



*Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa*

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

Principio de Oportunidad y Política Criminal. De la Discrecionalidad Técnica a la Discrecionalidad Política Reglada



República de Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Principio de Oportunidad
y Política Criminal

De la Discrecionalidad
Técnica a la Discrecionalidad
Política Reglada

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Unión Europea y el Gobierno Colombiano, suscribieron el Convenio ALA/2004/016-83, proyecto “Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia”, con el fin de lograr conjuntamente, la creación de políticas de reducción de la impunidad y la consolidación del Estado de Derecho, desde la perspectiva de justicia y género.

En desarrollo del mencionado convenio con recursos de la Unión Europea y de la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se actualizó el Programa de Formación Judicial Especializada para las y los Magistrados, Jueces y Empleados de las corporaciones y despachos judiciales con competencia en el Sistema Acusatorio Penal, con la participación de la Universidad Militar Nueva Granada en su condición de adjudicataria de la licitación realizada por el Equipo de Gestión del proyecto, adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva del autor y del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.



UNIÓN EUROPEA



ALEJANDRO DAVID APONTE CARDONA

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Principio de Oportunidad
y Política Criminal

De la Discrecionalidad
Técnica a la Discrecionalidad
Política Reglada

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

**ALEJANDRO DAVID APONTE CARDONA, 2010
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2010**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9^a -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN:

Primera edición: septiembre de 2010

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Composición: Universidad Militar Nueva Granada. Contrato 063 de 2007

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN

ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL

PRESENTACIÓN

El Curso de Profundización sobre Sistema Acusatorio Penal forma parte del Programa de Formación Especializada del Área Penal construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas de la Rama Judicial, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo de la Escuela bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la autoría de **Alejandro David Aponte Cardona**, quien con su conocimiento y experiencia y el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una Administración de Justicia cada vez más justa y oportuna para las y los colombianos.

El módulo **Principio de Oportunidad y Política Criminal, De la Discrecionalidad Técnica A la Discrecionalidad Política Reglada** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del Juez y la Jueza, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con funcionarios y funcionarias judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos.

De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor fue validado con los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de los Comités Académicos quienes hicieron observaciones para su mejoramiento las cuales enriquecieron este trabajo.

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

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano y sus Derechos Fundamentales, eliminando toda forma de discriminación, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio de los usuarios y usuarias de la administración de Justicia.

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

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

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

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

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

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

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias

judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

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

Aprendizaje social

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

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

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

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

Currículo integrado-integrador

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

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

Aplicación de las Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado, con el apoyo pedagógico de la Escuela, los autores y autoras con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa 1. Reunión inicial. Etapa preparatoria para el inicio del programa, presenta los objetivos, metodología y estructura del plan de estudios; asesora el manejo del Campus y Aula Virtual, ofrece diferentes técnicas de estudio, y, en general, esta etapa busca motivar y comprometer al y la discente para abordar los módulos y emprender su proceso formativo con la metodología de aprendizaje autodirigido.

Etapa 2. Análisis individual y comunidad judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos.

La Etapa 2, esta conformada a su vez por 3 fases claramente identificables:

(1) El “Análisis Individual”, que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta

de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. (2) El “Foro Virtual” constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es el de propiciar la socialización y el intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial, y, (3) La “Mesa de Trabajo o Conversatorio Local”, que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Finalmente, esta etapa permite la identificación de los momentos e instrumentos necesarios para la aplicación a la práctica judicial para que a partir de éstos, se generen compromisos concretos para desarrollar las siguientes etapas.

Etapa 3. Aplicación a la Práctica Judicial: La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los funcionarios y funcionarias que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, pueda traducirse en un mejoramiento permanente de la misma y por ende una respuesta con calidad a los usuarios y usuarias.

Esta etapa se desarrolla también durante 3 fases: (1) La “Aplicación in situ”, que incorpora a la práctica judicial los conocimientos, técnicas y nuevas actitudes desarrolladas en las etapas anteriores; pretende impactar otros operadores de la justicia (empleados, abogados, usuarios, auxiliares, etc.), mejorar el acceso efectivo a la administración de justicia y aumentar la credibilidad en la misma. (2) El “Conversatorio o Videoconferencia” que posibilita a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial, y (3) El “Informe Individual”, en que él y la participante dan cuenta en forma escrita de la aplicación a la práctica de los contenidos objeto del programa y los invita a remitir sus aportes, sugerir nuevas posibilidades de aplicación y presentar casos exitosos y ejemplificantes de su labor.

Etapa 4. Seguimiento y evaluación: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo. La etapa de Seguimiento y Evaluación busca obtener información sobre las debilidades y fortalezas del proceso, de manera que pueda aplicar los correctivos necesarios y a tiempo, que lleven al perfeccionamiento del mismo.

Para ello, el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” presenta 3 fases que posibilitan evidenciar la consecución de los objetivos del programa: (1) El “Monitoreo” promueve la motivación recíproca para el mejoramiento continuo en la práctica judicial; (2) El “Observatorio” con acciones concretas para analizar las providencias y actuaciones judiciales, difundir las mejores prácticas para promover el cambio en los demás despachos judiciales y por ende, cualificar la prestación del servicio, y (3) El “Informe Final”, que posibilita evaluar el impacto del programa sobre la gestión judicial y sus resultados frente a los usuarios y usuarias, para así, adoptar medidas de mejoramiento en cada uno de los aspectos evaluados.

Los módulos

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

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

Cómo abordarlos

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

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Especializada del Área Penal – Curso de Profundización sobre el Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9^a -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico *escuelajudicial@ejrlb.net* los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación del Área Penal – Curso de Profundización del Sistema Acusatorio Penal**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
CONVENCIONES	26
PRESENTACIÓN DEL MÓDULO	27
JUSTIFICACIÓN	30
RESUMEN DEL MÓDULO	33
SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR	34
OBJETIVOS	35
Objetivo general del Módulo	35
Objetivos Específicos del Módulo	35
1. DISCRECIONALIDAD PARA INVESTIGAR Y ACUSAR PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: DOS FIGURAS DIFERENTES EN SUS ORÍGENES Y TRADICIONES	37
Objetivo general de la unidad	37
Objetivos específicos de la unidad	37
1.1. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD: DE NUEVO UNA TENSIÓN TRADICIONAL	39
1.1.1. Legalidad y excepcionalidad: límites difusos	40
1.1.2. El principio de oportunidad: matiz de la excepción debido al marco general de la legalidad	42
1.1.3. La selectividad inherente a todos los sistemas penales	43
1.1.4. La oportunidad como mecanismo para equilibrar el impacto de una selectividad estructural	44
1.2. DIFERENCIAS ENTRE DISCRECIONALIDAD Y OPORTUNIDAD	44
1.2.1. Sobre las tradiciones jurídico políticas y sus diferencias	44
1.2.2. Discrecionalidad para acusar y principio de oportunidad: encuentros y diferencias	45
1.2.3. ¿Acaso mejor el binomio obligatoriedad-discrecionalidad que legalidad-oportunidad?	50

1.2.4. El derecho penal internacional: fuente de dudas y ambigüedades	51
1.2.5. Alcances y límites en el ejercicio de la discrecionalidad	53
Actividades pedagógicas	61
Autoevaluación	62
Jurisprudencia	65
Bibliografía	65
2. EL MODELO DE LA OCUPACIÓN HUMANA	69
Objetivo general de la unidad	69
Objetivos específicos	69
2.1. DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL	71
2.1.1. Política criminal y principio de proporcionalidad: los orígenes en el derecho penal sustancial	71
2.1.2. Principios penales, Constitución Política y política criminal	74
2.1.3. Principios rectores del derecho penal y política criminal	75
2.1.4. Política criminal y dinámica procesal	77
2.1.5. La determinación normativa y política de los principios	78
2.1.6. Constitución Política y principios rectores del derecho penal: límites de la acción política	81
2.2. EL FISCAL, EL JUEZ Y LA JUEZA PENAL Y LA POLÍTICA SOCIAL: LOS OPERADORES FRENTE A LAS TENSIONES AL INTERIOR DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	83
2.2.1. La criminalización de la política social	83
2.2.2. La política criminal como la continuación de la política social por otros medios: el sujeto como fuente de riesgo	87
2.2.3. El Juez y la Jueza penal y la política social	88
2.2.4. El Juez y la Jueza penal frente a los procesos de doble victimización: limitación de la política penal	91
2.2.5. Delitos y víctimas: hacia una armonización de intereses, más allá de la mera función criminalizante	93
2.2.6. Descongestión reglada del sistema: hacia modelos consistentes de reducción de complejidad	97
2.2.7. Causas penales y realidades económicas y sociales: un equilibrio siempre complejo	98
2.2.8. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y su apoyo a la aplicación correcta del Principio de Oportunidad	102

2.2.9. La falsa concepción de la legalidad y la política criminal: un hecho de profundo arraigo cultural	104
2.3. DE LAS RELACIONES Y TENSIONES ENTRE POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA: EL ESCENARIO PROCESAL	106
2.3.1. Oportunidad o preclusión: de las relaciones y tensiones entre dogmática y política criminal	108
2.3.2. Afectación efectiva de bienes jurídicos	114
2.3.3. Oportunidad y preclusión: opciones válidas como herramientas de reducción de complejidad	116
2.3.4. Sobre los denominados “delitos bagatela”	117
2.3.5. Sobre los bienes colectivos	119
2.4. LOS FINES DE LA PENA Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	119
2.4.1. Principios rectores de la sanción penal	119
2.4.2. La necesidad de la pena: un principio fundante de la sanción penal	120
2.4.3. Hacia la erradicación de las penas inútiles	123
Actividades pedagógicas	125
Autoevaluación	126
Jurisprudencia	128
Bibliografía	129
3. DISCRECIONALIDAD, OPORTUNIDAD Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL: REFLEXIÓN SOBRE LA REFORMA LEGISLATIVA DE 2009 AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	133
Objetivo general	133
Objetivos específicos	133
3.1. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA DISCRECIONALIDAD	135
3.1.1. Un sentido de la oportunidad en contextos domésticos a partir de la justicia penal internacional	135
3.1.2. Criterios de selección de casos en la justicia penal internacional: discrecionalidad en pleno	136
3.2. REFORMA LEGISLATIVA AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	140

3.2.1. Lucha contra el crimen organizado: un contexto general para la reforma	140
3.3. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL	143
3.4. REFORMA Y JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL	146
3.4.1. El testaferrato y el Principio de Oportunidad	146
3.4.2. Desmovilizados de grupos paramilitares y principio de oportunidad: máxima tensión en el marco de la discrecionalidad política	147
3.5. LOS EQUILIBROS POLÍTICO-CRIMINALES: LA TENSIÓN ENTRE VERDAD-JUSTICIA Y REPARACIÓN	149
3.5.1. Discrecionalidad política en escenarios complejos de comisión de crímenes internacionales	152
3.5.2. Las relaciones entre guerra y derecho y el principio de oportunidad: exigencias del caso colombiano	153
3.6. LA DENOMINADA “PARAPOLÍTICA”: FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO	154
3.7. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y JUSTICIA TRANSICIONAL	155
3.8. LA APLICACIÓN COLECTIVA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: UN ESCOLLO PRÁCTICO SUBSANABLE	159
3.9. DE LAS CONFUSIONES EN LA POLÍTICA CRIMINAL: PROCESOS EXCEPCIONALES DE TRANSICIÓN Y PROCESOS NORMALES DE DESACTIVACIÓN DE BANDAS CRIMINALES	160
3.9.1. La lucha contra la criminalidad como recurso simbólico y discursivo	161
Actividades pedagógicas	167
Autoevaluación	168
Jurisprudencia	171
Bibliografía	171

CONVENCIONES

Ae *Autoevaluación*

Ap *Actividades pedagógicas*

B *Bibliografía*

Bs *Bibliografía seleccionada*

J *Jurisprudencia*

Oe *Objetivos específicos*

Og *Objetivo general*

PRESENTACIÓN DEL MÓDULO

El presente módulo se ocupa del estudio del Principio de Oportunidad y su regulación en el caso colombiano, dando prioridad al estudio de problemas concretos que la aplicación del principio ha generado en la práctica. Por esa razón, no se trata de un estudio ni mucho menos exhaustivo sobre el tema; él se restringe, como se dice, a problemas muy puntuales, pero que son abordados desde una perspectiva general y, sobre todo, teniendo en cuenta siempre el origen de la figura, su fundamentación desde el punto de vista del derecho comparado, las diferencias que existe entre el Principio de Oportunidad y formas de discrecionalidad propia de los sistemas más ligados al *common law* o tradición anglosajona.

El tema ya ha sido tratado por diversos autores en el caso colombiano, incluso ya, a instancia de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, dentro del conjunto de módulos producidos por el programa de formación institucional al final del año 2005, se elaboró un módulo especializado sobre el tema. Éste, además, se redactó por Darío Bazzani, teniendo en cuenta los temas propuestos por él en el marco del texto producido en conjunto con diversos autores, entre ellos, el autor del presente módulo, publicado a finales de 2004, con el título de “Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez Penal colombiano” (Consejo Superior de la Judicatura, Escuela judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, diciembre de 2004).

Por esta razón, este módulo no se detiene en la repetición de cuestiones ya planteadas por el autor mencionado y por diversos autores colombianos que han abordado el tema, y se concentra, como se ha dicho, en el estudio de problemas sustanciales generados por la aplicación práctica del principio, al mismo tiempo que, desde luego, se alimenta con las tesis expuestas por autores precedentes y las confronta.

El módulo propone respuestas a diversos interrogantes surgidos en la práctica. Por ejemplo, los interrogantes que surgen de las relaciones y tensiones entre la aplicación del Principio de Oportunidad y la figura de la preclusión, los interrogantes y cuestionamientos surgidos a partir

de los alcances y límites de la dogmática penal material y la dogmática procesal, en función de la aplicación práctica del principio, los cuestionamientos surgidos con base en las relaciones entre política criminal y derecho penal, las preguntas surgidas a partir del ejercicio posible de la discrecionalidad, tanto *técnica* como *política* -diferencia que se propone en el texto- por parte de los operadores y operadoras.

Así, en la Unidad 1, se presenta una reflexión que comienza, llamando la atención sobre la importancia de tomar conciencia de los contextos y tradiciones jurídicas, en donde surgen instituciones como la que aquí se analiza, con el fin de replantear la aparente dicotomía que existe entre la legalidad y la oportunidad, con miras a abordar este tema más bien desde la tensión que dentro de la legalidad surge entre la obligatoriedad y la excepcionalidad. Se plantea entonces la distinción entre la discrecionalidad técnica y la discrecionalidad política, como espacios de decisión con los que cuenta el funcionario judicial y en los cuales se materializa su papel, particularmente mediante la aplicación del principio de oportunidad.

Con esto, en la Unidad 2, se invita al dicente a aproximarse al concepto de política criminal, para estudiar su alcance y límites, y abordar el problema del rol de los jueces y juezas desde una perspectiva constitucional. Esta reflexión desemboca en la Unidad 3, en donde se formulan algunas consideraciones sobre la discrecionalidad en la Justicia Penal Internacional y se analizan aspectos relacionados con la política criminal, concretamente en materia de lucha contra el crimen organizado y la justicia transicional, advirtiendo sobre la inconveniencia de confundir estos dos escenarios. El marco de discusión en esta unidad, está dado por la reciente Ley expedida en el mes de julio de 2009 que ha introducido una reforma a la regulación legal del principio.

Se trata de brindar a los y a las dicentes, herramientas teóricas, basadas en reflexiones sobre la aplicación práctica del principio de oportunidad, que motiven a los funcionarios judiciales a acudir al principio como herramienta de uso diario y fundamental para la materialización de los fines político-criminales y procesales de un sistema penal como el colombiano. Queremos rescatar así esta figura, como una herramienta privilegiada a disposición de fiscales, jueces y juezas, propicia para solucionar

problemas y darle sentido al sistema penal acusatorio, haciendo verdadera justicia material.

Se agrega, finalmente, que el texto ha sido concebido a partir de la confrontación con casos prácticos, con cifras, con diversas entrevistas adelantadas a operadores y operadoras judiciales. El autor se desempeñó desde el año 2005 hasta el año 2007, como consultor de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”; como tal, tuvo a su cargo la coordinación académica del conversatorio interinstitucional del sistema acusatorio, espacio privilegiado de discusión, concebido y coordinado por el magistrado Hernando Torres con el apoyo irrestricto y comprometido, de la directora de la Escuela Judicial, doctora Gladys Virginia Guevara y el cual reunía, en discusión franca y al más alto nivel, a todos los actores del proceso penal acusatorio. Además, el autor laboró como coordinador del observatorio sobre el sistema penal acusatorio, creado a instancia de la sala administrativa mencionada. Por esa razón, ha acompañado desde el primer momento el proceso de aplicación del sistema, al mismo tiempo que lo ha hecho, desde la perspectiva de programas interinstitucionales de formación de operadores y operadoras.

El tema del principio de oportunidad, desde un primer momento, ha suscitado los más grandes interrogantes, todos ellos plasmados en las primeras reflexiones articuladas al conversatorio interinstitucional. El autor ha tenido en cuenta todas estas reflexiones aportadas por diversos operadores y operadoras en aquel espacio de discusión. En este sentido, agradece, de manera especial los comentarios y el apoyo en la consecución y discusiones de los casos aportados en el módulo, de diversos jueces y operadores, especialmente, al juez Carlos Alberto Moreno, a las jueces Paula Jiménez, Rosa Irene Veloza y Lucelly Murcia Parrado, jueces activos y comprometidos, con quienes el autor ha preservado un enriquecido diálogo desde hace varios años. El autor hace mención muy especial, finalmente, al joven docente Gustavo Cote Barco, quien asistió al autor con el acopio, reseña y organización de la información pertinente y con quien, además, el autor ha sostenido discusiones muy enriquecedoras e importantes para la elaboración del presente módulo.

JUSTIFICACIÓN

El presente módulo hace parte del Proyecto de Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia, adelantado por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, en el cual, después de varios trabajos para la identificación de necesidades de formación, se concluyó que existen vacíos en la práctica judicial, que han dificultado, entre otros temas, la aplicación del principio de oportunidad. Esta figura, nueva en nuestro ordenamiento jurídico, no ha sido apropiada adecuadamente por buena parte de los funcionarios judiciales, razón por la cual no ha dado los rendimientos esperados.

Existen, por ejemplo: profundas dudas sobre cuál debe ser el papel del juez/la jueza en función de control de garantías, así como sobre el alcance del control legal y constitucional que deben realizar; igualmente ocurre ello, con la disyuntiva entre dar paso a la preclusión u optar por la aplicación del principio de oportunidad, en casos en donde la relación entre la teoría del delito e institutos procesales tiende a ser bastante estrecha; otro tanto sucede con relación al supuesto carácter excepcional de la figura. Todos estos aspectos, han generado inconvenientes en la aplicación práctica del Principio de Oportunidad e incluso han llevado a que en ocasiones se tenga la idea, de que su uso debe ser esporádico, al tener lugar, supuestamente, por fuera (como excepción), del principio de legalidad.

Aspectos como éstos y otros más, son abordados, en consecuencia, a lo largo del módulo, con especial énfasis en la relación que existe entre el Principio de Oportunidad y la política criminal del Estado, contextualizando el papel de los y las funcionarias (fiscales, jueces y juezas), desde el punto de vista constitucional, como actores activos en la materialización de la política criminal. Se trata entonces, en este módulo, de la profundización de temas, algunos ya entrevistados por la doctrina nacional, actualizándolos en función de problemas prácticos y muy concretos que se han identificado.

En este contexto, el módulo busca también propiciar la reflexión del funcionario sobre el compromiso con los fines del sistema (perfilados desde la Constitución Nacional), e invitarlo, de manera conjunta, a que

alimente una visión global de la figura, para enmarcarla dentro de los principios y sentido del sistema penal procesal y sustancial.

La justificación del módulo yace, entonces, en la revisión de temas sustanciales respecto de la aplicación práctica del principio, en el estudio de problemas concretos derivados de la normatividad y de la práctica, en la propuesta de soluciones posibles a los problemas planteados. Frente a dicha justificación del módulo, debe agregarse, además, y ello tiene que ver con el objetivo mismo del trabajo, que el autor del módulo tiene una concepción positiva sobre la aplicación del principio; lo considera como una herramienta de uso privilegiado, no sólo en la perspectiva, ya en sí loable de descongestión del sistema penal, sino también en la perspectiva de construcción, caso a caso, de justicia material.

Ello, en la medida en que se entienda, desde luego, que el juez/la jueza penal colombianos, ejercen un control sobre la aplicación del principio, tienen que ser jueces especialmente activos. Esto, desde luego, no sólo desde el punto de vista estrictamente dogmático-procesal, sino y como se verá en el trabajo, desde el punto de vista de la gestión político-criminal del funcionario o funcionaria como operador del sistema. Es decir, cuando un juez o jueza adelanta el control sobre la aplicación del principio, en la medida en que, como lo dispone el código de procedimiento penal expresamente, el principio se aplica con base en la política criminal del Estado, el juez/la jueza también participa de concepciones y decisiones político-criminales. Desde luego lo hace también y de manera fundamental, la Fiscalía General de la Nación, institución estatal directamente responsable de la aplicación de esta figura.

A propósito, se aclara que el módulo ha sido escrito para operadores y operadoras judiciales, en la medida en que se articula a programas generales de formación de los funcionarios y funcionarias de la rama judicial, pero, por el tema mismo, se entiende que los problemas formulados y las posibles soluciones, atañen de manera fundamental a fiscales y, además cuando sea el caso, a los agentes del Ministerio Público. Así, entonces, como se ha dicho, el autor propone un uso activo y propositivo del principio, que presupone, desde luego, un cambio de mentalidad y culturales

profundos, cambios en los cuales están involucrados los operadores y operadoras, académicos y la comunidad jurídica en general.

Un hecho central debe destacarse en la elaboración del módulo. Todo el proceso de construcción del mismo, ha coincidido con el proceso de reforma del principio que concluyó con la expedición de la Ley 1312 del 9 de julio de 2009. El módulo se elaboró, a medida en que se iba desarrollando la discusión en el Parlamento. Por esa razón, se dedica un estudio particular a la reforma, teniendo en cuenta sus aspectos centrales, sobre todo, su posible aplicación para casos de lucha contra el crimen organizado y, mejor, su aplicación en el contexto del proceso de Justicia y Paz, proceso extremadamente complejo, único, e interesante que vive el país, en el marco general de la denominada justicia transicional.

En el módulo se ha trabajado primero con el texto más avanzado de la reforma, que para el momento de su elaboración correspondía a los textos aprobados en la comisión primera y en la Plenaria de la Cámara de Representantes, incluyendo los informes de ponencia presentados para el segundo debate en Cámara. Estos documentos, como se dice, acompañaron la reflexión inicial en el texto, como quiera que su elaboración coincidiera con el momento más avanzado en la discusión, hasta los meses de abril y mayo de 2009. Luego, se estudió el texto materia de conciliación en las dos cámaras, del mes de junio y, finalmente, se reseña el texto final de acuerdo con la ley 1312 de 2009, expedida prácticamente al momento de finalizar la redacción del presente trabajo. Los operadores y operadoras encontrarán así un trabajo en perspectiva, que da cuenta de la discusión hasta la expedición del texto final de la ley.

De esta forma, debido a esta feliz coincidencia, el módulo constituye también un trabajo de estudio y análisis crítico sobre la reforma, lo cual le aporta un valor agregado y le brinda a los operadores y operadoras elementos críticos para entender la dinámica de aplicación del principio, en escenarios muy complejos, en los cuales las decisiones político-criminales, se ligan a procesos de paz, a la búsqueda de la desmovilización de actores inmersos en el conflicto social y político colombiano. El juez/ la jueza penal es un actor fundamental en este entramado complejo y propio del caso nuestro y, siendo como debe ser, un juez activo, los límites

y alcances de la reforma, le conciernen directamente (no debe pasarse por alto, tal como se verá al final del primer capítulo o unidad, que el módulo también coincide con el momento de la discusión, bastante polémica, alrededor del nombramiento del nuevo fiscal general de la Nación: todo el andamiaje de organización institucional de la Fiscalía General, incide, necesariamente, en la aplicación práctica del principio de oportunidad).

RESUMEN DEL MÓDULO

El módulo se encuentra dividido en tres capítulos u unidades. En la primera, se plantean cuestiones fundamentales relacionadas con el binomio legalidad-oportunidad (excepcionalidad), o como se propone mejor, con el binomio obligatoriedad-discrecionalidad. Se proponen fórmulas de interpretación del principio, confrontando las tradiciones jurídico-políticas, el sistema anglosajón, el sistema continental, etc. Todo ello, en función del desarrollo de herramientas de interpretación más coherentes del funcionamiento del principio y en función de una coherente aplicación práctica del mismo. La segunda unidad se ocupa de las relaciones entre política criminal y derecho penal; entre teoría del delito, Principio de Oportunidad y decisiones político-criminales.

Diversos problemas suscitados por la aplicación práctica del principio se estudian aquí, y se proponen soluciones sistemáticas; ello, además, con un sentido pragmático, teniéndose en cuenta, como se ha dicho, la visión positiva que se tiene del principio. En el tercer capítulo o unidad, se abordan temas centrales relacionados con la reforma legislativa del principio, en el marco general de la justicia penal internacional –escenario ideal para el ejercicio de la discrecionalidad– y de la justicia de transición, tema hoy ligado de manera fundamental con la aplicación en el caso colombiano, del Principio de Oportunidad (la reforma se comenta, desde luego, en el texto de todo el trabajo).

Además de estas tres unidades, el módulo se acompaña de un anexo comprehensivo que consta de tres partes: una, en la cual se reseñan los textos más relevantes de la doctrina nacional sobre el tema. Se trata de textos previos a la elaboración del presente módulo y, en ellos, los opera-

dores encuentran posiciones diversas que ilustran y enriquecen los temas. En segundo término, se reseñan las principales decisiones jurisprudenciales sobre el tema, especialmente aquellas que han sido dictadas por la Corte Constitucional. En tercer término, se elabora un cuadro comparativo de la reforma al principio de oportunidad, teniendo en cuenta la propuesta inicial de la Fiscalía y los diferentes agregados que se fueron dando en la discusión en el Parlamento. Los operadores y operadoras encontrarán así un mapa completo de la discusión.

SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR

Doctor summa cum laude en Derecho Penal y Teoría del derecho de la Universidad del Saarland, en Saarbrücken, Alemania. Profesor asociado de la facultad de ciencias jurídicas de la Universidad Javeriana de Bogotá y profesor de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes, profesor invitado al Instituto Max-Planck para derecho penal internacional de Friburgo y a diversas universidades de América Latina y Europa. Miembro del grupo de estudios latinoamericanos sobre derecho penal internacional apoyado por la fundación Konrad-Adenauer. Se desempeña como asesor y consultor de agencias nacionales e internacionales.

OBJETIVOS

Og

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Explicar porqué, y ello vale en general para toda la discusión que aquí se adelanta, se debe evitar el mero pragmatismo instrumental y la mera vocación eficientista en la aplicación del principio de oportunidad, para rescatar así esta figura como una herramienta privilegiada a disposición de fiscales, jueces y juezas, propicia para solucionar problemas y darle sentido al sistema penal acusatorio, haciendo verdadera justicia material.

Así mismo, se pretende proporcionar a los operadores y operadoras judiciales, herramientas consistentes para el uso correcto de la dogmática sustancial y procesal, que permitan el ajuste de la discrecionalidad técnica y aún política en el contexto del Principio de Oportunidad a postulados político-criminales, regidos éstos, a su vez, por los principios constitucionales.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

Al finalizar el estudio del módulo, los y las discentes estarán en capacidad de:

- Identificar los contextos y tradiciones en los que se originan instituciones como el Principio de Oportunidad y la discrecionalidad para acusar, así como las consecuencias prácticas que se derivan de la forma como se concibían estas figuras.
- Aplicar el Principio de Oportunidad como herramienta de uso diario y fundamental para la materialización de los fines político-criminales y procesales de un sistema penal como el colombiano.
- Resolver situaciones prácticas a partir de un concepto amplio de Política Criminal, que permita a los operadores y operadoras judiciales comprender las tensiones

en las cuales se ve envuelto el sistema penal en un contexto social problemático como el colombiano y el papel que el Principio de Oportunidad está llamado a cumplir ante dicha realidad.

- Explicar el funcionamiento de la discrecionalidad para acusar en el ámbito del derecho penal internacional, con el fin de facilitar la comprensión de la forma como esta figura opera en la práctica y cómo ella puede enriquecer la discusión interna sobre la aplicación del Principio de Oportunidad a sujetos relacionados con el conflicto armado y a fenómenos de delincuencia organizada.

Unidad 1

DISCRECIONALIDAD PARA INVESTIGAR Y ACUSAR PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: DOS FIGURAS DIFERENTES EN SUS ORÍGENES Y TRADICIONES

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

- Identificar los contextos y tradiciones en los que se originan instituciones como el Principio de Oportunidad y la discrecionalidad para acusar, así como las consecuencias prácticas que se derivan de la forma como se concibían estas figuras.
- Aplicar el Principio de Oportunidad como herramienta de uso diario y fundamental para la materialización de los fines político-criminales y procesales de un sistema penal como el colombiano.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Definir la importancia del Principio de Oportunidad para la administración de justicia en Colombia, más allá de la discusión sobre si éste constituye una excepción al principio de legalidad o más bien es una coherente del mismo.
- Establecer las diferencias entre el concepto de “oportunidad” y de “discrecionalidad”, resaltando las bondades del principio de oportunidad.

