoques y finalidades diversas.

1. Modelos de tratamiento a los menores de edad infractores de la ley: el criterio del discernimiento, sistema tutelar, sistema de responsabilidad penal o de atención integral y modelo 4D

El tratamiento legal al menor involucrado en actos delictivos ha transitado por dos modelos claramente diferenciados. Históricamente, el Tribunal juvenil, creado en Chicago Illinois en 1899, es señalado como el inicio del modelo tutelar o paternalista (Cabezas, 2011; Useche, 2012). En este sistema el menor de edad no era destinatario del derecho punitivo, sino que se encontraba en una situación de abandono o irregular (Cruz, 2007), que obligaba la intervención del Estado. Esto dio paso a la tutela pública cuya finalidad era prevenir que el

menor se convirtiera en un sujeto potencialmente dañino para la sociedad; con ocasión de ello, las medidas que se aplicaban tanto a los menores infractores como a los que se encontraban en una situación de abandono no se diferenciaban (Useche). Esto generó todo tipo de problemas. A título de ejemplo, puede mencionarse la igualación del delincuente juvenil con el delincuente adulto.

Por otra parte, no se debe olvidar que previamente ya se había discutido y ensayado el modelo basado en la madurez y capacidad del menor infractor. En tal sentido, el derecho romano fue el primero en establecer una clasificación de los menores según la edad (infantes, impúberes y menores), lo cual dio lugar al criterio del discernimiento que tuvo luego una gran influencia en las legislaciones del mundo (Díaz, 2009). Así mismo, la ley de las Doce Tablas contenía una categorización por edades, entre las cuales la de los púberes era objeto de amonestación, mientras que la de los impúberes demandaba sanciones con azotes o la obligación de reparar el daño causado con su conducta (Díaz); *a contrario sensu*, el azote o la pena de muerte eran castigos que debían soportar los “adultos esclavos” (Díaz, p. 17). Este criterio de distinción siguió siendo determinante en adelante.

En efecto, el emperador Justiniano, en el *Corpus Iuris* (Solarte, 2004) tomó en cuenta la edad y la capacidad de discernimiento para clasificar en infantes (menores de siete años), impúberes (entre los diez y medio y los catorce años) y púberes (varones de catorce hasta veinticinco años y mujeres desde los doce años) a los menores. De acuerdo con Díaz, este derecho establecía la ausencia de discernimiento o capacidad de raciocinio frente a los primeros, para descartar de esta manera responsabilidad penal. Por su parte, respecto a los segundos se exigía probar la falta de discernimiento para relevar la imposición de un castigo. Finalmente, a los terceros se les consideraba responsables, aunque la pena se atenuaba. Esta tradición fundada en la edad como criterio determinado o excluyente de la responsabilidad penal, con algunas modificaciones, se mantuvo en el derecho germánico y canónico (Díaz).

De otra parte, los pensadores de la Ilustración, en particular los vinculados a la escuela positivista, fueron los responsables de sentar las bases teóricas que condujeron a la formación de un proceso que excluía la responsabilidad penal del menor infractor. Bajo este sistema se consideraba que el menor no tenía capacidad de comprensión y decisión, de modo tal que no podía adelantarse juicio de reproche alguno (culpabilidad) y así quedaba por fuera del alcance

del derecho punitivo. Este cambio de orientación se debió a las llamadas escuelas positivistas y correccionalistas (Díaz), las cuales propusieron el abordaje tutelar a cambio de la responsabilidad penal del menor de edad. Así que se puede decir, sin temor a equivocaciones, que desde entonces el tratamiento del menor infractor de la ley empezó a ser parte del debate de los dogmáticos de la época, lo cual dio como resultado un sistema que descartaba el tratamiento punitivo en cuanto se contemplaba la inimputabilidad como criterio que impedía aplicar la pena como expresión máxima del derecho penal.

Entonces, durante el siglo XIX puede verse un sistema marcado por un tratamiento jurídico indiferenciado. De hecho, en este periodo es posible hallar elementos que confirman la escasa atención que se le prestaba a “las condiciones de desarrollo físico y síquico” (Holguín-Galvis, 2010, p. 291). Luego, este sistema vendría a transformarse en el siglo XX, al establecerse la tutela pública como eje central de la política criminal estatal. El rasgo notorio era el cuidado y protección que se daba al menor, sin que esto permita siquiera hablar de un tratamiento jurídico antropocéntrico. Por el contrario, al valorarse al menor infractor como inimputable es apenas lógico pensar que eran tratados “como objetos de protección, trabajando sobre su peligrosidad y no sobre el delito cometido, que era una simple señal de las carencias del menor” (Bernuz, 2005, p. 4). Así mismo

[A]ntes de la convención dominó la concepción “tutelar”, fundada en la consideración del menor como incapaz, objeto de protección jurídica ante situaciones de dificultad como abandono, pobreza, maltrato o por infracciones a la ley penal, llamadas *situaciones irregulares*; sin que se lograra una clara diferenciación entre los menores sujetos de protección y menores infractores. Concepción, además, carente de una visión que recogiera los aportes interdisciplinarios provenientes de otras ciencias, que posteriormente vienen a convertirse en elementos básicos del nuevo paradigma. (Sarmiento, 2007, pp. 17-18)

De manera que no es difícil especular sobre los problemas que presentaba el sistema tutelar. En efecto, en lo que respecta al tratamiento jurídico penal, no hay duda de que los menores de edad no gozaban de garantías, incluso que el sistema no parecía preocuparse por definir medidas que dieran lugar a profundizar en la necesidad de dar un tratamiento diferenciado a los infractores juveniles, a los que no lo eran y a los delincuentes adultos. A pesar del éxito de este sistema, pues además influenció los sistemas jurídicos de Europa (Jiménez, 2014), las dificultades que entrañaba dieron lugar a la formulación de un modelo

garantista o de protección integral (Useche), en el que la dignidad del menor y el reconocimiento de sus derechos, tanto en el ámbito punitivo como en los ámbitos relacionados con su desarrollo, eran la base principal.

De esta manera, surgió el llamado sistema de protección integral o modelo educativo-responsabilizador cuyo punto de partida fue el pronunciamiento que emitió el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Gault* (Díaz), en el que opinó a favor de respetar y garantizar al menor de edad derechos como el debido proceso y de defensa. Lo anterior abrió paso a la tesis que sostiene que el menor de edad infractor de la ley penal es sujeto de derechos y por esta misma razón resulta ser imputable para el derecho penal (Díaz). Vale aclarar que dentro de esta nueva estructura, la edad no puede ser el único criterio para determinar la inimputabilidad (Gómez) si es que no quiere retornarse al sistema del discernimiento que excluía la responsabilidad a partir de la madurez que se adquiría a partir de determinada edad.

Así mismo, el sistema de atención integral requirió previamente de una importante arquitectura jurídica internacional de enfoque antropocentrista caracterizada, entre otras, por defender la imputabilidad del menor infractor, proponer la creación de una jurisdicción especializada, reconocer y aplicar las garantías demoliberales del proceso penal moderno, enfatizar en la aplicación de medidas pedagógicas y la contemplación de mecanismos diferentes a la imposición de la pena de prisión como elemento característico del proceso penal para adultos delincuentes. Estos instrumentos jurídicos internacionales, en su orden, fueron: la Primera Declaración de los Derechos del Niño (también llamada declaración de Ginebra), proclamada en septiembre de 1924; la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959; la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, a los que deben sumarse las *Directrices de Riad*, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)* y otro tanto de convenios internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre estos instrumentos se volverá más adelante, por ahora interesa destacar que el sistema de protección integral tiene como presupuesto las siguientes ideas: i) el proceso penal juvenil es un escenario caracterizado por el respeto a los derechos y garantías de los menores

infractores de la ley penal; ii) además de una visión pedagógica, el sistema debe focalizarse en un tratamiento jurídico diferente al diseñado para los adultos delincuentes, y iii) en razón de lo anterior, se proponen alternativas como la mediación y la preferencia por mecanismos de justicia restaurativa y de aplicación de la oportunidad, como quiera que se orientan a realizar el interés superior del menor de edad.

Por último, y como una breve mención que resulta obligatoria de hacer, en la década de los setenta se propuso el llamado modelo 4D (*decriminalization, deinstitutionalization, due process y diversion*) (Díaz; Cabezas), sin que este pueda diferenciarse sustancialmente del modelo de protección integral. Esto es así por cuanto el punto de partida sigue siendo el menor como sujeto de derechos e imputable para el derecho penal, cuyas pautas o directrices, como acertadamente lo expresa Díaz, corresponden a las mismas que han indicado los instrumentos internacionales relacionados con el tema. Si es pertinente aclarar que la despenalización se traduce a una ausencia de penalidad, si ello fuera así, ningún sentido tendría el *due process*. La propuesta está más encaminada a limitar desde el punto de vista objetivo la clase de delitos en los que pueda verse involucrado el menor de edad. Por ello, la propuesta, a pesar de ser polémica representa al menos un elemento diferenciador con el sistema de protección integral, pues las *Reglas de Beijing* y la *Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño* lo que recomiendan es que en la medida de lo posible y siempre que la ley de cada Estado lo permita, el menor no sea llevado ante las autoridades judiciales, lo cual es un criterio importante que sirve de fundamento a la aplicación preferente de la oportunidad en el SRPA. Así que la *diversion o diversificación*, en el modelo 4D, es el criterio que más se aproxima al principio de oportunidad por cuanto su objetivo no es otro que “reducir el grado de estigmatización del menor de edad, ya que se evita el contacto con la jurisdicción” (Cabezas, p. 165).

2. Marco normativo internacional relativo al tratamiento de menores infractores de la ley penal

Varios son los instrumentos jurídicos relacionados con la protección de los menores de edad. En efecto, la primera norma que propuso su reconocimiento fue la Declaración de los

Derechos del Niño de 1924 compuesta por cinco artículos. En el primero se consideró la necesidad de garantizar el desarrollo del niño en el ámbito material y espiritual; mientras, los artículos siguientes comprometieron a las naciones en garantizar la alimentación y atención en salud, así mismo, se incluyó la educación y la protección de cualquier forma de explotación. Si bien esta norma no alude al tratamiento jurídico de los menores infractores de la ley penal, no por ello deja ser importante, pues establece presupuestos humanistas para el abordaje y protección de los niños, los cuales irán evolucionando a medida que se reconoce la necesidad de proveer un tratamiento integral. Esto incluye el abordaje y tratamiento punitivo de quienes actúan en contra de las normas penales.

La siguiente norma que se identifica es la Declaración de los Derechos del Niño aprobada el 20 de noviembre de 1959 mediante la resolución 1386. En esta, además de lograr un avance en el reconocimiento de los derechos de los niños (salud, educación, protección especial, nacionalidad, desarrollo de su personalidad, entre otros), se establece el interés superior del niño como principio rector de quienes tienen a cargo la responsabilidad de educar y orientar a los niños, así se acentúa la idea de reconocer al menor “como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección” (Ravetllat, 2012, p. 90). En adelante, se convierte en un imperativo que ha de tenerse en cuenta, tanto en el diseño de mecanismos de intervención y cuidado de los menores como en el procedimiento de juzgamiento de quienes son señalados de cometer delitos. Por supuesto, la rectoría que adquirió este principio en el proceso penal es reciente, por lo menos, así lo es en el ámbito doméstico.

No obstante, antes de continuar conviene hacer las siguientes precisiones: en las dos declaraciones citadas se alude permanente y exclusivamente al niño, sin que hasta entonces sea pertinente hablar de menores de edad pues esta categoría surge posteriormente, en especial, en el ámbito del tratamiento punitivo, para diferenciar entre quienes son sus destinatarios y quienes no lo son por razón de su incapacidad para comprender y actuar de conformidad. De hecho, la Ley 1098 emplea categorías que permiten diferenciar los destinatarios y no destinatarios de la persecución penal. Lo siguiente que cabe aclarar es que las declaraciones no comprenden más que el reconocimiento de los derechos fundamentales de los menores, los cuales fueron incluidos igualmente en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; sin embargo,

la introducción del principio del interés superior del niño en la última de las declaraciones viene a convertirse en un criterio que ha de definir los conflictos (Ravetllat) a los que se ven abocados los menores de edad, incluso, los relacionados con infracciones penales.

Esto último será tratado más adelante cuando se aborde el principio de oportunidad y su aplicación preferente. De hecho, la Corte Constitucional al aplicar la metodología de la ponderación, recientemente, ha justificado la prevalencia del interés superior del niño frente a situaciones que enfrentan al menor a la prohibición de valerse de la oportunidad cuando se ve involucrado en la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, por ejemplo. Este principio termina convirtiéndose en una “categorización jurídica específica” (Corte Constitucional, Sentencias T-408, 1995, y T-518, 1998), con un peso importante en la resolución de los conflictos con otros principios cuando de por medio se encuentran involucrados menores de edad.