Oe

- Analizar la relación que existe entre la discrecionalidad para acusar y el principio de oportunidad, resaltando que la discrecionalidad para acusar, que a nuestros ojos parecería tan deleznable o extraña, es normal en otros escenarios, sin que el fiscal que la prohíja pueda ser tachado de hacer mera política y de no hacer derecho.

1.1 LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD: DE NUEVO UNA TENSIÓN TRADICIONAL

Es lugar común iniciar el estudio del principio de oportunidad, haciendo referencia a las tensiones entre legalidad y excepcionalidad. Ello, con fundamento, en el caso colombiano, en lo establecido en el artículo 322 de la Ley 906 de 2004 que regula el principio y que establece lo siguiente: “La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código” (nótese que el principio tiene fundamento constitucional, así sea para concebir su excepcionalidad. Ello tiene consecuencias fundamentales desde el punto de vista del control sobre el principio y, de manera general, sobre las formas que asume la persecución penal del delito y el ejercicio de *ius puniendi*). Luego, el artículo 323 hace relación al principio y, además con ello, establece las bases para una conceptualización del mismo: “La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir, o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad” (se reseña aquí la redacción inicial de la norma, para entender el origen inicial de su regulación y los aspectos que le son propios)¹.

1 *La Corte Constitucional colombiana ha establecido a lo largo de su jurisprudencia, que tanto la renuncia al ejercicio de la acción penal, como la suspensión y la interrupción, son modalidades en sí mismas de aplicación del Principio de Oportunidad (ver por ejemplo: las sentencias C-984 y C-979 de 2005). Sin embargo, no se puede dejar pasar por alto, lo confuso que resulta la distinción entre suspensión e interrupción. La suspensión tendría lugar por ejemplo: en los casos de suspensión de procedimiento a prueba, mientras que no es muy claro cuándo se daría la interrupción. La Ley 906 de 2004 no aporta ningún criterio para aclarar el tema y la Resolución 6657 de 2004, de la Fiscalía General de la Nación, parece hacerlo aún más confuso: “Art. 6º. La interrupción es un fenómeno transitorio, diferente a la suspensión precisamente por su brevedad y porque afecta solamente el trámite de la actuación, sin perjuicio que pueda originar la suspensión del procedimiento a prueba o la renuncia a la persecución penal”. Autores han cuestionado esta falta de claridad, señalando que la interrupción podría darse, por ejemplo, en las causales relacionadas con la entrega del procesado en extradición o a la Corte Penal Internacional, sin embargo advierten que nada impediría hablar en estos mismos casos también de suspensión. FORERO, Juan Carlos. Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2006, pp. 250-255. Tampoco la Ley 1312 de 2009 ni la Resolución 3884 de 2009 (FGN), aclaran el tema, razón por la cual la discusión sigue abierta, incluido, claro está, el interrogante sobre la utilidad misma de esta distinción.*

Éste se configura entonces como una herramienta de uso privilegiado para todo el sistema judicial, con el propósito de que, en virtud de supuestos político-criminales y dogmáticos regulados y conforme a ámbitos de discrecionalidad reglada, el ente investigador, con el control judicial, pueda suspender, interrumpir o renunciar directamente a la persecución penal; todo ello, además, de acuerdo con disposiciones constitucionales y legales relacionadas con el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Con el texto conciliado en el Parlamento colombiano y aprobado en el mes de junio de 2009, relacionado con la reforma al principio de oportunidad, se refuerzan los supuestos de aplicación del principio. De acuerdo con la reforma, el segundo inciso del artículo 323 del código, queda así: “El Principio de Oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías”. Aquí se hace relación también al carácter excepcional del principio, aunque parecería que se matiza de alguna manera ello; en todo caso, se menciona también la taxatividad de las causales y el control judicial: se trata, como se verá, de la excepcionalidad dentro de la legalidad.

El concepto que en este módulo se ha introducido del principio, supone una flexibilización de su carácter excepcional o, mejor, una comprensión matizada y relativizada de la excepcionalidad. De acuerdo, además, con los objetivos del módulo, se lo concibe como una herramienta regulada, de uso muy importante para los operadores del sistema judicial penal, no sólo para descongestionar el sistema, sino para hacer auténtica justicia material.

1.1.1 Legalidad y excepcionalidad: límites difusos

También en el derecho comparado, en países de tradición continental, el punto de partida es el mismo: desde la legalidad a la excepcionalidad. Así, por ejemplo, en el caso argentino, en un texto muy comprehensivo y exhaustivo, se concluye que el “sistema penal argentino se basa en el carácter estatal de la persecución penal, consecuencia de la transferencia del

poder de reacción que el ciudadano ha otorgado al Estado".² No obstante, en cualquier caso, "puede concluirse que la posibilidad legal de incorporar excepciones al principio de legalidad procesal, en el código penal sobre presupuestos de razonabilidad y eficacia, no es más que brindarle a la autoridad prevista en la Constitución Nacional (...) la facultad de otorgar a quien ejerza las consecuencias del principio de oportunidad, la capacidad política decisoria propia de su función, conforme a las restantes atribuciones otorgadas por la propia Constitución y las leyes que la reglamentan".³

De igual manera, ello se percibe en el caso alemán, por ejemplo, cuando el principio general conforme al parágrafo 152 de la Ordenanza procesal alemana hace relación a la Fiscalía General y a su función de persecución del delito; también, como en nuestro caso, a partir de la noción de obligatoriedad, salvo aquellas posibilidades en que, de manera excepcional, se pueda no perseguir el delito por diversas circunstancias o causales (parágrafos 153 y 153a). La doctrina, en ese país, también inicia el estudio de la figura a partir de las "tensiones entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad". En un texto reciente, dichas tensiones son concebidas en el marco general de las normas que regulan la suspensión de la investigación o archivos de una causa⁴.

Estos ejemplos sirven para comprender el por qué de la existencia de concepciones tradicionales sobre el principio de legalidad: "Con el principio de legalidad quiere indicarse que en el sistema regido por el mismo, los órganos de persecución en todo caso, esto es, en cuanto que un hecho revista los caracteres de delito, vienen obligados a ejercitar la acción penal (tanto para la investigación como para obtener la realización del *ius puniendi*), sin que pueda atenderse a ninguna otra consideración".⁵

2 MARCHISIO, Adrián. *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 241.

3 *Ibid.*, p. 251.

4 Se trata del texto de ROSE, Ralf. *Der Rechtsschutz des Beschuldigten gegen die Einstellung des Strafverfahrens nach der Oportunitätsvorschriften der Strafprozessordnung*. Peter Lang, Frankfurt, entre otras, 2006. Es muy interesante el hecho de que este trabajo relativamente reciente, trate el tema del principio de oportunidad, no sólo en el contexto de diversas normas que restringen la acción de persecución penal estatal, sino que, como lo dice el autor en la introducción, el texto esté "dedicado a la protección del procesado", es decir, está concebido el principio desde la perspectiva del procesado y sus derechos y no, necesariamente, desde la mera perspectiva estatal de persecución o no de una conducta.

5 LÓPEZ BARJA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Aranzadi, Navarra, 2005, p. 340.

1.1.2 El principio de oportunidad: matiz de la excepción debido al marco general de la legalidad

Ahora bien, una vez se haya verificado el funcionamiento del principio en la práctica o una vez se haya estudiado justamente, el precario funcionamiento de dicho principio en la práctica, por lo menos en ciudades diferentes a Bogotá, el punto de partida de este trabajo es que no se puede ahondar en esta aparente dicotomía, entre legalidad y oportunidad y, con ello, obstaculizar el uso del principio y más bien se debe entender que el principio es una herramienta muy interesante de uso diario y fundamental de acuerdo con los mismos fines político-criminales y procesales que rigen un sistema penal acusatorio y un sistema penal como el nuestro. La noción de excepcionalidad se debe matizar en función de los alcances mismos que tiene el principio y, como se dice, en función de los beneficios que en la práctica a partir de su uso se pueden obtener. Así, el hecho de no ser concebido el principio meramente como una herramienta de uso excepcional, induce o desinhibe a los operadores, tanto a la Fiscalía General de la Nación como a los jueces –en su función de control- para que lo aprovechen con todo su potencial.

Ésta es la concepción que aquí se asume, posición que ya había sido entrevista, aunque con acentos diferentes, por autores que se aproximaron al estudio de este principio: “La hipótesis es evidente y clara, es decir, se levanta el velo de la arrogante legalidad y del tradicional *ius puniendi*, para dar paso a una justicia histórica, a una justicia y a un aparato de justicia que se aviene a las necesidades del momento y que se regula por medio de la política criminal y que una vez regulada, ya no puede tildarse al Principio de Oportunidad como contrario o antónimo del *principio de legalidad*, sino que debe entenderse como un instrumento del principio de legalidad que da respuesta a las necesidades de la sociedad a la cual se aplica”⁶.

En este autor, el punto de partida es el hecho de que el principio de oportunidad, al ser reglado, se encuentra concebido en el contexto de la misma legalidad. Y es lógico: no se trata de que la oportunidad o no, de investigar o de interrumpir la investigación, dependa de causas por fuera

6 IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. *El Principio de Oportunidad*. En: Revista *Universitas* No. 109. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 77.

de la ley, es ésta la que establece precisamente las pautas de aplicación del principio (otra cosa es, como lo hace el autor citado, en el contexto de la Corte Penal Internacional, concebir de manera semejante las nociones de oportunidad y discrecionalidad. En seguida se estudiará este punto). También otros autores críticos, conciben la precariedad de la distinción entre legalidad y oportunidad y acentúan el impacto de la realidad en la que se juega el derecho: “El respeto a las garantías fundamentales bajo el obedecimiento al principio de legalidad, es una simple abstracción teórica que en nada se asoma a la realidad”, toda vez que “el Estado no tiene la capacidad de reacción necesaria para iniciar todas las acciones emergentes de las conductas ilícitas, ni mucho menos para perseguirlas y concluirlas”⁷.

1.1.3 La selectividad inherente a todos los sistemas penales

El argumento no es meramente pragmático, ciertamente ningún sistema penal, de ningún país y menos uno aquejado por tan graves y masivos delitos como el nuestro, puede dar cuenta de todo aquello que se produce socialmente como delito. Habría que convertir la sociedad toda en una especie de panóptico y el sistema penal se expandería indiscriminadamente. De hecho, además, y éste es un punto central en la discusión, ya la criminología, con gran lucidez, había dado cuenta de la enorme selectividad de todos los sistemas penales y de cómo opera esta selectividad: la función inicial de la policía que es la primera fuente de selectividad, y luego toda la escala del sistema penal que va operando selectivamente de acuerdo con innumerables situaciones que dependen de los entornos sociales. Pues bien, podría decirse, en términos más agresivos, que el Principio de Oportunidad es una forma organizada, reglada y acotada de hacer selectividad, evitando con ello las grandes fuentes de corrupción o desinstitucionalización propias de mecanismos primitivos y latentes de selectividad (negociaciones entre policía y posibles autores o partícipes de delitos, comercio con los delitos que llegan o no llegan al sistema, presiones sobre los operadores, etc.), y, para de una vez enfatizar el buen uso que puede tener el principio, para enmendar, de alguna forma, por lo menos en casos concretos, las formas de selectividad propias de sociedades tan desiguales,

⁷ MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, César Augusto. *Principio de Oportunidad*. Ediciones Nueva Jurídica, Colección de Estudios No. 8, Bogotá, 2006, p. 33.

en donde los pequeños delincuentes son siempre los “clientes” del sistema penal, mientras los grandes escapan a su aplicación.

1.1.4 La oportunidad como mecanismo para equilibrar el impacto de una selectividad estructural

En efecto, en sociedades aquejadas por mecanismos estructurales de selectividad en los cuales se impactan a los más débiles, un uso racional y razonable del principio, puede y logra equilibrar cargas y dejar al sistema con mayor tiempo y recursos para dedicarse a acciones verdaderamente graves o aquellas que, en relación con las víctimas, no han recibido ningún acto de reparación o enmienda por quienes cometen los delitos. Incluso, como se verá, aquellas acciones que están en las fronteras entre delitos y aquellas que no lo son, encuentran en la aplicación del principio una salida loable.

1.2 DIFERENCIAS ENTRE DISCRECIONALIDAD Y OPORTUNIDAD

1.2.1 Sobre las tradiciones jurídico políticas y sus diferencias

Una vez se ha hecho esta consideración de principio acerca de la noción de oportunidad, el autor considera importante hacer referencia al derecho comparado, a tradiciones culturales diferentes, con el propósito de que los operadores, a los cuales va dirigido este módulo, encuentren elementos de comparación y, sobre todo, encuentren que la *discrecionalidad en la acusación* que a nuestros ojos es tan deleznable o extraña, es normal en otros escenarios, sin que el fiscal que la prohíja, pueda ser tachado de hacer mera política y de no hacer derecho. Al mismo tiempo y sobre todo, el reconocer las diferencias entre las tradiciones, propicia, en la medida en que se reconocen los orígenes de las figuras, una mejor apropiación de instituciones semejantes, análogas o que pueden servir para fines similares. Es el caso que se estudiará a continuación, de la diferencia entre discrecionalidad para investigar y acusar y el principio de oportunidad.

1.2.2 Discretionalidad para acusar y principio de oportunidad: encuentros y diferencias

Al hacerse referencia al principio de oportunidad, es importante poner de manifiesto que éste puede ser *reglado* cuando su ejercicio está plenamente delimitado y enmarcado en la ley, existiendo así unos parámetros claros respecto de los cuales puede actuar la oportunidad y fuera de los cuales ésta se encontraría prohibida; al tiempo que puede ser *discrecional*, caso en el cual no existen límites al ejercicio de la oportunidad. En este sentido, valga poner de manifiesto que, en términos generales, el sistema penal acusatorio en el derecho continental, ha optado más por el Principio de Oportunidad reglado, mientras que en el sistema anglosajón prima el principio de discrecionalidad para acusar⁸.

Surge en este punto, un interrogante fundamental al precisar la noción de discrecionalidad para acusar y de principio de oportunidad, a saber: ¿qué se entiende por Principio de Oportunidad y qué por discrecionalidad para acusar? Para responder esta cuestión, es pertinente hacer una breve referencia sobre el surgimiento de estas figuras en el derecho comparado.

a) La discrecionalidad para acusar (*the prosecutorial discretion*)

En primer lugar, la discrecionalidad para acusar es un principio propio de los países de la tradición anglosajona, en los cuales se ha adoptado el sistema penal acusatorio. En este sentido, en la mayoría de los países del *common law*, el fiscal tiene un margen de discrecionalidad enorme al decidir si ejercitara la acción penal respecto de hechos punibles de los cuales tenga conocimiento⁹ (teniéndose presente siempre la diferencia

8 LÓPEZ BARJA. *Op. Cit.*, p. 341.

9 Sobre este asunto ver: NTANDA NSEREKO, Daniel D. *Prosecutorial Discretion Before National Courts and International Tribunal. Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, ICC*, en: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/Guest+Lectures/>, p. 4; y ARISTIZÁBAL GONZÁLEZ, Carolina. *Alcance del Principio de Oportunidad en la Nueva Legislación Procesal Colombiana. Tesis para Optar el Título de Abogado*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2045.pdf>, p. 14.

que existe en el caso inglés donde no se hace relación, de manera general, a la existencia propiamente de un Ministerio Público). Igualmente, en este sistema, el ente acusador tiene la plena potestad para no continuar o abandonar un proceso penal ya iniciado. Así mismo, es de resaltar que ese poder discrecional del fiscal en los países de derecho anglosajón, envuelve cierta independencia en su ejercicio, la cual depende del tipo concreto de Estado e instituciones, cuyo ordenamiento jurídico se esté analizando.¹⁰ Además y sobre todo, esta posibilidad se observa realmente en la capacidad que tiene el ente investigador de *seleccionar* casos, todo ello desde luego en función de ciertos criterios que hacen que no se convierta en un ejercicio puramente subjetivo o desregulado. Pero, lo que se requiere resaltar aquí, es la posibilidad que tiene el ente investigador en esta tradición de hacer selectividad, en el buen sentido del término (luego se verá cómo, en el campo del derecho penal internacional, ello conduce a la opción de seleccionar de acuerdo con criterios como el “máximo responsable”, “gravedad de los delitos”, etc.).

Por último, usualmente en los países de derecho anglosajón, el papel del juez, respecto de la discrecionalidad para acusar del Fiscal, es más pasivo, puesto que se evidencia una diferencia tajante entre el juez/la jueza y el acusador en virtud de la cual no existe necesariamente un control judicial de las decisiones de los fiscales al decidir sobre el ejercicio de la acción penal¹¹. Así, y de manera general, haciendo referencia a los poderes del ente investigador en el contexto de los tribunales internacionales y cuando se hace alusión a los “actores en los procesos y a sus roles”, respecto del *prosecutor*, se dice que “cada investigador decide sobre el inicio de la investigación, la conducta a seguir en la misma y en sí sobre la investigación misma del crimen”. Se acentúa lo que es la regla en el derecho anglosajón: “De acuerdo con el principio adversarial, el investigador a nivel internacional, goza de un enorme nivel de independencia, y un bajo nivel de supervisión judicial”¹².

10 NTANDA NSEREKO. *Op. Cit.*, p. 4.

11 *Ibíd.*, p. 7.

12 Los autores alertan, desde luego, sobre las discusiones que, sobre todo en la perspectiva de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, ha tenido los alcances y límites de la *prosecutorial discretion*, es decir de la discrecionalidad a la cual nos referimos. Así, “la cuestión sobre la discrecionalidad en la investigación y acusación, incluido sus límites y el control judicial, ha sido un tema de gran debate, particularmente a nivel de derecho

Desde el punto de vista idiomático, es interesante reseñar que, de manera general, cuando se hace referencia a “Prosecutions in National Courts”, se tiende a traducir la noción de prosecution, como persecución. Y es una terminología ya establecida en español, como es en el caso de la persecución penal nacional de crímenes internacionales. Allí la denominación de persecución es más genérica, mientras que el *prosecutor* como tal, es concebido en el contexto de la actuación del fiscal o, en todo caso, del ente investigador (siempre debe tenerse presente la diferencia desde el punto de vista organizativo y constitucional, del caso inglés). De igual manera, en trabajos editados en inglés, en los cuales se hace referencia a los “*requirements for Prosecution*”, en la versión española del Tratado, se dice: “Presupuestos para la persecución penal”¹³. Es un tema general, aunque en este punto concreto, el autor se refiere a las “condiciones de procedibilidad” que afectan o condicionan la “procedencia de la persecución penal”¹⁴.

b) El Principio de Oportunidad

En los países de tradición continental o *civil law*, en términos generales, ha primado históricamente el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, al tiempo que en éstos, los jueces sí ejercen un papel de control más estricto respecto de las actuaciones del Fiscal¹⁵. Sin embargo, en estos países la tendencia de obligatoria investigación y formulación de acusación, planteó inquietudes de reforma hacia la tendencia del principio acusatorio¹⁶.

En el contexto de estos desafíos, surgió la necesidad de ser desarrollado un principio, una herramienta de selección, de descongestión del sistema, de selectividad regulada y conforme a los alcances y límites de los sistemas. Se originó la discusión en torno a la así denominada oportunidad. No obstante, “debe señalarse que en los países en los cuales se originó el sistema penal acusatorio (Estados Unidos de América, Inglaterra y el País

interno”. CRYER, Robert et al. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2008, p. 374.

13 WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. Aser Press, 2005, p. 183. La versión española, lleva como título: *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 302.

14 *Ibid.*, p. 302.

15 NTANDA NSEREKO. Op. Cit., p. 7.

16 ARISTIZÁBAL GONZÁLEZ. Op. Cit., p. 20.

de Gales) no se menciona siquiera la expresión ‘principio de oportunidad’, pues en ellos la discrecionalidad para la formulación de la acusación es absoluta”.

Se trata de una denominación que tuvo su origen en los países del continente Europeo con régimen penal mixto con tendencia inquisitiva que, dentro de la dinámica del acontecer social, se vieron abocados a cuestionar la aplicación rígida y automática del principio de la obligatoriedad de formular la acusación en el ejercicio de la acción penal debido al inmenso número de procesos frente a las limitaciones del aparato judicial. Este cuestionamiento los condujo a plantear salidas estratégicas para descartar la acusación obligatoria en un número limitado de causas que ellos justificaron por razones de conveniencia o de oportunidad social [...]. Pero debe llamarse la atención sobre el hecho de que a raíz de esta salida procesal por razones de conveniencia o de oportunidad, nació a la vida del derecho procesal europeo la figura del ‘principio de oportunidad’, que recientemente fue introducido con el mismo nombre en la Constitución Política y el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano¹⁷.

Al respecto, debe destacarse también y como un antecedente general, la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre “simplificación de la justicia penal”, del 7 de septiembre de 1987. En ella se aconseja que, debido al incremento de la criminalidad y a los retrasos enormes para dar solución a los casos, recurrir al principio de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal o, en aquellos países donde rige la obligatoriedad como principio, se aconseja recurrir a mecanismos equivalentes. Se hace relación a una “clara definición de prioridades en la conducción de la política criminal”, a partir de la imposibilidad de dar respuestas acertadas al fenómeno criminal.

c) Confusiones idiomáticas

Ahora bien y como se ha planteado desde el principio desde el punto de vista de las traducciones, aun cuando -como lo manifiesta Aristizábal González, citando a Mestre Ordóñez-, “en lugar de hablarse de un principio

17 *Ibid.*, p. 18.

de oportunidad, lo correcto sería referirse a la discrecionalidad para acusar que tendría el fiscal investigador en los sistemas procesales penales", lo cierto es que la diferencia terminológica respecto de ambas figuras que corresponden en el mundo de las ideas a la facultad discrecional del fiscal para acusar, está dada por la diferencia misma que radica entre el sistema de derecho anglosajón y el sistema de derecho continental¹⁸.

No son entonces términos y, lo más importante, categorías iguales. Incluso, haciendo un ejercicio idiomático sencillo, no existiría traducción para el concepto de oportunidad. Y al revés, desde la tradición continental, se deben evitar traducciones que no corresponden. Por ejemplo, en el *abstract* de un trabajo interesante que pretende rescatar el Principio de Oportunidad en sus efectos prácticos importantes, se dice en español: "el Principio de Oportunidad es una estrategia estatal", mientras que ello se traduce directamente al inglés como "the prosecutorial discretion is a state strategy". Desde el punto de vista de las tradiciones, ello no corresponde.

Ahora bien, por razones prácticas, pragmáticas y dado que pueden ser desde luego conceptos concebidos como análogos, se pueden utilizar más o menos indistintamente y así lo vienen haciendo diversos autores, pero para entender dinámicas complejas de derecho comparado, de culturas jurídicas diversas y sus implicaciones en nuestra cultura, se deben preservar las diferencias. El autor de este módulo considera que el conocimiento riguroso de las figuras, sus orígenes, etc., más allá desde luego del uso práctico que las figuras en abstracto puedan tener, constituye un aporte para ellos y un derecho de los operadores, fiscales, jueces, defensores públicos, y tanto más si se trata de ejercicios ubicados en el contexto de políticas de formación. Además, ello se sitúa en contravía de aquellas visiones que, por ejemplo en relación con la teoría del delito o la dogmática, insinúan que no importa la rigurosidad dogmático-conceptual cuando se aplica en concreto una figura. A más de lo anterior, se parte de la base de que, al reconocer las diferencias, se pueden aprovechar mejor las figuras.

18 *Ibid.*, p. 17.

1.2.3 ¿Acaso mejor el binomio obligatoriedad-discrecionalidad que legalidad-oportunidad?

En este sentido, en el contexto de las tradiciones y tal como lo propone un autor, constitucionalista más que penalista, quien de manera clara y sencilla, con el énfasis metodológico-constitucional preciso, aborda el tema general del poder para acusar, se debe hablar más incluso del binomio obligatoriedad-discrecionalidad, que el de legalidad-oportunidad (como excepción). Ello, tal como se sostiene aquí y se ahondará más adelante, pues la respuesta, desde el punto de vista del derecho comparado, a qué hacer, cuando se tiene la *notitia criminis*, esto es, en presencia de indicios razonables, de que se ha cometido un delito, “... de los diferentes ordenamientos se sitúa a lo largo de una línea en cuyos extremos se hallarían, respectivamente, la obligatoriedad y la discrecionalidad absolutas”¹⁹.

No obstante, y frente a la conclusión que se ha presentado, se dice: “Obsérvese, incidentalmente, que en algunos países existe una tradición legislativa y doctrinal, en virtud de la cual, para designar estas dos opciones extremas, se suele hablar respectivamente de los principios de ‘legalidad’ y ‘oportunidad’; pero se trata de expresiones jurídicamente ambiguas y, sobre todo, provistas de una pesada carga valorativa”²⁰. Esta carga valorativa, muchas veces ideológica, viene ligada, tal como se verá en su momento, a motivos que de un lado y del otro del binomio, existen para negar bien la legalidad o bien la oportunidad. Pero, respecto de lo que interesa por ahora, se debe agregar, entonces, que, “a efectos de la descripción, parece que las expresiones ‘obligatoriedad’ y ‘discrecionalidad’ proporcionan mayor precisión conceptual y neutralidad valorativa”²¹.

Ahonda el autor en el tema del derecho comparado y a manera de ejemplos, el autor ilustra cómo, en el extremo de la obligatoriedad absoluta, se situaría el caso italiano, en la medida en que no establece condiciones ni excepciones –y donde la obligatoriedad está prevista a nivel constitucional-, mientras que, como se ha dicho, “decididamente por la discrecionalidad, en fin, se encuentran los ordenamientos del *common*

19 DÍEZ-PICAZO, Luis María. *El poder de acusar*. Ariel, Barcelona, 2000, p. 13.

20 *Ibid.*, p. 13.

21 *Ibid.*

*law*²². Igualmente, destaca el autor, que una solución intermedia sería la alemana, a la cual se ha hecho referencia y que pesó mucho en la discusión legislativa nuestra en la primera configuración normativa del principio, pues si bien proclaman la obligatoriedad como regla general, ello admite modulaciones cuando, por ejemplo: la culpabilidad es mínima o cuando no exista un verdadero interés público en la persecución. El caso francés es interesante: la regla podría ser una especie de discrecionalidad, pero que es reglada, al no permitirse, por ejemplo: la aplicación de la *opportunité de poursuites*, cuando la víctima o perjudicado se haya constituido previamente en parte civil. Aquí no se trata, como en el caso alemán, de una obligatoriedad con condiciones y excepciones, sino de una discrecionalidad limitada.

1.2.4 El derecho penal internacional: fuente de dudas y ambigüedades

Volviendo al tema relacionado con las tradiciones y una vez se ha puesto de presente la conduencia del manejo de los términos, obligatoriedad discrecionalidad, se debe aclarar que el autor de este módulo, que ha participado de la construcción de los primeros módulos elaborados a instancia del Consejo Superior de la Judicatura y de la Escuela Judicial, en el año 2005, y consciente por ejemplo de las dificultades de los operadores y de la comunidad jurídica en general, para matizar y comprender los alcances de nociones como bloque de constitucionalidad; por ejemplo, en qué casos qué instrumento se debe usar y con qué consecuencias, y consciente en general de las dificultades que a todos nos surgen para abordar dinámicas de derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional, observa que es cada vez más importante concebir las figuras, tal como ellas son, en el contexto de sus tradiciones. En cualquier caso, además, es siempre menester trabajar los conceptos como verdaderas categorías con implicaciones sistémicas y no como meras palabras. En este sentido y para volver a la diferencia que se ha planteado, se deben evitar confusiones cuando se dice, por ejemplo: que el “Principio de Oportunidad no es exótico; se encuentra regulado como facultad propia y discrecional del fiscal en la

22 *Ibid.*

Corte Penal Internacional, que actúa como estándar internacional, pues es el sistema procesal ratificado por Colombia”²³.

Aquí el tema se torna desde luego más complejo e interesante, en la medida en que se hace relación a la Corte Penal Internacional. Para ello, se debe recordar la premisa con la cual se ha partido y que se ha explicado: discrecionalidad no es lo mismo que oportunidad. Pero, como se dice, en el contexto de la Corte, el tema se torna aún más intenso, ya que no sólo el autor citado hace referencia a la oportunidad; un procesalista español activo, también lo hace, por ejemplo. En un trabajo descriptivo sobre el proceso ante la Corte Penal Internacional, establece “que el ejercicio del Principio de Oportunidad es posible en este proceso, es claro”. El autor se refiere, por ejemplo, a los artículos 53, 1, c y 53, 2, c, en virtud de los cuales, el “fiscal puede llegar a la conclusión de que no solicita la apertura formal de la investigación, por tanto, prescinde del ejercicio de la acción penal, por entender que el caso no redonda en interés de la justicia”²⁴.

En estricto sentido, más incluso que oportunidad, habría discrecionalidad, aunque autores pioneros en esta discusión, como Kai Ambos, aseguran que ya la diferencia se torna más teórica que práctica, aunque el punto de partida del autor es la existencia de esa diferencia²⁵. Otros, en una tercera vía, digamos, que hace más complejo e interesante el asunto, dicen que se trataría, aunque ello parecería paradójico en principio, de una especie de “Principio de Oportunidad no reglado y de carácter general”. No es residual

23 IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto. *Ponencia presentada en el XXV Congreso Colombiano de derecho procesal, Universidad Libre, Bogotá, 2004, pp. 150-151.*

24 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional*. En: Gómez Colomer, González Cussac, Cardona Lloréns (coordinadores). *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 322.

25 Otros autores, como GUERRERO, Óscar Julián por ejemplo, de la misma forma que el autor de este módulo, es claro al considerar siempre como punto de partida la diferencia entre discrecionalidad para acusar y principio de oportunidad. También, en el caso de la Corte Penal Internacional, hace referencia al hecho de que se trata más de discrecionalidad. Ello, incluso, por un hecho que parece elemental: en el caso de que el fiscal de la Corte, decidía que el posible enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, ello no implica que el caso, justo porque se trata de una Corte complementaria y residual, no se juzgue en el Estado correspondiente; o sea, las consecuencias no son las mismas que aquellas previstas cuando se aplica el principio de oportunidad. Parecen más bien, criterios de selección –como en tribunales *ad-hoc* a los cuales se hará referencia, para investigar y acusar. Reflexiones adelantadas con Óscar Julián Guerrero, autor de otro módulo en este mismo proyecto conjunto, en el contexto de elaboración de este módulo.

ni excepcional, como es en nuestro caso y esto justo por las negociaciones entre delegados de diversos países y diversas tradiciones²⁶. Sería, “no reglado”, en la medida en que no existen criterios fijos, absolutos o previos, ni siquiera los criterios de los *policy papers*. En el fondo, es un tema realmente de admisibilidad, pero que está enteramente relacionado con aquello que se verá más adelante, que es la denominada discrecionalidad política, más que la mera discrecionalidad técnica, presente, digamos, en todas las decisiones en las cuales es necesario ponderar algún principio o regla.

Ahora bien y volviendo a la cita previa que, además, hacía referencia a una especie de estándar, no sólo se trata de no equiparar discrecionalidad con oportunidad, sino y sobre todo en este caso, se trata de evitar que dicha equiparación converja en una especie de estándar internacional sin contenido, sin concreción. Es decir, aunque se entiende el esfuerzo del autor por evitar con buen juicio el mero “procedimentalismo”, el esfuerzo puede ser contraproducente, en la medida en que se mezclan tradiciones diferentes con diferentes sustentos históricos y argumentativos y se deduce de ello un estándar procesal. El hecho es muy concreto: mientras la *prosecutorial discretion* anglosajona es la regla, en nuestro caso, la oportunidad es la excepción (más allá desde luego, de nuestra conclusión sobre la necesidad de matizar esta característica).

1.2.5 Alcances y límites en el ejercicio de la discrecionalidad

Lo que sí es importante y ya en el aspecto concreto y pragmático, es que bien, tratándose de discrecionalidad, poder para acusar o de oportunidad, no se trata, con ello, de un mero subjetivismo valorativo desregulado ni de un capricho meramente personal del operador y menos de formas veladas de politiquería de un ente acusador, avaladas por una aparente regulación. De allí la importancia de la discusión acerca de los contenidos regulativos, en nuestro caso, de la aplicación del principio de oportunidad. De allí la importancia, también, de distinciones metodológicas fundamentales, como es el caso, por ejemplo, de la diferencia entre discrecionalidad técnica y discrecionalidad política.

26 Las reflexiones del autor se recogen de manera general, en OLÁSOLO, Héctor. *Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar?* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

a) Discrecionalidad técnica y discrecionalidad política

El punto de partida para esta diferencia, es el hecho de que, en una mayoría de casos y no siempre en los denominados “casos difíciles”, también en una gran mayoría de supuestos fácticos, cabe una serie de soluciones correctas en derecho. De hecho, ello ha llevado a numerosos autores de teoría del derecho y de la argumentación, a preguntarse si existen en general o no respuestas correctas en el derecho. Ello, incluso en el caso del derecho penal, recordándose el texto importante de Hassemer sobre las posibles respuestas correctas en este ámbito punitivo²⁷. Así, entonces, de manera general, existe discrecionalidad en el operador, con independencia de la tradición jurídica. De la mano de esta conclusión, un autor citado, concluye: se está “ante una valoración de hechos e interpretaciones en virtud de la cual se decide si se está técnicamente en condiciones de ejercer la acción penal y cuál es el modo más adecuado de hacerlo. A este respecto, puede hablarse de una ‘discrecionalidad técnica o interpretativa’ como elemento inherente al ejercicio de la acción penal”²⁸.

Nótese que el acento se da, no en las razones de conveniencia o de política para decidir si se persigue o si se investiga, sino en los elementos técnicos, puede llamarse, dogmático materiales o procesales, para tomar la decisión. Aquí entran en juego diversas cuestiones que serán analizadas en la próxima unidad, sobre existencia o no de una conducta punible y aún cuando tenga lugar dicha conducta, sobre la existencia o no de antijuridicidad material, el grado de culpabilidad, etc. Se trata de una diferencia respecto de la otra forma de discrecionalidad, es decir, de aquella denominada “discrecionalidad política o de oportunidad”.

Nótese bien, además, que la noción de oportunidad surge aquí casi más como un criterio de discrecionalidad. La conclusión parece mero pragmatismo, pero debe entenderse en el sentido de la diferencia con aquella discrecionalidad técnico-interpretativa de supuestos jurídicos, para dar respuesta a supuestos fácticos. Así, allí donde existe la discrecionalidad

27 HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

28 DÍEZ-PICAZO. Op. Cit., p. 13.

política, ella “consiste en la posibilidad de ejercer la acción penal según criterios extrajurídicos”. Extrajurídicos, en el sentido en que no son meramente dogmáticos, de tal forma, que “este tipo de discrecionalidad implica, por tanto, un juicio de pura conveniencia en virtud del cual se decide si el ejercicio de la acción penal es apropiado con respecto a ciertos fines políticos”. Pero, ¿quién define estos intereses políticos, cómo se definen éstos, quién o quiénes entran a hacerlo? ¿Le corresponde siempre al Fiscal General o a los fiscales de cada caso? ¿Y sus relaciones con el poder ejecutivo? Se trata de cuestiones de fondo y que tienen que ver con la política como tal y con la política criminal.

Este módulo se redactó al momento final cuando se decidió un texto común en el Parlamento sobre la reforma al Principio de Oportunidad cuyo *leit motiv* ha sido la lucha contra el crimen organizado y, dentro de ello, de manera equívoca pues se trata de temas propios de justicia transicional, la aplicación del principio a desmovilizados de grupos paramilitares, todo ello en el marco general del proceso de Justicia y Paz. Se ha redactado, al mismo tiempo en que ha sido presentada la terna para el nombramiento del nuevo fiscal, con todas las críticas que ello ha suscitado en la comunidad jurídica, especialmente, en decenas de ONG de derechos humanos. Es decir, se ha redactado en medio de dos hechos que son fundamentales respecto de la acción política y de la noción misma de política criminal, entendiéndose ella desde luego, en un sentido amplio, ya que el legislador diseña prioridades, decide, hace énfasis en la persecución o no-persecución de ciertas conductas, establece criterios generales, pero son los operadores, justamente, aquellos que, caso a caso, aplican las leyes y hacen también política criminal.

Baste por ahora destacar, respecto de la distinción expuesta que, como bien se dice en el texto citado, la ambigüedad ínsita en el uso del término oportunidad por discrecionalidad, tiene lugar también debido a que la expresión oportunidad “oculta los márgenes de inevitable discrecionalidad técnica ajenos a la oportunidad en sentido propio; y, así, se puede terminar por atribuir a estos márgenes de discrecionalidad técnica idéntico juicio de valor que a la discrecionalidad política”²⁹.

29 *Ibid.*, p. 16.

Se trata de una cuestión sutil, pero llena de sentido y que le otorga claridad a los fiscales y jueces, particularmente para diferenciar bien, cuando éstos últimos hacen uso necesario de una discrecionalidad técnica, interpretativa, insalvable y, cuando, por vía en el caso colombiano de una oportunidad reglada, se trata de una discrecionalidad ligada a motivos o decisiones político-criminales. Como se verá en la próxima unidad, el juez es también un hacedor de política criminal y, más aún, de política social, cuando se trata de las relaciones entre política criminal y política social. Incluso la aplicación misma del principio de proporcionalidad, tal como viene siendo trabajada de manera fundamental especialmente por los jueces de control de garantías, entraña desde luego, un ejercicio de discrecionalidad que en todo caso, debe ser técnico. En este sentido, toda la dogmática de ponderación y un uso regulado y disciplinado, con auto-restricciones del constitucionalismo y de la teoría de la argumentación, están al servicio de la decisión técnica del juez/la jueza.

b) Discrecionalidad técnica y oportunidad reglada en virtud de las causales que rigen la aplicación del principio

Por último, debe destacarse en este acápite, que nuestro juez constitucional ha aceptado también la discrecionalidad pero, en el caso concreto de la aplicación del principio de oportunidad, se asume la discrecionalidad como libertad en la interpretación de las causales que dan lugar a la aplicación del principio. De allí el hecho de que la Corte Constitucional sostenga que en Colombia se acogió un sistema de discrecionalidad reglada, en virtud del cual, si bien existen márgenes importantes de interpretación en cabeza del fiscal, dicha interpretación no es ilimitada, pues las causales que pueden dar lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad están compuestas por elementos que indican claramente las valoraciones que debe adelantar el funcionario y los fines que se deben perseguir en la aplicación de la figura. En dos providencias fundamentales la Corte ha expuesto esta consideración. Se trata de las sentencias C-673 de 2005 y C-095 de 2007.

De allí, por qué además, la Corte, en la primera de las providencias enunciadas, declaró inexcusable el texto original del numeral 16 del artículo 324 CPP, debido a los elementos vagos y difusos que según la Corte tenía la causal. Así, dicha causal se refería a “cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas”. De acuerdo con lo anterior, la norma demandada fue declarada inconstitucional, debido a que “... el legislador no reguló con la necesaria precisión y exactitud el ejercicio de esta facultad discrecional con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal en el marco de la política criminal del Estado, vulnerándose de esta manera el artículo 250 constitucional”³⁰.

Así, según la Corte, diversas expresiones contenidas en la causal, abren la puerta para que el fiscal realice valoraciones meramente subjetivas y personales, que además dificultan la labor del juez/la jueza de control de garantías, pues no le ofrecen algún parámetro objetivo para determinar, si el fiscal realizó un ejercicio adecuado de ponderación entre los intereses encontrados en la aplicación del principio de oportunidad: “cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, **dificulte, obstaculice o impida** al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia **hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad**, cometidos por él mismo o por otras personas”³¹.

30 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-673 del 30 de junio de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.*

31 “Al respecto, la Corte considera, que hacer depender la aplicación del Principio de Oportunidad de una investigación, en cuanto *dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación* hacia otra de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, resulta de esta manera una norma completamente ambigua, indeterminada y oscura... La advertida imprecisión de la norma acusada, imposibilita por su parte el ejercicio de un adecuado y real control por parte del juez de garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del Principio de Oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley. Es decir, ese diseño normativo vago e indeterminado de la causal acusada, le impide al juez de control de legalidad establecer si el fiscal, al aplicar el Principio de Oportunidad en el caso particular, dispuso arbitrariamente de la acción penal, o si resultaba desproporcionado su ejercicio previa la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, en atención a los deberes de respeto y protección que enmarcan la actividad del Estado”.

Lo interesante es, en este caso, tener siempre presente que, como sucede en Colombia, cuando una figura como el Principio de Oportunidad tiene rango constitucional, ello le otorga más complejidad al manejo de la misma, porque la convierte directa y justamente en un tema de especial relevancia en el contexto de la Carta Fundamental y no sólo en el aspecto legal. De allí, el celo con el cual la Corte, a pesar de admitir expresamente la noción de discrecionalidad, establece la limitación de la misma, no sólo en la existencia de causales expresas, sino también respecto de la claridad de las causales mismas. En este sentido, operaría una excepcionalidad dentro de la legalidad, para decirlo de esta manera. Es, como se verá a continuación, un tema de ingeniería u organización constitucional en función del ejercicio del *ius puniendi*.

c) La fiscalía General de la Nación y la organización o ingeniería constitucional

Como se ha advertido entonces, el tema relacionado con la discrecionalidad es un tema tanto de carácter técnico como de carácter político, aspectos que deben diferenciarse muy bien. Se trata, además, de hacerlo en función de las normas constitucionales, incluso desde la perspectiva concreta del control sobre la discrecionalidad de carácter más político. Es decir, el tema se convierte sobre todo en un tema fundamental desde la perspectiva constitucional. Pero no es sólo, como lo dice un autor citado, un tema de teoría constitucional, sino de “ingeniería constitucional”. Es decir, una vez identificados los principales objetivos a alcanzar, hay que establecer si los medios son idóneos y, sobre todo, valorar hasta qué punto todo ello se desarrolla dentro de un esquema de *checks and balances* que evite restricciones innecesarias de la libertad individual³². En seguida, el autor trata, desde el punto de vista comparado, diferentes tradiciones culturales y jurídicas y los diferentes mecanismos de control relacionados con el ejercicio de discrecionalidad³³.

32 *Ibid.*, p. 33.

33 *El autor del módulo, remite a los operadores y lectores en general, a la lectura de este trabajo muy pedagógico y claro, y a la perspectiva comparada que en él se asume. Véanse, a propósito, pp. 35 y ss.*

Un tema básico en la estructura del control de la discrecionalidad y, para nuestro caso, del control sobre el Principio de Oportunidad en perspectiva político-criminal y en perspectiva constitucional, se refiere a la organización de la Fiscalía General de la Nación. Ello, en cuanto a que el diseño mismo de los agentes y de la estructura de la institución encargada de la investigación y persecución penal, es en sí mismo un tema de relevancia constitucional. Desde el origen mismo de la Fiscalía General de la Nación, se discutió acerca de su carácter situado a medio camino entre lo judicial y lo administrativo, el carácter jerárquico en el trabajo de sus agentes, etc. Es un tema que debe seguirse pensando e investigando³⁴. En este escenario, debe pensarse siempre, por ejemplo: en las relaciones entre el poder ejecutivo y el ente investigador, en las variables que entran en juego en el proceso de nombramiento del fiscal general y, al mismo tiempo, en los procesos de selección de los fiscales y en su organización interna. De suyo, un hecho central es la organización interna que ha dispuesto la Fiscalía General para la aplicación del principio, el uso de las causales, quiénes y cómo las sustentan, el fiscal coordinador y las directrices que ha establecido, etc. Se trata de un tema fundamental.

Además de lo expuesto, las relaciones entre la Fiscalía y todo el entorno político, es un tema central; piénsese, por ejemplo: en los dilemas y desafíos surgidos a raíz del denominado proceso de la “parapolítica”. Las relaciones entre Fiscalía y policía también son fundamentales, tal como se ha visto con mayor razón desde el primer momento cuando entró a regir el sistema penal acusatorio.

Son relaciones y tensiones que exigen además, indagar siempre sobre aquellos hechos que inciden en las propuestas político-criminales que impulsa la misma Fiscalía. Aquí surge un asunto interesante: la Fiscalía no es en sí misma un órgano legislativo, pero ella presenta propuestas de reforma y muy comprehensivas, se trata de verdaderos códigos. Así,

34 Es por esta razón, por el carácter ambiguo que tiene el ente investigador, por así decirlo, que un autor como Mestre, con argumentos interesantes, sustenta su concepción del principio de oportunidad, partiendo del hecho de que la Fiscalía General asume funciones eminentemente administrativas, a pesar de hallarse situada, desde el punto de vista orgánico, dentro de la rama judicial. De allí deriva el autor una serie de consecuencias y de premisas, más ligadas a la aplicación del principio por razones de conveniencia política, etc. Ver: MESTRE, José Fernando. Op. Cit., pp. 49 y ss.

no sólo ejecuta decisiones político-criminales una vez que el legislador ha establecido criterios macro de actuación de la ley, sino que interviene directa y decididamente en los procesos de elaboración de la misma ley. Esto le otorga un inmenso poder y, se trata, también y desde luego, de un tema fundamental desde la perspectiva constitucional, desde la perspectiva misma de la separación de las ramas o instituciones del poder público.

En este sentido, adquiere un gran valor y un carácter fundamental, el control que lleva a cabo el juez/la jueza de control de garantías sobre la actuación de los agentes de la Fiscalía General de la Nación. Éste, que ha sido un aspecto central en aquellas actuaciones en las cuales se limitan derechos y garantías, también lo es tratándose de la aplicación del principio de oportunidad, tal como se verá en el capítulo siguiente, en el cual se hará énfasis en los márgenes de actuación que puede tener el juez/la jueza en el marco de aplicación del principio de oportunidad. Todo ello, en el marco general de la política criminal y a partir de los alcances y límites propios de un ejercicio de discrecionalidad reglado, en el caso colombiano, como concepto de oportunidad.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Para el desarrollo de las siguientes actividades es importante que los dicentes tengan en cuenta las consideraciones que a continuación se enuncian y que constituyen el punto de partida de las reflexiones planteadas a lo largo de esta unidad:

- No puede tildarse al Principio de Oportunidad como contrario u opuesto del principio de legalidad, sino que debe entenderse como un instrumento que, dentro del contexto de la legalidad, permite dar respuesta a las necesidades de la sociedad a la cual se aplica.
- El uso adecuado del Principio de Oportunidad sirve para enmendar, en alguna medida, por lo menos en casos concretos, las formas de selectividad propias de sociedades tan desiguales, en las cuales los pequeños delincuentes tienden a ser siempre los “clientes” del sistema penal, mientras los grandes escapan a su aplicación.

Actividad 1:

Elabore un mapa conceptual y ubique en él, el Principio de Oportunidad tal y como fue regulado en Colombia y su relación con la “oportunidad” propia del contexto europeo-continental y con la “discrecionalidad para acusar”, propia del ámbito anglosajón (tenga en cuenta los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional – Ver anexo).

Actividad 2:

¿Al entenderse el Principio de Oportunidad como manifestación de una facultad discrecional reglada, ello equivale a concebirlo como una figura de aplicación excepcional?

Actividad 3:

Reflexione sobre las implicaciones prácticas que tendría para la administración de justicia en Colombia, que el Principio de Oportunidad fuera concebido por los

Ap

distintos operadores y operadoras judiciales como una figura de aplicación excepcional.

Actividad 4:

Plantee y presente un caso de aplicación del Principio de Oportunidad e identifique qué diferencias habría tanto en la argumentación de la Fiscalía como en el control ejercido por el juez/la jueza de control de garantías, de entenderse esta facultad como simple manifestación de discrecionalidad o como una facultad que debe ejercerse dentro del marco de la legalidad.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Desarrolle las siguientes preguntas sobre el caso que a continuación se describe:

CASO 1. “CASO DE LOS CD PIRATAS”

Supuestos fácticos

El 21 de marzo de 2008, agentes de la Policía Nacional que se encontraban haciendo labores de patrullaje en la Carrera 15 con Calle 72, observaron al procesado Ricardo Armenio Rubio comercializando en la calle CD en formato DVD, que por sus características no se asemejaban a los originales, por lo cual se le dio captura e incautó el material (137 CD).

En la URI a donde fue conducido, se practicó el estudio técnico pericial a los elementos incautados y se concluyó que los discos carecían de los estándares de calidad establecidos por los productores de la industria legalmente constituida.

En la audiencia de formulación de imputación, se imputó el delito de “defraudación de derechos patrimoniales de autor”, sin que el procesado aceptara los cargos. Posteriormente se realizó un preacuerdo con la fiscalía, pero al mismo tiempo el imputado con su defensor se pusieron en contacto con la víctima para tratar de llegar a un acuerdo

Ae

de reparación. Efectivamente, el señor Rubio llegó a un acuerdo con la empresa APDIF (Asociación para la Protección de los Derechos Intelectuales de Videogramas y Fonogramas), consignándole en su cuenta bancaria la suma de \$150.000; en consecuencia, el representante legal de APDIF, manifestó por escrito al fiscal instructor del caso que habían sido reparados integralmente los perjuicios causados con la conducta del procesado y que en este sentido, desistía de la intención de cualquier acción en su contra.

El fiscal instructor del caso solicitó aprobación del fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial para renunciar al ejercicio de la acción penal en aplicación del Principio de Oportunidad causal primera; sin embargo, este último conceptuó que para evitar la reincidencia del procesado en esta conducta, el Principio de Oportunidad en este caso debía ser aplicado por medio de la causal octava (texto original antes de la Ley 1312 de 2009), y procedió entonces a la suspensión de procedimiento a prueba por un término de seis meses.

El fiscal instructor por estar en desacuerdo con esta posición, solicitó audiencia preliminar ante juez/jueza en función de control de garantías y presentó las dos posturas, insistiendo en su punto.

Tesis del fiscal delegado ante el tribunal

Según el fiscal, se debe solicitar la suspensión de procedimiento a prueba por un término de seis meses para garantizar que el procesado no incurra nuevamente en la misma conducta o en otro delito, teniéndose en cuenta que el Principio de Oportunidad es una excepción al principio de legalidad en el cual se da una segunda oportunidad al procesado. Por esto, se debe propender porque la conducta no se vuelva a presentar en casos como este que se trata de un ilícito en el cual comúnmente se reincide.

Tesis del fiscal de conocimiento

La posición del fiscal delegado no tiene fundamento, puesto que la suspensión de procedimiento a prueba opera cuando el procesado o procesada necesitan un término para cumplir las condiciones que exige la víctima, en cambio aquí hay una indemnización económica que ya se efectuó. En este sentido, la posición del fiscal delegado es un tanto peligrosista, puesto que si el procesado reincide, lo procedente es iniciar la investigación del caso e imponer las sanciones correspondientes.

En aplicación de los principios de economía y celeridad procesal, no obstante el concepto del fiscal delegado, se debe dar curso a la petición de aprobar la aplicación del Principio de Oportunidad por la causal primera, dado que la pena máxima prevista para este delito no supera los seis años de prisión, ya se indemnizó integralmente a la víctima y el procesado carece de antecedentes penales.

Tesis del abogado defensor

La consulta con él o la fiscal, delegado o delegada, se estableció para que este funcionario aprobara o no la aplicación del principio de oportunidad, atendiendo a criterios de política criminal, pero esta previsión normativa no desplazó la autonomía que tiene el fiscal instructor del caso para este efecto. El delegado sólo puede establecer, si la aplicación del Principio de Oportunidad procede o no, pero no puede condicionar su aplicación atendiendo a su propio punto de vista.

En el proceso se debe tener en cuenta, los intereses de la víctima, pero también los derechos del procesado. En este caso, lo que ocurre es una extralimitación del fiscal delegado ante el Tribunal en el ejercicio de sus funciones.

Ae

- ¿Qué diferencia existe entre el concepto de “discrecionalidad para acusar” y la “oportunidad”?
- ¿Qué consecuencias se derivan de estas diferencias para el sistema procesal penal colombiano en general y el caso aquí planteado en particular?
- ¿Qué diferencias habría en el presente caso, tanto en la argumentación de la Fiscalía como en el control ejercido por el juez/la jueza de control de garantías, de entenderse esta facultad como simple manifestación de discrecionalidad o como una facultad que debe ejercerse dentro del marco de la legalidad?
- ¿En el debate descrito a propósito del caso se observa el ejercicio de una facultad discrecional en términos políticos o en términos técnicos? ¿Por qué?

J

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional:

Sentencia C-673, del 30 de junio de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-095, 14 de febrero de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

B

BIBLIOGRAFÍA

ARISTIZÁBAL, CAROLINA. *Alcance del Principio de Oportunidad en la Nueva Legislación Procesal Colombiana*. Tesis para optar el Título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas - Pontificia Universidad Javeriana, en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2045.pdf>.

CRYER, ROBERT ET AL. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2008.

B

- DÍEZ-PICAZO, LUIS. *El poder de acusar*, Ariel, Barcelona, 2000.
- GARZÓN, ALEJANDRO, Y LONDOÑO, CÉSAR. *Principio de Oportunidad*, Ediciones Nueva Jurídica, Colección de Estudios No. 8, Bogotá, 2006.
- GÓMEZ, JUAN. *La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional*, en: Gómez Colomer, González Cussac, Cardona Lloréns (coordinadores). *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- HASSEMER, WINFRIED. *Crítica al derecho penal de hoy*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.
- IBÁÑEZ, AUGUSTO. *El Principio de Oportunidad*, en: Revista *Universitas* No. 109, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.
- , Ponencia presentada en el XXV Congreso Colombiano de derecho procesal, Universidad Libre, Bogotá, 2004.
- LÓPEZ, JACOBO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Aranzadi, Navarra, 2005.
- MARCHISIO, ADRIÁN. *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.
- NTANDA NSEREKO, DANIEL. *Prosecutorial Discretion Before National Courts and International Tribunal*, Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, ICC, en: <http://www.iccpi.int/Menu/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/Guest+Lectures/>.
- OLÁSOLO, HÉCTOR. *Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar?* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

B

- ROSE, RALF. *Der Rechtsschutz des Beschuldigten gegen die Einstellung des Strafverfahrens nach der Oportunitätsvorschriften der Strafprozessordnung*, Peter Lang, Frankfurt, 2006.
- WERLE, GERHARD. *Principles of International Criminal Law*, Aser Press, 2005.

Unidad 2

EL MODELO DE LA OCUPACIÓN HUMANA

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Resolver situaciones prácticas a partir de un concepto amplio de Política Criminal, que permita a los operadores y operadoras judiciales comprender las tensiones en las cuales se ve envuelto el sistema penal en un contexto social problemático como el colombiano y el papel que el Principio de Oportunidad está llamado a cumplir ante dicha realidad.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar las relaciones que existen entre la política criminal y los principios constitucionales, así como las consecuencias de dicha relación para el derecho penal sustancial y procesal.
- Identificar la relación que existe entre la política criminal y la dogmática jurídico-penal, con el fin de plantear alternativas concretas ante la posible aplicación del principio de oportunidad.
- Examinar las tensiones que se dan entre la política criminal y la política social y, dentro de éstas, las tensiones que surgen entre la política social y la criminalización de conductas.

Oe

- Reconocer el rol del juez y la jueza en función de control de garantías como un juez o jueza constitucional, que debe ser consciente de las tensiones en las cuales se ve envuelta la política criminal del Estado, con el fin de que incida con sus decisiones en la materialización de los principios penales y constitucionales.

2.1 DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

La aplicación del Principio de Oportunidad, tal como lo establece el nuevo Código de Procedimiento Penal en su artículo 312 que introduce el tema en dicho estatuto, “deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado”. Del Estado, se subraya, pero, ¿qué significa esto exactamente: ¿Quiénes hacen realmente política criminal en el Estado: sólo el poder legislativo, el poder ejecutivo con sus proyectos de ley o la fiscalía General de la Nación?

Respecto de la pregunta, se debe decir que el juez/la jueza penal colombiano, particularmente y en él se hace más notorio, el juez/la jueza de control de garantías, entendido desde luego como función y no como personas o funcionarios aislados, también es un hacedor de política criminal. La misma alocución de la norma lo indica al referirse a la política criminal del Estado en conjunto. Pero, además, lo es de manera particular por el hecho de ser un juez constitucional, de ser un juez que no sólo controla las garantías procesales, sino que le otorga a ellas o a su ejercicio de control, un carácter material -tanto material penal en el sentido del derecho penal sustancial, como material constitucional.

2.1.1 Política criminal y principio de proporcionalidad: los orígenes en el derecho penal sustancial

Debe recordarse que en el origen mismo que subyace al concepto dogmático-constitucional de proporcionalidad, el derecho penal sustancial fue fundamental: recuérdese por ejemplo, los esfuerzos pioneros de Franco Bricola en su lectura constitucional del derecho penal y de Claus Roxin en su noción de bien jurídico derivado directamente de la Constitución. Así, en un texto clave de 1966, Roxin, al preguntarse por el sentido y límites de la sanción penal (*Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*), desarrolla su posición al respecto, que luego será sistematizada en su Tratado: el bien jurídico debe ser derivado únicamente de la Constitución³⁵.

35 ROXIN, Claus. *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en: *JuS*, 6. Año, 1966, cuaderno 10, pp. 377-387.

De esta forma, “en relación con la derivación del bien jurídico de la Constitución, el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminal sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la ley fundamental, del Estado de derecho basado en la libertad del individuo”³⁶. Nótese, desde el título del texto de 1966 y luego en la conclusión de su síntesis en el Tratado, que en ellos se enfatiza de manera clara la noción de límite: *sentido y límite* de la sanción por una parte; por la otra, bien jurídico, protección penal y Carta Política basada en la protección de la libertad como límite de la actuación estatal.

La misma idea es compartida por Franco Bricola en un esfuerzo por pensar las categorías del derecho penal en función de la Carta Política. En efecto, su *Teoria Generale del Reato* -su *Teoría general del delito*- fue pensada en función de la Constitución Política. De hecho, a su llegada a la universidad de Bolonia, Bricola fue profesor de derecho constitucional y es uno de los autores pioneros en pensar una renovación de las categorías de la teoría del delito desde el punto de vista constitucional. El autor concibe entonces, “que la Constitución atribuye un valor del todo preeminente a la libertad personal”. En consecuencia, “puede afirmarse hoy con una mayor conciencia constitucional, que la sanción penal sólo puede ser adoptada en presencia de la violación de un bien que, a pesar de que pueda no tener un grado de respeto similar al valor sacrificado de la libertad personal, esté dotado al menos de relevancia constitucional”³⁷.

Para Bricola, se trata de hallar en la Carta, de la misma forma que lo hace Roxin, el marco para derivar bienes jurídicos, al mismo tiempo que se subraya la noción de libertad como bien constitucional y la *proporcionalidad* implícita como exigencia fundamental para la deducción de bienes jurídicos de la misma Carta. Se trata desde luego, además, del uso de la noción de proporcionalidad como herramienta para medir el impacto de cualquier decisión de política criminal, sobre el valor constitucional de la libertad.