El tercer instrumento jurídico a mencionar dentro de la arquitectura internacional, son las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*. Estas reglas fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de noviembre de 1985 mediante la Resolución 40133 y los aspectos más sobresalientes son los siguientes:

i) Se trata de normas mínimas que orientan el tratamiento de los menores que infringen la ley penal, es decir, establecen unos presupuestos básicos para el abordaje y tratamiento punitivo del menor infractor. Es decir, parte de reconocer su condición de imputables y por ende susceptibles de ser responsabilizados de atentar contra bienes jurídicamente protegidos.

ii) Las reglas no señalan una categoría a partir de la cual pueda considerarse al menor responsable de enfrentarse al sistema jurídico penal. Incluso, la regla 2.2.1 establece que “Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”, lo cual deja a discrecionalidad de los Estados la definición de la edad a partir de la cual el menor es imputable para el derecho penal. Sobre este punto en particular, es de gran utilidad el análisis comparado que hace Dünkel (2015) sobre la edad de imputabilidad penal en Europa. Así mismo, a partir de un estudio de las *Reglas de Beijing*, la *Convención de los Derechos del Niño* y las *Reglas Europeas para Menores de edad infractores*, el autor muestra cómo el estándar promedio de

imputabilidad en Europa es de 14 años, exceptuando a Inglaterra y Gales, Irlanda y Suiza en donde la edad mínima para fijar la responsabilidad penal son los diez años. Esto se complementa con la regla 4.1 en la que se establece que la mayoría de edad penal frente a los menores no podrá “fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”. Este presupuesto igualmente fue acogido en las reglas europeas para menores infractores dado que en estas se establece que para imponer “una sanción o medida como reacción de un delito es necesario que la edad mínima no deba ser muy baja y asimismo legalmente determinada y medida” (citado por Dünkel, p. 32).

iii) La regla 2.3 reconoce la necesidad de que los Estados promulguen normas aplicables a los menores delincuentes, diferentes a las diseñadas para los adultos infractores. A partir de esta regla se impulsa la creación de la denominada *jurisdicción especializada* (Bernuz; Duce, 2015; Dünkel). Esta corresponde a un presupuesto esencial, pues reconoce en cabeza del menor infractor la garantía del juez natural, valga decir, aquel que por su especialidad y por mandato de ley está llamado a juzgar la conducta del menor. En Colombia, esta regla se concretó con la creación de los jueces penales para adolescentes. A la par con lo anterior, la regla 11.1 establece la posibilidad de que los menores puedan ser atendidos sin recurrir a las autoridades competentes; esto da lugar a la adopción de alternativas diferentes al escenario de la confrontación penal.

iv) La regla 7.1 reconoce en cabeza del menor infractor derechos y garantías durante el proceso de investigación y juzgamiento. Entre otras, se señalan: la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el derecho a una segunda instancia. No sobra mencionar que a pesar de los márgenes de discrecionalidad que se reconocen a los Estados para establecer las medidas sancionatorias, el instrumento enfatiza en el bienestar del menor.

v) De igual manera, se propone un procedimiento expedito, con la intervención de policías y jueces especializados, respeto a la intimidad del menor y el recurso a la privación de la libertad como medida última. De esta manera se imparten directrices orientadas a focalizar el tratamiento penitenciario y se señalan otras recomendaciones relacionadas con la vigilancia y seguimiento del sistema.

Así pues, las *Reglas de Beijing* representan dentro de la arquitectura jurídica internacional el primer intento por establecer criterios mínimos que permitan la configuración de un proceso penal para los menores de edad. De hecho, en estas reglas se reconoce la justicia juvenil como parte integrante del proceso de desarrollo; de ahí que haya surgido la necesidad de señalar unos mínimos que orientaran el tratamiento jurídico penal de los infractores de la ley penal. En todo caso, el recurso penal no es la única alternativa posible para atender los problemas relacionados con los menores de edad. No sobra indicar también que la Corte Constitucional ha integrado al bloque de constitucionalidad las *Reglas de Beijing* (Sentencia C-684, 2009), al tiempo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), a partir de la Opinión Consultiva OC-17/2000, ha sido enfática en reconocer que el menor de edad dentro del sistema interamericano goza de determinadas garantías, incluso en los procedimientos administrativos que se adelanten en su contra.

Ahora bien, en esta cronología de las normas internacionales relacionadas con el tratamiento jurídico de los menores infractores de la ley penal, la siguiente norma a mencionar es la Convención Sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que fue aprobada e integrada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 12 de 1991. El Convenio además de hacer énfasis en el interés superior del menor y recordar la búsqueda de su bienestar, incluso en el ámbito jurídico, establece la edad de dieciocho años como límite para considerar al niño menor de edad, excepto que en aplicación de una ley se considere que ha cumplido ya la mayoría de edad. De igual manera, se señalan múltiples derechos no solo subjetivos o personales, como la libertad personal, la intimidad, la vida, la libertad de asociación, sino que, a la par, se reconocen derechos sociales y colectivos. En la aplicación del derecho punitivo, la Convención prohíbe la posibilidad de que los Estados puedan imponer penas capitales o prisión perpetua por delitos cometidos por menores de 18 años de edad (art. 37.a). Así mismo, impide que puedan ser privados arbitrariamente de su libertad personal, pero que de producirse la restricción, esta deberá ceñirse a la ley y constituirá el último recurso a utilizar; en todo caso, las autoridades quedan obligadas a poner inmediatamente al menor a disposición de la autoridad competente y a garantizar sus derechos y garantías judiciales.

Por su parte, el artículo 40 de la Convención que se comenta, obliga a los Estados a reconocer dentro del ámbito punitivo, la dignidad y la función reintegradora del mismo. Con tal propósito se reconoce la importancia del principio de legalidad en virtud del cual la infracción penal imputada debe haber sido previamente fijada en la ley; así mismo, deberá garantizarse la presunción de inocencia hasta tanto no exista decisión judicial que la desvirtúe. A ello se suma que las autoridades están obligadas a dar a conocer lo más pronto posible los cargos de los que acusan al menor de edad y, correlativamente, deberán salvaguardarse la garantía de la asistencia jurídica letrada que se encargue de la defensa. No podrá tampoco obligarse al menor a declarar contra sí mismo, sin embargo, si comprende un derecho debe permitírsele que pueda interrogar testigos de cargo y a que se asegure la participación de testigos de descargo en condiciones de igualdad. También se incluyen dentro de este catálogo de medidas, el establecimiento de una edad mínima penal (art. 40.3) y la adopción de medidas diferentes al procedimiento judicial para atender a los menores involucrados en la comisión de delitos. Esto último abre el camino para que se acuda a recursos como la justicia restaurativa y el principio de oportunidad, en oposición a la aplicación del derecho penal clásico.

El 14 de diciembre de 1990, mediante Resolución 45/112 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó las directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (*Directrices Riad*), con lo cual se establece la prevención como eje central de la política criminal de los Estados. De allí se deduce que las políticas públicas han de orientarse hacia la creación de mecanismos y alternativas que sustraigan al menor de edad de los escenarios de violencia y conflictividad que los convierta en delincuentes a muy temprana edad; en este propósito han de vincularse el Estado, la familia y la sociedad. En lo que respecta a la legislación y administración de la justicia de menores, se propone a los gobiernos crear leyes y procedimientos especiales (directriz 52); a su vez, se sugiere la posibilidad de que se establezca el mediador que se encargue de supervisar la aplicación de las *Reglas de Beijing*, la *Directrices Riad* y las *Reglas para la protección de los menores privados de la libertad*, quien, además, deberá rendir un informe periódicamente sobre los avances y dificultades en la aplicación de dichas reglas. Por último, interesa mencionar las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* ("*Reglas de Tokio*"), las cuales están orientadas a trazar criterios que permitan a los Estados contemplar dentro de los

procedimientos judiciales juveniles medidas no restrictivas de la libertad, fijar su alcance, aplicación y supervisión.

Como colofón de lo anterior, del conjunto de normas internacionales comentadas se deducen las siguientes premisas: i) el principio del interés superior del menor y la búsqueda de su bienestar son definitorios en la formulación de políticas públicas (incluidas las de política criminal), principios que son reconocidos como presupuesto ontológico del proceso penal. Esto podrá notarse más adelante cuando se estudie la Ley 1098, en la que se prefiere la suspensión, interrupción y renuncia a la acción penal por encima de la aplicación del derecho punitivo, además de contemplar medidas de tratamiento diferentes a la imposición de la pena de prisión. ii) Se identifica un sistema de atención integral en el que el procedimiento penal forma parte importante del desarrollo del menor de edad, quien a la luz de esta nueva doctrina debe responder por los atentados que realice a bienes jurídicos protegidos por el legislador; no obstante, como se desprende de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la aplicación del derecho penal debe ser la última ratio, de modo que otras alternativas han de tener lugar en la atención del menor acusado de infringir las normas penales (aquí cabe mencionar el principio de oportunidad); y, iii) el proceso penal juvenil, que se caracteriza por pertenecer a una jurisdicción especializada y diferenciada del proceso penal ordinario para adultos infractores, en el que además se reconocen derechos y garantías fundamentales en cabeza del menor delincuente, tales como la presunción de inocencia, la doble instancia, el juez natural, el derecho de defensa y la no autoincriminación, entre otras.

3. Marco normativo colombiano relativo al tratamiento de menores infractores de la ley penal. Antecedentes de la Ley 1098 de 2006

Colombia ha sido consecuente con el tránsito de los dos principales sistemas de juzgamiento penal juvenil que se formaron a principios del siglo XX. No obstante, antes de hacer referencias a datos históricos relevantes, vale la pena destacar que durante el siglo XIX instituciones informales como la iglesia, la familia y la escuela eran las encargadas de educar, proteger y encaminar a los menores de edad (Holguín-Galvis); *contrario sensu*, Cabrera (2015) señala a la Ley 21 de 1850 como el primer antecedente de una institución formal que

se encargó de regular cuestiones relacionadas con los menores de edad. Esta norma acogía la tesis del discernimiento y la clasificación que había propuesto el Derecho Romano, y establecía que niño o infante era aquel que no había cumplido los siete años de edad, mientras que impúber era quien no sobrepasaba los doce años. Por su parte, menor de edad era quien no hubiese cumplido los 21 años. Este dato histórico no deja de ser importante pues la adultez, y por ende, el grado de madurez y la capacidad de discernimiento, solo era posible de adquirir después de los 21 años.

Le segunda institución formal de gran importancia fue la Ley 98 de 1920, por medio de la cual se crearon los juzgados de menores y se establecieron las casas de reforma y corrección para menores infractores de la ley penal. Dicha norma establecía que los menores de diecisiete años y mayores de siete que se vieran involucrados en la comisión de delitos o en infracciones al Código de Policía, quedaban sometidos a la jurisdicción del juez de menores y eran sustraídos del sistema de investigación y sanción aplicable a los adultos delincuentes. Así pues, se trató de un mecanismo jurídico con enfoque tutelar, pues el menor carecía de garantías en el juicio. De hecho, el juez estaba facultado para modificar el fallo atendiendo a nuevos factores como el carácter de la persona y su edad; a ello se sumaba la aplicación de un modelo correccional basado en la separación de sus padres y el internamiento en casas de reforma por tiempo indeterminado hasta que se obtuviera “el resultado de mejoramiento o de formación del sentido moral que se persigue” (Ley 98 de 1920, art. 17.e).

Sin embargo, llama la atención que se estableciera en el artículo 22 de la mencionada ley que el fallo debía ser considerado “un proceso educativo y no como una condena criminal”. Tal afirmación da lugar a pensar que el menor de edad situado en el rango de siete a diecisiete años de edad no era imputable penalmente; esto lo confirma el artículo 30 del Decreto 2300 de 1936 (Código Penal) en el que se disponía la medida de seguridad para los menores de dieciocho años de edad que incurrieran en una infracción penal. Más tarde, la Ley 83 de 1946 tampoco cambió el tratamiento jurídico respecto a los infractores de la ley, a diferencia de elevar el rango de edad hasta los dieciocho años, profundizó el modelo tutelar.

Transcurre desde entonces un periodo en el que el modelo correctivo y educativo mantiene plena vigencia hasta la expedición de la Ley 1098; no obstante, vale aclarar que

durante dicho periodo se dictaron diferentes decretos que profundizaron la tutela pública, negaron la culpabilidad del menor de edad sometiéndolo a medidas de internamiento indeterminado cuando se le encontrara responsable de infringir una norma penal. En todo caso, se hizo para destacar la creación del ICBF durante el gobierno de Carlos Lleras Restrepo, institución que hoy día cumple un papel fundamental dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Debe rescatarse dentro de esta cronología normativa el Decreto 2272 de 1989, pues en este se estableció a cargo de los jueces de menores o promiscuos de familia las infracciones penales cometidas por menores entre doce y dieciséis años de edad.

Por su parte, el Código del Menor o Decreto 2737 de 1989 representa el epílogo del paradigma tutelar (Consejo Superior de la Judicatura, 2010). En efecto, el decreto enfatizaba en la condición irregular del menor infractor y a consecuencia de ello se le sometía a medidas correccionales y de protección, así se deduce del artículo 178 en el que se establecía que los menores de dieciocho años y mayores de doce a los que se les comprobara la comisión de un delito, quedaban sujetos a la imposición de amonestaciones, reglas de conducta, libertad asistida, ubicación institucional y cualquier otra medida que contribuyera a su rehabilitación (Decreto 2737, art. 204). No sobra mencionar que bajo este sistema el menor de dieciocho años seguía siendo considerado inimputable (art. 165), incluso el artículo 34 del Decreto-Ley 100 de 1980 prescribía que los menores de dieciséis años debían someterse a jurisdicción y tratamientos especiales, al tiempo que los menores de dieciocho años no eran sujetos imputables para el derecho penal. Contrario sensu, la Ley 599 de 2000 guardó silencio respecto a la inimputabilidad por razón de la edad. Es más, recurrió a aspectos biológicos (Gómez) para definir esta categoría dogmática, además de aludir a otros como la inmadurez psicológica, alteraciones psiquiátricas y diversidad sociocultural, aclarando que los menores de dieciocho años de edad quedaban sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

Tal vez la mayor crítica que puede formularse al respecto es la expedición tardía de una ley que acogiera el criterio de la imputabilidad penal a los menores de dieciocho años; así mismo, la ausencia de un proceso penal garantista, que en desarrollo del principio del interés superior del niño formulado desde los primeros convenios que adoptó la ONU sobre el abordaje y tratamiento a los menores de edad, diera lugar a establecer mecanismos

alternativos y diferenciados del proceso penal para adultos. Todo esto evidencia una falla de la política criminal del Estado respecto al menor infractor de la ley penal, lo que puede constituirse en una de las razones que llevaron al aumento de la delincuencia juvenil.

Sin embargo, no hay que olvidar que las políticas públicas en materia criminal están orientadas a poner en práctica estrategias que disminuyan la delincuencia, que no necesariamente han de ser punitivas o retributivas. Ante todo porque en el ámbito que se viene comentando, la concepción tutelar mostró serias deficiencias y las autoridades públicas colombianas actuaron muy tardíamente a la hora de diseñar un modelo jurídico que superara o mitigara estas fallas, a pesar de que el Estado colombiano había adoptado en la década de los noventa la Convención Sobre los Derechos del Niño y contaba con la guía trazada en las *Reglas de Beijing*, las *Reglas de Tokio*, las *Reglas de la Habana* y las *Directrices Riad*.