36 Ibíd. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 1999, p. 55.

37 BRICOLA, Franco. *Teoria Generale del Reato*, en: *Novissimo Digesto Italiano*, XIX. Rome, 1974, p. 15.

Nuestro juez constitucional ha desarrollado una vasta jurisprudencia resaltando el principio de proporcionalidad en un sentido material. Por ejemplo, dice la Corte: “En materia penal, esta Corporación ha señalado que la facultad del legislador penal para limitar los derechos de las personas, si bien es amplia debido a la configuración de la política criminal, está restringida por normas constitucionales que está obligado a respetar. Dentro de tales límites se destacan no sólo el respeto al núcleo esencial de los derechos sino de los principios de necesidad, no discriminación, racionalidad mínima y proporcionalidad”³⁸.

Si, como es el caso de esta lectura pionera de Bricola, la protección de bienes jurídicos o, en todo caso, de objetos de protección del derecho penal, debe armonizarse siempre y debe ser proporcional con el desmedro que sufre la libertad, significa que las decisiones político-criminales, el catálogo de objetos de protección, el listado de delitos contenidos en la legislación o legislaciones penales, debe tener necesariamente un contenido constitucional afincado sobre ese juicio inicial de proporcionalidad.

Éste constituye una versión depurada y sofisticada hoy, con las herramientas del nuevo constitucionalismo, de los antiguos esfuerzos por pensar la pena en un sentido proporcional y de otorgar mínima racionalidad al castigo penal, desde el inicio mismo de la producción normativa y luego con aquellos otros presupuestos que son también decisiones político-criminales: aumento de penas a delitos existentes, cambio de jurisdicción o de competencia para ciertos delitos, criminalización o descriminalización de conductas, inclusión o exclusión de agravantes, creación de estatutos especiales para sujetos especiales de protección como los menores, las mujeres, etc. Por ejemplo: la reciente Ley 1257 de diciembre de 2008, por medio de la cual, en el contexto de la prevención y sanción de actos de violencia contra las mujeres, se incluye, para citar este caso, una circunstancia especial de agravación punitiva, adicionando el artículo 135 del Código Penal sobre homicidio en persona protegida, de tal forma que se aumenta la pena cuando dicho homicidio “se cometiera contra una mujer por el hecho de ser mujer”. Una norma interesante, pero y esto vale como reflexión para lo que se estudiará a continuación, no existe un apoyo argu-

38 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-916 de 2002.*

mentativo sólido para justificar esta inclusión, no se hace referencia a datos de alguna índole, a nociones de “enfoque diferencial”, etc.

La libertad de configuración legislativa del legislador, los márgenes en que él se mueve en un contexto de Estado social de derecho como está prefigurado en el caso nuestro –una tarea siempre en ejercicio- y todas estas expresiones formuladas por jueces constitucionales y en el contexto del derecho penal de la Constitución, constituyen presupuestos que condiciona las decisiones político-criminales. Así, fórmulas de ese derecho penal con vocación constitucional, limitado, garantista, como es el hecho de ser un derecho penal mínimo, fragmentado y fragmentario, asentado sobre el principio de lesividad y no sobre el peligrosismo, no sólo adquieren arraigo constitucional, sino que por ello mismo, condicionan la política criminal del Estado: la histeria legislativa y criminalizante que ronda en estos momentos la discusión política, en la cual se habla de cadena perpetua para violadores de menores, se postulan referendos reformistas de principios constitucionales, por no hacer referencia a la expansión de la lucha antiterrorista y contra el narcotráfico, deberían tener presente siempre estos postulados de proporcionalidad mínimos que condicionan la política criminal del Estado. Ésta es la lectura que se hace aquí de la noción de política criminal y se ilustra y se llena de contenido con los siguientes argumentos.

2.1.2 Principios penales, Constitución Política y política criminal

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, también la doctrina halla principios rectores del derecho penal, no sólo como fundamentos dogmáticos de la aplicación coherente de las normas penales en la teoría del delito, sino que los reconoce ante todo como presupuestos y límites para el legislador, ordinario y extraordinario, para operadores y, en general, para todos aquellos que intervienen en la gestión político-criminal. Basta por ejemplo: comenzar con enunciar el valor de la dignidad: la Constitución Política de Colombia se levanta sobre la dignidad. Es interesante constatar este hecho: otros países o naciones se levantan sobre el principio de igualdad por ejemplo. Pero países en extremos conflictivos, como es el nuestro o países como Alemania que fundaron una nación de las cenizas de la guerra, se levantan más sobre el principio de dignidad.

Así, el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, desarrollan este mismo postulado y ello adquiere una connotación, tanto dogmática como político-criminal: condiciona la adopción de decisiones político-criminales, al mismo tiempo que condiciona la práctica del derecho penal material y del derecho procesal penal: la prohibición tajante de la tortura es un ejemplo de ello³⁹.

2.1.3 Principios rectores del derecho penal y política criminal

Se trata de un principio que se coloca en el centro de la tensión fundamental entre política criminal y dogmática penal: los fines de la pena, el sentido último del castigo, la necesidad o no de una pena, incluso si el sujeto es hallado culpable, se encuentran condicionados por este principio; las penas, las medidas de seguridad, todo ese entramado que tiene que ver con el “tratamiento” al sujeto, lo están aún más. Y, de esta forma, como también se encuentra concebido en la doctrina, los principios condicionan la política criminal. A manera de ejemplo, se citan aquellos principios que, además, están presentes en las causales que posibilitan la aplicación del Principio de Oportunidad y, que, de manera general, tienen relación con dicho principio.

Así, el profesor Hans-Heinrich Jescheck, directamente en su *Tratado de Derecho Penal sustancial*, hace referencia a “principios de política criminal” y destaca tres principales, a los cuales se hará referencia, una vez se recojan los elementos centrales de una visión más comprensiva de política criminal. Dice así Jescheck:

la política criminal conecta con las causas del delito (lo cual presupone que las ciencias interdisciplinarias de la criminología deben proveer necesariamente bases fácticas o empíricas y científicas para los procesos de criminalización o desriminalización de conductas A. A), se

39 Muy interesante es, en este sentido, el esfuerzo que hacen hoy autores para rescatar el valor del principio de dignidad incluso como principio fundante de la teoría del bien jurídico. Así, es el caso del penalista chileno, GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, quien en el estudio preliminar a su traducción del texto fundamental y poco conocido en nuestro medio, de MAIHOFER, Werner. *Estado de derecho y dignidad humana*, hace relación a la importancia de pensar el bien jurídico también en el contexto de la dignidad humana. Texto publicado en la colección de Maestros del derecho penal, No. 28, editorial B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2008.

ocupa de cómo halla de recogerse correctamente los tipos penales para responder a la realidad de aquél, intenta determinar los efectos de las sanciones penales empleadas en él, considera hasta qué límite puede extender el legislador el derecho penal para no restringir la esfera de libertad del ciudadano, más allá de lo absolutamente indispensable, y examina si el derecho penal material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal⁴⁰.

Esta noción va mucho más allá de aquellas concepciones planas de política criminal que, más referidas a procesos de criminalización o decisiones sobre delitos, pueden ser mejor catalogadas como decisiones de pura política penal. En ese contexto se incorporan elementos que hemos destacado aquí de manera esencial. En primer lugar, como se dice, se refiere a la necesidad de hacer uso de datos empíricos, justamente para evitar la mera histeria punitiva y criminalizante y exigir, de quienes toman decisiones de política criminal como agentes de criminalización primaria, que se basen justo en estas investigaciones empíricas. Lo que quiere decir, además, que el sistema de justicia penal debe comprometer a centros de investigación, universidades, institutos especializados, a llevar a cabo estos ejercicios, de tal manera que las decisiones de política criminal –como al contrario ha sido la tradición del país- no consistan en la mera reacción puramente coyuntural a fenómenos delincuenciales no medidos con verdadera científicidad.

En segundo lugar, Jescheck hace relación a la sistematicidad dogmática cuando se refiere a los elementos de los delitos, lo cual está en consonancia con lo expuesto aquí en el sentido de una armonía y no funcionalización rampante o puramente pragmática, entre sistema dogmático y política criminal. Es en este sentido que entendemos aquí, igualmente, la propuesta novedosa de Roxin adelantada en su texto clásico sobre dogmática y política criminal. Roxin reacciona ante una sobredogmatización del derecho penal, no ante la necesidad de preservar la consistencia y sistematicidad dogmática y por eso su propuesta no consiste en una funcionalización vulgar de la dogmática a cualquier fin de política criminal ni mucho menos, lo cual equivaldría a decir, por ejemplo, que tipos penales

⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4 ed., corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Comares, Granada, p. 18.

abiertos, vagos, difusos, mal redactados y concebidos apenas en una lógica de persecución penal eficientista, encuentren respaldo en un uso instrumental y funcionalizado de la dogmática al servicio de decisiones político-criminales de turno⁴¹.

Es esa la lectura que a nuestro juicio debe hacerse, en el contexto donde se redacta este texto, al trabajo de Roxin e incluso a otros que se ocupan de manera sistemática del tema político-criminal, como es el trabajo de Heinz Zipf en el cual se recalca, además, la necesidad de ubicar la política criminal en el marco general de la ciencia del derecho penal⁴².

2.1.4 Política criminal y dinámica procesal

En tercer lugar, el autor hace referencia concreta a aquello que hemos subrayado en función del principio de proporcionalidad y su origen en el derecho penal material y coloca el principio de libertad como principio rector respecto del cual se debe cumplir el ejercicio, u hoy, en dogmática penal-constitucional, el test de proporcionalidad. Y finalmente y en cuarto lugar, avanzando con ello aún más respecto de concepciones más restringidas de política criminal, Jescheck destaca el aspecto procesal. No sólo se trata así de la realización del derecho material, sino de los

41 Sobre las tensiones entre garantismo y eficientismo, entre razón valorativa y mera razón instrumental, en una lógica de acción meramente criminalizante y en el contexto del derecho penal de enemigo en el caso colombiano, permítase la remisión del libro escrito por el autor de este módulo, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. 1 reimpresión, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009. Por otra parte, siempre, en este contexto, se debe tener presente el magnífico esfuerzo de Ferrajoli para darle una base epistemológica, filosófica, dogmática y en referencia a decisiones político-criminales, al garantismo penal: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995. Además, se deben tener en cuenta siempre, las propuestas del programa de derecho penal mínimo sostenido por Alessandro Baratta, quien leyó los principios penales fundamentales en clave político-criminal y quien avanzó significativamente en un proyecto, en su momento casi revolucionario, de un auténtico derecho penal de la Constitución. Este programa de derecho penal mínimo, se expresa en un texto fundamental para nuestra reflexión posterior sobre política social: BARATTA, Alessandro. *La política criminal entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*, en: *Ciencias Jurídicas*, Memorias. Foro de Política criminal, Facultad de ciencias jurídicas - Universidad Javeriana, Bogotá, 1998, pp. 25 y ss.

42 Se cita aquí el texto clásico de Roxin: *Política criminal y sistema del derecho penal*, editado por Hammurabi, en la colección Claves del derecho penal, No. 2. Buenos Aires, 2006. Por su parte, el texto de ZIPF, Heinz, se titula: *Introducción a la política criminal*. Edersa, Madrid, 1979.

mismos postulados legales y constitucionales que condicionan la política criminal. Como se ve, en esta secuencia de conceptos, tal como hemos desagregado la noción del autor citado, se origina un mapa general del tema que nos ocupa. Este mapa tendrá más contenido con el estudio de los principios, no sólo en Jescheck, sino en diversos autores y en producción jurisprudencial.

2.1.5 La determinación normativa y política de los principios

Así, a partir de una relativización del mero pragmatismo o de la prelación del interés político coyuntural, el autor citado, concibe los principios, a partir de la constatación de que “no todo lo que parece conveniente es así mismo justo”. Y “como criterio de la justicia en política criminal”, destaca el autor los tres siguientes principios que se sintetizan de la siguiente manera:

- a) **Principio de culpabilidad:** “significa que la pena criminal únicamente puede basarse en la constatación de que al autor cabe reprocharle personalmente su hecho”. Ello significa que la pena siempre presupone en todo caso la culpabilidad, “por lo que quien actúa sin ella no puede ser castigado”, y, presupone también, que “la pena tampoco puede superar la medida de la culpabilidad”⁴³. Ya se verá cómo esta lectura de la culpabilidad, en función de la pena, se acentúa, en el contexto general de la responsabilidad penal, en un autor como Roxin, deduciendo de ellos múltiples consecuencias. Para Jescheck, finalmente y como lo es para nuestro caso, el principio de culpabilidad tiene rango constitucional. Así, la apuesta en nuestro derecho penal material y procesal, por un derecho penal del acto y no de autor, constituye una apuesta desde los fundamentos constitucionales de dichos ámbitos normativos.
- b) Un segundo criterio de política criminal, para Jescheck, es el **principio de estado de derecho**. Así, también la apuesta por este tipo de organización estatal, configura y determina, de manera general, todo el ámbito de actuación político-criminal. Se trata de una lectura no sólo en sentido formal sino y sobre todo material, de postulados generales sobre los

43 JESCHECK. Op. Cit., p. 19.

cuales se levanta el ordenamiento constitucional. De nuevo aquí adquiere, tanto en el caso alemán al cual se refiere el autor como en nuestro caso, un renovado sentido la concepción de la dignidad como sustento de la organización estatal. Este principio conecta directamente con el tercero, que es concebido como el principio de humanidad.

c) **El principio de humanidad**, no sólo refuerza el tema general de la dignidad, sino que, “a su tenor, todas las relaciones humanas que surgen del derecho penal en su más amplio sentido deben ordenarse sobre la base de la solidaridad recíproca, de la responsabilidad social para los reincidentes (...), de la decidida voluntad de **recuperar a los delincuentes condenados**”⁴⁴. No parece ser éstos desde luego, los tiempos para semejante presupuesto organizativo de la actividad punitivo-estatal, no obstante y por eso se cita aquí en toda su dimensión programática, el autor de este módulo ha visto la decidida vocación y convicción y el empeño diario y valiente de numerosos jueces y fiscales y de operadores en general del sistema penal acusatorio, para hacer realidad estos postulados que no pueden ser meramente retóricos y que también tiene fundamento constitucional, ya que la solidaridad es un principio fundante de la Carta Política.

En esta dirección y teniendo en cuenta que es cada vez más importante situar la dignidad como límite último de políticas criminalizantes que permitirían por ejemplo: la tortura en casos de terrorismo, etc., el autor del presente módulo concibe el principio de *dignificación del ciudadano*. Éste se considera ligado a la apuesta por un derecho penal mínimo, auténticamente subsidiario, con carácter fragmentario y no-expansivo. Este principio de dignificación ha tenido, tanto en el derecho material como en el derecho procesal, un valor esencial de límite y de autorregulación de la acción penal.

Se trata, además, de las consecuencias de un descubrimiento trascendental de la sociología criminal: en el terreno de los delitos y de los delincuentes, debe obrar un juego de espejos entre el delincuente y el entorno social, de tal manera que la sociedad, la comunidad, vea en ellos retratados sus propios pecados y culpas. Esta mirada de la sociedad o de la comunidad sobre sí misma, evita la creación de chivos expiatorios, de “enemigos”

44 Ibid., p. 23.

del derecho penal, de “traidores” al derecho y a la sociedad. La causal séptima para ser aplicado el Principio de Oportunidad (hoy, con la Ley 1312 de 2009, causal sexta), contenida en el artículo 324, refleja este presupuesto que es, además, un programa comprehensivo desde el derecho penal material: “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 indique desconocimiento del principio de **humanización** de la sanción punitiva” (destacado fuera de texto).

Desde el punto de vista del derecho penal sustancial, el propósito humanizante del legislador -más allá de contradicciones propias de políticas criminalizantes que han acompañado la legislación penal colombiana-, puede observarse en artículos como el 34 del Código Penal en su segundo inciso, que hace relación a la no necesidad de la pena en la comisión de conductas culposas cuando éstas acarrean consecuencias contra personas situadas en ámbitos familiares de quien las cometen; también en circunstancias de menor punibilidad como la establecida en el numeral 8 del artículo 54, que se refiere a “la indigencia o falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible”. O, igualmente, en el artículo 56 que, pese a su escaso uso, es un artículo excepcional para que el juez de conocimiento, exprese un juicio auténtico de solidaridad social y de humanización de la sanción penal, en tanto que la norma prevé una rebaja de la pena para “quien realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad...” (es una causal especial que permite, además y tal como se hará aquí, conectar directamente, en el contexto más general de la responsabilidad penal, la culpabilidad con los fines y el sentido de la pena; que permite adelantar la conexión entre culpabilidad y punibilidad).

2.1.6 Constitución Política y principios rectores del derecho penal: límites de la acción política

Estos tres grandes principios determinan y le dan sentido a otros principios Fundamentales del derecho penal -más operativos si se quiere-, pero que constituyen criterios limitativos de las decisiones político-criminales. Eugenio Raúl Zaffaroni, por ejemplo y dentro de la gran complejidad de su Tratado y su comprehensividad interdisciplinaria y política, establece los denominados “límites derivados de la función política” del derecho penal. Dentro de ellos, concibe tres grandes grupos: el principio de legalidad, los “principios limitadores de la criminalización que emergen directamente del estado de derecho” (en el marco de ellos, incluye el principio de culpabilidad por ejemplo, con su sustrato constitucional o los principios de limitación material en la dinámica criminalizante), y los “principios limitativos que excluyen violaciones o disfuncionalidades” con los derechos humanos.

Dentro de ellos, sitúa el principio de lesividad –tan importante en la discusión originada por la tensión entre oportunidad y preclusión- el de proporcionalidad mínima, centro de nuestra exposición, el de “intranscendencia mínima”, el de humanidad. También, en esta lógica y en función de la interpretación de las normas penales y procesales en clave humanista, el profesor argentino concibe el principio “de buena fe y *pro homine*”⁴⁵. Por su parte, el también profesor argentino, Maximiliano Rusconi, concibe tres grandes grupos de principios y los denomina explícitamente “principios político-criminales que limitan el *ius puniendi* estatal”. Son ellos: el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y el principio de “exclusiva protección de bienes jurídicos”⁴⁶.

El autor de este módulo, agregaría a este catálogo ya citado desde Jescheck, el principio de fragmentariedad del sistema penal; él está implícito desde luego, en los grupos de principios citados, pero se subraya no sólo su impacto, en sede de legalidad, sino y sobre todo, se destaca el hecho de que el carácter fragmentario del derecho penal, indica una separación

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PLAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 126 y ss.

⁴⁶ RUSCONI, Maximiliano. *Derecho Penal. Parte General*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 53 y ss.

entre moral y derecho penal que se hace cada vez más relevante, frente al avance criminalizante de ámbitos complejos en que se mezclan la moral, la ética y el derecho: se trata de agresiones sexuales contra menores, consumo mínimo de drogas, el no resuelto aún problema del aborto, etc. Así, de acuerdo con el principio, ello significa que, en relación con el derecho penal, se hace necesario distinguir entre aquello que es “penalmente relevante” y aquello que es “penalmente irrelevante”. Es decir: “no todo hecho *ilícito*, constituye un ilícito *penalmente relevante*”⁴⁷.

Ello supone que el derecho penal debe legar a otros ordenamientos jurídicos la regulación de ciertas conductas que no tienen relevancia para el mismo: el derecho penal no puede tener una pretensión de totalización y de intervención en todas las esferas sociales y, menos aún, la pretensión de intervenir específicamente en el ámbito de la moral. Así, en esta dirección, advierte Maiwald, quien rescata la noción de fragmentariedad del derecho penal como un valor deseado, en contraste con interpretaciones tradicionales que lo concebían como un defecto en la metodología seguida por el legislador: “sin embargo hoy en día estamos acostumbrados a entender el sentido del ‘carácter fragmentario’, de una manera totalmente diferente a la exigencia totalizante hecha al legislador penal”⁴⁸.

Se agrega, además, lo que el autor de este módulo concibe como *principio de diferenciación*. Esto es fundamental: se trata de que el derecho penal y, de manera muy particular, las decisiones político-criminales, no operen de manera totalizante respecto de fenómenos delictivos que constituyen en realidad un cúmulo de fenómenos sociales, políticos y económicos. Por ejemplo, en el caso del narcotráfico se debe diferenciar el productor y el gran comerciante o traficante, del mero cultivador o del consumidor. Una lógica criminalizante indiferenciada, no sólo constituye una expansión disfuncional del derecho penal, sino que no resuelve los problemas en su origen económico, político o social; se produce una hiperinflación legislativa y los problemas no se resuelven. La obsesión por criminalizar el consumo mínimo de drogas es un ejemplo de ello: se pretende atacar

⁴⁷ EBERT, Udo. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2 ed., Heidelberg, 1994, p. 2.

⁴⁸ MAIWALD, Manfred. *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en: Schröder, Friedrich- Christian/ Zipf, Heinz (editores), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, p. 9.

los problemas, no donde éstos se generan, sino donde ellos se hacen más notorios o, en todo caso, donde es más fácil la producción del castigo.

Una de las características más delicadas de aquello que se llama el “derecho penal simbólico”, es decir, aquel que está conformado por normas que se sabe de antemano que no resolverán ningún problema, pero que se erigen o se sustentan en su carácter meramente simbólico para aquietar el llamado social de la comunidad en búsqueda de la seguridad, es el hecho de actuar no donde los problemas se originan, sino donde ellos se manifiestan. El caso de la “lucha contra el terrorismo” o contra el narcotráfico es ejemplo de ello. También sería el caso del derecho penal ligado a la trata de personas, al contrabando de hidrocarburos, a la mendicidad, etc.

Este último principio nos lleva a una cuestión fundamental para un juez que hace un control no meramente mecánico del principio de oportunidad: se trata de tener conciencia de las tensiones entre política criminal y política social. Y, dentro de estas tensiones, aquella que surge entre política penal y política social.

2.2 EL FISCAL, EL JUEZ Y LA JUEZA PENAL Y LA POLÍTICA SOCIAL: LOS OPERADORES FRENTE A LAS TENSIONES AL INTERIOR DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

2.2.1 La criminalización de la política social

Pero la cuestión que se acaba de aclarar, conduce a un aspecto todavía más interesante y complejo que tiene que ver con las relaciones entre política criminal y política social. Se trata de un tema general, desde luego, pero aquí se hará relación a él en función de la posible actuación del juez/la jueza de garantías como juez constitucional, cuando adelanta el control sobre la aplicación del principio de oportunidad. Se trata de la *criminalización de la política social*, cuando es el caso de problemas de carácter económico, social y político, como es el caso del narcotráfico y de aquellos problemas que se acaban de enunciar.

En estos casos, la política social es absorbida por la mera política penal, por la política criminal con una prelación en ella de la mera política criminalizante. Por eso siempre es necesario hacer esta diferencia: una noción más compleja de política criminal, debe involucrar, en consonancia con lo expuesto hasta ahora, políticas preventivas, decisiones que acentúan la prevención del delito, actuar sobre las causas y no sobre las meras consecuencias. Prevención es también política criminal y ello, a su vez, es más consistente con la armonía entre las políticas públicas. A propósito, en un excelente trabajo dedicado a las tensiones generadas entre la política social y la política criminal, Alessandro Baratta, teniendo en cuenta experiencias empíricas de prevención de la criminalidad, como la *Nouvelle Prévention*, en el caso francés o experiencias de trabajo social con distintos actores en Bolonia, problematiza lugares comunes relacionados con la aplicación de políticas públicas y busca respuestas en políticas de prevención más consistentes⁴⁹.

Frente al caso que nos ocupa, es relevante la hipótesis del autor citado según la cual existe una perversidad inherente a modelos tradicionales de implementación de políticas públicas en las cuales las personas que son sujetos de la acción del Estado no lo son porque sean *sujetos de derechos*, sino porque representan una *amenaza* para otras personas. De esta forma se tergiversa el principio de la obligación, existente *per se*, que tiene un Estado de aplicar la política social y, al contrario, es la potencialidad que tiene un sujeto de convertirse en criminal y, por tanto, la potencialidad de la amenaza, la razón para aplicar la política social.

Se toman y se aplican decisiones de política social, pero detrás queda, no obstante, la sombra de la posibilidad siempre abierta de la respuesta penal. Así lo expone el autor:

49 BARATTA, Alessandro. *La política criminal entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*, en: *Ciencias Jurídicas, Memorias. Foro de Política criminal*, Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas, Bogotá, 1998, pp. 25 y ss (se trata de un texto fundamental, considerado por muchos, además, como un verdadero testamento del profesor Baratta y en donde el autor ilustra sus últimos tránsitos doctrinales y políticos, todos ellos conservando hasta el final, una coherencia doctrinal y humana encomiable).

La ambigüedad ideológica del concepto de política criminal se destaca todavía más cuando se relaciona con el otro aspecto del dilema: la política social. En este caso se produce una especie de compensación de aquello que se ha sustraído a muchos de los portadores de derechos en el cálculo de la seguridad. Después de haberse olvidado una serie de sujetos vulnerables provenientes de grupos marginales o 'peligrosos' cuando estaba en juego la seguridad de sus derechos, la política criminal los reencuentra como objetos de la política social. Objetos, pero no sujetos, porque también esta vez la finalidad (subjetiva) de los programas de acción no es la seguridad de sus derechos, sino la seguridad de sus potenciales víctimas⁵⁰.

De esta manera, más con el propósito de proteger a ciertas personas, y no para

promover el disfrute de sus derechos civiles, económicos y sociales, en los sujetos socialmente en desventaja, la política social se transforma (usando un concepto de la nueva prevención) en prevención social de la criminalidad. Sujetos vulnerados o vulnerables que sufren lesiones (actuales) de derechos por parte del Estado y de la sociedad, como son las lesiones a los derechos económicos, sociales (derechos débiles) se transforman en potenciales infractores de derechos fuertes de sujetos socialmente más protegidos. En ese momento se está en presencia de una superposición de la política criminal a la política social, de una criminalización de la política social⁵¹.

El tema de la ley de víctimas, “enterrada” a instancias del Parlamento, literalmente, y de la manera más reprochable por el Presidente de la República, el día 18 de junio de 2009, a la cual se hará referencia en la próxima unidad, es un tema que puede bien analizarse en esta perspectiva: la visión contra toda dignificación de la víctimas, por parte del poder ejecutivo, en el sentido de considerar que su reparación se debe ofrecer casi como una dádiva, por solidaridad, por caridad y no por obligación, tanto más tratándose de víctimas producidas por agentes estatales o con su aquiescencia, se coloca en esta perspectiva de perversión en las políticas públicas. En

50 *Ibid.*, p. 31.

51 *Ibid.*, p. 32

este caso, entre políticas de reparación como obligación frente a sujetos de derechos y políticas de asistencia, propias de Estados indolentes.

Algunas de las normas del Código Penal vigente pueden ilustrar lo expuesto. Es el caso del artículo 188 A, que castiga la mendicidad, fenómeno hoy estudiado en el contexto más amplio de la trata de personas. En relación con la norma, que prevé el castigo para quien esclavice y trafique a partir de la mendicidad, surge una pregunta fundamental: si se protege a los menores para que no sean explotados, ¿se los protege porque ellos son sujetos de derechos o porque constituyen una incomodidad para la sociedad? ¿Se los protege porque el Estado reconoce que son personas con derechos y que debe prestarles su apoyo, o se los protege porque, además de ser una incomodidad, son delincuentes potenciales? Es decir, ¿se los protege en función de sí mismos o de sus potenciales víctimas? De igual manera: si se protege a una prostituta, por ejemplo, para que no sea esclavizada o tratada, ¿se lo hace porque ella es en sí un sujeto de derechos o porque es una incomodidad para la sociedad y porque se mueve en escenarios de criminalidad latente? (En las discusiones actuales sobre el menor delincuente, en las correspondientes posibles respuestas, en un ambiente generalizado de histeria punitiva, de inflación legislativa penal, este tema se torna fundamental).

Si un Estado concibe a los menores como auténticos sujetos de derechos o lo hace en cuanto personas situadas en contexto de marginalidad, entonces debe hacer inversión social para evitar su marginalidad y que se profundice su pobreza. De esta forma, el uso de la norma penal debería ser apenas residual, subsidiario. Debería aplicarse a casos estrechamente relacionados con el sometimiento y esclavitud de las personas, por ejemplo. Así, la política social prevalecería sobre la política criminal, como debe ser en el contexto de sociedades con problemas sociales tan graves. Si, en cambio, se castiga a la madre, por ejemplo: en el caso de la mendicidad o si en el caso de la trata de personas, se castiga en el fondo la prostitución, prevalece con ello la política criminal sobre la política social: más aún, se criminaliza la política social.

2.2.2 La política criminal como la continuación de la política social por otros medios: el sujeto como fuente de riesgo

A la misma conclusión de Baratta llega Herzog cuando, en un agudo trabajo, concluye críticamente que el derecho penal se ha convertido en una “continuación de la política social con otros medios”⁵². Según el autor, “la modernidad del derecho penal de la modernidad es un mito”⁵³. Agrega:

*La promesa de la modernidad no ha sido cumplida: la idea de un derecho penal utilizado como ultima ratio, parece haber sido históricamente defraudada. Al contrario, el derecho penal se expande de una manera incontrolada, y comienza a regular el vicio por los narcóticos, la contaminación ambiental, el neonazismo, las marchas y protestas violentas, el sida, etc. La evolución histórica hacia la dominancia de la noción de riesgo —el ser humano como riesgo— hace que se amenace la subjetividad del delincuente*⁵⁴.

También dice el autor citado: el delincuente es “subsumido en un contexto de riesgo, de ‘inseguridad social’ mediante violencia políticamente motivada, como factor de riesgo. Entonces, bajo esta suscripción, según una expresión de Castel, aparecen sobre el tapete las ‘políticas preventivas’. Ellas, en realidad, deconstruyen al individuo concreto de la intervención y construyen una combinación de todos los factores creadores de riesgo”⁵⁵. Allí se produce lo que Baratta denomina la *criminalización de la política social*. Herzog agrega, finalmente: “Tal derecho penal pierde sus límites y avanza, en el proyecto de un Estado de bienestar y seguridad, como la mera continuación de la política social y la política interna, a través de los medios propios de la violencia institucional”⁵⁶.

⁵² HERZOG, Felix. *Nullum Crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln*, en: Klau Lüderssen (editor), *Modernes Strafrecht und Ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt, 1990, p. 105.

⁵³ *Ibid.*, p. 106.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 106.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 107. Agrega así el autor: “El derecho penal, según el programa de la prevención de riesgos sociales, criminaliza ampliamente el estadio previo a verdaderos daños a los bienes jurídicos, y así se libera del concepto propio del derecho penal en el Estado de derecho, es decir, de un derecho penal del acto, y se relaciona más con el concepto reaccionario del derecho penal de autor, al generar un derecho penal de la totalidad. Es un modelo que busca, ante todo, limitar situaciones generadoras de riesgo”. *Ibid.*, p. 107.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 107 y ss.

2.2.3 El juez y la jueza penal y la política social

Pero la pregunta que surge es la siguiente: ¿y qué papel juega en este escenario el juez/la jueza penal de control de garantías, que es, quien controla la aplicación del principio de oportunidad? ¿Desde luego, qué papel juega el fiscal en este juego complejo? ¿Puede el juez penal entonces, hacer política social cuando, por ejemplo, observa que existe una perversión en las políticas públicas y la política social es absorbida por la mera política penal o criminalizante?

Se trata de una cuestión de fondo. Para ello se debe ante todo partir de un hecho central: el juez no es desde luego un agente administrativo que le corresponda llevar a cabo decisiones de política social, pero el tema sí le interesa fundamentalmente: causales del Principio de Oportunidad están directamente relacionadas con esta tensión, la original causal séptima (actual causal sexta de la Ley 1312 de julio de 2009), por ejemplo. Además, las discusiones sobre antijuridicidad material también pasan por aquí y, en todo caso, las discusiones sobre los fines de la pena y sobre si se aplica el Principio de Oportunidad o al contrario, debe ser la preclusión la que se aplica, necesariamente se relacionan con este tema complejo (se hace referencia al papel del juez/la jueza, pues a ellos está dirigido el módulo, pero se sobreentiende que la reflexión cubre al fiscal y a todos los actores del proceso en general, incluidos los agentes del Ministerio Público, cuando sea el caso, por ejemplo. Tanto más éstos, dada la función especial que tiene la Procuraduría General de la Nación). Un caso claro en este sentido, utilizado por el autor de este módulo en diversos talleres con jueces, juezas y fiscales, fue el caso ventilado y tratado de manera consistente por todos los actores del proceso, en el Distrito Judicial de Bogotá, en Audiencia de Control de Legalidad sobre la Aplicación del Principio de Oportunidad, celebrada el día 3 de noviembre de 2005.

Los hechos son los siguientes: el 3 de noviembre de 2005, la indiciada se encontraba lavando ropa en la terraza de una edificación ubicada en el barrio Tunjuelito. En un momento dado, decidió bajar a su habitación con el fin de alimentar a un hijo menor de 15 meses de edad, dejando sólo en la terraza a su otro hijo de dos años de edad, quien tras quedar sólo, se subió en una caneca y accedió a la alberca, donde cayó y luego falleció ahogado.

La conducta delictiva materia de discusión fue el homicidio culposo. El fiscal manifestó que el fundamento de la audiencia de control de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, eran los incisos 1 y 2 del artículo 327 del CPP, que establecen el control de legalidad obligatorio y automático por parte del juez/la jueza de control de garantías, para que pueda extinguirse el ejercicio de la acción penal, por aplicación de dicha figura procesal. La Fiscalía consideró que existieron elementos materiales probatorios que le permitieron inferir razonablemente, que la imputada era la autora del delito de homicidio culposo, por cuanto se configuró la situación contemplada en los artículos 23, 25 numeral 2 y 109 del Código Penal.

Una vez adelantada la correspondiente investigación y recaudada la prueba pertinente, la Fiscalía decidió que resultaba aplicable el principio de oportunidad, con base en el numeral 7 del texto original del artículo 324 del CPP, que posibilita la aplicación del principio, 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”. Dio, además cumplimiento al parágrafo 2 del mismo articulado, en la medida en que el caso fue puesto en conocimiento del funcionario competente.

Respecto de la prueba de los hechos, tanto en su materialidad como en la presunta responsabilidad de la imputada, el fiscal manifestó que se dio cabal cumplimiento a la exigencia contemplada en el inciso final del artículo 327 del CPP, pues se cuenta con: diligencia de inspección técnica al cadáver del menor hijo de la imputada, realizada por el personal del laboratorio Coral 8 del CTI; protocolo de la necropsia practicada al cadáver; identificación indiciaria del menor; registro civil de nacimiento del menor que demuestra el parentesco con la imputada; y declaraciones que relatan las circunstancias en que ocurrieran los hechos; así como una entrevista a la imputada. La defensa coadyuvó la decisión de la Fiscalía, pues consideró que no existía necesidad de la pena, en la medida en que se estarían deshumanizando los fines de la sanción penal, toda vez que la imputada ya estaba “pagando”, según sus propias palabras, “una pena moral”.

El juez del caso, con mucho criterio, precisó que con la aplicación del principio de oportunidad, se “pretende flexibilizar el rigor de la ley penal”; además, indicó que el propósito de esa audiencia era que el juez revisara la legalidad material y formal de la decisión de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, cuando implica renuncia del ejercicio de la acción penal, todo esto, en desarrollo de la política criminal del Estado, la cual, a consideración del juez, quedó establecida en las causales consagradas en el artículo 324 del CPP. El juez declaró ajustada la aplicación del principio por parte de la Fiscalía.

Se trata de un caso emblemático: si no existiera la figura, el sistema judicial no podría, razonablemente, dar salida a estos casos límite y se estaría adelantando una doble victimización de la persona. Desde luego que todo el sistema debe ser precavido para comprobar que no se está ocultando, tras el uso del principio, casos por ejemplo: de homicidio agravado, pero se trata de exigencias que el sistema debe sortear en forma consistente. Por esa razón, además, es política de la Procuraduría General de la Nación, hacer presencia en aquellos casos de aplicación del principio, donde existan víctimas para velar por sus derechos.

Como vemos, se debe advertir nuevamente, que no se trata de llamar al juez para animarlo a adelantar gestiones de política social entrando en la órbita de competencia de autoridades administrativas y de gobierno; se trata, mejor, de advertir sobre los riesgos de una política criminal, en ocasiones mal diseñada desde lo legislativo y que fácilmente se reproduce en la aplicación práctica de las normas penales. Tal y como se concluyó en los talleres realizados con funcionarios judiciales, a instancia de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, en donde se discutió el presente módulo, se trata de participar adecuadamente en la materialización de la política criminal, tal y como se encuentra condicionada desde la Constitución Política.

2.2.4 El juez y la jueza penal frente a los procesos de doble victimización: limitación de la política penal

En relación con los procesos de doble victimización, se debe agregar lo siguiente: el principio político-criminal de la humanización del derecho penal, enlaza directamente con la original causal séptima de aplicación del principio de oportunidad, hoy causal sexta, la cual establecía que 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”. También y desde luego, el principio de dignidad, se relaciona directamente con esta causal. El propósito real y último que se busca con ella, es que la persona que comete un delito culposo, que vive una tragedia familiar, un drama social, no sea doblemente victimizada con la aplicación de una sanción penal inútil. La persona, antes que ser un *delincuente*, es una *victima*.

Pero la cuestión se amplía más: también puede ser una víctima aquella persona que, en principio, habiendo cometido uno o varios delitos, debe no obstante ser considerada como víctima en todo caso y el sistema penal debe ofrecer salidas para ello. Por ejemplo: en un tema eminentemente social y con profundas consecuencias de toda índole, como es el de la trata de personas, se ha establecido el hecho, por parte de agencias internacionales, de que cuando una mujer que es víctima de trata de personas, comenta un delito de tráfico de estupefacientes por ejemplo o de falsedad en documentos, debido a que la han obligado o en todo caso han aprovechado su condición, las mismas bandas criminales que la victimizan para convertirla en “mula”, esta persona, debe ser considerada, ante todo, como víctima y no, en una visión simplista, como mera delincuente. Todo ello, así haya cometido en principio una conducta típica, antijurídica y lo haya hecho, incluso y desde luego, con culpabilidad. También la causal 14 de la Ley vigente, puede ser leída en esta perspectiva. Se trata de aplicar el principio, “cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de la víctima...”.

Se trata, sin duda, de conductas típicas, antijurídicas y si no se prueba una insuperable coacción ajena, son también culpables y, sin embargo, la pena no es necesaria. Los jueces de conocimiento pueden carecer de herramientas para poder enmendar errores que el sistema cometiera si se inclina éste por el mero castigo; pero situaciones como éstas, que también implican a menores mendigos que comenten delitos, etc., pueden ser objeto de aplicación del Principio de Oportunidad y el sustento está en las causales que deben ser observadas y aplicadas en clave político-criminal entendida ésta, desde luego, en una perspectiva más comprehensiva y consistente como aquí se estudia y se propone. No se trata, como se dice, de negar la existencia de una conducta delictiva, sino de actuar sobre ella de manera más racional y consistente.

En este sentido, autores claves como Dahrendorf en el debate sobre la autonomía funcional del derecho, dan claridad a la discusión y sin rodeos advierten que "... o ciertas formas de comportamiento están prohibidas como contrarias al derecho y, por tanto, son sancionadas, o no lo son. Su prohibición puede estar acompañada de toda clase de 'sies' condicionales o de 'cuándos', pero al final la cuestión es, si un acto dado o un conjunto de acciones, son contrarias o no al derecho. Esto puede ser difícil de hallar"⁵⁷. Aquí se impulsa, digamos, una concepción plana de la antijuridicidad, pero el concepto general es claro, como se dice, en la medida en que no esconde ambigüedades sobre el asunto: "Existe a menudo la tentación de decir que ha existido un desconocimiento del derecho hasta cierto punto, mientras que, para otros efectos, se dice que un conjunto de acciones es compatible con el derecho". Pero lo fundamental es que "hay un punto de vista sobre lo que hace la gente que se pregunta si algo es correcto o incorrecto, y otro punto de vista que se pregunta cuándo o cuán poco es apropiado para ciertos propósitos. Ello significa también que hay ciertas acciones que nos conducen a la esfera del crimen y el castigo, y otras que requieren política económica (y social)"⁵⁸. Se agrega, finalmente, que el criterio acerca de la necesidad de evitar una doble victimización, se convierte en un criterio político-criminal muy importante que da más sentido y racionalidad a la actuación discrecional del operador. Puede parecer paradójico, pero al interior de la política criminal, se pueden

57 DAHRENDORF, Ralf. *Law and Order*, The Hamlyn Lectures, Stevens, London, 1985, pp. 68-69.

58 *Ibid.*, p. 69.

hallar criterios contra mensajes equívocos también de política criminal. Podría decirse: desde la política criminal, se construyen los límites a la mera política penal criminalizante.

2.2.5 Delitos y víctimas: hacia una armonización de intereses, más allá de la mera función criminalizante

Ahora bien, debido a que la comisión de un delito puede generar, a pesar de que su persecución puede implicar un costo elevado para la administración de justicia, consecuencias concretas para la víctima y por eso se ha hecho alusión aquí a la causal 14, en la reforma que se discutió en el Parlamento colombiano sobre el principio de oportunidad, a dicha causal se le ha agregado lo siguiente: “Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. **Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito**” (resaltado fuera de texto).

Respecto de lo expuesto anteriormente y además de los casos a los cuales se ha hecho referencia, trata de personas, mendicidad, etc., un caso dramático, caso límite, obtenido por el autor de este módulo, y luego de discutirlo con la juez del caso, logra ilustrar también lo expuesto: se trató de un caso en el cual no fue posible la aplicación de la figura, por el hecho de que el acusado poseía antecedentes penales.

El caso se adelantó por el delito de hurto con circunstancias de agravación, habiéndose hurtado obras de arte cuya cuantía excedió los 150 salarios mínimos. La víctima fue resarcida y dijo, claramente desde el principio, que no exigía ninguna contraprestación, lo único que le importaba era recobrar sus obras y ya lo logró. El acusado, por razón de otros hechos, luego de unos disparos, había quedado cuadrapléjico.

La fiscal del caso pretendió aplicar el Principio de Oportunidad y aportó copia de la historia clínica para mostrar el estado actual de la persona al momento en que se adelantaba el proceso, pero le fue negado por tener antecedentes. Luego del escrito de acusación se llegó a un preacuerdo y

en el mes de febrero, antes de la audiencia de verificación de legalidad, el acusado murió. La fiscal del caso, en el mes de mayo de 2008, en conversación con el autor del módulo y en el contexto de un encuentro académico, hacía referencia a la posibilidad de no imponer penas en este tipo de casos, debido a las consecuencias dramáticas de los casos y a la inutilidad de la sanción penal (nos parece que, en este tipo de casos y tal como diversos jueces e incluso fiscales lo sugieren, se puede aplicar el principio de oportunidad, tanto más si ha habido un resarcimiento de la víctima, que es precisamente el tema que se trabajará a continuación).

a) Aplicación del Principio de Oportunidad cuando tiene lugar la reparación de la víctima

Pero además, lo expuesto coincide con un dato muy interesante que ha constatado el autor de este módulo con jueces de control de garantías, en entrevistas adelantadas para la elaboración de este trabajo. Es el caso de la invocación, interesante, que hacen los fiscales de la causal octava del texto original del artículo 324, hoy causal séptima, que hace referencia a la “suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa”, siempre y cuando se cumplan las condiciones impuestas en el contexto de la oportunidad reglada o condicionada. Así, casos como la inasistencia alimentaria, que desde siempre se ha objetado que siga este problema siendo considerado como un problema de política penal, y que debería ser abordado más en el ámbito de la política social, se han resuelto por esta vía: se cumplen las condiciones impuestas por la causal y no se avanza con procesos penales inútiles.

También y esto es particularmente interesante, esta causal se ha aplicado en casos de violencia intrafamiliar -un problema de hondo calado que no sólo tiene lugar en países como Colombia, sino en países como España donde es especialmente grave y que ha generado toda una legislación complicada al respecto-, de tal forma que no se avanza en la criminalización y castigo de un problema social, al mismo tiempo que se repara y dignifica a la víctima o víctimas de la violencia.

Esto se puede constatar en las estadísticas que realiza la Fiscalía General de la Nación y que publica en sus informes de gestión. Por ejemplo: en el Informe de Gestión 2006-2007, se aprecia que entre el 1º de julio de 2006 y el 30 de junio de 2007, en las fases I, II y III de implementación del sistema procesal penal acusatorio, el Principio de Oportunidad fue aplicado en virtud de la causal 8 a 9 casos de violencia intrafamiliar y a 42 casos de inasistencia alimentaria⁵⁹, mientras que en el Informe de Gestión 2007-2008, se da cuenta de la aplicación del Principio de Oportunidad por esta misma causal en 181 casos de violencia intrafamiliar y 82 casos de inasistencia alimentaria⁶⁰. Encontramos también, y esto resulta igualmente ilustrativo, que durante el período comprendido entre el 1º de julio de 2006 y el 30 de junio de 2007, la causal 8 se aplicó en las fases I, II y III en 173 casos, ocupando así el tercer lugar entre las causales más aplicadas, después de la causal 13 que ocupó el segundo lugar (200 casos), y de la causal 1 (949 casos), la cual ocupó el primer lugar, vale anotar que en la aplicación de esta causal, la reparación integral a la víctima también ocupa un lugar central⁶¹.

Adicionalmente, es importante mencionar la reforma introducida por la Ley 1312 de 2009 a la causal primera. Ésta es una de las causales que ha sido estructurada en función de la reparación a la víctima; sin embargo, en su momento se cuestionó la dificultad de aplicar esta causal cuando la víctima no se hubiera identificado o no estuviera presente en el proceso. En estos casos, el procesado podría verse beneficiado por el principio de oportunidad, únicamente con que se pudiera determinar “de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción pena”, expresión de por sí vaga o, también, mediante otra interpretación, se podría llegar al hecho de que al no estar identificada la víctima, se negara la aplicación del principio de oportunidad, al menos debido a esta causal. Pues bien, el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, eliminó la decadencia del interés del Estado como elemento de la causal primera y estableció que en los casos en donde no se conozca a la víctima, el procesado deberá prestar una caución, fijada por la autoridad competente, a título de garantía de la reparación. Vale anotar que

59 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Informe de Gestión 2006-2007*, p.176.

60 Ibíd. *Informe de Gestión 2007-2008*, p. 49.

61 Ibíd. *Informe de Gestión 2006-2007*, p.176.

la Ley 1312 no aclaró cuál es la autoridad competente para estos casos; sin embargo, nada impide pensar, teniendo en cuenta la lógica de la Ley 906 de 2004, que debe ser el juez/la jueza en función de control de garantías, quien debe establecer el monto de la caución en audiencia pública, al realizar el control respectivo sobre la aplicación del principio de oportunidad, después de haber oído las explicaciones del fiscal sobre la ausencia de la víctima y el concepto del Ministerio Público.

b) El fiscal, el juez y la jueza y la recuperación de un verdadero sentido de la justicia restaurativa

Esto tiene un efecto adicional realmente importante: la noción de *justicia restaurativa*, tan manipulada en contextos de graves violaciones de derechos humanos, instrumentalizándose la noción de víctima para crear también chivos expiatorios y falsos responsables, recupera un sentido pedagógico básico y de dignificación de la víctima: en sociedades ultramachistas como la nuestra, delitos como la inasistencia alimentaria y la violencia intrafamiliar, arraigados como problemas de educación y de formación en contextos machistas, pueden y deben ser objeto de ejercicios pedagógicos no fundados –fíjese bien- en funciones aparentemente pedagógicas del derecho penal y de la sanción penal, sino fundados en nociones amplias de políticas de restauración y dignificantes de la víctimas; se trata de auténticos espacios de pedagogía social o de discusión, en todo caso, de valores y de supuestos de convivencia.

Nótese, entonces, que aquí el fiscal y luego el juez/la jueza en su control, no están sustituyendo a los agentes administrativos obligados a hacer política social, sino que, en una visión consistente con países aquejados por problemas sociales tan agudos, los jueces enderezan la política penal en función de la política social y, lo mejor, resuelven problemas y evitan la congestión del mismo sistema.

Es un tema de discusión también en derecho comparado. Así, en un trabajo importante y comprehensivo para el caso argentino, el autor concibe “que resulta evidente que la política criminal no es ajena a la gestión judicial, y que precisamente, el margen de distorsión entre las políticas planificadas

y las políticas efectivamente realizadas, depende de la gestión de los jueces y de las personas involucradas en la administración del sistema”⁶². Así, decisiones político criminales, tomadas por el legislador dentro del marco constitucional, incluso con la participación del ejecutivo por medio de la iniciativa legislativa, constituye sobre todo elementos abstractos que determinan líneas generales de acción, las cuales requieren ser mediadas por la actividad judicial para poder concretarse en la realidad cotidiana del derecho⁶³. Los fiscales y jueces participan entonces, en la configuración de la política criminal del Estado, al tomar decisiones y al adelantar valoraciones sobre contextos fácticos específicos, a la luz de normas pre establecidas y de carácter general.

Por todo lo expuesto, se insiste una vez más, antes de caer en la trampa de anteponer erróneamente legalidad y oportunidad, y concebir ésta simplemente como un figura dogmático-procesa excepcional o como poco posible y con temor a su aplicación, los fiscales y jueces deben ver en este principio una herramienta privilegiada para cumplir con los mismos objetivos del sistema penal acusatorio, por no hablar, desde luego, de objetivos que tienen que ver más con la función de fondo que cumple un juez/jueza de garantías y un juez/jueza penal en general, en un Estado social de derecho.

2.2.6 Descongestión reglada del sistema: hacia modelos consistentes de reducción de complejidad

Si, como se ha dicho tantas veces desde la misma discusión legislativa en torno al nuevo sistema penal acusatorio, el telos del sistema -no como expresión del pragmatismo anglosajón instrumental sino atendiendo a las verdaderas oportunidades de actuación y de funcionamiento del sistema-, se relaciona con la evacuación de un porcentaje muy importante de casos para llegar al juicio oral y público con aquello que sea verdaderamente más grave y complejo, el Principio de Oportunidad es una herramienta realmente muy loable frente a este propósito.

62 MARCHISIO. Op. Cit., p. 427.

63 *Ibid.*, p. 430.

No es una herramienta de segunda mano, es casi o lo puede ser, una herramienta de cierre del sistema o de entrada condicionada y, en todo caso, a nuestro juicio, puede ser un instrumento más adecuada para los fines del sistema, que la constelación de negociaciones o de allanamientos a cargos, muchas veces, éste por ejemplo, contaminado de malas actuaciones de abogados irresponsables que aconsejan a clientes de bajos recursos o aquejados por situaciones de ignorancia, aceptar cargos sin ser efectivamente responsables. Ello, sin que el autor se oponga, desde luego, a los acuerdos y negociaciones, tanto más con los límites que la jurisprudencia les ha definido. Pero se enfatiza el hecho de tener siempre presente la realidad social en la cual se mueve la norma penal: la *selectividad* perversa inherente a sociedades desiguales, se puede equilibrar por parte de operadores conscientes de su papel social, con la aplicación del Principio de Oportunidad como herramienta de *selectividad* o selección regulada y controlada.

2.2.7 Causas penales y realidades económicas y sociales: un equilibrio siempre complejo

Hay otro caso típico que revela no sólo las tensiones entre política criminal y política social, sino que revela la tensión y contradicción inveterada entre derecho y realidad social: el caso de la defraudación de derechos patrimoniales cuando las cantidades de los productos que se defraudan son mínimas: un puñado de CD denominados “piratas” y cuando la persona vive de ellos, por ejemplo. Son casos que tienen lugar por cientos y, al respecto, no se discute aquí el impacto –lo mismo en el caso de la piratería en la literatura- que ello causa a las empresas y a los artistas, pero de nuevo cabe la siguiente pregunta en este contexto: ¿Cuáles son los verdaderos alcances del derecho penal en estas circunstancias? ¿Son todos los casos iguales?

No lo son: una cosa es el gran traficante, el *pirata mayor*, por decirlo así, y otra cosa son los pequeños vendedores ambulantes que comercian pocos elementos. Y aquí también se ha aplicado el principio de oportunidad, lo cual debe seguir sucediendo así. Una narración que puede causar hilaridad, pero que ilustra las verdaderas escenas del derecho vivo, puede

allegarse aquí: en la ciudad de Buenaventura, en un ejercicio relacionado con el sistema acusatorio, fiscales y jueces refirieron al autor de este escrito que allí opera lo siguiente: cuando se trata de un número menor de 20 CD por ejemplo, el sistema judicial hace caso omiso, digamos, y a partir de un número mayor actúa, todo en respeto de las realidades de esa ciudad -que son las de medio País-. Se trata, por decirlo así, de una especie de oportunidad no reglada o de selectividad de facto que se rinde ante los dictados de realidades complejas. Por eso, en un sentido institucional, para no hacer malabares, los operadores deben y pueden usar la *oportunidad reglada* como oportunidad para hacer auténtico derecho vivo.

Este mismo ejemplo, relacionado con el delito de defraudación a los derechos patrimoniales de autor, en donde se evidencian las tensiones entre política criminal y política social, así como entre derecho y realidad social, nos permite retomar la reflexión acerca del papel tanto de fiscales, como de jueces, en la definición de la política criminal y en la materialización de los principios constitucionales.

Entre los casos que fueron analizados para la elaboración del módulo, se encontraron varios en los cuales, tratándose de este tipo de delitos, los fiscales que adelantaban la investigación, solicitaban aprobación al fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial (parágrafo 2º artículo 324 Ley 906 de 2004), para aplicar el Principio de Oportunidad con fundamento en la causal primera. En ocasiones, sin embargo, la autorización fue concedida, para que la aplicación del Principio de Oportunidad se adelantara en la modalidad de la *suspensión*. El argumento de los fiscales delegados ante el Tribunal fue que “la piratería” era un delito en el que fácilmente se reincidía, razón por la cual, no era conveniente renunciar al ejercicio de la acción penal, así estuvieran cumplidos los presupuestos de la causal primera, y más bien suspender la acusación, para verificar que dentro de ese plazo el procesado no volviera a cometer la conducta típica, para entonces sí, renunciar al ejercicio de la acción penal.

Con buen criterio, en los casos analizados, los fiscales que adelantaban estas investigaciones, se apartaron de esta postura y pusieron en consideración de los jueces de control de garantías, las dos visiones, sosteniendo y argumentando a favor de la aplicación de la causal primera. En todos

los casos de este tipo que se encontraron, los jueces realizaron un ejercicio de ponderación en sede constitucional, con base en la cual tuvieron en cuenta argumentos del siguiente tenor para rechazar la suspensión y aprobar la aplicación del Principio de Oportunidad con fundamento en la causal primera: desde el punto de vista constitucional y legal, el nuestro es un derecho penal de acto y no de autor, que se fundamenta en el principio de culpabilidad y se aparta de cualquier concepción peligrosista; la suspensión a prueba, como modalidad del Principio de Oportunidad (anterior causal 8, actual causal 7), se encuentra estructurada dentro del marco de la justicia restaurativa, el cual supone un acercamiento entre víctima y victimario, no un condicionamiento de la persecución penal basado en futuros e inciertos comportamientos del procesado.

Nótese cómo, en este caso, la discrepancia entre funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, obedece a concepciones diversas de lo que debe ser la política criminal estatal, lo cual en los casos concretos, se termina resolviendo en sede judicial, a partir de argumentos constitucionales. En este sentido, es claro el hecho de cómo la perspectiva constitucional resulta fundamental (y, en consecuencia, también la argumentación judicial), en situaciones en las cuales la política criminal parece absorber peligrosamente la política social: la interpretación constitucional del sistema penal, así como la reflexión político criminal con perspectiva constitucional, en donde el criterio del funcionario judicial cumple un papel fundamental, permiten incidir, en casos concretos, cuando tiene lugar de manea notoria la brecha existente entre derecho y realidad social (luego se estudiará una providencia de la Sala Penal muy afortunada, que trata el tema general de la “piratería” en un contexto no sólo jurídico, sino con base en las implicaciones político-sociales del fenómeno).

Es importante hacer alusión aquí a las discusiones que sobre este punto, se sostuvieron con jueces y juezas, en los talleres de validación del presente módulo, organizados por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, en los cuales se concluyó, que si el fiscal de conocimiento solicita se apruebe la aplicación del Principio de Oportunidad por una causal, y se le autoriza hacerlo por otra, por su superior jerárquico al interior de la institución, como en el caso narrado, entre la causal primera original y la octava, el juez/la jueza de control de garantías se debe pronunciar, atendiendo la discusión suscitada. En este sentido, el fiscal debería aclarar al juez/la

jueza, la discrepancia que se generó al interior de la Fiscalía, para que así, en cada caso, dependiendo de la razón de la discrepancia, el juez/la jueza tome la decisión que corresponda, para preservar los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso.

Ahora bien, no obstante la solución anterior, es claro, para una mayoría de funcionarios, que el juez no puede entrar a modificar por sí mismo la solicitud hecha por el fiscal de conocimiento, tanto menos, si se trata de una causal alegada por el fiscal y respecto de la cual no ha existido discusión al interior de la misma Fiscalía. Se debe aclarar, además, que son conclusiones de jueces y no de fiscales y, además, de aquellos que participaron en los talleres de validación del módulo. En cualquier caso, esta discusión debe llamar la atención a la Fiscalía sobre la atención a fórmulas de carácter administrativo, relacionadas con la escogencia y fundamentación de la causal que se va a llevar ante el juez/la jueza.

A propósito del tema relacionado con las posibilidades del juez/la jueza frente a solicitudes del fiscal, el autor de este módulo, en su trabajo sobre el régimen de libertad, publicado por la Escuela Judicial y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, año 2006, y en numerosos escenarios, ha promovido, por ejemplo: la aplicación del principio de gradualidad frente a las medidas de aseguramiento, de tal forma que un juez puede decretar una medida no solicitada directamente por el fiscal, cuando aquella solicitada, por ejemplo: la detención preventiva, no haya sido suficientemente fundamentada. Ello, siempre y cuando sea menos gravosa para el afectado. Pero, tratándose de causales del principio de oportunidad, no puede operar este mismo criterio de interpretación, ya que se trataría más, de una directa corrección de la argumentación del fiscal por parte del juez/la jueza. Es, no obstante, un tema abierto a discusión, como tantos otros, teniéndose en cuenta que se trata de un sistema en plena construcción.

2.2.8 La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y su apoyo a la aplicación correcta del Principio de Oportunidad

Para cerrar este tema, debe hacerse relación a una reciente sentencia de la Sala Penal de la Corte, a la cual, por vía de casación, llegó uno de estos casos a la Corporación. La primera cuestión se relaciona con el desgaste inaudito del juez/la jueza penal de mayor jerarquía que, teniendo casos de la llamada “parapolítica” por ejemplo, que es el órgano de cierre en lo penal, que está aquejado por enormes problemas de todo tipo y debe solucionarlos, no debería ocuparse de pequeños comerciantes ilegales en un país pobre (sin desconocer, se repite, el impacto de la “piratería” sobre la producción intelectual, musical, literaria). Deben existir filtros en el sistema, que propicien auténticas soluciones ajustadas a las realidades del País.