A esta altura, vale preguntarse si estas reglas y directrices dictadas por la Organización de las Naciones Unidas relativas al abordaje y tratamiento de los menores de edad involucrados en la comisión de delitos son o no vinculantes para el Estado colombiano, es decir, si forman o no parte del ordenamiento jurídico colombiano. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-203 de 2005 dio a entender que estos estándares mínimos “tácitamente” forman parte del bloque de constitucionalidad (Suelst-Cock, 2016); en un sentido similar ha opinado Arias (2010), quien considera que estos instrumentos internacionales pueden integrarse al bloque de constitucionalidad solamente “para efectos interpretativos” (p. 56). En todo caso, no sobra mencionar que en relación con las *Reglas de Beijing*, la Corte Constitucional admitió su integración al bloque de constitucionalidad (Sentencia C-684), con lo cual quedan los jueces penales de adolescentes vinculados a aplicarlas durante el proceso de investigación y juzgamiento de los menores infractores de la ley penal.

3.1. Código de la Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 2006

La Ley 1098 fue resultado de ingentes esfuerzos que empezaron en 1995; a propósito, desde esta fecha hasta la expedición de la mencionada ley se presentaron seis proyectos de reformas

que buscaban armonizar las normas relativas al tratamiento jurídico de los menores de edad con los instrumentos internacionales ratificados por Colombia (Duque & Ramírez, 2010). El trabajo se hizo mediante la conformación de tres mesas: la primera se ocupó de desarrollar toda la parte relativa a los principios, garantías, derechos, definiciones y prevenciones; por su parte la mesa de trabajo número dos, integrada por el ICBF, la UNICEF, la OIT, la OIM y otras instituciones y organizaciones, se encargó del tema de la protección y restablecimiento de los derechos de los menores de edad, así como de las medidas para hacerlo efectivo (Duque & Ramírez). La tercera y última mesa de trabajo se ocupó de todo lo relacionado con el sistema de responsabilidad penal de los menores infractores.

Como resultado, el 8 de noviembre de 2006 se expidió la Ley 1098, cuyo fundamento principal es la protección integral del menor de edad (Gómez; Molina), presupuesto óptico que lleva a considerar al menor de edad como sujeto de derechos y obligaciones, acorde con lo cual se construye un sistema que pretende atender a toda la población juvenil de Colombia, lo cual se consagra a un sinnúmero de principios de obligatoria observancia para las autoridades administrativas, policiales y judiciales que lo conforman. Estos principios tienen un peso importante en las decisiones administrativas y judiciales que adoptan las autoridades. Sumado a lo anterior, el SRPA además de reconocer las garantías judiciales propias del proceso penal ordinario, también se caracteriza por su tendencia acusatoria, pues a diferencia de lo que acontecía en el Decreto 2737, las funciones de acusación y juzgamiento han sido asignadas a la Fiscalía y al juez, respectivamente.

El nuevo SRPA junto con toda la arquitectura internacional sobre la materia asegura la denominada “igualdad formal intrasistemática” (Gómez, p. 27), de acuerdo con la cual estas normas están orientadas a garantizar a todos los menores de edad señalados de cometer un delito, derechos y garantías. Esto implica que independientemente del delito cometido y del menor infractor, las autoridades que intervienen en el sistema deben procurar la aplicación de todas las normas y principios sin excepción; desde esta perspectiva, se justifica la formulación de un régimen legal independiente que facilite la aplicación preferente de la oportunidad en todas las fases del proceso penal juvenil, definido además por causales completamente diferentes a las diseñadas para el proceso penal ordinario.

En este sentido, uno de los aspectos más importantes del SRPA es la aplicación preferente del principio de oportunidad, lo cual obliga a que sea concebido como una regla general que termina desplazando “la judicialización del adolescente a la categoría de excepción” (Useche, p. 153). Este presupuesto, de entrada, marca una diferencia sustancial con el procedimiento penal de adultos pues en este la oportunidad es la excepción en oposición a la judicialización, regla general que caracteriza la Ley 906. A pesar de ello, y en oposición a la sugerencia que hace Gómez al aducir que el derecho penal para adolescentes “no debería diferir en grado sumo de las reglas que lo gobiernan en el ámbito del Derecho Penal Común, tanto para los efectos sustanciales como para los efectos procesales” (p. 45), se sostiene en esta tesis la existencia de una evidente contradicción intrasistemática que sumada a las pretensiones del populismo punitivo (Molina), impiden avanzar en la dirección sugerida por la Ley 1098.

En efecto, sujetar la aplicación del principio de oportunidad a las causales que fueron formuladas para el proceso penal ordinario, no deja de ser una contradicción evidente pues estas responden a otro tipo de criminalidad; además, el principio de oportunidad en el SRPA, como ya se dijo, está concebido para contribuir al interés superior del menor infractor, mientras que en el proceso penal para adultos es considerado un instrumento de política criminal que busca descongestionar los despachos penales, en tanto expresión máxima del efficientismo penal. De hecho, nada obsta para adelantar en este apartado una idea de difícil refutación: en cuanto se interprete que las causales 4^a, 5^a, y 6^a previstas en el artículo 324 de la Ley 906 establecen límites procesales que obligan la imputación previa de cargos para aplicar la oportunidad, además de desconocer el principio de preferencia y del interés superior del menor, termina contradiciendo o generando un conflicto innecesario al aplicar el artículo 34 de la Resolución 4155 en el que se dispone que “El principio de oportunidad se aplicará preferiblemente antes de formular imputación”.

Esta idea y otras más, relacionadas con la contradicción intrasistemática serán desarrolladas en el capítulo tercero; por el momento, es suficiente señalar que la Ley 1098, ha previsto la oportunidad como regla general; sin embargo, su aplicabilidad debe orientarse siempre al aseguramiento de interés superior del menor de edad. No obstante, esto no descarta que la Fiscalía pueda rehusarse a aplicar la oportunidad en cualquiera de sus modalidades

cuando advierta que el mismo no contribuye a la consecución del mencionado principio o advierte una afectación mayor a los intereses de la víctima. Así pues, que sea una regla general no quiere decir que no admita excepciones, las cuales procederán según las circunstancias de cada caso en particular.

4. El principio de oportunidad en el proceso penal juvenil visto desde el derecho comparado

4.1. El principio de oportunidad en el proceso penal juvenil chileno

Muy brevemente se expone en este apartado lo relativo a la adopción y aplicación de la oportunidad en el proceso penal juvenil comparado. Con esto busca evidenciarse las diferencias de estos ordenamientos foráneos con la Ley 1098. Así pues, el tratamiento jurídico a los menores de edad infractores de la ley penal no ha sido exclusivo de Colombia; en efecto, en Chile se promulgó el 28 de noviembre de 2005 la Ley 20084 por medio de la cual se estableció un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. Esta ley establece en el artículo 35 que para la aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 170 del Código Procesal Penal “los fiscales tendrán en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado”, a lo que debe sumarse la pena resultante al aplicar el artículo 21 de la mencionada ley.

Esta ley, como puede verse, al igual que lo hace la Ley 1098, remite la oportunidad a los criterios previstos en el Código Procesal Penal (Ley 19696, 2000); sin embargo, se diferencian en que el artículo 170 del código austral comparado con el artículo 324 de la Ley 906, se limita a mencionar que la no iniciación o renuncia a la acción penal será posible cuando el hecho no comprometa gravemente el interés público, excepto cuando la pena mínima prevista para el delito exceda la de presidio o reclusión; por el contrario, la norma colombiana establece un sinnúmero de causales que no solo tienden a repetirse sino que han

sido diseñadas pensando en una criminalidad más dura y por ende incompatible con la criminalidad juvenil.

El segundo elemento a destacar, es el referido al presupuesto óptico del principio de oportunidad. En efecto, en la Ley 20084 se utiliza una redacción que deja un amplio margen de discrecionalidad al fiscal, quien deberá evaluar la incidencia que tenga en la vida futura del menor la aplicación de la oportunidad, es decir, el principio de interés superior del menor constituye un principio rector de la ley, al punto que el artículo segundo de esta ley establece que en lo referido, tanto a las actuaciones judiciales o administrativas, en todo su conjunto “relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”; sin embargo, la redacción de la norma es ambigua a la hora de enfatizar en dicho principio. Así pues, mientras en Colombia se afirma sin ambages que la aplicación preferente de la oportunidad busca asegurar el interés superior del niño, en Chile, la norma además de no hacer mención alguna al carácter preferente, deja a la “subjetividad de los actores del sistema” (Colihuil, 2012, p. 38) su aplicación.

4.2. El principio de oportunidad en el proceso penal juvenil de Costa Rica

La Ley de Justicia Penal Juvenil (7576 de 1996), acoge un modelo de protección integral y reconoce el interés superior del menor, su formación integral y la protección familiar y social como principios rectores del sistema. En lo que interesa a este trabajo, el artículo 29, literal g, de la mencionada ley, radica en cabeza del Juzgado Penal Juvenil la revisión y homologación de la decisión que haya tomado el Ministerio Público de aplicar el principio de oportunidad. No obstante, el artículo 56 de la norma señala que los funcionarios del Ministerio Público “podrán solicitar al Juez que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal; la limite a una o varias infracciones o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho”, siendo facultativo para la Fiscalía aplicar o no la oportunidad.

En este punto es preciso destacar la diferencia sustancial con respecto a la norma local, pues en aquella el principio de oportunidad se aplica sin el criterio de preferencia que distingue el artículo 174 de la Ley 1098. Incluso, la redacción de la norma sugiere que la oportunidad no es un principio rector del sistema y por ello queda a merced de la voluntad del fiscal. También es menester enfatizar que en el proceso penal juvenil la oportunidad es autónoma e independiente al proceso penal ordinario, pues se establecen cuatros eventos en los que el Ministerio Público puede renunciar total o parcialmente a la persecución penal o limitarla a determinados delitos, a saber: i) cuando se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad y sin interés público; ii) el menor de edad aporte información eficaz que ayude a esclarecer el hecho, evite la consumación de otros delitos o permita identificar a otros partícipes; iii) el menor de edad haya sufrido a consecuencia del delito un daño físico o moral grave, y iv) la sanción a imponer sea de escasa relevancia frente a la sanción ya impuesta. La norma que viene comentándose (art. 56), también contempla la posibilidad de que el juez juvenil de oficio pueda aplicar la oportunidad; no obstante, para que ello sea posible se requiere que el fiscal conceptúe a favor.

Por lo tanto, el principio de oportunidad en el sistema de justicia penal juvenil no ha sido acogido por algunos países de la región. A título de ejemplo, en Ecuador y México si bien el interés superior del menor y su protección integral, son principios rectores del sistema, la oportunidad ha quedado excluida como alternativa diferente al *ius puniendi* para resolver la situación jurídica de los menores de edad involucrados en la comisión de delitos, lo que no deja de ser paradójico, pues dicho instrumento ha sido aceptado en el procedimiento penal para adultos.

Balance

El tratamiento jurídico a los menores de edad en Colombia no ha sido ajeno a la doctrina de la situación irregular y de la protección integral, pues durante más de una centuria primó un sistema basado en la condición irregular del menor. Por su parte, las instituciones formales como informales creadas, se orientaron a la protección y corrección del infractor juvenil. Esto dio lugar a que el menor infractor no fuera objeto de sanción penal. Dicha tendencia se

mantuvo incluso a hasta el presente siglo obviando las importantes normas, reglas y directrices que había dictado la Organización de las Naciones Unidas, varias de las cuales habían sido adoptadas por el Estado colombiano. Sin embargo, el punto de quiebre lo constituyó la Ley 1098, de la cual se rescata el desplazamiento de la judicialización del menor infractor a cambio de la aplicación preferente del principio de oportunidad.

Por su parte, la acogida de la oportunidad como regla general dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, guarda coherencia con la regla 11.1 de Beijing y el artículo 40.3 de la *Convención Sobre los Derechos del Niño*; no obstante, se formula como crítica la evidente contradicción intrasistemática, pues su aplicabilidad está determinada por los criterios de oportunidad definidos para el proceso penal ordinario, punto en el que la Ley 1098 se aproxima al Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal de Chile y se distancia de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. La primera es igualmente dependiente del régimen previsto para los adultos delincuentes y la segunda cuenta con causales propias que han sido diseñadas teniendo en cuenta la criminalidad juvenil.

Por último, en el capítulo que sigue se hará referencia a la dependencia de la oportunidad del régimen jurídico previsto para aplicar la oportunidad a los adultos delincuentes. Es preciso destacar que en opinión del profesor Gómez, las diferencias que distinguen la aplicación de la oportunidad en los dos regímenes procesales penales están determinadas por cuestiones meramente procesales mas no por la operatividad de las causales. Pero esta postura no es compartida en este trabajo, puesto que, y ese será el propósito del siguiente capítulo, la aplicación de la oportunidad en el SRPA se “ha visto afectada por inconsistencias intrasistémicas y por las crecientes arremetidas del populismo punitivo” (Molina, p. 61). Sin dudarlo, el populismo punitivo ha impedido la construcción de un régimen legal propio de la oportunidad que se aparte de la complejidad que hoy caracteriza el sistema penal ordinaria, así que no se trata, entonces, de un asunto meramente formal.

Capítulo tercero

Aplicación preferente del principio de oportunidad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Procedimiento y análisis de las causales

En este apartado, se expondrán las razones que explican por qué la arquitectura jurídica interna es insuficiente para aplicar la oportunidad como principio preferente y rector del SRPA; así que podrá evidenciarse lo que aquí se ha denominado *contradicción intrasistemática*, es decir, que no es posible aplicar preferentemente la oportunidad si el sistema depende de las causales y reglas de procedimiento que han sido diseñadas para una criminalidad diferente a la que caracteriza a la delincuencia juvenil.

En este sentido, podrá verse, a título de ejemplo, que existen causales que al ser interpretadas literalmente, por ejemplo causal 4^a, 5^a y 6^a, art. 324, dificultan la aplicación preferente del principio, toda vez que exigen la ejecución de actos procesales previos para que pueda avalarse el principio por parte del juez de control de garantías (formulación de imputación o acusación). Sumado a esto, la Resolución 4155 le resta autonomía a los fiscales al someter la aplicación de la oportunidad a un engorroso trámite administrativo, lo que puede dar lugar a que estos funcionarios desistan de preferir la aplicación de este instrumento de la política criminal. Como elemento adicional y para respaldar lo dicho, se mostrarán algunas cifras relacionadas con la aplicación del principio en el SRPA, seguidas de una propuesta al final de un régimen propio que facilite su aplicación, de modo que su condición de principio rector no quede en entredicho.

1. El carácter preferente de la oportunidad en la Ley 1098 de 2006

Constantemente el Estado se ve obligado a diseñar y poner en práctica políticas criminales que tienen por finalidad enfrentar determinadas expresiones de la criminalidad (Montalvo, 2015); es así como en el caso de la delincuencia juvenil, la Ley 1098 propone un Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes que privilegia la aplicación del principio de

oportunidad, incluso, por encima de otras alternativas como la conciliación y la reparación de los daños.