El caso es el siguiente: una persona fue condenada en primera instancia a ocho meses de prisión por el delito de violación a los derechos patrimoniales de autor. El sindicado condenado, estaba vendiendo, en plena vía pública, en el mes de noviembre de 2006, dos libros falsificados o “piratas”, como se dice popularmente. La sentencia fue apelada y el Tribunal Superior de Bogotá revocó la sentencia de primera instancia y absolvio a la persona. El caso llegó, como se dice, por vía de casación a la Sala Penal de la Corte. En el caso se discutió, desde el principio, la posibilidad de la preclusión, en función de la posible atipicidad de la conducta, ligada ésta, al escaso o nulo menoscabo del bien jurídico. Pero, con razón, el juez negó la preclusión y, con buen criterio, hizo relación, justamente, en el contexto en el cual se redacta este módulo, a la posibilidad mejor de aplicar el principio de oportunidad. Y tenía razón el juez: la atipicidad no es un tema relacionado con la falta de antijuridicidad material; es un error dogmático insoslayable.

Pero lo interesante, para nuestro estudio, es que, tal como se verá más adelante, cuando no se aplica el Principio de Oportunidad y se decide más por la preclusión, tanto más si ésta no se sustenta de manera coherente, se corre el riesgo de que el juez/la jueza no la conceda y el sindicado se somete al proceso y se expone a una condena, quedando el sistema penal expuesto a dar curso a casos que podrían bien resolverse de otra

manera. Esto es lo que ocurrió en este caso. Así, una vez asumió el estudio del caso el Tribunal Superior de Bogotá, apelada la sentencia, le halló la razón a la defensa, “en el sentido de que la conducta objeto de debate había carecido de relevancia jurídica y social, pues a pesar de que había sido por lo menos formalmente típica, no superaba el análisis de la antijuridicidad, debido a su irrisoria cuantía e insignificante cantidad, no afectó los derechos de las editoriales ni de los autores y, por consiguiente, hubo un desvalor de la acción, mas no del resultado, razón por la cual no fue vulnerado el bien jurídico que la norma pretende proteger”⁶⁴.

Por su parte, en sede de casación, la Sala penal se ocupa del tema de la antijuridicidad material, del principio de lesividad, de la afectación real o no del bien jurídico, del significado de dicha afectación en el contexto de un Estado social de derecho, de los fines de la pena, todos temas centrales para los operadores en función del tema del cual se ocupa este módulo. Así, la Sala no se restringe tan sólo a enunciar postulados generales, sino que ahonda en los principios y se detiene, con rigor, en los argumentos. Reconoce, tal como aquí se ha aclarado, la gravedad del problema de la falsificación de las obras literarias, tema complejo de hecho, pero con sumo criterio, encuentra que “el problema no se resuelve, entonces, persiguiendo a los últimos eslabones de la cadena, a quienes no siempre podrá catalogárseles como miembros de la organización criminal (en la medida en que también podrían ser objeto de instrumentalización o de explotación económica por parte de dichas maquinarias) y cuyas acciones se hallarán, por lo general, en la frontera de lo que es socialmente relevante y lo que no lo es”. La Sala adelanta, además, un análisis importante del Principio de Oportunidad y hace un llamado, en este sentido, tal como se advertirá en este estudio cuando se trabajen las tensiones entre oportunidad y preclusión, “a los operadores de la norma para que funcione el Principio de Oportunidad como mecanismo idóneo que evite el adelantamiento de investigaciones por conductas en las cuales no se haya afectado de manera significativa el bien jurídico”.

La Sala se refiere y consolida con ello la jurisprudencia, a la providencia del 18 de noviembre de 2008, con radicado 29183 en la cual, con acierto y llamando la atención justamente para que el sistema judicial se ocupe de lo que es

64 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sala Penal, Sentencia con radicado 31362 del 13 de mayo de 2009, MP. Julio Socha Salamanca.*

verdaderamente grave, se dijo en su momento: "Frente a esa gama de posibilidades de justicia mejor, la Corte exhorta a los funcionarios judiciales, especialmente de la Fiscalía General de la Nación, a hacerlos operantes de manera que los grandes esfuerzos institucionales se concentren en los asuntos que realmente sean trascendentales, para evitar así el daño que en la sociedad genera el delito". La Sala entonces, con mucho criterio, aprovecha un caso del cual deberían ocuparse los operadores de instancia de manera rápida y eficaz, para adentrarse en el estudio de cuestiones fundamentales. Al final decide: "como ninguno de los criterios del demandante está llamado a prosperar, la Sala no casará la sentencia impugnada"⁶⁵.

2.2.9 La falsa concepción de la legalidad y la política criminal: un hecho de profundo arraigo cultural

Diversas consideraciones anteriores y las que se hacen a continuación, acerca de las tensiones entre ley y realidad social, conducen a un tema fundamental, que es sobre todo un tema cultural. Según lo ha podido corroborar el autor del presente módulo directamente con jueces y fiscales entrevistados para la elaboración del mismo, si bien en el caso de Bogotá se ha hecho un uso interesante del Principio de Oportunidad o en otras ciudades capitales grandes, en ciudades más pequeñas y alejadas no ha ocurrido lo mismo. Además, en los debates legislativos en torno a la reforma de principio de oportunidad, se hizo relación a la resistencia cultural en torno al manejo de la oportunidad, al apego generalizado a la legalidad y, más que a ésta, entiéndase, al *legalismo cultural*, al formalismo insustancial, tan caro en la tradición del país. Debemos ser claros y más en derecho penal: no se trata de desconocer o traicionar la legalidad, que es un principio fundamental, hay que protegerla contra todo riesgo. Lo que aquí se critica, es el falso apego a la legalidad vacía, sin contenido; al

65 *El caso no fue, no obstante, pacífico, ya que dio lugar a tres salvamentos de voto, que también se fundan en argumentos sólidos y que hacen relación a la política criminal de un Estado. Por ejemplo: el magistrado Yesid Ramírez Batidas dijo: "Dejar en la impunidad un comportamiento como el juzgado autoriza a todas las personas que comercializan las denominadas obras 'piratas', a continuar con su ilícita labor y representa un grave desestímulo para autores y editoriales que nada pueden hacer ante la desprotección que los deja la jurisprudencia que no comparto". Pero, se trata mejor de entender la complejidad de la noción misma de política criminal, que se liga a la prevención y no sólo a la penalización. Además, se trata no de actuar donde los problemas se manifiestan, sino donde ellos verdaderamente se originan. En este sentido, es muy rescatable la providencia de la Sala Penal.*

formalismo vacuo y contraproducente, al culto irracional a la mera letra de la ley sin sentido alguno de justicia.

Es en ese contexto donde debe pensarse, ciertamente, la tensión que puede originarse entre esa forma de pensar o concebir la legalidad y la política criminal. Los ejemplos anteriormente enunciados lo reflejan. Pero, además, la tensión surge a partir de la flexibilidad inherente a la política criminal, tal como ocurre con toda política pública. La política criminal, como conjunto de acciones dentro de una estrategia general de prevención, investigación, persecución y castigo de conductas delictivas, es móvil, compleja e implica opciones y decisiones, así como recursos para ponerlas en juego. No siempre existe ni mucho menos una relación equivalente entre la legalidad a ultranza -o el legalismo que aquí se critica- y la justicia.

Por eso, con razón, un autor citado -aunque ello puede conducir a críticas cuando se trata de terrenos complejos como el de la justicia transicional por ejemplo-, haciendo relación a quienes critican, por principio, cualquier uso de discrecionalidad, advierte que podrían llegar ellos a "ignorar los irreparables daños que a veces pueden derivarse de hacer justicia a toda costa (*fiat iustitia, pereat mundus*). La razonabilidad exige, incluso desde un punto de vista axiológico, buscar la ponderación y hallar soluciones intermedias"⁶⁶. Así, de igual forma y con extrema lucidez, Dahrendorf, quien defendía la autonomía funcional del derecho, advierte, no obstante y tal como se ha visto respecto de la política social y económica, que la aplicación rigurosa de una visión específica de la legalidad, no puede resolver el problema de la criminalidad. Al contrario, el puro legalismo puede verse convertido en mero "darwinismo social"⁶⁷. Es decir, el uso ciego de la norma, en países como el nuestro, en los cuales se legisla tantas veces a despecho de las realidades, donde se legisla en función del centro y lejos de la periferia o donde las leyes son marginales, el uso, paradójico de la Ley, con mayúscula, se hace para desconocer el derecho. El legalismo como mero

⁶⁶ DÍEZ PICAZO. Op. Cit., p. 28.

⁶⁷ Esta conclusión del autor, está enmarcada en el estudio sobre la "lucha por el contrato social" que, justamente, a partir de una concepción vacía de la ley, puramente formal, llega a ocultar las verdaderas tensiones y diferencias sociales que, desde luego, van más allá del mero enunciado formal de la ley. DAHRENDORF. Op. Cit., pp. 81 y ss.

formalismo vacío no es el derecho, menos la justicia en un sentido material jurídico-constitucional.

Es una cultura que debe ser sobrepasada, que debe ser redefinida; la ley contra el derecho es una ecuación que debe ser superada y la reflexión sobre una discrecionalidad reglada, técnica y que cuando es política, sea también acertada y razonable, debe apoyar a los operadores en este ejercicio de aplicación del principio de oportunidad. Se trata, en todo caso, y tal como se advirtió desde el principio respecto de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, para que éste funcione, de un auténtico cambio de mentalidad en los operadores jurídicos; se trata de un tema eminentemente cultural.

2.3 DE LAS RELACIONES Y TENSIONES ENTRE POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA: EL ESCENARIO PROCESAL

En una jornada de trabajo con jueces y operadores celebrada a principios del año 2005, en una ciudad capital diferente de Bogotá, a instancia de jornadas de trabajo propiciadas por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, algunos operadores se encontraban perplejos porque, algún profesor les había comentado que “con el nuevo sistema penal acusatorio se acaba la dogmática”. Y, según este profesor, a su vez, algún fiscal norteamericano había sugerido que el pragmatismo anglosajón “duro” terminaba con la dogmática en el nuevo proceso penal. Además, en el mismo contexto de trabajos sobre principio de oportunidad, se ha dicho que el principio se disuelve en pura política criminal y que éste no debe confundirse o “contaminarse” con la dogmática. Bien, desde luego que la primera afirmación es ella misma pura política o politiquería, pero sí se debe tener en cuenta que diversos reproches a la dogmática se han generado en virtud de lo que debe llamarse una sobredogmatización inútil que ha llevado en muchos casos al sinsentido, a una circularidad sin salida, a una especie de hedonismo o solipsismo insustancial, a una lucha tonta entre escuelas que más parecen religiones y cuya aparente científicidad es más un ejercicio perplejo de intolerancia.

Pero ello no tiene algo qué ver con la dogmática en sí misma y con su valor garantista y garantizador; no tiene que ver con la teoría del delito que, precisamente, tiene valor indiscutible en la aplicación del principio de oportunidad. Causales fundamentales que lo regulan, sólo tienen sentido en perspectiva sustancial y de acuerdo con premisas dogmáticas, mientras que éstas, a su vez, se juegan su consistencia frente a decisiones de política-criminal. Es así como se entiende aquí la dogmática, no como un juego de premisas vacías que encubren propuestas sólo concebidas en la tópica, o como categorías funcionalizadas y amoldadas a la política de turno; se entiende más como “programas de decisión”, como categorías, variables, conceptos que a lo largo de una evolución muy compleja, han probado su capacidad para resolver casos, sencillos y difíciles y que son puestas a prueba a diario en la práctica judicial. Para hablar con Luhmann, por ejemplo: se trata de verdaderas conquistas de los sistemas jurídicos, como herramientas de reducción de complejidad. Es por ello que todos los operadores, fiscales y jueces y entre ellos, incluidos desde luego los jueces de control de garantías, deben ser aplicados, ordenados, juiciosos en la instrucción dogmática; es en los operadores donde se puede y debe darse la armonía entre política criminal y dogmática jurídico penal y jurídico procesal.

Para no hacer dogmática de la dogmática, se subraya aquí el hecho de que las premisas dogmáticas constituyen variables de decisión, “programa de decisión”, como dice Niklas Luhmann, que anticipan, apoyan hacia el futuro al operador para que éste pueda enfrentar adecuadamente un caso; pero no son valores previos al derecho, ni absolutos; han probado su consistencia en el propio desarrollo diario del sistema, por ejemplo del sistema penal, para resolver problemas y casos concretos, pero todos los días se juegan su peso y carácter de acuerdo con los nuevos dilemas de complejidad⁶⁸. Así, por ejemplo: para citar un caso de actualidad, la autoría mediata en estructuras de poder o en organizaciones de poder ilegales, es una figura dogmática que cada vez se impone más en escenarios de violaciones masivas de derechos humanos, como lo demuestra la sentencia reciente contra el expresidente Fujimori. No obstante, diversos casos en nuestro país se siguen resolviendo con base en la coautoría

68 Se cita aquí el texto complejo y lleno de cuestiones sugerentes, de LUMANN, Niklas: *Sistema jurídico y dogmática penal*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983.

impropia, figura extraña que no consulta ya las nuevas realidades. En este sentido el desarrollo del derecho vivo y la presión de las realidades, hará que en algún momento, sobre todo a instancia de la Sala Penal de la Corte, esta teoría se asuma en su dimensión político-criminal y dogmática. Así se podría convertir en un nuevo programa de decisión frente a casos específicos⁶⁹.

2.3.1 Oportunidad o preclusión: de las relaciones y tensiones entre dogmática y política criminal

Una de las exigencias que desde un primer momento se presentó a fiscales y jueces, respecto de la aplicación del principio de oportunidad, fue la decisión de optar por la aplicación de este principio o por solicitar la preclusión. Se trata de un tema fundamental y es a partir de éste que se aborda en el presente módulo las relaciones entre teoría del delito –derecho penal material– y principio de oportunidad. Incluso, hay algunos casos en que los jueces de garantías han asumido una función pedagógica sobre este punto.

Un caso que fue trabajado en el primer Conversatorio Nacional del Sistema Penal Acusatorio, a instancia del Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial, en la mesa de trabajo sobre principio de oportunidad, revela o ilustra lo expuesto. Se trató de lo siguiente: un juez de conocimiento recibió una solicitud de “extinción de la acción penal con base en la aplicación del principio de oportunidad”⁷⁰. Es decir, se le

69 Es importante destacar, al respecto, que la Sala Penal de la Corte, particularmente desde finales del año 2009, ha asumido con rigor el estudio de esta teoría, en el marco de la noción más comprensiva de la responsabilidad del superior jerárquico en casos de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. A manera de ejemplo: se cita la providencia 29221, del 2 de septiembre de 2009, en la cual la Sala de Casación Penal, con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas, aunque directamente no aplicó la teoría, sí hizo relación a ella en el contexto comentado. De hecho, el autor de este módulo destaca, en tanto se desempeña como director del área de justicia del observatorio internacional de DDR y la Ley de Justicia y Paz, del Centro Internacional de Toledo para la Paz, y como coordinador académico del encuentro que tuvo lugar en Madrid en noviembre de 2009, con la sala penal en pleno para discutir sobre el destino del proceso de Justicia y Paz, cómo este magistrado abandera hoy una postura relacionada con la necesidad de aplicar esta teoría en el caso colombiano. Para ahondar en este tema, se cita aquí el segundo informe del Observatorio, Área de justicia, Madrid- Bogotá, noviembre de 2009, pp.17-87.

70 Caso con radicado 1100160028200502729, audiencia celebrada el 15 de marzo de 2005.

pedía al juez, una vez se había adelantado previamente una audiencia de control de aplicación del principio, que diera curso formal a la extinción de la acción penal. El juez, como era lógico, estableció que ya existía cosa juzgada, pues “el juez de control de garantías ya se había pronunciado sobre su legalidad”.

Como se ve, se creyó que el juez de conocimiento procedía a culminar lo que habría iniciado el juez de garantías. Es un ejemplo, además, de cómo se iban ajustando en un primer momento, en éste y en numerosos casos más, los temas en el nuevo sistema acusatorio. La confusión entre las dos figuras era latente. El tema central aquí es la existencia del hecho punible y, para ello, desde luego, es necesario acudir a la teoría del delito. No sólo para saber en estricto sentido cuándo puede existir un delito, sino y ello es todavía más interesante, cuándo, a pesar de que una conducta pueda ser típica, no es antijurídica, o siendo típica y antijurídica, no es culpable, o cuando sea típica, antijurídica y culpable, no se ve como necesaria la aplicación de una sanción penal. Ello lleva al análisis, en primer lugar, de aquellas causales denominadas sustanciales.

a) De las denominadas “causales sustanciales”

El punto de partida para asumir el estudio de estas causales ya tiene un sentido crítico, en la medida en que se puede pensar que “al intentarse plasmar criterios político criminales como causales para la procedencia del principio de oportunidad, en varios casos se terminó haciendo referencia a elementos que hoy en día pertenecen a la teoría del delito y que contribuyen a definir cuándo se está en presencia o no de una conducta punible. Se trata de algunas de las “causales sustanciales”, las cuales llevan a que la Fiscalía General de la Nación, al preguntarse por la posibilidad de aplicar esta figura, termine cuestionando la responsabilidad penal misma del procesado, de manera que se llega a la paradoja de tener que reconocer la imposibilidad de la acusación por inexistencia de alguna de las categorías dogmáticas que integran la estructura del delito, al dar por cumplidos los elementos que según el artículo 324 posibilitarían la

Publicada en: *Conversatorio Nacional. Sistema Penal Acusatorio*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, mayo de 2006, pp. 237-238.

aplicación del principio de oportunidad, el cual supone que los hechos revistan las características de una conducta punible”⁷¹.

Se trata de una situación prevista por diversos autores que trataron el tema cuando éste apenas comenzaba a dilucidarse en el país, y que, como Carlos Arturo Gómez, sugieren que, cuando se trate de estas situaciones, el sistema judicial debe optar por la preclusión. Se mirará el tema en detalle y se propondrán algunas soluciones, reconociendo desde el principio que se trata de una posición muy coherente, seguida además, por diversos operadores. No obstante, el autor de este módulo, en su ejercicio de acompañamiento al sistema judicial como consultor, ha detectado un hecho central: algunos jueces, con argumentos muy sólidos y siguiendo esta línea argumentativa, han negado el control de legalidad sobre la aplicación del principio cuando reconocieron que más que una causal dirigida a interrumpir la investigación o a no continuarla, se trataba de la inexistencia de un delito y, por ello, en su control abogaron más por la preclusión.

Sin embargo, cuando el caso fue llevado al juez de conocimiento, el juez no concedió la preclusión y la persona siguió sometida a un proceso con todas las consecuencias que ello trae consigo (recuérdese, a propósito, el caso de las obras literarias falsificadas y que dieron lugar al pronunciamiento ya reseñado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia). Por esa razón, se propone aquí que, incluso cuando por ejemplo: por carencia de antijuridicidad material una conducta no sea realmente lesiva de bienes jurídicos y que, por eso mismo, al no ser realmente antijurídica, deba optarse mejor por la preclusión, puede el fiscal abogar por la aplicación del Principio de Oportunidad en todo caso como una herramienta loable y consistente para los fines político-criminales de no sancionar por la comisión de conductas formalmente antijurídicas, pero materialmente insignificantes⁷².

71 COTE BARCO, Gustavo. *Política criminal y Principio de Oportunidad* (mimeo). Bogotá, 2009. p. 15.

72 Se debe advertir, que en las discusiones de validación del módulo, organizadas por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, algunos funcionarios expresaron que a pesar de que exista la posibilidad de que un juez de conocimiento niegue la preclusión, ésta no es una razón para aprobar la aplicación del Principio de Oportunidad cuando no hay antijuridicidad de la conducta y sea procedente en consecuencia la preclusión. Según ellos, se trata del proceso de interiorización de las figuras normativas por parte de los funcionarios, que no puede afectar la correcta aplicación de la ley y de la teoría del delito. En este sentido, ante la disyuntiva de aplicar el Principio de Oportunidad o la preclusión, en aquellos casos en los que la conducta carece de antijuridicidad material (o al menos es discutible este aspecto), se debe preferir esta última alternativa, para salvaguardar la presunción de inocencia, sobre

b) Acerca de la antijuridicidad material

Uno de los principios que se deducen directamente de aquellos fundamentos político-criminales, de carácter más general y esenciales, a los cuales se ha hecho referencia al inicio de este capítulo, es el principio de lesividad. Y éste, se relaciona directamente con la antijuridicidad. Para volver a conceptos básicos que pueden apoyar al juez, se tiene lo siguiente: “Antijuridicidad significa contradicción al derecho”. Por esa razón, “hay que ver la esencia de la antijuridicidad de un comportamiento contrario al deber de actuar o de abstenerse establecido en una norma jurídica”⁷³. A esta faceta se la ha denominado antijuridicidad formal. Pero, “la antijuridicidad no se agota en la relación entre la acción y la norma, sino que posee una *importancia por su contenido* (antijuridicidad material)”⁷⁴. Así, “una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica, en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales”⁷⁵.

El principio de lesividad

Este último autor, Roxin, acentúa aquí el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal como sistema, justamente subsidiario, de protección de bienes jurídicos. No se debe pasar por alto eso sí y tal como lo señala Zaffaroni, que hay extrema carga valorativa en la noción de antijuridicidad material y que ella puede servir también, y desde luego es contrario ello a lo que aquí se postula, para que, a nombre de dicha antijuridicidad con sentido material, se deduzcan hipótesis arbitrarias de una especie de “injusto supralegal”. Pero, como se dice, aquí no se trata de eso. En cualquier caso, el profesor argentino aboga por depurar el concepto y que éste, al lado de construcciones complejas como la “tipicidad

todo teniendo en cuenta que una vez aplicado el principio de oportunidad, esta figura no puede volver a ser aplicada al mismo sujeto dentro de los cinco años siguientes. Diversos operadores subraya en el hecho de que los efectos de la preclusión son más benéficos y acordes con el principio de culpabilidad.

73 JESCHECK, Op. Cit., p. 210.

74 *Ibíd.*, p. 210.

75 ROXIN. Op. Cit., p. 558.

conglobante”, sea realmente concebido en el contexto más genérico y ajustado a la protección constitucional del principio de lesividad⁷⁶.

Ahora bien, debe decirse que el acento material radica en la lesión de bienes objeto de protección. Nuestro ordenamiento abre las puertas, además, a la inclusión de los denominados delitos de peligro, insalvables en normatividades actuales: el artículo 11 del Código Penal dispone que “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”. Por su parte, agrega Roxin: “La importancia práctica de la antijuridicidad material es triple: permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente, proporciona medios auxiliares de interpretación para la teoría del tipo y del error y para solucionar otros problemas dogmáticos y hace posible formular los principios en los que se basan las causales de exclusión del injusto y determinar su alcance”⁷⁷.

Ejercicios de graduación del injusto

Nos interesa particularmente la función de graduación del injusto según su gravedad, tema al cual se enfrentan los operadores diariamente. Así, de una manera muy sencilla y pedagógica, pertinente para nuestro trabajo, continúa Roxin: “la antijuridicidad formal (la mera legalidad, se agregaría A.A), no permite aumentos ni distinciones cualitativas”⁷⁸. Por eso, un hurto de \$1.000 pesos o de \$12.000 como se verá enseguida en un caso concreto, “en sentido formal no es menos antijurídico” que un hurto de \$10 millones, puesto que en ambos casos se infringe la ley. En cambio, sí son muy diferentes desde el punto de vista material: es mucho más grave el hurto de \$10 millones. Pero la pregunta es: ¿en los dos casos hay delito, en el sentido en el cual lo exige al principio de oportunidad? O podría indagarse si la distinción a pesar de que sirve para operar dentro del sistema, ¿parte de la base de la existencia, en los dos casos, de delitos y sólo varía en el tratamiento? ¿Sirve la distinción sólo al legislador para

76 ZAFFARONI. Op. Cit., p. 599.

77 ROXIN. Op. Cit., p. 559.

78 *Ibid.*, p. 559.

incluir o excluir conductas, pero una vez incluidas, se trata efectivamente de la comisión de delitos?

Autores nuestros, de la mano de una lectura constitucional del derecho penal y ahondando en la distinción entre el desvalor de acción y el desvalor del resultado –véanse a propósito las referencias claras y pedagógicas de Jescheck, en el Tratado que venimos citando- cómo Carlos Arturo Gómez, lleva hasta el final su consideración para descartar como delitos aquellas acciones carentes, realmente, de antijuridicidad material. La consecuencia es la siguiente: en estos casos, se debería optar por la preclusión. Ello, en la medida en que lo relevante para el injusto, según el autor, sería el desvalor de resultado, de manera que la antijuridicidad formal no es suficiente para la existencia del delito, pues la dimensión material de dicha categoría se hace indispensable, como momento en que se debe constatar que la situación deseada por el legislador se vio alterada debido a la conducta, es decir, que tuvo lugar la efectiva lesión a un bien jurídico penalmente tutelado⁷⁹.

De esta forma, y según el autor citado, "... la norma penal entendida como norma objetiva de valoración, tiene como motivo político-criminal la protección de bienes jurídicos. El principio de lesividad adquiere significativa importancia trascendiendo al ámbito de la teoría del delito, comprometiendo en consecuencia la esencia, contenido y significado de las categorías y subcategorías dogmáticas", mientras que la norma entendida como norma subjetiva de determinación, "puede o no tener como motivo político-criminal la protección de bienes jurídicos, teniendo como fundamento el imperativismo (...), así, el principio de lesividad es un mero referente político-criminal y ninguna incidencia definitiva tiene para la esencia, contenido y significado de las categorías y subcategorías dogmáticas"⁸⁰.

También diversos operadores han optado por las mismas consideraciones. Por ejemplo: en un caso en el cual una persona hurtó \$11.750, ella fue capturada, devolvió el dinero e incluso a pesar de la tipificación de

79 GÓMEZ, Carlos Arturo. *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*, Giro Editores, Bogotá, 2005, pp. 218-222.

80 *Ibid.*, p. 238.

hurto agravado por tratarse de un sitio despoblado, el fiscal alegó la causal primera, mientras que la juez de control de garantías, aludiendo a la necesaria existencia del delito, viendo que la conducta carecía de antijuridicidad material, consideró que no existía dicho delito, que la existencia de la antijuridicidad material era requisito para la existencia misma de la conducta y, que, en este caso, debía optarse por la preclusión⁸¹.

Pero otros jueces no lo conciben así y, luego de la solicitud del fiscal, en función de la carencia de antijuridicidad de la conducta, declaran ajustado legal y constitucionalmente la aplicación del principio. Las causales que pueden relacionarse con el injusto son las causales 10, 11 ó 14 (con la reforma introducida por la Ley 1312 de 2009 estas mismas causales corresponden a los numerales 9, 10 y 13, respectivamente), pero y esto es muy importante, por la causal 1, por el énfasis en la efectiva reparación, también surge discusión sobre el injusto y, también, sobre los fines de la sanción penal.

2.3.2 Afectación efectiva de bienes jurídicos

Se debe entender, no obstante, que cada causal de las enumeradas, presenta su propia complejidad. Así por ejemplo: respecto de la original causal 10 y en relación con la insignificancia de la afectación al bien jurídico funcional, tratándose de actos contra bienes jurídicos de la administración pública, la Corte Constitucional, en sentencia C-988 de 2006, precisó que la afectación poco significativa del bien jurídico se traduce en un juicio sobre la antijuridicidad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción, en el que la lesión a la administración pública o recta administración de justicia es leve⁸².

81 *Audiencia de control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad, celebrada el día 10 de mayo de 2005. Caso tomado del observatorio de jurisprudencia del Sistema Penal Acusatorio, dirigido en su primera etapa, hasta diciembre de 2006, por el autor de este módulo.*

82 Dice la Corte: "El Legislador supedita dicha posibilidad a dos precisos requisitos, a saber i) que la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa -es decir que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, y el juez de garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuridicidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo- y ii) que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios -es decir que en relación con la misma conducta se configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de la sanción respectiva. En relación con esta última condición cabe precisar que en la medida en que la disposición se refiere expresamente al "deber funcional" ha de entenderse que se alude en este caso a hipótesis en

Para la Corte y para un número importante de operadores, se trata de un tema de antijuridicidad material que conduce a que se pueda aplicar el principio de oportunidad. No se trata de la inexistencia de un delito, aunque, siguiendo autores que hemos reseñado que así lo conciben, la cuestión de la levedad del daño causado, hace que la conducta misma no sea delito y que, en consecuencia, bastaría con la sanción disciplinaria. Para otros autores, para evitar la discusión dogmática y con buena prevención por el dogmatismo intrascendente y que todo lo complica, conciben que no se trata tanto de una discusión dogmática, sino de una propuesta de política criminal o de política a secas. Se hace alusión a la “referencia política de la causal”.

Así, respecto de la causal, se dice que “su redacción es muy sustancial, pero su finalidad es claramente política... se presenta cuando hubo respuesta del Estado por intermedio de la función disciplinaria o es posible que ésta exista y la conducta no es tan grave”, para sostener posteriormente que “La referencia política de la causal es evidente y está relacionada con el cumplimiento alternativo de los fines de la pena...”⁸³. Para otros, en cambio, “este requisito exige una valoración desde el prisma de la afectación al bien jurídico; en los ejemplos traídos a colación, de un peculado por uso indebido y de un prevaricato por omisión, hemos considerado que en efecto se produce la afectación al bien jurídico pero que ésta es

que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas y como tal estén sometidos a la potestad disciplinaria incurran en conductas respecto de las cuales quepa junto con la imposición de la sanción penal endilgarles responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de dichos deberes funcionales”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-988 de 2006.

83 MESTRE, José. *La Discrecionalidad para Acusar. Aspectos generales relacionados con el Principio de Oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 289-290. Una cita del autor puede sintetizar su opinión que, como se ve, se distancia radicalmente de autores como Carlos Arturo Gómez o Jorge Perdomo, es pragmática y es interesante: “Cuando la supuesta discrecionalidad de la Fiscalía está referida a la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta investigada, se entremezclan cuestiones sustanciales de dogmática penal y aspectos de conveniencia e importancia política del asunto, generando una confusión que afecta tanto a la Fiscalía como a los jueces de control y a todos los sujetos interesados... no se debe confundir la selectividad por razones políticas con la valoración jurídica de la situación, pues se trata de dimensiones diferentes que requieren espacios de apreciación separados y la causal comete el error de unificarlos”. Ibíd., pp. 291-292. El tema no obstante, se puede tratar de manera más consistente, a partir por ejemplo: de las diferencias entre discrecionalidad técnica o interpretativa y discrecionalidad política, tal como se presentó esta diferencia en la primera unidad o capítulo del módulo.

poco relevante”⁸⁴. Es decir, la discusión se da bajo la óptica de la existencia efectiva del delito.

2.3.3 Oportunidad y preclusión: opciones válidas como herramientas de reducción de complejidad

Para el autor de este módulo, tal como se afirmó desde un comienzo y aunque la salida hacia la preclusión puede parecer más convincente y deseable, sobre todo por el aspecto problemático de la presunción de inocencia, puede aplicarse consistentemente el Principio de Oportunidad en aquellos casos en los cuales, por ejemplo, la antijuridicidad material o lesividad de la conducta no es tan clara. Tal como se ha dicho desde un principio, si el tema importante es el aspecto cultural -la poca tradición de discrecionalidad en los operadores-, el Principio de Oportunidad definitivamente constituye una herramienta fundamental para hacer justicia material y, el hecho de que un fiscal o un juez consideren que la carencia de antijuridicidad material conduce más al Principio de Oportunidad que a la preclusión, no puede obstaculizar o impedir que aquella figura pueda ofrecer todos sus rendimientos. Lo que se debe evitar, eso sí, son casos en que se opte por la preclusión y no por la aplicación del Principio de Oportunidad y el juez de conocimiento no la conceda; éste sería un gran contrasentido⁸⁵.

Se agrega, finalmente y respecto de esta causal, que frente a ella se propuso una leve modificación, en el contexto de la reforma que cursó en el Parlamento sobre el Principio de Oportunidad y que coincidió exactamente con el momento en que se redactaba este módulo (en el próximo capítulo se dará cuenta de ella de manera extensa, pero se reseña en este capítulo, aquellos aspectos de dicha reforma que se relacionan directamente con los temas planteados. Se advierte, además, tal como se ha dicho previamente, que se trabajó en el módulo con base en el texto aprobado

⁸⁴ FORERO, Juan Carlos. *Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 185.

⁸⁵ Recuérdese, a propósito, la cita que en el primer capítulo se hizo del autor alemán, Ralf Ros, en el sentido de que éste trata el estudio del principio de oportunidad, tanto desde la perspectiva de la protección de los derechos del sindicado, como desde la perspectiva general de todas las formas de suspensión de la investigación o de renuncia a la persecución penal. Se trata de una perspectiva muy consistente.

en la comisión 1^a de la Cámara, al mismo tiempo que se hace mención al texto final aprobado según sea el caso. Así, se conserva en el estudio, la secuencia de la discusión y los cambios de último momento). De esta forma, en lo que atañe a la causal que se estudia, y siendo en la reforma finalmente aprobada, la causal 9, dice: “En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el **reproche institucional** y la sanción disciplinaria correspondientes” (resaltado fuera de texto).

También es importante agregar, respecto de la reforma, que el Parlamento se ha ocupado del exceso en las causales de justificación, causal 17 del Código antes de la reforma, buscando aclarar conceptos propios de la teoría del delito. Así, la reforma, en la causal 15, expresa lo siguiente: “Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad”.

2.3.4 Sobre los denominados “delitos bagatela”

Por su parte, en relación con la causal 11, sobre el objeto material y su grado de deterioro, ésta ha sido entendida por numerosos operadores y por la Corte Constitucional en su examen inicial, como referida, también, a los delitos bagatela (Sentencia C-095 de 2007); algunos autores la sitúan igualmente en el contexto de la antijuridicidad material, pues se entiende que la vulneración del patrimonio, en estas condiciones mínimas, no tendría lugar efectivamente⁸⁶.

Para depurar la cuestión, Carlos Arturo Gómez establece la diferencia, desde la perspectiva de la antijuridicidad –leída en clave político-criminal- entre *cualidad* y *cantidad*, con el propósito de graduar el injusto y establecer niveles de gravedad, de lesividad, como herramientas para el fiscal y el juez. Así, cualidad indicaría que “la consideración del bien jurídico debe realizarse a partir de su efectiva lesión o puesta en peligro,

⁸⁶ MESTRE. *Op. Cit.*, p. 291.

lo cual excluye a los delitos de peligro presunto”, mientras que cantidad, “implica que el daño, ya sea por la puesta en peligro o por la lesión al bien jurídico tutelado, debe tener cierta entidad que lo justifique... la insignificancia en la afectación del bien jurídico comporta falta de antijuridicidad material”⁸⁷. Ello puede constituir una herramienta importante, en la medida en que los fiscales y jueces no se ven abocados necesariamente ante el dilema de oportunidad vs. Preclusión, y pueden resolver problemas concretos con la aplicación del principio de oportunidad.

De acuerdo con ello, podría pensarse, a su vez, que los juicios de *cantidad* y de *relación*, pueden llevar a situaciones en las que, existiendo afectación al bien jurídico, ésta no sea lo suficientemente importante, sin que por esto se pueda afirmar su insignificancia, lo cual abre la puerta para la aplicación del Principio de Oportunidad cuando de graduar el injusto se trata. En consecuencia, existirían casos en los que por la insignificancia del daño, no habría delito por ausencia de antijuridicidad material, y existirían otros, en los que el daño no es lo suficientemente grave y, sin embargo, no se excluye la antijuridicidad material; las causales del Principio de Oportunidad relacionadas con el injusto, como la que aquí se comenta, tendrían aplicación en estos últimos casos⁸⁸ (respecto de esta causal, no se debe pasar por alto, en todo caso, el tema mismo de la víctima; la insignificancia ciertamente consistente desde el punto de vista social y penal respecto de un bien, debe armonizarse con la situación particular de la víctima dueña del mismo bien. Para ella, su bien puede tener gran significado que no es meramente económico).

⁸⁷ GÓMEZ, Carlos Arturo. *El Principio de la Antijuridicidad Material*, Giro Editores, Bogotá, 2005, pp. 139-140.

⁸⁸ “En cuanto se trata del juicio de ‘cantidad’, aunque limitado a los delitos contra el patrimonio económico, está presente en la causal No. 11 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal cuando se refiere al ‘alto grado de deterioro’ del objeto material’ visto ‘su titular’. Pero nótese que aquí no sólo juega el juicio de cantidad, sino que el mismo debe analizarse en conjunto desde la perspectiva del titular del bien jurídico ofendido. Nos encamina tal causal hacia la consolidación del juicio de relación, pero sin la aptitud suficiente como para excluir la antijuridicidad material”. GÓMEZ, Carlos Arturo. *La Oportunidad como Principio Complementario del Proceso Penal*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2006, pp. 127-128.

2.3.5 Sobre los bienes colectivos

Por otra parte, en relación con la causal 14 contenida en el texto original de la Ley 906 de 2004 (actual causal 13), el desafío radica no sólo en aspectos que se han tratado, sino en la noción misma de bienes colectivos. También puede concebirse esta causal en el contexto de la discusión sobre mínima afectación o insignificancia y, como lo conciben algunos autores, podría graduarse –con la metodología seguida- el grado del injusto y optar los operadores por la vía que corresponde. El ejercicio de discrecionalidad reglado, por decirlo así, operaría en este contexto.

2.4 LOS FINES DE LA PENA Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Además del tema relacionado con el principio de lesividad, ligado a la noción de antijuridicidad material, que conduce a discusiones concretas sobre afectación de bienes jurídicos, graduación del injusto, etc., otro tema se hace fundamental para entender las relaciones entre dogmática y política criminal, entre teoría del delito y política criminal; es un tema que en última instancia, le da sentido y no lo deja al mero pragmatismo insustancial y arbitrariedad posible de algún operador, a la escogencia de ciertas causales y su fundamentación: se trata de los fines de la pena. Con esta alusión más genérica, por decirlo así, se entienden temas relacionados con la culpabilidad, con el juicio de reproche, con la responsabilidad penal y con el sentido último de la sanción penal.

2.4.1 Principios rectores de la sanción penal

Lo primero que se debe aclarar, es que la legislación penal destaca tres principios fundamentales de la sanción penal: proporcionalidad, razonabilidad y necesidad. Respecto del principio de proporcionalidad, se vuelve con ello al inicio de nuestra exposición: el juicio de proporciona-

lidad es una herramienta de trabajo única, fundamental para jueces y fiscales; cruza el ámbito sustancial y el ámbito procesal y es puro derecho constitucional aplicado. En el ámbito procesal de hecho y sobre todo en las audiencias preliminares, es la herramienta principal de trabajo de los jueces. Por su parte, la necesidad de la pena, es un principio fundamental y fundante y al cual nos referiremos en detalle más adelante, mientras que el principio de razonabilidad, es el juicio de evaluación final en el cual entra en juego la noción de utilidad o inutilidad de la pena, el sentido de la misma, etc.

2.4.2 La necesidad de la pena: un principio fundante de la sanción penal

El principio de necesidad de la pena tiene una connotación material y es un principio situado en la parte general que no se agota en aquellas disposiciones de la parte especial en las cuales se hace relación explícita a dicho principio, por ejemplo, en el antiguo párrafo del artículo 125 que se refería al aborto cuando se adelantaba bajo condiciones excepcionales y extraordinarias de motivación⁸⁹. Es un principio fundamental que se liga a todo lo expuesto hasta aquí y que no sólo tiene que ver con la punibilidad, sino que trae consigo el juicio de reproche y, por ende, hace referencia al principio de culpabilidad. Esto, si se tiene en cuenta, como lo hace Roxin por ejemplo y con coherencia, que la categoría de la culpabilidad se comprende en el contexto más general de la responsabilidad. Ello tiene expresión en nuestra propia normatividad penal, si se tiene en cuenta, además, por ejemplo, lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 34, que se refiere a como “en los eventos de los delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se

89 Para una ampliación del tema, permítase la remisión al trabajo de APONTE, Alejandro. *La nueva regulación de la punibilidad: del juez como garante de los derechos fundamentales*, en: *Memorias. Jornadas de reflexión sobre el sistema penal colombiano*. Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2001, pp. 87-102.

podrá *prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria*" (resaltado fuera de texto).

Así mismo, como se ha reseñado, el antiguo parágrafo del artículo 125 sobre el aborto, decía que en circunstancias extremas, el "funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto". Es decir y la norma sirve como ejemplo, aunque hoy está fuera del orden jurídico, en las dos normas se trata de casos concretos en los cuales la conducta es típica, antijurídica y culpable, pero se puede prescindir de la pena en caso de que ella no resulte necesaria, siendo entonces la necesidad, un principio fundamental que engloba la proporcionalidad y el juicio general de razonabilidad.

Pero, además, esa noción de necesidad, y de los fines de la pena leídos en clave constitucional, limitativa y garantista, tiene implicaciones directas en la misma culpabilidad. Por ejemplo, en el caso de la figura dogmática del estado de necesidad excluyente de la culpabilidad, la tesis diferenciadora, que lo distingue del estado de necesidad justificante, no sólo encontró bases en el tránsito de un concepto psicológico de la culpabilidad, a un concepto normativo de la misma, sino que encontró bases sustanciales en la pregunta por los fines de la pena. Adoptando principios del derecho civil, como es el hecho de que a nadie se le puede exigir lo imposible y, sobre todo, pensando en la tesis según la cual es completamente inútil castigar a un individuo en casos de la llamada "comunidad de peligro" por ejemplo: por acciones que cualquiera otro hubiera cometido en su misma situación, la dogmática penal ajustó las razones para adoptar la figura y desplazarla al ámbito de la culpabilidad. Ésta es pensada entonces en el contexto del sentido de la pena, de su necesidad, de su racionalidad.

Así, el trípode compuesto por culpabilidad, punibilidad -no tanto en un sentido técnico sino en un sentido material de principios- y responsabilidad, sirven para pensar causales de aplicación del principio de oportunidad, cuando se refiere al juicio del reproche o a la imputación subjetiva culposa, entre otros casos. Para citar el caso de un delito culposo o bien el caso se instruye, continúa y al final se prescinde de la pena por innecesaria o, con los mismos argumentos y sin esperar hasta el análisis de

culpabilidad, se aplica el Principio de Oportunidad en el caso por ejemplo de la causal 12 (hoy, causal 11 con la reforma).

También hay conceptos más radicales que, enfatizando en la “necesidad preventiva de la pena”, y aludiendo a autores que conciben el delito en el horizonte de los fines preventivos de la sanción, consideran que en estos casos ni siquiera se debe hablar de la existencia del delito y, en consecuencia, se debería optar por la preclusión⁹⁰. Esta postura interesante, encuentra fundamento ciertamente en autores como Roxin, cuando él concibe que “... en esta doble delimitación, de la culpabilidad por la prevención y de la prevención por la culpabilidad”, se encuentra “un programa político criminal, que es más liberal que un derecho penal puro de culpabilidad o exclusivamente preventivo”⁹¹.

Frente a ello y más allá de las posiciones doctrinales, en cualquier caso, el autor de este módulo postula las dos opciones; o bien puede irse el fiscal por la preclusión y el control del juez será muy interesante y apoyado en consideraciones muy sistemáticas, o bien pueden los operadores optar por el principio de oportunidad. Se trata de que el juez/la jueza tenga varias herramientas a la mano, mientras que las figuras dogmáticas, con sentido político-criminal como el que aquí se propone, van adquiriendo mayor consistencia y los operadores van desarrollando pautas más claras en relación con el principio, por ejemplo, cuando han tendido a aplicar más la causal 1, para dar cuenta de fenómenos de inasistencia alimentaria o de violencia intrafamiliar.

En este sentido, es interesante observar la aplicación que han tenido las denominadas “causales sustanciales”, algunas de ellas en un número relativamente alto de casos, mientras que otras no lo han sido tanto, al tiempo que se constata cómo, mediante la aplicación del Principio de Oportunidad se han solucionado, en una proporción importante, situaciones en donde se discute la existencia de delitos comúnmente relacionados con problemas sociales y con la delincuencia de bagatela. Así, por ejemplo: en el Informe de Gestión 2006-2007 de la Fiscalía General de la Nación, entre el 1º de julio de 2006 y el 30 de junio de 2007, en las fases I, II y III de imple-

90 COTE BARCO. *Op. Cit.*, 2009. p. 27.

91 ROXIN. *Política criminal y estructura del delito*, PPU, Barcelona, 1992, p. 48.

mentación del “nuevo” sistema, se reportan 200 casos en los cuales se ha aplicado la causal 13, relacionada con la culpabilidad mínima, siendo ésta la segunda causal de mayor aplicación durante dicho período, pero así mismo, las causales 10 (2 casos), 11 (6 casos) y 14 (18 casos), todas relacionadas con la antijuridicidad material de la conducta, aparecen en los últimos lugares como las causales menos aplicadas⁹².

Tanto en el Informe de Gestión 2006-2007, como en el Informe 2007-2008, se deduce que los delitos en los que más se aplica el principio, son el hurto agravado, la defraudación de derechos patrimoniales de autor y el homicidio culposo⁹³. Se puede afirmar, en consecuencia, y con base en el Informe, que la clase de delitos en donde más interesante puede ser la aplicación de las causales relacionadas con la lesividad y la culpabilidad, tienden a evacuarse aplicando causales como la primera en donde la fundamental, antes que la gravedad o reprochabilidad de la conducta, es la reparación a la víctima. Así pues, es innegable que los operadores judiciales han hecho un uso importante del Principio de Oportunidad en situaciones en donde la política criminal entre en tensión con problemas sociales y económicos, sin embargo los rendimientos de esta figura, en términos de justicia material, pueden ser mucho más altos, para lo cual resulta trascendental que tanto jueces como fiscales interioricen las relaciones complejas que surgen entre lo punitivo y lo social, al decidir por ejemplo si optan entre la preclusión, el Principio de Oportunidad e incluso, la acusación.

2.4.3 Hacia la erradicación de las penas inútiles

La causal 13 (en la Ley 1312 de 2009, causal 12), refleja de manera bien clara lo que se ha dicho aquí; ella se refiere expresamente a la procedencia del principio, cuando el reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social". Si se toma la perspectiva de la utilidad social, en función por ejemplo de los fines preventivos de la pena –a los cuales el Código Penal asocia, además, el principio de necesidad- entonces, ¿qué mensaje se da a la sociedad cuando se castiga a una persona de manera

92 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Informe de Gestión 2006-2007*, p. 175.

93 Ibíd., *Informe de Gestión 2007-2009*, p. 49.

innecesaria e inútil socialmente? El mensaje se torna contradictorio, igual que, como ya se anotó, es desde todo punto de vista contraproducente, poner en funcionamiento el sistema penal, “cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos...”.

En este sentido, el legislador obró con buen juicio y criterio, cuando eliminó, al final del debate acerca de las funciones de la pena, la retribución justa y, además, “ejemplar”. El legislador eliminó el supuesto carácter ejemplar o ejemplarizante de la pena. Con base en él, no existiría límite al castigo: la pena ejemplarizante lo es en la medida en que es ilimitada, sus efectos simbólicos se exacerbaban, responden a demandas criminalizantes alentadas por discursos expansionistas y choca con los principios político-criminales. La causal 13 comentada, al mismo tiempo que otras causales, no tendría sentido, pues en última instancia, la “retribución ejemplar”, contradice el principio de necesidad de la pena (esto es importante tenerlo siempre presente, pues los operadores se ven enfrentados cada vez más y de manera reiterada, a discursos con ecos en los medios, en los cuales se les pide “sanciones ejemplares”).

Por esa razón, el tema cultural, al cual se ha hecho referencia, se torna más complejo: no sólo se trata del hecho de que los operadores, aferrados todavía a un concepto excesivamente formal de legalidad, no hagan uso del principio de oportunidad, sino que se trata también de estar expuestos a discursos eficientistas relacionados con las penas ejemplares, con las políticas criminalizantes, etc. Los operadores no son ajenos a ello. Por esa razón, una visión más comprensiva de los fenómenos, en la cual se hagan balances entre política criminal y mera política penal, entre política criminal y política social, que dé cuenta de temas dogmáticos y de teoría del delito, es necesaria para una correcta aplicación de estas causales. Entonces, no se trata de que “ha desaparecido la teoría del delito en el nuevo sistema penal acusatorio”, al contrario, lo que sucede es que las exigencias de dominio de la dogmática y la técnica jurídico penal sustancial y procesal, se ha sofisticado más, hoy son en todo sentido mayores las exigencias. De esta forma, se logra una consistencia en los operadores, objetivo central también de este módulo, entre el uso correcto de la dogmática sustancial y procesal, el ajuste de la discrecionalidad técnica y aún política a los postulados político-criminales, regidos éstos, a su vez, por los principios constitucionales.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Para el desarrollo de las siguientes actividades es importante que el y la dicente, tengan en cuenta las consideraciones que a continuación se enuncian y que constituyen el punto de partida de las reflexiones planteadas a lo largo de esta unidad:

1. El juez/la jueza de control de garantías, entendido desde luego como función y no como la actuación de personas o funcionarios aislados, también son hacedores de política criminal; de manera particular por el hecho de ser un juez o jueza constitucional, de ser un juez/la jueza que no sólo controlan las garantías procesales, sino que le dan a ellas o a su ejercicio de control, un carácter material, tanto material penal en el sentido del derecho penal sustancial, como material constitucional.
2. La política criminal se encuentra condicionada por una serie de principios que la limitan y fundamentan, de manera que cualquier decisión que se tome en orden a configurarla o desarrollarla, debe dar cuenta de ellos, especialmente de los siguientes: principio de culpabilidad, principio de Estado de derecho, principio de humanidad, principio de proporcionalidad y principio de diferenciación.
3. El juez/la jueza no es desde luego un agente administrativo al que le corresponde llevar a cabo decisiones de política social, pero el tema sí le interesa fundamentalmente: causales del Principio de Oportunidad están directamente relacionadas la tensión entre política criminal y política social.

Actividad 1:

Elabore un mapa conceptual en donde se ilustre la forma como se interrelacionan los principios que deben orientar la política criminal, señalando consecuencias concretas para el sistema penal colombiano.

Ap

Actividad 2:

Teniendo en cuenta las tensiones que en el sistema penal surgen entre la política criminal y la política social, reflexione sobre los siguientes interrogantes y plantee un caso en donde ilustre su posición al respecto:

¿Qué papel juega ante estas tensiones un juez o jueza penal de control de garantías, al controlar la aplicación del principio de oportunidad?, ¿qué papel juega el fiscal? ¿Puede el juez/la jueza penal hacer política social cuando por ejemplo, observa que existe una perversión al interior de las políticas pública y la política social es absorbida por la mera política penal o criminalizante?

Actividad 3:

Sintetice el concepto de política criminal de acuerdo con las reflexiones planteadas en el texto y precise el papel que en consecuencia está llamado a cumplir el principio de oportunidad.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Desarrolle las siguientes cuestiones, a partir del caso que a continuación se expone:

CASO 2. “CASO DE LOS HIDROCARBUROS”**Supuestos fácticos**

El día 20 de octubre de 2007 cerca de las 5:30 de la tarde, miembros del Cuerpo Élite de Hidrocarburos No. 1 Lebrija de la Policía Nacional, se encontraban realizando labores de patrullaje y control en la vía Bucaramanga-Cúcuta. A la altura del Kilómetro 30, interceptaron el vehículo de placas COA-119 el cual era conducido por el indiciado Juan Manuel Moreno López; al registrarlo, los agentes hallaron en la parte trasera del interior del automóvil, un tanque metálico “hechizo” que contenía 35 galones de hidrocarburo

Ae

gas motor color rojizo, cuyas características correspondían a combustible de procedencia venezolana.

Tesis de la fiscalía

Solicita se apruebe la aplicación del Principio de Oportunidad para renunciar a continuar con la acción penal, por el delito de favorecimiento al contrabando de hidrocarburos o sus derivados, con fundamento en la causal 13 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004. A pesar de que la conducta es típica, Juan Manuel Moreno López es una persona para quien se advierte la sanción de orden penal resulta innecesaria, en atención a la poca cantidad del elemento incautado (35 galones de combustible gas motor), y a que además carece de antecedentes penales por el mismo delito, por lo cual se puede entender que la afectación al bien jurídico no tiene mayor trascendencia social y que por lo tanto resulta viable declinar o renunciar a la persecución penal de la conducta.

Significa lo anterior, que en principio respondería por el delito cometido en este caso, pero al estar autorizada por la ley la posesión de hasta 20 galones, el indiciado respondería por la conducta delictiva por poseer tan sólo 15 galones en exceso. Además se evidencia, que no es persona transportadora ni comercializadora del combustible, sino que por sus condiciones socioeconómicas lo compra y utiliza en su vehículo para movilizarse.

Tesis del Juez en función de control de garantías

En este caso no es procedente la renuncia a ejercer la acción penal debido a que 15 galones de exceso no es una cantidad insignificante, adicionalmente se debe tener en cuenta, que si bien el procesado no tiene antecedentes por el mismo delito, si los tiene por hurto y otras conductas contra el patrimonio económico. Además, la fiscalía supone que la tenencia del combustible es sólo para el uso personal del procesado, sin que exista ninguna prueba al respecto, diferente al dicho del propio indiciado, siendo tarea del ente acusador adelantar

Ae

las diligencias e indagaciones del caso, para establecer con seguridad si dicha circunstancia es cierta o no.

1. ¿Cuáles son los principios que fundamentan y limitan la política criminal del Estado relevantes para analizar esta situación? ¿Porqué?
2. ¿Observa en el caso descrito algún tipo de tensión entre la política criminal y la política social? ¿Es posible hablar de criminalización de la política social en este tipo de situaciones? ¿Por qué?
3. ¿Cómo se relacionan en este caso los principios de anti-juridicidad y culpabilidad con la política criminal y la aplicación del principio de oportunidad?

J

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional:

Sentencia C-038 del 9 de febrero de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-425 del 4 de septiembre de 1997, MP. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997, MP. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-370 del 14 de mayo de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-984 del 14 de mayo de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

J

Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-210 del 21 de marzo de 2007, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-342 del 9 de mayo de 2007, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal:

Sentencia con radicado 31362, del 13 de mayo de 2009, MP. Julio Socha Salamanca.

Sentencia con radicado 29221, del 2 de septiembre de 2009. Sala de Casación Penal, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

B

BIBLIOGRAFÍA

APONTE, ALEJANDRO. *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.

-----. *La nueva regulación de la punibilidad: del juez como garante de los derechos fundamentales*, en: *Memorias. Jornadas de reflexión sobre el sistema penal colombiano*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2001.

-----. *Área de justicia, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz*, Centro Internacional de Toledo para la Paz, Madrid-Bogotá, 2009.

BARATTA, ALESSANDRO. *La política criminal entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*, en: *Ciencias Jurídicas, Memorias. Foro de Política criminal*, Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas, Bogotá, 1998.

B

BRICOLA, FRANCO. *Teoria Generale del Reato*, en: *Novissimo Digesto Italiano*, XIX. Rome, 1974.

CASO CON RADICADO 1100160028200502729, AUDIENCIA CELEBRADA EL 15 DE MARZO DE 2005. Publicada en: *Conversatorio Nacional. Sistema Penal Acusatorio*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2006.

COTE, GUSTAVO. *Política criminal y Principio de Oportunidad* (mimeo). Bogotá, 2009.

DAHRENDORF, RALF. *Law and Order*, The Hamlyn Lectures, Stevens, London, 1985.

DÍEZ-PICASO, LUIS. *El poder de acusar*, Ariel, Barcelona, 2000.

EBERT, UDO. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2 ed. Heidelberg, 1994.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS. *Estudio preliminar*, traducción del texto de Werner Maihofer, *Estado de derecho y dignidad humana*, Colección de Maestros del derecho penal, No. 28, Editorial B de F. Buenos Aires-Montevideo, 2008.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *INFORME DE GESTIÓN 2006-2007*.

-----, *Informe de Gestión 2007-2008*.

FORERO, JUAN CARLOS. *Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006.

B

- GÓMEZ, CARLOS. *El Principio de la Antijuridicidad Material*, Giro Editores, Bogotá, 2005.
- . *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*, Giro Editores, Bogotá, 2005.
- . *La Oportunidad como Principio Complementario del Proceso Penal*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2006.
- HERZOG, FELIX. *Nullum Crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln*, en: Klau Lüderssen (editor), *Modernes Strafrecht und Ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt, 1990.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4 ed., corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada.
- LUHMANN, NIKLAS. *Sistema jurídico y dogmática penal*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983.
- MAIWALD, MANFRED. *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en: Schröder, Friedrich-Christian/ Zipf, Heinz (editores), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972.
- MARCHISIO, ADRIÁN. *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.
- MESTRE, JOSÉ. *La Discrecionalidad para Acusar. Aspectos generales relacionados con el Principio de Oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.
- ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1999.

B

- . *Política criminal y estructura del delito*, PPU, Barcelona, 1992.
- . *Política criminal y sistema del derecho penal*. Hammurabi en la colección de Claves del derecho penal, No. 2. Buenos Aires, 2006.
- . *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en: *JuS*, 6, año, 1966, cuaderno 10.
- RUSCONI, MAXIMILIANO. *Derecho Penal. Parte General*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
- ZAFFARONI, EUGENIO, PLAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZIPF, HEINZ. *Introducción a la política criminal*, Edersa, Madrid, 1979.

Unidad 3

DISCRECIONALIDAD, OPORTUNIDAD Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL: REFLEXIÓN SOBRE LA REFORMA LEGISLATIVA DE 2009 AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Og

OBJETIVO GENERAL

Explicar el funcionamiento de la discrecionalidad para acusar en el ámbito del derecho penal internacional, con el fin de facilitar la comprensión de la forma como opera esta figura en la práctica y cómo ella puede enriquecer la discusión interna sobre la aplicación del Principio de Oportunidad a sujetos relacionados con el conflicto armado y a fenómenos de delincuencia organizada.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Reconocer que los operadores y operadoras judiciales tienen la posibilidad de aprender de la tradición anglo-sajona para realizar una interpretación y aplicación creativa de herramientas procesales como el principio de oportunidad.
- Comprender la utilidad de herramientas procesales como el Principio de Oportunidad en escenarios especialmente complejos de conflictividad social y política.
- Analizar la aplicación del Principio de Oportunidad en el contexto de la Ley de Justicia y Paz, resaltando la importancia de diferenciar los mecanismos de justicia transicional de la lucha contra el crimen organizado.

- Oe ||
- Explicar la importancia de concebir la eficiencia del sistema penal dentro de un marco legal ponderado que evite caer en un eficientismo instrumental que no reconozca matices y que actúe de manera indiferenciada.