En efecto, si bien el artículo 178 de la mencionada ley ordena a las autoridades a facilitar esta clase de arreglos en el marco de la justicia restaurativa, al señalar la aplicación preferente de la oportunidad como principio rector, reconoce a este instrumento de la política criminal como presupuesto esencial del SRPA. De manera que como consecuencia releva la alternativa de la conciliación y la reparación, situación que puede explicarse así: esta última forma de arreglo no es aplicable a todas las conductas punibles, pues depende de la voluntad de las partes, incluso para que pueda darse inicio a la acción penal (Guerrero, 2011). Mientras tanto la aplicación de la oportunidad depende de la discrecionalidad del fiscal, quien deberá sujetarse a la reglamentación vigente sobre la materia, de ahí que se le denomine discrecionalidad reglada (Corte Constitucional, Sentencia C-095; Aponte, 2010; Mestre, 2011) o sujeta a “criterios de objetividad” (Lamadrid, p. 25). Por tanto, se trata de una especial característica que condiciona la actividad de la Fiscalía, pues esta debe aplicar la oportunidad dentro del marco jurídico desarrollado, con lo cual confirma la vigencia del principio de legalidad.

En sentido contrario a la posición de Medina et al., quienes sostienen que el artículo 250 de la Constitución Política no permite deducir que la oportunidad sea una alternativa excepcional, en este trabajo se opina que el artículo 174 de la Ley 1098, al establecer la aplicación preferente de la oportunidad, revierte la regla prevista en el proceso penal ordinario, toda vez que su condición de principio de rector del SRPA implica que deja de ser excepcional para convertirse en regla general, puesto que lo “excepcional [es] la obligación de llevar adelante la judicialización del menor de edad” (Gómez, p. 47; Useche). Por lo tanto, el enfoque de la política criminal en uno y otro sistema no es equivalente. En efecto, en el proceso penal ordinario la oportunidad está orientada a la descriminalización de los delitos de bagatela, a facilitar la reparación integral y a mejorar los indicadores de rendimiento de la administración de justicia (Montalvo). A contrario sensu, en el proceso penal juvenil, se trata de un presupuesto que obliga a las autoridades a preferirlo como alternativa de solución, como quiera que de esta manera se aseguran intereses constitucionales superiores como la igualdad y el interés superior del menor (Bedoya et al.).

Desde esa perspectiva, el principio de oportunidad es un mandato de optimización en el SRPA (Medina et al.), lo que obliga a la Fiscalía a relegar la judicialización del menor infractor, alternativa que además de ser válida dentro de la arquitectura jurídica internacional (*Reglas de Beijing y Convención Sobre los Derechos del Niño*), se precia de ser una herramienta que contribuye al desarrollo integral del menor de edad que infringe la ley penal. Es más, de acuerdo a la definición de Robert Alexy, debe recordarse que los principios tienen la propiedad de ordenar, hacer algo en la mayor medida posible; esto se traduce en que el principio de oportunidad debe conservar su posición de principio rector del SRPA y por ello mismo ha de ser la regla general para los fiscales, a menos que, como lo señala el inciso 2° del artículo 174 de la Ley 1098, su aplicación pueda generar peligros para la vida e integridad física del adolescente, riesgos que son deducibles de la aplicación de las causales 4ª y 5ª del artículo 324 de la Ley 906.

Entonces, al ser un mandato de optimización, necesariamente el principio de oportunidad en el SRPA puede dar lugar a la confrontación con otros principios, escenario en el que tendría que aplicarse la metodología de la ponderación (Acuña) para resolver dicho conflicto. Sobre este particular, es pertinente indicar que la Corte Constitucional en Sentencia T-142, resolvió el conflicto suscitado por la aplicación del principio de oportunidad a un menor de edad acusado de cometer el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. El caso es el siguiente: un menor de 18 años de edad fue denunciado por sostener relaciones sexuales con una menor de 14 años. En desarrollo de la actuación la Fiscalía solicitó al juzgado Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantía avalar la aplicación del principio de oportunidad. En primera y segunda instancia se impartió legalidad al principio de oportunidad; no obstante, el representante del Ministerio Público interpuso acción constitucional de tutela contra las autoridades que avalaron el principio de oportunidad al considerar que ello no era posible debido a la prohibición contenida en el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia que impide el acceso a estos beneficios para quienes cometan agresiones sexuales contra menores de edad. Como resultado, la tutela fue negada en primera instancia, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión amparada en el derecho fundamental al debido proceso de la menor víctima, al considerar que las autoridades que avalaron la aplicación de la oportunidad habían incurrido en un defecto sustantivo por cuanto no habían tenido en cuenta el artículo 199 de la Ley 1098, cuyo alcance

impide la interrupción, suspensión o renuncia a la acción penal cuando la víctima es una menor de edad.

El alto tribunal constitucional precisó que la tensión normativa aparente entre el artículo 199 de la Ley 1098, que impide otorgar beneficios a los agresores sexuales sin hacer distinción en su edad, y el artículo 174 de la misma norma en el que se privilegia la aplicación del principio de oportunidad, debe resolverse atendiendo la residualidad del *ius puniendi*; es decir, en cuanto el mismo sistema reconozca la aplicación preferente de la oportunidad como principio rector del SRPA, no cabe aplicar la mencionada prohibición, pues la privación de la libertad es excepcional. A ello se suma que la oportunidad opera dentro del sistema como principio y no como regla (Acuña; Corte Constitucional, Sentencia T-142), y este, como se dijo anteriormente, constituye un mandato de optimización que obliga a todas las autoridades judiciales a hacer todo lo posible para que se cumpla.

Sin embargo, la postura de la Corte Constitucional es completamente diferente a la esgrimida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, corporación que en el caso que se comenta justificó la protección de los derechos de la menor víctima aduciendo que la remisión que hacen los artículos 144 y 151 de la Ley de Infancia y Adolescencia a la Ley 906, genera que la prohibición del artículo 199 sea aplicable en ambos sistemas:

El argumento de que esa disposición es aplicable exclusivamente para delitos cometidos por adultos, no por adolescentes, con sustento en que alude a procedimientos reglados en la Ley 906 del 2004, cuyos destinatarios son los mayores de edad, no se muestra de buen recibo, en tanto desconoce que la Ley 1098 se implementó con fundamento en que el trámite a seguir para juzgar a los adolescentes sería el previsto en aquella, resultando irrefutable que el Estatuto para la Infancia y la Adolescencia se integra, en cuanto a las formas del juicio, con la Ley 906 del 2004.

Basta reseñar los artículos 144 y 151 de la Ley para la Infancia y la Adolescencia, para encontrar que la Ley 906 del 2004 es aplicable no solo en virtud de la regla genérica de integración, sino por expreso mandato de su legislador, con lo cual queda sin sustento la tesis de que el artículo 199 de la Ley 1098 es aplicable exclusivamente a mayores de edad por hacer alusiones a la 906 del 2004.

Así, dar cabida al artículo 199.8 del Código de la Infancia y Adolescencia, no solo no comportó una aplicación indebida, sino un deber que el juez no podía eludir. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia STP2959, 2018)

Así pues, el criterio antes citado merece tres comentarios. En primer lugar, se confirma la tesis de la inconsistencia intrasistemática en la aplicación del principio de oportunidad, pues la remisión a la Ley 906 traslada su rigidez al proceso penal para adolescentes, cuya principal característica de acuerdo con normas internacionales es evitar que el menor sea llevado a instancias judiciales. También que la Corte Suprema de Justicia, en el caso que se analiza, se equivocó al trasladar la prohibición al menor de edad señalado de cometer la agresión sexual, desconociendo la rectoría que ejerce el principio de oportunidad en el último de los sistemas. Así mismo, la metodología de la subsunción aplicada por la alta corporación se contrapone a la de la ponderación que aplicó la Corte Constitucional al revisar el fallo de tutela. En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia con su decisión refuerza la idea de que el principio de oportunidad en el SRPA no opera como principio rector, sino que, al igual que sucede en el proceso penal ordinario, tiene límites que no están propiamente relacionados con el interés superior del menor y la prevalencia de sus derechos fundamentales. En tercer lugar, se confirma la necesidad de establecer un régimen propio e independiente del principio de oportunidad en el SRPA.

De otra parte, y al margen de la opinión de Medina et al., el principio de oportunidad en el proceso penal para menores de edad infractores de la ley penal no solo es una característica definitoria de la política criminal para adolescentes, sino que, y esto es lo fundamental, su aplicación no queda sujeta a la excepcionalidad como sí acontece en el procedimiento penal ordinario. Al contrario, las autoridades han de preferir la suspensión, interrupción o renuncia a la acción penal en la medida que una de estas alternativas contribuya al interés superior del menor. Así pues, en el esquema procesal penal que se analiza, la oportunidad tiene una doble condición (Acuña): por un lado, opera como una obligación para las autoridades, quienes han de aplicarla preferentemente; y por el otro, es un principio rector del sistema que exige su realización, excepto, cuando el menor objeto de la persecución penal se encuentra en riesgo.

2. La importancia del principio de oportunidad de cara a asegurar el interés superior del niño

En opinión de Llobet (2017), el interés superior del niño ha estado presente en los dos últimos sistemas de tratamiento jurídico a los menores de edad, es decir, su presencia puede advertirse tanto en el sistema tutelar como en el de protección integral. Tiene toda la razón el autor porque en Colombia los dos últimos códigos relativos a los menores de edad (Decreto 2737 y Ley 1098), reconocieron la importancia de este principio, al punto de convertirlo en la guía principal para la toma de decisiones adoptadas por las autoridades; sin embargo, la diferencia a subrayar es que, en este último sistema, el principio está dotado de contenido que lo convierte en el eje de todo el abordaje al menor, incluso, en el ámbito del derecho punitivo. No obstante, la definición de este principio parece ser una tarea no muy fácil, al menos si se le trata como un concepto jurídico general e indeterminado (Aguilar, 2008; Ravetllat). Por tal razón, en este apartado se intenta brindar una noción no muy rígida de este principio para buscar con ello justificar la importancia de la oportunidad en su desarrollo.

Así pues, el interés superior del niño no debe su origen a las convenciones que ha suscrito la Organización de las Naciones Unidas sobre el abordaje y tratamiento jurídico a los menores delincuentes o en situación de abandono o desprotección, incluso, su incursión en el derecho punitivo como principio rector es reciente. Los antecedentes más cercanos de este principio se ubican en el derecho de familia (Llobet), más concretamente, en la *Sentence Blisset* proferida a finales del siglo XVIII en Estados Unidos, en la que se afirmó “*if the parties are disagreed, the Court will do what shall appear best for the child*” (García-Lozano, 2016, p. 133), que traduce que ante la falta de acuerdo de las partes la Corte decidirá lo mejor para el niño. Aunque no se indica qué debe entenderse por intereses superior del niño, lo cierto es que la sentencia dio paso a este principio que luego se positivizó, tanto en instrumentos internacionales como en las legislaciones de los Estados que acogieron la *Convención Sobre los Derechos del Niño*.

Por tanto, definir el interés superior del niño no es una tarea fácil de realizar. De hecho, hay quienes opinan que este tiene una doble connotación, pues por un lado se trata de un principio, y por el otro, de un derecho subjetivo (García-Lozano). Otros autores (Aguilar

o Ravetllat), en cambio, se refieren a este como una categoría jurídica inacabada, es decir, indeterminada (García-Lozano), y por ende en proceso de construcción. Perspectivas diferentes que, sin embargo, no darían lugar a cuestionar el contenido de dicha cláusula, es decir, aun cuando no exista una noción uniforme de lo que ha de entenderse por interés superior del niño, lo cierto es que esta cláusula sí posee un contenido material que obliga y direcciona las decisiones que adoptan las autoridades que intervienen en los procesos de familia, administrativos o judiciales en los que se ven involucrados menores de edad.

Pero el interés superior del niño o niña no puede entenderse como una cláusula vacía que nos permita justificar de forma mágica, cualquier determinación frente a esta población. En ningún caso, de lo que el funcionario o funcionaria de forma individual considere como “lo mejor” para el niño o niña. El interés superior del niño o niña debe comprenderse como la realización efectiva de todos sus derechos de forma armónica, de tal manera que se superen las condiciones de vulneración o violación de sus derechos. (Acuña, p. 74)

Así pues, aunque se reconoce un contenido material a la cláusula del interés superior del niño, se desconoce su alcance, o mejor dicho, su poder cuando se ve enfrentado a otros principios. Ante este escenario, y sin desconocer las críticas que se han formulado a la teoría de la ponderación (Bernal, 2007), se sugiere aplicar esta metodología para resolver estos eventuales conflictos (Acuña). Incluso, así lo han comprendido la Corte Constitucional (Sentencia T-124, 2019) y la Fiscalía General de la Nación al establecer que “El test de proporcionalidad en la aplicación del principio de oportunidad en los casos del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, atenderá las especiales circunstancias y necesidades de los responsables, en virtud del principio del interés superior del niño” (Resolución 4155, art. 2º). Entonces, a pesar del importante peso que tiene el principio, en situaciones especiales y ante colisiones con otros principios, habrá que acudir a la ponderación, incluso, para aplicar o negar la oportunidad.

Precisado lo anterior, el interés superior del niño puede ser entendido como una cláusula que exige a las autoridades proteger preferentemente al niño o adolescente, incluso por encima de los intereses de los padres. De tal forma que se trata de una visión “infantocéntrica” (López-Contreras, 2015) que antepone los intereses del menor a los derechos de las demás personas, pues todo gira alrededor de asegurar su bienestar material y espiritual. En ese mismo sentido, el artículo 44 de nuestra Constitución Política es muy

cercana a esta concepción al establecer la primacía de los derechos del menor sobre los derechos de los demás. Por su parte, el artículo 8° de la Ley 1098 define el interés superior del niño como un imperativo que obliga a las autoridades a lograr la satisfacción “integral y simultánea” de todos sus derechos humanos, lo que lleva a cuestionarse si la renuncia a la sanción penal tiene o no relación con esta satisfacción. Frente a este punto, en este trabajo se considera que el tratamiento punitivo también forma parte del desarrollo integral del menor. De hecho, la privación de la libertad producto de la pena de prisión impuesta puede tener efectos negativos en la vida del menor y su relación con la sociedad. Así, mientras la pena de prisión tiene la propiedad de aislar a la persona, la oportunidad, brinda al menor infractor la posibilidad de reconciliarse con la víctima, el Estado y la sociedad en general.

De otra parte, García-Lozano define el interés fundamental como un principio “jurídico interpretativo fundamental” (p. 140), con lo cual da a entender que la aplicación de una norma en un caso determinado debe considerar la satisfacción de los intereses del menor. Sobre este particular, el artículo 174 de la Ley 1098 y la Resolución 4155 son claros en exigir a las autoridades que aseguren mediante la aplicación de la oportunidad la satisfacción de estos intereses; inclusive, el artículo 9° de la misma ley proporciona un criterio de solución frente a los conflictos que se presentan entre los derechos del menor de edad y los de otras personas como consecuencia de la adopción de medidas administrativas, judiciales o de otra naturaleza.

Por tanto, en el ámbito del derecho penal, y en virtud de este principio, se propone reconocer derechos o garantías adicionales a los menores en comparación a las atribuidas propiamente a los mayores que delinquen (Llobet). La aplicación preferente del principio de oportunidad en el SRPA puede interpretarse como una ventaja y un elemento diferenciador de ambos sistemas, pues la persecución penal pasa a un segundo plano, resultado que no se espera en el proceso penal ordinario al ser la oportunidad una excepción extremadamente reglada. Esto justifica la importancia del principio de oportunidad en la tarea de asegurar los intereses del menor; sin embargo, el problema surge cuando su aplicación queda sujeta a las reglas del Código de Procedimiento Penal, cuestión que será puesta en evidencia más adelante.

3. Análisis de las causales de la Ley 906 de 2004 para la aplicación de la oportunidad en el procedimiento penal juvenil

El artículo 144 de la Ley 1098, si bien mantiene indemne las reglas especiales de procedimiento establecidas por el legislador para la investigación y juzgamiento de los menores delincuentes, subordina todo lo demás a las normas consagradas en la Ley 906, entre otras, la aplicación del principio de oportunidad. En efecto, el artículo 174 de la mencionada ley a pesar de referir la aplicación preferente de la oportunidad no establece las causales que darían lugar a esta alternativa. Ante este vacío los fiscales deben acudir a la Ley 906 para establecer en casos particulares cuáles de las causales previstas en el artículo 324 han de aplicar.

Por eso, antes de abordar el análisis de las causales y las posibles dificultades de su aplicación, es menester recordar que el artículo 175 de la ley que se comenta brinda a la Fiscalía la potestad de renunciar a la acción penal que se sigue contra menores de edad que hayan participado en los delitos cometidos por grupos armados al margen o que tuvieren una participación directa o indirecta en las hostilidades llevadas a cabo por dichos grupos. La norma en su redacción, como acertadamente lo comenta el profesor Gómez, adolece del debido tecnicismo jurídico al emplear la categoría de la participación cuando se sabe que en esta forma solo caben los determinadores y los cómplices. Esta deficiencia puede dar lugar a interpretaciones que eventualmente pueden restringir la aplicación de la oportunidad, a menos que, en aplicación del artículo 327 del CPP también los partícipes puedan beneficiarse de la oportunidad, pues no existe norma que limite el beneficio únicamente a los autores. Así que según al contenido del artículo 175, para que la renuncia a la acción penal resulte posible, se requiere que:

1. Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.
2. Se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad.

3. Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social.
4. Se confirme que el adolescente fue llevado a la realización del delito por la fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento.

En estos casos, la aplicación de la oportunidad no es una obligación sino que corresponde a una potestad que puede o no ser atendida por la Fiscalía, por cuanto la norma refiere que la Fiscalía General de la Nación “podrá” renunciar a la acción penal, con lo cual, la discrecionalidad se amplía suficientemente. Entonces, lo más lógico debe ser que en atención al carácter preferente y el interés superior del niño, una vez se logre constatar cualquiera de las circunstancias que el artículo prevé, sea un imperativo para la Fiscalía aplicar el principio, al igual que sería la aprobación para el juez de garantías. Ahora bien, las condiciones establecidas por el legislador están relacionadas con la exposición del menor de edad a la violencia sin importar el contexto en el que esta haya sido generada. Es decir, la vinculación pudo haberse producido como consecuencia de maltrato intrafamiliar, de violencia callejera o de la ejercida por grupos armados que recurren al miedo para forzar el ingreso de los menores a sus filas.

La marginación social, cultural o económica al igual que las condiciones en las que se encontraba el menor, también constituye una razón para aplicar la oportunidad cuando este ha formado parte de grupos armados ilegales. Estas condiciones especiales responden a lo que Montalvo denomina estado de necesidad, es decir, un estado de ánimo que influenciado por factores sociales, culturales y familiares conduce al menor a involucrarse con actores armados ilegales. El Estado, entonces, en una especie de *mea culpa* entiende que ante estas especiales circunstancias el *ius puniendi* debe ceder para dar lugar a la aplicación de un instrumento que contribuye al desarrollo integral del menor, o al menos, pretende con ello remediar en parte el daño que ha generado al propiciar en determinados casos la marginación social y económica de la población juvenil.

Se trata, como se ve, de un régimen propio en el que se incluyen especiales circunstancias que no generarían dificultad a la hora de aplicar la oportunidad. En todo caso la crítica que cabe hacer es a la amplia discrecionalidad con la que cuenta la Fiscalía para renunciar a la acción penal, lo que representa una contrariedad con respecto a lo señalado en

el artículo 174, que establece la aplicación preferente de la oportunidad como principio rector del SRPA. También que tal y como lo pone de presente Acuña, las condiciones indicadas en los numerales 1°, 2° y 3° no darían lugar a la aplicación de la oportunidad, pues estas corresponden a circunstancias excluyentes de responsabilidad (CP, art. 32, num. 8° y 11) que generarían a favor del menor de edad la preclusión de la investigación. Tampoco hay que olvidar que la oportunidad según se desprende del artículo 250 superior exige que exista delito para que pueda ser aplicable o de lo contrario se estarían afectados derechos y garantías fundamentales.

De no entenderse que el Principio de Oportunidad exige, para su aplicación que se esté frente a una conducta punible y que no concurra una causal de ausencia de responsabilidad, se estaría dando paso a lo que se ha denominado “fraude de etiquetas” en desmedro de postulados constitucionales, tal como se explicó en este trabajo con especial énfasis en un sistema de responsabilidad penal de adolescentes que se ha de caracterizar por su carácter fragmentario, mínimo y de última ratio. (Bedoya et al., p. 260)

Por otra parte, el profesor Gómez, refiriéndose a los numerales 1°, 2° y 3° del artículo 175 de la Ley 1098, señala que estos deben comprenderse dentro del llamado error de prohibición vencible e invencible. El primero daría lugar a aplicar la oportunidad, mientras que el segundo conllevaría al archivo de la investigación. Aunque le asiste razón al académico colombiano al formular la relación de los tres numerales con el error de prohibición, debe aclararse e indicar que en el evento de que la oportunidad se vaya a aplicar en una fase posterior a la formulación de imputación, y se constate que el menor de edad incurrió en un error de prohibición invencible, el fiscal debe demandar la preclusión de la actuación penal ante el juez de conocimiento, pues el archivo corresponde a una orden que adopta la Fiscalía en la fase de indagación preliminar cuando carece de elementos que le permitan corroborar la existencia del delito, orden que puede ser revocada en caso de que surjan nuevos elementos materiales probatorios.

Es de agregar que en el procedimiento penal ordinario se había dictado una causal que admitía la oportunidad para los desmovilizados de grupos armados al margen de la ley; sin embargo, esta fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional al considerar que implicaba la ausencia de investigación y juzgamiento de graves violaciones tanto de los

derechos humanos como del Derecho Internacional Humanitario (Sentencia C-936, 2010), lo cual no es admisible ni siquiera en la justicia transicional.

Ahora bien, de regreso al estudio de las causales previstas en la Ley 906, y siguiendo el análisis que al respecto proponen Bedoya et al., se pueden anticipar dos conclusiones fácilmente comprensibles: la primera, cuya sugerencia es que las causales aplicables son repetitivas, es decir, sobre una misma materia existen varias hipótesis que darían lugar a la oportunidad. A título de ejemplo, pueden mencionarse las causales 1ª, 6ª, 9ª, 10, 11, 12, 13, 14 y 15, que se refieren a la menor gravedad del injusto o de la culpabilidad (Velásquez); mientras que la segunda conclusión permite afirmar que no todas las causales de la Ley 906 tendrían aplicabilidad en el SRPA, con lo cual surge la necesidad de establecer por cada materia una única causal que reúna todos los supuestos que faciliten su aplicación.

En general, las causales se podrían estudiar así:

Causales 1, 7 y 14: espacios de justicia restaurativa.

Los instrumentos internacionales apuntan reiteradamente a la búsqueda de mecanismos alternativos de la solución de los conflictos de los jóvenes que han incurrido en conductas penalmente relevantes. Este propósito se ve colmado cuando el Principio de Oportunidad, como se explicó previamente, permite agotar alternativas a la judicialización, lográndose, además, considerar los intereses de las víctimas.

Causales que podrían recogerse en el SRPA en una sola, ya que resultan coherentes con la regla 11 de Beijing que contempla la remisión de los casos a otras autoridades diferentes a las judiciales, lo que se suma a la discrecionalidad conferida a las autoridades para resolver el caso. En ese sentido, los comentarios a la regla confirman lo dicho:

La remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y

otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo.

Como se prevé en la regla 11.2, la remisión puede utilizarse en cualquier momento del proceso de adopción de decisiones por la policía, el Ministerio fiscal u otros órganos como los tribunales, juntas o consejos. La remisión pueden realizarla una, varias o todas las autoridades, según las reglas y normas de los respectivos sistemas y en consonancia con las presentes Reglas. No debe limitarse necesariamente a los casos menores, de modo que la remisión se convierta en un instrumento importante. (Oficina de la Naciones Unidas contra el Delito y la Droga)

Causales 2ª y 3ª: las cuales establecen supuestos de colaboración con autoridades extranjeras:

Se trata de casos en los que un nacional es entregado en extradición. Estos eventos no aplican al SRPA, pues la extradición de menores no está prevista en la legislación colombiana, por lo que no parece razonable que en ausencia de ello se entregue a otro país a un menor de edad señalado de cometer un crimen en territorio extranjero. A ello se suma que un sector de la doctrina entiende que la extradición del menor impediría la consecución de los fines previstos por el sistema de responsabilidad penal juvenil, además de ser contrario a lo señalado en el numeral 1º del artículo 9º de la *Convención sobre los Derechos del Niño* que prohíbe que los menores sean separados de sus padres, a menos que ello sea necesario para su propio interés superior (Bedoya et al.).

Causales 10 y 13: mínima lesividad

En los respectivos apartados se realizó el análisis sobre los elementos estructurales de estas causales, que tienen como rasgo común su soporte en la afectación poco significativa del bien jurídico. Al respecto cabe añadir que en el contexto internacional se ha hecho énfasis en la necesidad de buscar soluciones alternativas al conflicto derivado de la conducta punible cometido por un niño o una niña; obligación que se acentúa cuando el daño ocasionado pueda catalogarse de menor gravedad. 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 cometan 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”. Por ende, lo que se evitará será la exposición en juicio y el correspondiente reproche familiar y/o social que implica un fallo condenatorio.

Causales 12 y 15: menor culpabilidad

A lo largo de este trabajo se ha indicado que algunas causales de Principio de Oportunidad están basadas en una culpabilidad o un reproche de consideración menor. Si dichas causales son aplicables a los adultos, lo son mucho más a los adolescentes, por las razones que se indicarán a continuación. Entre los elementos que conforman la categoría dogmática de la culpabilidad, se encuentra la capacidad de comprensión del injusto y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Esto es lo que se denomina imputabilidad. Más allá de la diferenciación terminológica que algunos autores han atribuido a los conceptos de imputabilidad disminuida o semiimputabilidad, lo cierto es que el Código de la Infancia y la Adolescencia admite la existencia de una responsabilidad pasible de ser radicada en cabeza del adolescente, por lo que debe centrarse la atención en la intensidad del juicio de reproche que puede hacersele a un menor de cara a establecer las consecuencias penales de su conducta. Frente a este tema resultan útiles los aportes del profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni: “Reconociendo esos grados, queda claro que debe aceptarse que hay sujetos que tienen capacidad psíquica de culpabilidad, pero que ésta se halla disminuida en comparación con otro que hubiese podido cometer el mismo injusto, pues siempre la culpabilidad se determina por las circunstancias (que son sus circunstancias), de las que también forman parte sus propias condiciones físicas y psíquicas. Cada sujeto en cierto momento tiene un particular ámbito de autodeterminación, que nunca es idéntico, no sólo en relación con dos

personas, sino también respecto de la misma persona en cuanto a la realización de conductas diferentes, o incluso de la misma acción en momentos distintos”. También debe considerarse que la naturaleza humana no funciona en términos de exactitud matemática. Para explicarlo con más claridad, podría aludirse como ejemplo que la capacidad de comprensión no varía sustancialmente entre quien tiene 13 años y 364 días de edad, respecto de aquél que acabó de cumplir 14. No se amanece tan maduro como para poder pasar de un estado de inimputabilidad absoluta, a una responsabilidad penal atenuada, por un aspecto puramente cronológico, sin consideración a sus condiciones personales. De hecho, buena parte de la doctrina distingue niveles de semiimputabilidad, clasificándolos en dos niveles que van de los 14 a los 16, y de los 16 a los 18 años, tal y como se indicó en páginas anteriores. Para los primeros, el juicio de reproche de culpabilidad ha de ser menor que para los segundos.

Cooperación con la justicia. Causales 4, 5 y 18

Estas causales presentan algunas dificultades para su aplicación en el SRPA; a modo de ejemplo, las causales 4ª y 5ª obligan al menor de edad a aportar información para desvertebrar organizaciones criminales o que se comprometa a servir como testigo de cargo, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el artículo 176 de la Ley 1098 de 2006 prohíbe la utilización de entrevistas o de jóvenes involucrados en el conflicto armado en actividades de inteligencia, con lo cual habría que determinar el marco bajo el cual debe darse dicha colaboración, de modo que no resulte incompatible con el interés superior del menor y se proteja de posibles retaliaciones que coloquen en riesgo su vida y su integridad física.

Ahora, en la causal 4º por ejemplo, cuando el adolescente haya incursionado en las filas del grupo armado “por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento”, y tal afección de la voluntad sólo haya disminuido, pero no aniquilado la volición, dejándole espacios de libertad para permitirle obrar conforme a derecho. Una vez la incidencia de la voluntad por parte del grupo sobre el adolescente alcanza la condición de insuperable, ello afecta la exigibilidad de una conducta adecuada y, por tanto, la solución no será la de aplicar esta figura, sino de solicitar la preclusión de la investigación, en tanto ya no se tiene un comportamiento que revista las características de delito. De no entenderse que el Principio de Oportunidad exige, para su aplicación que se esté frente a una conducta punible y que no concurra una causal de ausencia de responsabilidad, se estaría dando paso a lo que se ha denominado “fraude de

etiquetas” en desmedro de postulados constitucionales, tal como se explicó en este trabajo con especial énfasis en un sistema de responsabilidad penal de adolescentes que se ha de caracterizar por su carácter fragmentario, mínimo y de última ratio. Siendo el Principio de Oportunidad de carácter preferente en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes (siempre que exista un delito, se insiste), algún sector de la doctrina considera que es posible aplicar esta causal no sólo a quienes se han desmovilizado de los grupos involucrados en el conflicto armado interno, sino a aquellos que han participado en cualquier otro grupo organizado delincuenciales así no necesariamente haya tomado parte en las hostilidades. De cualquier forma, quienes han hecho parte de semejantes estructuras organizadas de poder, tomen o no parte en el conflicto armado, pueden resultar cobijados por otras causales del Principio de Oportunidad, especialmente aquellas que están referidas a un menor juicio de culpabilidad o a la colaboración con la justicia; pues, en este punto, no se puede estimar que la causal 17 de la Ley 906 de 2004 o el Artículo 175 de la Ley 1098 excluya la posibilidad de examinar otra vía de aplicación de la figura. Dadas las conductas que comúnmente despliegan estas organizaciones al margen de la ley, es necesario que el fiscal evalúe cuidadosamente la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad, pues el sólo hecho de la pertenencia a un grupo organizado al margen de la ley no es suficiente razón para acceder a ello. Por el contrario, exige un detenido examen (sea dentro o fuera del esquema de la Ley de Justicia y Paz) de los demás derechos en tensión como la verdad o la justicia.

Causal 16

Con respecto a esta causal no parece viable su aplicación cuando el menor de edad se integra a un grupo armado ilegal y es utilizado para ocultar bienes obtenidos ilegalmente por la agrupación, pues en este supuesto es más factible aplicar el artículo 175 de la Ley 1098 de 2006, siempre y cuando el menor se haya desmovilizado y su vinculación al grupo armado al margen de la ley se haya debido a una de las circunstancias descritas en el mencionado artículo, y siempre y cuando, no se evidencie la configuración de un error de prohibición. Finalmente, y atendiendo los reportes de la Dirección Regional Bogotá Grupo de Responsabilidad Penal, entre el año 2015 y el año 2019, no se registró la participación de menores de edad en el delito de cohecho, es decir, se trata de una causal de escasa o nula aplicación en el SRPA.

Adolescentes desmovilizados de organizaciones armadas ilegales: causal 17 y Artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

De acuerdo con la Sentencia C-203/05 de la Corte Constitucional, los menores de edad que participan en el conflicto armado no sólo son actores (participan en las hostilidades) sino que son víctimas del mismo. En efecto, las principales víctimas del reclutamiento ilegal son los niños y niñas. Esa doble condición hace del Principio de Oportunidad una medida idónea en orden a evitar su criminalización y etiquetamiento como miembros de grupos organizados armados al margen de la ley. A lo largo de este proyecto se ha reiterado que el Principio de Oportunidad sólo resulta procedente cuando se establezca la ocurrencia de una conducta punible y la posible vinculación de una persona en calidad de autora o partícipe. Si dichos presupuestos no se cumplen, la solución jurídica apropiada puede ser el archivo o la preclusión. Dicha consideración aplica plenamente en el proceso regulado en la Ley 1098 de 2006: si el adolescente incurrió en conductas en principio típicas relacionadas con su pertenencia a las organizaciones armadas pero, por ejemplo, sometido a coacción o miedo insuperables, no hay lugar a la responsabilidad penal y, por tanto, la decisión debe ser la de solicitar la preclusión de la investigación por inexigibilidad de la conducta. Incluso, pueden considerarse hipótesis de estados de necesidad o de errores de prohibición. Entonces, si hay posibilidad de obrar conforme a derecho o conciencia de la ilicitud de la conducta – entre los restantes elementos de la conducta punible – es posible considerar la aplicación del Principio de Oportunidad. Así que: “Por ende, tan sólo serán aplicables las causales del Principio de Oportunidad previstas en los numerales 1 y 2 del mencionado Artículo 175, en la medida en que pueda demostrarse que el adolescente contaba con opciones de vida digna distintas a engrosar las filas de la organización armada”

Para resumir, el SRPA apenas cuenta en su haber con una sola causal. La prevista en el artículo 175 de la Ley 1098. De otra parte, se encuentran las denominadas causales sustanciales y procesales originarias del Código de Procedimiento Penal, según Gómez. De acuerdo con el autor que viene citándose, las primeras causales están relacionadas con aspectos como el injusto, la culpabilidad y la pena, clasificación en la que cabe más de una hipótesis como ya quedó visto al analizar cada una de estas. En cuanto a las causales procesales, Gómez indica que se trata de aquellas en las que se imponen “los criterios de

eficacia y eficiencia procesal” (p. 92), con lo cual sugiere como ejemplo aquellas que son producto de los compromisos de colaboración que ha adquirido el Estado colombiano (v. gr.: la extradición) o la reparación integral a la víctima. En todo caso, en uno u otro escenario, la problemática sigue sin ser resuelta, pues independientemente de la categorización que la doctrina ha realizado de las causales, existe un régimen complejo, marcado por la contradicción y por la excesividad en los supuestos fácticos y jurídicos que quieren abarcarse al aplicar la oportunidad, aspectos que contrarían los requisitos de claridad, precisión y solución inequívoca que ha exigido la Corte Constitucional en la materia (Sentencia C-936, 2010; C-387, 2014).

4. Breve referencia al procedimiento que debe seguirse para aplicar el principio de oportunidad

Está claro que la Ley 1098 no establece un procedimiento independiente y autónomo que guíe a las autoridades en la aplicación del principio de oportunidad, y ante este vacío los fiscales y los jueces de control de garantías deben remitirse a la Ley 906; sin embargo, lo hacen teniendo en cuenta que la norma del procedimiento penal ordinario que aplique no contraría el principio de interés superior del menor (art. 144). De esta manera, la Fiscalía tendría que elegir la causal, el momento procesal y la modalidad bajo la cual ha de aplicar la oportunidad siguiendo el régimen diseñado para los mayores delincuentes (una contrariedad del sistema); ahora bien, aunque el artículo 175 de la Ley 1098 alude a la “renuncia”, ello no quiere decir que esta sea la única modalidad aplicable en el SRPA. De hecho, la remisión autorizada por el artículo 144 y un análisis sistemático de las normas relativas al principio de oportunidad, incluyendo el artículo 250 superior, permiten concluir que la suspensión y la interrupción son también admisibles en el régimen penal especial (Corte Constitucional, Sentencia C-038, 2008).

En este mismo sentido, el artículo 330 de la Ley 906 autoriza al Fiscal General de la Nación para que expida un reglamento en el que establezca el procedimiento interno que debe seguir la entidad para “asegurar” que la oportunidad cumpla con las finalidades constitucionales y legales. En virtud de esta norma, el Fiscal General de la Nación expidió el

29 de diciembre de 2016 la Resolución 4155, cuyo contenido establecía que la oportunidad dentro del SRPA podrá tramitarse en cualquier momento de la actuación sin importar la edad del menor procesado; sin embargo, enseguida, admite que sea aplicada “preferentemente antes de formular imputación” (art. 34). Y si bien la norma regula un asunto meramente procesal, su redacción puede dar lugar a interpretaciones contrarias al interés superior del niño y a la prevalencia de sus derechos.

Lo anterior sucede por cuanto el artículo 323 de la Ley 906 establece que “en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento” se puede suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal; así mismo, las causales 4^a, 5^a y 6^a al utilizar las expresiones “el imputado” o “acusado” dan lugar a interpretar que en estos tres eventos se exige previamente formulación de imputación, y en general, que el límite procesal para que el menor acceda al principio debe ocurrir antes de iniciarse el juicio oral. Esta interpretación, además de ser contraria al artículo 250 de la Constitución Política, resta eficacia al artículo 175 que propone la aplicación preferente de la oportunidad como medida para asegurar el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos. Además, este dilema se plantea de igual manera en el proceso penal ordinario, y aunque allí también puede opinarse a favor de una interpretación extensiva que admita la aplicación de la oportunidad en cualquier fase del proceso (Bedoya et al., 2010), no hay que desconocer que en el SRPA la oportunidad opera como principio y no como regla, lo que da lugar a exigir que sea aplicable desde la indagación y hasta antes de emitirse fallo de condena (Gómez), pues se trata de un mandato que está orientado a asegurar otros bienes constitucionales superiores. De hecho, esta última interpretación resulta más acertada y favorable a los intereses del menor de edad.

No obstante, en la aplicación del principio de oportunidad se requiere de la presencia de la víctima, sin que esto implique que su oposición impida que el menor pueda acceder a esta alternativa. La presencia de la víctima en este trámite está orientada a garantizar su participación con miras a asegurar derechos como la verdad, justicia y reparación; sin embargo, de este derecho no se deduce que tenga capacidad para evitar la aplicación de la oportunidad, pues esta es una decisión que en primera instancia corresponde a la Fiscalía y luego al juez de control de garantías quien deberá aprobarla o negarla.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse, el artículo 38 de la Resolución 4155, señala lo siguiente:

1. El fiscal del caso remitirá al grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa el formato de aplicación debidamente diligenciado y, simultáneamente, informará a quien desempeñe funciones de jefe o coordinador de la unidad o dirección a la que se encuentre adscrito. La remisión al jefe o coordinador de la unidad se efectuará únicamente con fines informativos. De considerar que se trata de un caso de relevancia, lo informará inmediatamente al grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa.
2. Si el grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa considera que se trata de un caso de relevancia, podrá solicitar información adicional y dispondrá el envío de los anexos para consultar al Fiscal General de la Nación sobre la procedencia del ejercicio del poder preferente.
3. El grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa revisará la documentación y emitirá la validación por el medio más expedito posible en un plazo no superior a cinco (5) días. Cumplido este trámite el fiscal del caso podrá continuar con el control de legalidad.
4. Realizada la validación, el fiscal del caso deberá solicitar la audiencia de control de legalidad ante el juez de control de garantías en los términos del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.
5. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, el fiscal del caso deberá remitir copia del acta de control de legalidad al grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa.

Este proceder, como se ha dicho, le resta autonomía al fiscal del caso, ya que su intervención depende de la aprobación del Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa. Por eso se considera que se trata de un trámite innecesario que dificulta la aplicación preferente de la oportunidad, pues este grupo se ocupa de resolver todas las solicitudes que se presentan en los procesos seguidos contra mayores y menores delincuentes, situación que daría lugar a que el fiscal desista de acudir a esta alternativa. A ello se suma que no sería posible acudir al principio en los términos indicados en el artículo 34 de la mencionada resolución, toda vez que en los casos de captura en flagrancia el fiscal

no estaría en capacidad de agotar el trámite antes de que se venzan las 36 horas con las que cuenta para legalizar la captura y formular imputación, menos aún, dentro de los diez que tiene para llevar a cabo la formulación de acusación (Ley 1098, art. 191). Cabe anotar también que el trámite dispuesto en la Resolución 4155 resulta innecesario si de por medio se encuentra el control de legalidad que debe adelantar el juez de garantías, quien en últimas es el que tiene la palabra final. De manera que esta es una razón de más para proponer que en el SRPA el fiscal del caso sea quien decida sobre la aplicación de la oportunidad y lo ponga inmediatamente en conocimiento del juez de garantías para que este decida.

5. Análisis sobre algunas cifras relativas al número de delitos cometidos por menores de edad y la aplicación del principio de oportunidad en el SRPA

De acuerdo con el informe *Adolescentes, Jóvenes y Delitos: Elementos para la comprensión de la delincuencia juvenil en Colombia*, elaborado por el Observatorio del Bienestar de la Niñez desde 8 de marzo de 2007 (ICBF, 2015), cuando empezó la implementación progresiva del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes hasta el 31 de diciembre de 2014, ingresaron 172.530 adolescentes, de los cuales 29.644 lo hicieron en el último año. Sin embargo, para apreciarlo en detalle, la siguiente tabla muestra año por año el número de adolescentes que ingresaron al SRPA:

Tabla 2

Estadística de la delincuencia juvenil en Colombia

Año	Hombre	Mujer	Total
2007	3.468	550	4.018
2008	7.200	1032	8.232
2009	16.023	2380	18.043
2010	21.535	2870	24.405
2011	24.272	3037	27.309

2012	26.366	3310	29.676
2013	27.392	3451	30.843
2014	26.243	3401	29.644
Total general	152.499	20.031	172.530

Fuente: Subdirección de Responsabilidad Penal para Adolescentes - ICBF. Cálculos del Observatorio del Bienestar de la Niñez, ICBF.

Así pues, los anteriores datos dan lugar a las siguientes conclusiones: desde que se puso en funcionamiento el SRPA, la delincuencia juvenil ha mostrado un crecimiento sostenido. De las cifras expuestas son los hombres quienes han registrado el mayor ingreso al sistema. Ahora bien, el año 2014 fue el único que registró una disminución de casos, aunque esta no fue muy significativa comparada con el total de la población que había ingresado en el año inmediatamente anterior. El informe también revela que los jóvenes de 17 años fueron los que más ingresaron (37.2%), seguido por los adolescentes de 16 años (31.4%), mientras que los jóvenes de 15 y 14 años registraron el 20.5% y el 10.9%, respectivamente (ICBF, p. 24).

En cuanto a los delitos de mayor comisión, el informe revela que entre los años 2007 y 2014, el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes fue el delito de mayor comisión, seguido por los delitos de hurto, lesiones personales, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones y violencia intrafamiliar. Estas conductas si bien tienen un impacto en la criminalidad del país, no poseen el potencial dañino que tienen otras conductas punibles. Cabe anotar que el informe no hace referencia alguna a la aplicación del principio de oportunidad ni al resultado final de estas causas criminales, apenas se limita a presentar una radiografía general del incremento de la criminalidad juvenil.

Ahora bien, de acuerdo con datos proporcionados por la Fiscalía General de la Nación² que, valga la aclaración, no fueron discriminados por año, y tampoco se pudo

² De acuerdo con respuesta ofrecida el 15 de mayo de 2019 por la Subdirectora de Políticas Públicas y Estrategia Institucional de la Fiscalía General de la Nación, los datos proporcionados obedecen al consolidado entre el mes de mayo de 2007 y el 10 de abril de 2019.

identificarse la causal por cuanto el sistema SPOA no la registra, el número de solicitudes y aprobaciones del principio de oportunidad en el SRPA se discrimina así:

Tabla 3

Aplicación del principio de oportunidad en el SRPA de acuerdo a la Fiscalía General de la Nación

Extinción de la acción penal por aplicación de la oportunidad	Solicitud de aplicación del principio en la modalidad de interrupción	Solicitud del principio de oportunidad en la modalidad de renuncia	Total general
4871	177	1935	6983

Fuente: Fiscalía General de la Nación.

De este total de casos, los delitos en los que más se solicitó y se aplicó la oportunidad en cualquiera de sus modalidades, fueron en su orden: hurto simple: 1663 casos; tráfico, fabricación o porte de estupefacientes: 1.473; lesiones: 495; hurto calificado: 492; rebelión: 434; violencia intrafamiliar: 485; fabricación, tráfico y porte de armas de fuego: 350; acceso carnal abusivo con menor de 14 años: 240; actos sexuales con menor de 14 años: 143, y los delitos de falsedad material en documento público, con 162 casos, y falsedad personal, con 108.

De otra parte, y de conformidad con un reporte de la CEJ (2018), para el año 2010 un 50.51% de las solicitudes se hicieron para adelantar audiencias de formulación de imputación ante jueces de adolescentes con función de control de garantías; otro 17.65% de las solicitudes se hicieron para la legalización de capturas; otro 15.17% obedeció a audiencias de imposición de medida de internamiento preventivo; las audiencias de legalización de incautación de elementos materiales probatorios fue del 1.79%, y para la aplicación del principio de oportunidad el porcentaje fue del 3.84%. Los datos son esclarecedores, pues en ese mismo periodo de tiempo fueron condenados 18.272 adolescentes versus 576 absoluciones. Destaca que la privación de la libertad fue la tercera sanción de mayor uso, pues aumentó en un 3.984%, ya que de 45 casos en el año 2007 se pasó a 1.777 en el año 2010 (CEJ, 2018).

Así mismo, es de destacar, que en un balance presentado sobre los diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio (2004-2014), la CEJ (2015) determinó que la aplicación del principio de oportunidad ocupa el lugar menos destacado en el procedimiento penal ordinario, pues apenas alcanzó el 0.06%. Dentro de esta cifra, los cinco delitos con mayor número de aplicaciones fueron de menor entidad, en su orden: inasistencia alimentaria, violencia intrafamiliar, violencia contra servidor público, lesiones personales y hurto. Las razones que la Corporación esgrime acerca de por qué no ha sido utilizada esta herramienta de la política criminal, son:

(i) la falta de una regulación clara sobre su aplicación; (ii) la complejidad técnica que requiere su uso para la interpretación de las causales aplicables definidas en la ley; (iii) los excesivos trámites al interior del ente acusador para su procedencia; (iv) la cultura legal vigente en los funcionarios de la Fiscalía, según la cual el éxito de la investigación es la sentencia condenatoria —únicamente y sin diferenciación del delito del que se trate—; y (v), la carencia de una política criminal clara que guíe su aplicación. (CEJ, 2015, p. 43)

Las cifras reveladas por la Fiscalía General de la Nación sobre aplicación de la oportunidad en el SRPA, al igual que las indicadas por la CEJ (2015), confirman lo que ha venido señalándose a lo largo de este trabajo, esto es: a pesar de ser la oportunidad un principio rector del SRPA y de haberse consagrado su aplicación preferente dentro de la política criminal dirigida a menores delincuentes, en la práctica judicial este ha terminado convirtiéndose en un principio de aplicación excepcional, es decir, ha seguido los mismos pasos de la oportunidad en el procedimiento penal ordinario, pues los indicadores en uno y otro sistema son cuestionables. Las razones que explican este fenómeno son esencialmente, además de las señaladas por la CEJ (2015), la ausencia de un régimen propio e independiente de la Ley 906, lo que implicaría diseñar un procedimiento más expedito y unas causales muy específicas que recojan la mayoría de los supuestos que dan lugar a la oportunidad. No obstante, se proponen que no sean más de cinco causales. Una razón adicional es la falta de autonomía e independencia del fiscal del caso para aplicar directamente el principio, también la excesiva reglamentación y tramitología que debe realizar para que el Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada o el Fiscal General de la Nación en determinados casos aprueben la aplicación, lo cual representa un desgaste de la administración de justicia

y provoca que los fiscales desistan de acudir a esta herramienta de la política criminal, debido a que ello constituye una carga laboral adicional.

Sin embargo, esto no quiere decir que se esté proponiendo un desconocimiento a las directrices internas que dicta la institución, al contrario, la propuesta se encamina a sostener que estas directrices deberían ser más flexibles (Lamadrid) y conferir al Fiscal del caso la facultad de aplicar directamente la oportunidad. Se trata, entonces, de dictar un marco general dentro del cual el fiscal pueda actuar, el cual puede ajustarse de acuerdo con los resultados que arroje la práctica judicial.

Ahora bien, teniendo en cuenta las cifras de participación de los menores de edad en la criminalidad del país, la estructuración de un régimen autónomo e independiente del sistema penal acusatorio debe contemplar medidas que permitan la suspensión del ejercicio de la acción penal en aquellos eventos en los que el menor de edad influenciado por el consumo de sustancias alucinógenas cometa hurtos o cualquier otro delito de mínima gravedad. Frente a este supuesto, pueden contemplarse medidas de abordaje como el tratamiento ambulatorio previsto en la Ley Orgánica 5/2000 de España, que tendría por finalidad atacar el problema de adicción o consumo de estupefacientes que motivó la comisión del delito y una vez se demuestre que el menor ha cumplido con el proceso, se aplique la oportunidad en la modalidad de renuncia.

De manera que lo dicho evidencia la necesidad de emprender una reforma a la Ley 1098 que conduzca a la formulación de un marco legal para la aplicación del principio de oportunidad no solo independiente a la Ley 906, sino que atienda a la criminología juvenil, pues no se trata únicamente de privilegiar la oportunidad si en supuestos como el indicado no se aplican previamente medidas terapéuticas. La oportunidad debe entonces estar acompañada de medidas pedagógicas y terapéuticas, y no debe reducirse solo a una cuestión meramente jurídica. El abordaje integral debe incluir medidas adicionales según el delito cometido y las causas que dieron lugar a este.

6. Presupuestos para la elaboración de un régimen propio e independiente que facilite la aplicación preferente de la oportunidad en el SRPA

Si se parte de la base de que el actual sistema no facilita a los fiscales y jueces de control de garantías la aplicación preferente de la oportunidad en el SRPA, lo cual termina conspirando contra el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos, de *lege ferenda* deben considerarse los siguientes criterios para establecer un régimen más adecuado:

i) Deben establecerse no más de cinco causales, pues la ineficacia de la oportunidad en Colombia se debe al excesivo número de causales en las que además se incluyen temas que pueden ser resueltos por medio de otros mecanismos (Vervaele, 2015). En este sentido, la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica constituye una guía importante de cara a la elaboración de dichas causales; a título de ejemplo, una causal debería ser redactada de forma tal que recoja los supuestos de menor gravedad del injusto y de mínima culpabilidad (Velásquez; Lamadrid). La siguiente causal, debería ocuparse de regular los casos en los que el menor de edad manifieste su disposición para colaborar con la justicia, aclarando que en el marco de esta colaboración debe acatarse lo señalado en el artículo 176 de la Ley 1098 que prohíbe la utilización de menores de edad y de las entrevistas que rinden en actividades de inteligencia. Esta restricción debe extenderse a todas las manifestaciones del crimen en las que se vean involucrados los menores y no solamente a los desmovilizados de grupos armados al margen de la ley.

En las dos siguientes causales estarían regulados supuestos relativos a la insignificancia de la sanción penal cuando de por medio se haya impuesto o se espere imponer una sanción de mayor gravedad y casos en los que el menor procesado haya sufrido a consecuencia de la conducta un daño moral o físico grave que “haga desproporcionada la aplicación de la pena” (Lamadrid). No se incluyen los supuestos de reparación integral o transacción con las víctimas, pues estos dan lugar a la preclusión del procedimiento y no a la oportunidad.

ii) Con respecto a la fase en la que debe aplicarse la oportunidad, dos son los escenarios que deben abordarse y ser objeto de regulación. En el primero se debe contemplar la aplicación del principio de oportunidad en cualquier etapa de proceso, esto quiere decir que desde la

indagación hasta antes de proferirse el sentido de fallo condenatorio, la Fiscalía puede aplicar esta herramienta de la política criminal. Un sector de la doctrina (Bedoya et al., 2010) opina que esta regla se desprende del artículo 250 superior, por lo que no habría necesidad de especificarlo. No obstante, y a pesar de compartirse esta postura, para evitar diferentes interpretaciones que dificulten la aplicación del principio, lo más recomendable es que ello quede explicitado en la norma. De igual manera, es importante anotar, como ya se dijo, que la aplicación de la oportunidad debe estar respaldada en un mínimo de evidencia que permita corroborar la realización del delito y la participación del menor de edad en este, como garantía del principio de presunción de inocencia.

El segundo escenario a regular compromete los casos de captura en flagrancia. En estos supuestos se debería establecer una excepción a la regla general que indica que la oportunidad puede aplicarse en cualquier fase del proceso, de modo que la Fiscalía quede facultada para evaluar cada caso en particular y decida si acude al juez de garantías directamente a solicitar la aprobación de la oportunidad o si por el contrario la difiere para un escenario posterior a la formulación de imputación. La explicación de esta propuesta tiene un sentido lógico, pues no es lo mismo que un menor de edad sea capturado en flagrancia hurtando una caja de chocolatinas en un supermercado a que este se vea involucrado en crímenes más graves como homicidio, secuestro o atentados contra la libertad y formación sexuales. En el primer evento, el fiscal debería acudir directamente ante el juez de control de garantías a demandar la aprobación del principio de oportunidad sin que le sea exigible la formulación previa de imputación de cargos. En el segundo evento lo razonable es que el fiscal difiera la decisión dada la gravedad del hecho, con lo cual puede luego determinar la modalidad en que debe aplicar el principio y la matriz de colaboración del menor de edad cuando se trate de hechos en los que se vean involucradas organizaciones criminales u otras personas.

iii) Debe reafirmarse la facultad de reglamentación del Fiscal General de la Nación; sin embargo, las directrices que se impartan deben orientarse a crear un marco general que facilite la aplicación del principio en el SRPA. Este marco debe ser flexible, lo que implica que el fiscal del caso tenga plena autonomía y libertad para acudir directamente ante el juez de garantías a solicitar la aprobación del principio de oportunidad. Excepcionalmente, en

aqueellos casos relacionados con el crimen organizado, debería consultarse al Fiscal General de la Nación.

Conclusiones

Primera: dos cambios de paradigmas fueron abordados en este trabajo. Por un lado se estudió el principio de oportunidad en cuanto excepción al principio de obligatoriedad de la acción penal y opuesto a la herencia del derecho continental europeo. Esta herramienta de la política criminal evidencia la influencia que ha ejercido el derecho anglosajón sobre el derecho procesal penal local. No obstante, como suele suceder en todos los procesos de trasplante jurídica, la concepción del principio de oportunidad en aquel derecho difiere sustancialmente de la que actualmente caracteriza la Ley 906. Independientemente de ello, y sin desconocer las críticas que al respecto ha formulado un nutrido sector de la academia, la oportunidad en el proceso penal ordinario goza de un régimen propio, pues cuenta con un importante número de causales, además de reglas judiciales y administrativas que indican el procedimiento a seguir para aplicarla. Tal hecho corresponde con un principio de oportunidad extremadamente reglado. En todo caso, en el procedimiento penal ordinario, la oportunidad corresponde a una excepción en donde la judicialización de la persona señalada de cometer un delito prima sobre la suspensión, interrupción o renuncia a la acción penal.

Segunda: el segundo paradigma que se estudió tuvo que ver con la concepción de un modelo de justicia penal especializada para menores de edad involucrados en la comisión de delitos. La Ley 1098 no solo rompió con el antiguo modelo tutelar al consagrar un modelo de protección integral, sino que, y como consecuencia directa de esta nueva concepción acerca del tratamiento jurídico a los menores de edad, se estableció la aplicación *preferente* de la oportunidad en tanto principio rector del mismo sistema. En uno y otro sistema, esta herramienta de la política criminal tiene propiedades diferentes, pues en el procedimiento penal ordinario opera como regla en oposición a su caracterización de principio en el proceso penal juvenil. Así pues, como es de suponerlo, representa un elemento diferenciador sustancial, toda vez que, acorde con la teoría de los derechos fundamentales, los conflictos que generan las reglas se resuelven mediante la subsunción, lo que brinda a la Fiscalía mayor libertad para decidir en qué casos aplica la oportunidad, por ejemplo.

Tercera: sucede lo mismo desde la segunda perspectiva, o por lo menos, ello fue lo que se argumentó en este trabajo. En efecto, en cuanto el principio de oportunidad sea entendido

dentro del SRPA como principio rector orientado a asegurar el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos, el actuar de las autoridades, en particular de la Fiscalía, sufre (o debe sufrir) una transformación, pues la judicialización y aplicación del *ius puniendi* característico del proceso penal ordinario se convierte en la excepción en tanto que la aplicación preferente del principio pasa a ser la regla general. Esta forma de leer el asunto guarda coherencia con la *Convención Sobre los Derechos del Niño* y las *Reglas de Beijing*, normas de derecho internacional público que recomiendan a los Estados establecer alternativas diferentes al proceso judicial para el abordaje y tratamiento de menores de edad infractores de la ley penal; además forman parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto tienen efecto jurídico directo sobre el ordenamiento jurídico colombiano.

Cuarta: no obstante lo anterior, como quedó ampliamente argumentado en este trabajo, existe una contradicción *intrasistémica* en el SRPA que se evidencia con la dependencia de la oportunidad a las reglas del procedimiento penal, en el que las causales y las directrices legales y administrativas fijadas para facilitar la aplicación del principio atienden criterios de criminalidad que sin dudarlos difieren sustancialmente de la criminalidad juvenil. Es decir, no parece lógico que se haya establecido la aplicación preferente de la oportunidad, pero a la vez se establece que el régimen aplicable deba ser el diseñado para los adultos delincuentes, pues este se caracteriza por una complejidad extrema que incluso le resta eficiencia a la herramienta en el proceso penal ordinario. Ahora bien, las dificultades que entraña esta regulación se reflejan en la escasa aplicación del principio en el SRPA, de acuerdo con los datos que se analizaron, lo que ha dado lugar a que en este último escenario el principio haya dejado de ser la regla general y por el contrario se haya convertido en una excepción, lo que lo deja al mismo nivel del procedimiento penal aplicado a los mayores infractores de la ley.

Quinta: las causas que han dado lugar a esta situación son muy diversas. En efecto, por un lado existe una excesiva regulación que le resta eficacia a la aplicación de la oportunidad en el proceso penal juvenil. Esta regulación no solo es legal, también existe una excesiva regulación administrativa que resta autonomía a los fiscales a la hora de aplicar el principio de oportunidad, lo que da lugar a que se resistan a acudir ante el Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada, pues son muchos los casos que deben atender para que además tenga que ocuparse de la tramitación administrativa del asunto. Una segunda causa de la

ineficacia es el excesivo número de causales que se han establecido (v. gr.: injusto penal y culpabilidad de mínima valoración) caracterizadas además por incluir temáticas que ni siquiera deberían ser tratadas mediante la oportunidad (v. gr.: reparación a la víctima).

Sexta: en vista de lo anterior, la solución que se propone está orientada a construir un régimen propio, autónomo e independiente del diseñado para el procedimiento ordinario penal. Este debe tener como ejes temáticos los siguientes: i) establecer no más de cinco causales, entre los cuales son de gran utilidad los criterios utilizados por la Ley de Justicia Penal Juvenil, a saber: menor gravedad del injusto y mínima culpabilidad, la colaboración del menor con las autoridades sin dejar de lado la excepción del artículo 176 de la Ley 1098, casos de pena moral y la prevalencia de otras sanciones impuestas o por imponer, cuya gravedad es mayor a la que se impondría de seguir el proceso y no aplicarse la oportunidad.

Séptima: así mismo, se requiere establecer una regla que admita la aplicación de la oportunidad durante todas las fases del proceso, lo que por supuesto incluye la indagación y el juicio oral. Esto le permitirá al fiscal, en las situaciones de captura en flagrancia, según las circunstancias del caso, acudir directamente al juez de control de garantías a solicitar la legalización del principio o diferirlo para una etapa posterior a la formulación de imputación, según la causal que se elija aplicar. De otra parte, se recomienda mayor flexibilidad en las directrices que expide el Fiscalía General de la Nación, de modo que el fiscal del caso pueda autónomamente aplicar la oportunidad, y solo de manera excepcional ante casos de relevancia o muy graves, tenga que acudir al ante el Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada.

Octava: por último, es necesario que en este régimen jurídico se contemple la participación del ICBF, a quien debe asignársele la función de supervisar el desarrollo y la aplicación del principio de oportunidad, con el objetivo de asegurar varios propósitos como: intervenir a favor de la aplicación de la oportunidad cuando con ella se garantice el interés superior del menor; hacer seguimiento a la ejecución del principio de oportunidad y formular las reformas o modificaciones que considere pertinentes; supervisar que las medidas relacionadas con la suspensión de la acción penal (v. gr.: medidas terapéuticas o educativas) se cumplan y se ejecuten salvaguardando los derechos fundamentales del menor de edad.

Referencias

- Acuña, J. (2010). *El principio de oportunidad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior de los niños y niñas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 229-243. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>
- Aponte, D. (2010). *Principio de oportunidad y política criminal. De la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Arias, J. (2010). *Bloque de constitucionalidad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Bazzani, D. (2003). Estructura del proceso en el nuevo código de procedimiento penal. *Derecho Penal y Criminología*, 24(74), 11-42. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1051/995>
- Bedoya, L., Guzmán, C. & Vanegas, C. (2010). *Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Bernal, C. (2007). Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española? *DOXA, Cuaderno de Filosofía del Derecho*, 30, 273-291. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf
- Bernuz, M. (2005). Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (12), 1-23. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf>
- Bovino, A. (1997). La persecución penal pública en el derecho anglosajón. *Revista latinoamericana de política criminal* (2), 35 y ss. Recuperado de http://www.robertexto.com/archivo7/persec_penal.htm

- Cabezas, J. (2011, septiembre). Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad). *Revista Crítica Penal y poder* (1), 158-173. Recuperado de <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/viewFile/1991/2087>
- Cabrera, L. (2015). *Jurisdicción de menores en Colombia* (Tesis doctoral). Universidad de Sevilla, Sevilla, España. Recuperado de <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/32953/Tesis%20completa-%20REV-AD-V.1.1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Castro, J. (2013). El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio, entre el eficientismo y la certeza de la pena. *Derecho y Realidad* (21), 245-262. Recuperado de https://revistas.uptc.edu.co/derecho_realidad/article/download
- Colihuil, M. (2012). *La desjudicialización en el sistema penal juvenil chileno* (Trabajo de grado). Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, Chile. Recuperado de http://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/6998/DERColihuil.pdf;jsessionid=E_A3D69DC69187ACDED3DE8C4206F7665?sequence=1
- Consejo Superior de la Judicatura (2010). *ABC del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, esquema operacional y catálogo de audiencias*. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1559849/Contenido+Sistema+Penal+para+Adolescentes.pdf/08ff6d1e-21c4-40d0-a77c-947679157158>
- Constitución Política [Const.] (1991). Bogotá: Legis Editores.
- Corporación Excelencia en la Justicia (2018). Resultados del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente. Recuperado de <https://cej.org.co/sala-de-prensa/justiciometro/resultados-del-sistema-de-responsabilidad-penal-adolescente/>
- Corporación Excelencia en la Justicia (2015). *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia. Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento*. Bogotá: Legis.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva 017 del 28 de agosto de 2002. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

- Cruz, E. (2007). El concepto de menores infractores. *Revista del Postgrado en Derecho de la UNAM*, 3(5), 335-355. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx › article › download>
- Díaz, L. (2009). *Derecho penal de menores*. Bogotá: Temis.
- Duce, J. (2015). El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. *Revista Ius Et Praxis* (1), 73-121. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v15n1/art04.pdf>
- Düinkel, F. (2015). Edad de imputabilidad penal y jurisdicción de los tribunales juveniles en Europa. *Revista de Estudios de la Justicia* (22), 31-49. Recuperado de <https://rej.uchile.cl › index.php › RECEJ › issue › download>
- Duque, A. & Ramírez, L. (2010). *La adopción una medida de protección, garantía, y establecimiento de derechos de las niñas y niños de Colombia* (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:z2F7hMawyE8J:www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis02.pdf+&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=co>
- García-Lozano, T. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (16), 131-157. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/523>
- Gómez, C. (2007). *La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Granados, J. (2004). Antecedentes y estructura del proyecto de código de procedimiento penal. *Vniversitas*, 54(109), 11-71. Recuperado de revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14698/11854
- Guerrero, O. (2011). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal* (2ª. ed.) Bogotá: Nueva Jurídica.
- Guerrero, O. (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal* (2 ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

- Guerrero, O. (2006). El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo II (pp. 1047-1069). Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30343/27389>
- Hernández, R. (2016). El principio de oportunidad en la doctrina procesal contemporánea. Nuevos escenarios y desafíos para el proceso penal cubano. *Cuadernos de Dereito Actual* (4), 37-68. Recuperado de <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/68/62>
- Holguín-Galvis, G. (2010, junio). Construcción histórica del tratamiento jurídico del adolescente infractor de la ley penal colombiana (1837-2010). *Revista Criminalidad*, 52(1), 287-306. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v52n1/v52n1a06.pdf>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2015). *Adolescentes, jóvenes y delitos: Elementos para la comprensión de la delincuencia juvenil*. Recuperado de <https://repository.oim.org.co/bitstream/handle/20.500.11788/1647/95.%20Boletin%20ICBF%20Delincuencia%20Juvenil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Jiménez, F. (2014, julio). La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España. *Revista Boliviana de Derecho* (18), 160-181. Recuperado de <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a08.pdf>
- Lamadrid, M. (2018). *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*. Bogotá: Andrés Morales.
- Llobet, J. (2017). El interés superior del niño en la jurisprudencia penal juvenil de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* (1), 1-24. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6395907>
- López-Contreras, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>

- Medina, D., Peña, S. & Ramírez, C. (2016). Propuestas y opiniones en torno de un principio de oportunidad para Colombia. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 37(103), 109-143. Recuperado de <https://doi.org/10.18601/01210483.v37n103.06>
- Mestre, J. (2011). *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia* (3ª. ed.). Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana e Ibáñez.
- Molina, R. (2009). El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (análisis comparado de los ordenamientos colombiano y español). *Nuevo Foro Penal*, 72, 61-81. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es › descarga › articulo>
- Montalvo, C. (2015, enero-julio). Principio de oportunidad frente al adolescente desmovilizado del conflicto: un postulado del derecho penal mínimo y una política pública que genera impunidad penal. *Justicia Juris*, 11(1), 71-88. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v11n1/v11n1a07.pdf>
- Navarro, A. (2015, julio-diciembre). La inmunidad y el principio de oportunidad en el proceso penal. *Cuadernos de Derecho Penal* (14), 61-97. Recuperado de <https://doi.org/10.22518/20271743.519>
- Oficina de la Naciones Unidas contra el Delito y la Droga (2016). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). En *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal* (pp. 125-232). Recuperado de <http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>
- Perdomo, J. (2005). *Los principios de legalidad y oportunidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ravetllat, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), 89-108. Recuperado de <https://revistas.um.es/educatio/article/view/153701/140741>

- Santana, D. (1994). Principio de oportunidad y sistema penal. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (pp. 105-136). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46456>
- Sarmiento, G. (2007). *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Schünemann, B. (2007). Sistema penal acusatorio. Aspectos problemáticos. *Revista Iusta* (27), 111-125. Recuperado de <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2007.0027.06>
- Solarte, A. (2004). Los actos ilícitos en el derecho romano. *Vniversitas* (107), 692-746. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510718.pdf>
- Suelt-Cock, V. (2016). El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia. *Vniversitas* (133), 301-382. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.bcmi>
- Useche, C. (2012). *El sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Bogotá: Ibáñez.
- Vásquez, J. & Mojica, C. (2010). *Principio de oportunidad reflexiones jurídico-políticas*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Velandia, R. (2005, julio-diciembre). El principio de oportunidad en el derecho procesal penal inglés. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, VIII(16), 181-226. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/876/87616811.pdf>
- Velásquez, F. (2011). Proceso penal y principio de oportunidad. *Revista digital de la maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* (3), 128-155. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/12403/11652>
- Vervaele, J. (2015, 26 de noviembre). El principio de oportunidad no quiere decir automáticamente impunidad. *Ámbito jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Constitucional-y-Derechos-Humanos/el-principio-de-oportunidad-no-quiere-decir-automaticamente-impunidad>

Jurisprudencia

Corte Constitucional (29 de marzo de 2019). Sentencia T-142 [M.P. Alejandro Linares Cantillo].
Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-142-19.htm>

Corte Constitucional (25 de junio de 2014). Sentencia C-387 [MP Jorge Iván Palacio Palacio].
Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-387-14.htm>

Corte Constitucional (23 de noviembre de 2010). Sentencia C-936 [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-936-10.htm>

Corte Constitucional (30 de septiembre de 2009). Sentencia C-684 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-684-09.htm>

Corte Constitucional (23 de enero de 2008). Sentencia C-038 [MP Jaime Córdoba Triviño].
Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-033-08.htm>

Corte Constitucional (14 de febrero de 2007). Sentencia C-095 [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].
Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-095-07.htm>

Corte Constitucional (15 de noviembre de 2005). Sentencia C-1154 [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1154-05.htm>

Corte Constitucional (8 de marzo de 2005). Sentencia C-203 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-203-05.htm>

Corte Constitucional (22 de septiembre 22 de 1998). Sentencia T-518 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-518-98.htm>

Corte Constitucional (12 de septiembre de 1995). Sentencia T-408 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-408-95.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (27 de febrero de 2018). Sentencia STP2959 [MP Patricia Salazar Cuéllar]. Recuperado de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%2520JUN2018/FICHA%2520STP2959-2018.docx+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=co>

Normativa

Congreso de Colombia (12 de enero de 2017). Ley 1826 de 2017. DO: 50.114. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1826_2017.html

Congreso de Colombia (9 de julio de 2009). Ley 1312 de 2009. DO: 47.405. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36781>

Congreso de Colombia (2008). Proyecto de ley ----- de 2008 (por medio del cual se reforma parcialmente la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad). Recuperado de www.articulo20.com.co/congreso/descargar.archivo.php?iddi=27331

Congreso de Colombia (8 de noviembre de 2006). Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y Adolescencia. DO: 46.446. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=22106>

Congreso de Colombia (31 de agosto de 2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. DO: 45.658. Recuperado de https://www.unodc.org/res/cld/document/col/2000/codigo_de_procedimiento_penal_html/Codigo_de_Procedimiento_Penal.pdf

Congreso de Colombia (19 de diciembre de 2002). Acto Legislativo 03 de 2002. DO: 45.040. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6679>

Congreso de Colombia (27 de noviembre de 1989). Decreto 2737 de 1989. Código del Menor. DO: 39.080. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Decreto_2737_de_1989_Colombia.pdf

Fiscalía General de la Nación (29 de diciembre de 2016). Resolución 4155 de 2016. Recuperado de [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Resolucion/30034013?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Resolucion/30034013?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

Fiscalía General de la Nación (11 de julio de 2016). Resolución 2370 de 2016. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=legcol&document=legcol_9da7bea6703d4607be645acd848b0efa