3.1 EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA DISCRECIONALIDAD

Es, como se vio desde el comienzo de este módulo, en el escenario de la justicia penal internacional donde mejor se observa una aplicación concreta de figuras basadas en el concepto de discrecionalidad. Por esa razón, se hará relación a dicho modelo de justicia penal en este tercer capítulo o unidad, con el propósito de ilustrar concretamente cómo opera esta facultad en la práctica. El acápite se adelanta, además, como contexto general para entender aspectos sustanciales relacionados con la reforma introducida por el legislador al principio de oportunidad, mediante la Ley 1312 de 2009. Esta ley, tiene como uno de sus puntos más interesantes y polémicos, la aplicación de dicho principio a aquellos desmovilizados que, en el marco general del proceso de Justicia y Paz, no les sea aplicada la Ley 975 de 2005, por el hecho de estar comprometidos tan sólo en la comisión del delito de concierto para delinquir (tampoco, la Ley 782 de 2002).

3.1.1 Un sentido de la oportunidad en contextos domésticos a partir de la justicia penal internacional

La referencia a la justicia penal internacional es interesante, además, para observar cómo justamente por ser ella residual, complementaria, los criterios de discrecionalidad operan de una manera más coherente. Pero se recalca aquí, que cuando se hace la distinción entre discrecionalidad en el más puro sentido anglosajón y oportunidad, en el sentido continental, no quiere decir en algún caso que los operadores nuestros no aprendan de aquella tradición; al contrario, fruto de este aprendizaje, y más en el criterio de selección de casos o priorización de los mismos como es preferible llamarlo, es que, en el contexto de Justicia y Paz por ejemplo, se acudió a la figura de las “imputaciones parciales”, como herramienta para desentrablar un proceso que, dadas las dimensiones insospechadas del mismo, la cantidad de crímenes confesados y la masividad de los hechos narrados, amenazaba con colapsar. Se trata de una salida, “a la colombiana” por decirlo así, pero enclavada en la lógica en la cual operan de hecho mecanismos de justicia transicional y, en todo caso, de justicia penal internacional.

Recuérdese por ejemplo, que ya a inicios del año 2008, el Fiscal General de la Nación, adelantó una propuesta muy interesante que no tuvo mucha acogida inicialmente, pero que abrió la discusión sobre temas fundamentales: se trató de la posible aplicación del principio, a aquellos testaferros de miembros de grupos paramilitares que guarden y oculten bienes de éstos, de tal manera que, a cambio de su información sobre los bienes, recibieran como contraprestación la aplicación del principio, todo ello con el propósito inteligente de allegar recursos para la efectiva reparación de las víctimas (como se sabe, el tema de los bienes y su recuperación efectiva, ha sido un tema crítico y central en la dinámica diaria de aplicación de la Ley de Justicia y Paz). Se trató y se trata ahora con la reforma, de estrategias de persecución de delitos, propiciada o adelantada por la Fiscalía, en el marco general de lo que debe denominarse persecución penal nacional de crímenes internacionales (todo ello más allá de la confusión ligada u originada, como se estudiará críticamente, entre dicha persecución y el mero ejercicio eficientista de desactivación a toda costa de bandas criminales). De hecho, en la reforma que ha hecho curso en el Parlamento, se retomó el tema de los testaferros.

3.1.2 Criterios de selección de casos en la justicia penal internacional: discrecionalidad en pleno

Para entender mejor lo expuesto y el sentido de este capítulo, se hará referencia a los criterios de selección adoptados por diversos tribunales internacionales, como expresión misma de cómo opera en la práctica la discrecionalidad. Se trata, además, de situaciones que ilustran de hecho, y le dan sentido, a aquello que se ha trabajado en este módulo como *discrecionalidad política*.

A manera de ejemplo: en el caso del Estatuto creado para la formación del tribunal especial para el caso de Sierra Leona (el cual también es un acuerdo entre Sierra Leona y las Naciones Unidas), se dice, en el artículo 1º, que dicho tribunal especial tendrá el poder para procesar a las personas que tuvieron la mayor responsabilidad (*"persons who bear the greatest responsibility"*), por serias violaciones al derecho internacional humanitario y violaciones graves a la ley de Sierra Leona. El artículo

agrega que, dentro de las personas que podrán ser procesadas, están incluidas, aquellos líderes que habiendo cometido esos crímenes, han amenazado el establecimiento o la implementación del proceso de paz en Sierra Leona.

Por otra parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 1, en consonancia con el preámbulo, se refiere al respecto, afirmando que "... la Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto...". De hecho, en un documento de política o estrategia de persecución encargado a especialistas por parte de la Corte y en el apartado que corresponde a "¿quién debe ser castigado?", se dice que, "a la luz a la naturaleza global y permanente de la Fiscalía (Office of the Prosecutor), ésta se puede ver enfrentada a varias situaciones en un momento dado, situaciones en las cuales podrán existir un sinnúmero de víctimas y posibles autores de los crímenes". Así, "la Fiscalía deberá diseñar estrategias que tengan en cuenta la naturaleza global de la Corte, permitiendo de esta forma que se pueda manejar una variedad de situaciones al tiempo, incluso contando con fondos y recursos limitados"⁹⁴.

Un primer gran criterio de la estrategia que se propuso en el documento, hizo relación a la pertenencia de los actores a grupos u organizaciones criminales (la noción de "macrocriminalidad", subyace de hecho a la institucionalización de tribunales internacionales y de lucha contra la impunidad). El documento encuentra en el mismo preámbulo del Estatuto, una guía general, cuando éste dispone que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo...". El artículo 1 también se refiere a los crímenes más graves y el artículo 5 define de hecho la competencia para aquellos crímenes.

Así, a pesar de que la discusión sobre cuáles son los crímenes más graves es compleja -aunque el mismo Estatuto trae una amplia lista de los mismos-, se dice que se debe concentrar los esfuerzos y recursos "en aquellas personas que detenten la mayor responsabilidad frente a la

⁹⁴ ICC-OTP. *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, september 2003, p. 6.

comisión de los delitos de más grave naturaleza, tales como los líderes de los Estados o de las organizaciones presuntamente responsables por aquellos crímenes". Ello, sin dejar de observar, en cada caso concreto, la posible responsabilidad de sujetos situados en diversas posiciones dentro de lo que se ha denominado la "cadena de mando". Por eso, se agrega en el documento, que se debe siempre evaluar los "patrones de comportamiento" o de conducta. Se concluye, además, que se deben dirigir todos los esfuerzos para identificar la responsabilidad de aquellos que "han participado en el diseño de los planes criminales, aquellos que hayan dado órdenes relacionadas con los planes, o aquellos que han supervisado la ejecución de dichos planes, o de aquellos que fallaron en prevenirlos"⁹⁵.

De todas maneras, como se ha dicho, se trata, en el caso de la Corte Penal, de criterios que no son y no han sido de hecho absolutos o fijos, ya que la misma Corte los ha venido modificando. De lo que se trata es de observar cómo funciona la discrecionalidad para investigar y acusar, con base en criterios y cómo estos criterios se desarrollan teniendo en cuenta todos los aspectos fundamentales relacionados, tanto con la normatividad que sirve de base -de acuerdo con los objetivos más globales y fundamentales del tribunal que corresponde- y con la realidad concreta que enfrente dicho tribunal⁹⁶.

La capacidad real de un sistema para investigar y sancionar sin pretender hacerlo de manera puramente simbólica o retórica, por medio de falsas promesas; los recursos que se tienen para ello, la infraestructura administrativa, el riesgo del colapso, etc., son criterios que se tienen en cuenta en la dinámica internacional y, aunque se trata de escenarios diversos,

95 *Ibid.*, p. 7.

96 También, en documentos generados por organismos no gubernamentales de tradición anglosajona, como es el caso de la ONG, *No Peace without Justice*, se hace referencia a la necesidad de castigar aquellos individuos que tienen la mayor responsabilidad sobre los crímenes en un conflicto, caracterizándose los mismos como aquellos que están en lo más alto de la cadena de mando en una organización al margen de la ley y como aquellos que están en la posición de concebir políticas de cómo conducir la guerra y determinar quiénes van a ser los encargados de ejecutar dichas políticas (es un criterio muy interesante y concuerda perfectamente con la necesidad de seleccionar, en escenarios de violaciones masivas de derechos humanos y DIH, sin entrar a discutirse sobre posible impunidad o no de autores materiales, aquellos que tengan la mayor responsabilidad; así, la selectividad reglada opera en función de dictados de realidades complejas). Ver, al respecto: *No Peace without Justice, ¿Prosecuting Violations of International Criminal law: Who should be tried?* NPWJ International Criminal Justice Policy Series No. 1, november 2005.

nuestros operadores pueden encontrar en ello ejemplos ilustrativos, que se relacionan perfectamente con todo lo que aquí se ha dicho en el capítulo precedente sobre política criminal, teoría del delito, capacidad del sistema, fines de la pena y principio de oportunidad. Se trata de que nuestros operadores observen el juego diario de herramientas de trabajo en escenarios especialmente complejos.

En este sentido y aprovechando el documento sobre “políticas” o estrategias de persecución penal reseñado, es muy importante aclarar que, expresamente, y esto es propio de la tradición anglosajona, en la medida en que es necesario priorizar y adecuar los recursos a la persecución de los crímenes más graves y de los actores más responsables, se hace referencia expresa a la existencia de una especie de “impunity gap”, que sería en este contexto concebida como “margen” o “laguna de impunidad”, que es inevitable y que por ello debe trabajarse en conjunto con los Estados.

Pese a que esta alusión en el documento es muy específica frente al tema de la complementariedad, la referencia es muy útil para recalcar el hecho de que en toda decisión político-criminal de priorización en la investigación y juzgamiento –discrecionalidad para acusar- crea una especie de margen de impunidad que, no obstante, es consistente con el mismo sistema penal y, al final, beneficioso para el mismo, en la medida en que éste puede resolver efectivamente los casos escogidos. Es decir, una cosa es la promesa retórica de investigar todos los delitos que se cometan socialmente y otra cosas es limitar y fortalecer el sistema penal para dirigir sus recursos a combatir lo que realmente le es posible.

Como se anotó, además, cuando se introdujo el tema de la justicia penal internacional, en el caso concreto de nuestros operadores, en el escenario de Justicia y Paz, a partir de consideraciones propias del derecho penal internacional y con base en los criterios de selección aquí enunciados como ejemplo: se tomó la decisión, por parte de la Fiscalía General de la Nación, de la Procuraduría y de la Sala Penal de la Corte, de darles curso a las denominadas “imputaciones parciales” y así desentrapear el proceso que amenazaba con colapsar.

Pero la pregunta respecto del posible colapso, del represamiento, es transversal y toca todo el sistema de la justicia ordinaria. El sistema penal acusatorio también acusa desafíos grandes de represamiento; además y esto es especialmente significativo, numerosos fiscales se encuentran en su despacho con una enorme cantidad de casos, muchos de los cuales podrían ser, realmente, tramitados o resueltos con la aplicación del principio de oportunidad.

3.2 REFORMA LEGISLATIVA AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Una vez se ha hecho referencia a formas de selección y de discrecionalidad en el derecho penal internacional, se adelantará una reflexión ligada a uno de los aspectos claves de la reforma introducida por el Parlamento colombiano. De hecho, es la columna vertebral de la misma. Se aclara que, como se ha dicho, se trabajó durante la redacción del presente módulo, con base en el texto aprobado en la comisión 1 de la Cámara de representantes. Se trató del texto más comprehensivo de la reforma; pero, al mismo tiempo, a la discusión se sumaron dos ponencias que, en lo fundamental, recogen lo discutido en la Cámara, pero que agregaron algunas cuestiones muy interesantes para la discusión. Finalmente, el capítulo y unidad se redactó, confrontando el análisis con el texto final de la Ley. De esta forma, el estudio se adelanta en perspectiva y los operadores pueden encontrar las pautas centrales de la discusión, respecto del tema que se trabaja.

3.2.1 Lucha contra el crimen organizado: un contexto general para la reforma

Lo primero que se debe aclarar, respecto de la reforma, es que ella tiene un acento específico y es el hecho u objetivo grande o comprehensivo, de lucha contra la criminalidad. La Fiscalía General de la Nación, en informes que se han citado previamente que contienen cifras, ha hallado que algunas causales, como la primera o la octava del texto original del artículo 324 de la Ley 906, con la restricciones comentadas, se vienen

aplicando; no obstante, causales que están dirigidas al desmantelamiento de bandas criminales, a la lucha contra el crimen organizado, no se aplican, los fiscales y jueces son más reacios a ello y, por eso, la reforma tiene este acento. No es una reforma por ejemplo, que se detenga en ajustes a causales concebidas en la lógica de la teoría del delito, todo lo que se ha analizado en el capítulo precedente. De hecho, además, las más arduas discusiones que han tenido lugar en la comunidad jurídica del país, respecto del principio de oportunidad, por lo menos públicamente, tienen relación con la lucha contra el crimen organizado y al tema de los desmovilizados en el contexto de la Ley de Justicia y Paz, tal como lo recoge además la reforma que se estudia.

Resulta ilustrativo, en este punto, ver cómo en el *Informe de Gestión 2006-2007* de la Fiscalía General de la Nación, se aprecia que entre el 1° de julio de 2006 y el 30 de junio de 2007, en las fases I, II y III de implementación del sistema procesal penal acusatorio, la causal 5 se aplicó únicamente en 8 casos de manera autónoma y la causal 6 se aplicó en 7 casos junto con la causal 5⁹⁷.

a) El fantasma del eficientismo

La otra observación general que es necesario hacer es que, dicho acento enunciado, hace que se confundan situaciones completamente diferentes, como es el hecho de luchar contra la criminalidad organizada y el hecho de tener lugar propuestas de reforma situadas en la lógica de la justicia transicional o, en todo caso, en la lógica del derecho penal internacional, como es el caso de las iniciativas relaciones con el proceso de Justicia y Paz.

Como se verá, se usa de manera trasversal el concepto de macrocriminalidad o crimen organizado, y no se diferencia entre situaciones muy diversas que, si bien se ubican en el contexto de la violencia endémica que vive el país, están situadas en el ámbito del conflicto armado, del delito político, de sus diferencias con el delito común, de los crímenes internacionales, etc. Por esa razón, en perspectiva político-criminal, y de acuerdo con los principios enunciados en el capítulo precedente, se ha hecho referencia a la necesidad de diferenciar las respuestas institucio-

97 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Informe de Gestión 2006-2007*, p. 175.

nales a diversos fenómenos criminales, de origen económico, político o social. Éste es uno de los problemas centrales que tiene la reforma: la búsqueda siempre loable y fundamental, de la eficiencia, tal como se recalca en ella desde el principio, se puede confundir con el mero eficientismo, es decir, con la prevalencia de los medios sobre los fines, con un uso instrumental de la noción de eficiencia, o con un uso retórico de la misma, en detrimento de los derechos y garantías. Esto se debe evitar, ello niega los principios político-criminales que condicionan, en todo caso, la aplicación práctica del Principio de Oportunidad y que condicional, igualmente, el ejercicio de discrecionalidad política, tal como aquí se ha estudiado.

b) La política criminal y las tensiones entre garantismo y eficientismo

Lo anteriormente expuesto, no significa que la reforma esté necesariamente ubicada toda en esta perspectiva eficientista, lo que se quiere destacar y ello vale en general para toda la discusión que aquí se adelanta sobre el principio de oportunidad, es que se debe evitar el mero pragmatismo instrumental, la mera vocación eficientista y, rescatar, como se ha planteado, esta figura como una herramienta privilegiada para fiscales y jueces, para solucionar problemas, para darle sentido al sistema penal acusatorio... para hacer justicia material. No obstante, debe dejarse planteada aquí, la tensión siempre presente y más a nivel de política criminal, entre aquello que se puede denominar garantismo y aquello que cabe denominar eficientismo, entre una visión garantista del sistema penal y el mero eficientismo pragmático y desnudo. Es, de hecho, una tensión que está planteada en el mismo artículo 10 del CPP, cuando la norma establece desde el principio, que "la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia".

En la mayor cantidad de eventos que configuran el sistema y su desarrollo práctico, muy particularmente, el espectro relacionado con las audiencias preliminares, está presente esta tensión; es una realidad incuestionable y cada día ella vive su propio destino y lugar en la comunidad jurídica.

Como se dice, es una cuestión relacionada con toda la reflexión alrededor de la aplicación práctica del principio de oportunidad.

Una tercera cuestión central de la reforma, es que ella introduce un concepto más comprehensivo de oportunidad, destacando su carácter constitucional, relativizando por así decirlo, su carácter excepcional – trabaja el concepto de “no obstante que existe fundamento para la persecución penal”, ajustándolo a la política criminal, al carácter reglado del principio y al papel del juez en su control. Dice así el segundo inciso del artículo 1 de la Ley 1312 del 9 de julio de 2009: “El Principio de Oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías”.

3.3 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL

Por otra parte, abre la reforma la posibilidad de aplicar el principio en la etapa del juicio. Así, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1312 del 9 de julio de 2009, el artículo 323 del CPP, queda en su primera parte, así: “Aplicación del principio de oportunidad. La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad”. En concordancia con ello en la Ley, en una de las causales que regula -aquella relacionada con la colaboración eficaz con la justicia-, se hace alusión al imputado o acusado que hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar el delito...”. Se conserva, en las otras causales, la alusión a esta etapa procesal.

Este aspecto de la reforma resulta interesante, si se tiene en cuenta que, en lo que lleva de existir en nuestro ordenamiento jurídico el principio de oportunidad, una de los temas más discutidos ha sido el momento

procesal en el que puede tener aplicación. La posibilidad de renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal, una vez se ha formulado la imputación y dentro de los 30 días siguientes (artículo 175, Ley 906 de 2004), ha generado diversas críticas e interrogantes frente a la operatividad del principio de oportunidad. Así pues, y de acuerdo con una interpretación exegética de la normatividad procesal, no habría forma de aplicar el principio de oportunidad, cuando se constatará alguna de las causales por fuera de este término.

En consecuencia, la reforma pretendió responder a este problema y ampliar la oportunidad procesal de aplicación del principio, más allá de estos treinta días, hasta antes del juicio oral. Sin embargo, en el trámite legislativo de la Ley 1312 no se discutió la posibilidad de ampliar la aplicación del Principio de Oportunidad hacia atrás. En este sentido, parece claro que de acuerdo con la legislación vigente y la jurisprudencia constitucional al respecto, la aplicación del Principio de Oportunidad debe estar precedida por la formulación de imputación. Y es que la aplicación del Principio de Oportunidad supone estar ante la posibilidad-obligación de ejercer la acción penal, lo cual, de acuerdo con el artículo 66 de la Ley 906 de 2004, exige estar en presencia de “hechos que revistan la característica de delito”.

En este punto, resulta ilustrativo el análisis realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1154 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, en la cual se analizó el Principio de Oportunidad y la diferencia con el archivo de las diligencias por parte de la Fiscalía General de la Nación⁹⁸. En este pronunciamiento, se hace referencia a la indagación, como la etapa procesal en donde se debe establecer si los hechos son susceptibles de ser caracterizados como delito, para proceder a formular la imputación en caso positivo o de lo contrario proceder al archivo. Según la Corte, “Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atenientes a la tipicidad de la acción”⁹⁹.

98 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.*

99 Ibíd.

La caracterización de un hecho como delito obedece entonces a la reunión de los elementos objetivos del tipo, aspecto este de donde surge precisamente la diferencia con el principio de oportunidad. En palabras de la Corte: “En el archivo de las diligencias no se está en un caso de suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, pues para que se pueda ejercer dicha acción se deben dar unos presupuestos mínimos que indiquen la existencia de un delito. Así, hay una relación inescindible entre el ejercicio del Principio de Oportunidad y la posibilidad de ejercer la acción penal por existir un delito, ya que lo primero depende de lo segundo. Pero para poder ejercer la acción penal, debe darse unos presupuestos que indiquen que una conducta sí puede caracterizarse como un delito. Por lo tanto, cuando el fiscal ordena el archivo de las diligencias en los supuestos del artículo 79 acusado, no se está ante una decisión de política criminal que, de acuerdo a unas causales claras y precisas definidas en la ley, permita dejar de ejercer la acción penal, sino que se está en un momento jurídico previo: la constatación de la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito”¹⁰⁰.

De acuerdo con este razonamiento, no tendría sentido la aplicación del Principio de Oportunidad en una etapa procesal, como la indagación preliminar, en donde apenas se están estableciendo los requisitos mínimos para que sea posible ejercer la acción penal. De no cumplirse esta condición, es decir de no constatarse la existencia al menos de la tipicidad objetiva, la consecuencia debe ser el archivo de las diligencias, de lo contrario, tendría que formularse la imputación, “lo que implica la constatación de que los hechos revisten las características de un delito”¹⁰¹, para luego sí, de darse algunas de las causales, aplicar el principio de oportunidad.

100 Ibíd.

101 Ibíd.

3.4 REFORMA Y JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Cuando se hace referencia, en el contexto del principio de oportunidad, al estudio de situaciones que tienen relación con el derecho penal internacional o con la justicia penal internacional, no se alude a las causales relacionadas con la extradición o con la entrega a la Corte Penal Internacional; se apunta, más bien, a las propuestas presentadas por la Fiscalía, en el marco de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz y, luego como consecuencia, a la ley expedida por el Congreso en el mes de julio de 2009.

3.4.1 El testaferrato y el Principio de Oportunidad

Tal como se ha dicho anteriormente, la primera propuesta que en el marco de esta Ley adelantó el fiscal general, se relaciona con el tema del testaferrato y la posible aplicación del principio para aquellos que, teniendo bienes pertenecientes a jefes paramilitares, indicaran el paradero de dichos bienes y propicien con ellos una posible reparación de las víctimas. En el año 2008 el Fiscal General había hecho ya relación a esta posibilidad, pero no fue bien recibida, sobre todo por el hecho de tratarse del narcotráfico, como delito subyacente al testaferrato. No obstante, el desarrollo del proceso de Justicia y Paz ha hecho que, en función de la recuperación efectiva de los bienes, la comunidad jurídica haya encontrado sentido en la propuesta. En esta dirección, entonces, en texto aprobado en la comisión 1^a de la Cámara, la causal 16, del artículo 324 del CPP, quedaría así:

“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” (este mismo articulado se preservó en el texto final de la reforma y corresponde a la causal 16 del artículo 324 reformado, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009).

Nótese y es lo que nos ha interesado resaltar respecto de los criterios de selección en el marco de la justicia penal internacional que, de acuerdo con la lógica de este modelo especial de justicia, se excluyen como sujetos

de la causal, a aquellos que pertenecen, por decirlo así, al ámbito general del superior jerárquico, de aquellos que están situados en las líneas de mando. Además y justamente, se busca hallar los bienes que éstos puedan ocultar (debe recordarse aquí, lo expuesto en el capítulo anterior, sobre la causal 14 reformada, en la que se indica que de la “solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas”, quedan “excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores y financiadores del delito”).

3.4.2 Desmovilizados de grupos paramilitares y principio de oportunidad: máxima tensión en el marco de la discrecionalidad política

Ahora bien, las tensiones entre verdad, justicia y reparación que se generan, a nivel político-criminal, en escenarios de comisión de crímenes internacionales, se extreman cuando se trata de la segunda vertiente de reforma legislativa relacionada con el proceso de Justicia y Paz: la aplicación del Principio de Oportunidad a desmovilizados de grupos irregulares o al margen de la ley, en el caso concreto, de aquellos desmovilizados de los grupos de autodefensas y cuya situación no ha sido regulada legalmente. Así, de acuerdo con la Ley 1312, la causal 17 establece que se aplicará el principio,

Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

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

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

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

Se trata de una causal muy interesante y que se encuentra situada en el contexto general de lo que se puede denominar, sobre todo a nivel de derecho penal internacional, como *oportunidad reglada* (sin perder de vista, tal como se acaba de decir, que parecería más bien una salida más situada en el contexto de la discrecionalidad, con base en criterios reglados, para investigar o acusar). La propuesta ha contado con el aval de la Procuraduría General de la Nación, de diversos magistrados de la Sala Penal de la Corte y de diversos actores nacionales e internacionales. Se trata de aplicar de manera condicionada el principio.

En primer lugar, se exige, con actos objetivos, que el desmovilizado de manera inequívoca pretenda desmovilizarse, no seguir delinquiendo, respetar las reglas de juego. Luego, que no sea sujeto de Justicia y Paz y, además, es implícito el hecho de que no sea sujeto de aplicación de la Ley 782, que hace referencia a la concesión de indultos o amnistías. El acento está en la "pertenencia a la organización criminal". En otras palabras y de acuerdo con la Sala Penal de la Corte, en la sentencia con radicado 26945 del 11 de julio de 2007, se trata del concierto para delinquir, entendido como pertenencia al grupo, dejándose desde luego por fuera de la aplicación del principio, aquellos actos relacionados con delitos de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario, es decir, quedando por fuera los crímenes internacionales, tal como se verá más adelante.

Además, como lo dice la propuesta y con racionalidad mínima, se entiende dentro de la lógica de la pertenencia al grupo, la utilización de uniformes de uso privativo de las fuerzas armadas y el uso de las armas. Nótese, al respecto, los equilibrios que hace el sistema de persecución judicial -y aquí las tensiones entre dogmática y política criminal se hacen más explícitas- que, al contrario, en los casos de rebelión o sedición, cuando la práctica de

persecución de estas conductas se endurece más, el porte ilegal de armas y la utilización de prendas de uso privativo de las fuerzas armadas, son tipos penales que se suman, en concurso material heterogéneo, con los delitos de rebelión y sedición, cuando en realidad se trata de conductas que hacen parte estructural de estos delitos. Incluso el mismo concierto para delinquir no debería ser aplicado en concurso con rebelión o sedición. Pero se trata, como se dice, de estrategias de persecución en los límites entre dogmática y política criminal y son estrategias –hay que decirlo con claridad- que dependen del actor de la violencia que se trate y del momento en que se encuentre la persecución penal de dichos actores.

La causal debe armonizarse, desde luego, con lo establecido en los párrafos que la rigen. Así, entonces, dispone el parágrafo 1: “En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, sólo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas”.

Por su parte, el Parágrafo 3º, agrega lo siguiente: “No se podrá aplicar el Principio de Oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años” (el artículo contiene dos párrafos más, uno de ellos relacionado con actividades políticas, el cual se reseñará más adelante).

3.5 LOS EQUILIBROS POLÍTICO-CRIMINALES: LA TENSIÓN ENTRE VERDAD-JUSTICIA Y REPARACIÓN

El contexto más genuino de aplicación de la Ley de Justicia y Paz, es precisamente el contexto de aquello que el autor de este texto subraya como persecución penal nacional de crímenes internacionales; ello, más allá de

que los sujetos de la Ley haya cometido toda clase de delitos comunes. Pero justamente la Ley actúa o pretende actuar más en función de aquellos delitos que corresponden a la protección penal de derechos humanos y derecho internacional humanitario; en consecuencia, como se dice, la causal 17, con un objeto loable, debe armonizarse con esta prohibición muy concreta. Respecto, además, de la causal 16, relacionada con los bienes, podría decirse, también, que se trata precisamente de introducir una especie de excepción en función del cumplimiento de una regla: reparar mejor a víctimas de crímenes internacionales, es decir, de graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Pero debe tomarse todas las precauciones posibles, es decir y sobre todo, que no se trate de crímenes internacionales.

Es desde luego, un tema en extremo polémico, por esta razón, una organización tan activa desde hace años en el país en temas tan delicados, ha llamado la atención sobre este punto, recalando, y vale más ello para el aspecto concreto del tratamiento a los desmovilizados, que la sola pertenencia al grupo, nos lleva al contexto de la comisión *per se* de crímenes internacionales. En el texto se hace relación a la comisión de “delitos derivados de graves violaciones de derechos humanos”¹⁰². Más allá de que este punto sea discutible, lo importante es, ya en función de la aplicación del principio de oportunidad, que se trata de una Ley en todo caso vigente, que éste sea realmente condicionado, que se cumplan las condiciones de no comisión de los delitos reseñados y que, si el aparato judicial colombiano encuentra que se han cometido crímenes internacionales por parte de algunos de los destinatarios del principio, se proceda en consecuencia.

Es decir, no se trata, y este es el llamado de diversas organizaciones de derechos humanos, y de organizaciones internacionales, de normas aplicadas con pragmatismo extremo que sean contrarias a los mismos propósitos político-criminales que surgen en primera instancia como loables. No puede convertirse, simplemente, en escudo legal para la impunidad rampante.

102 COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *¿Cómo renunciar a 19 problemas?* Texto presentado al Parlamento, a instancia del texto aprobado en la comisión 1a de la Cámara, mayo de 2009. En esta perspectiva y de acuerdo con lo expuesto por la Comisión, no se podría aplicar el Principio de Oportunidad y se deberían impulsar otro tipo de procesos para sancionar a los desmovilizados.

Por esta razón, la coyuntura final que rodeó la aprobación de la reforma, causó tanta controversia e indignación en la comunidad jurídica. En efecto, el día lunes 15 de junio de 2009, fue aprobado en plenaria de la Cámara el texto final de esta corporación en relación con el principio de oportunidad. Pero ese mismo día estaba previsto, en el orden de discusión y desde semanas antes, el proyecto sobre víctimas -la ley de víctimas que llevaba en discusión mucho tiempo en el Parlamento-, pero ésta no se aprobó, no se le dio el curso que mereció. En los medios y en la comunidad jurídica, se criticó duramente este hecho y se hizo referencia a cómo, una vez más, se habían privilegiado los victimarios sobre las víctimas; se había aprobado el texto referido a los desmovilizados y no el de las víctimas.

Pero lo que sucede es que a ello llevó el desorden de los legisladores, el tiempo que se perdió en malabares bochornosos como el conocido referendo hecho a la medida del actual presidente; la desorganización y falta de conciencia del legislativo, llevó a esa mala coincidencia, porque se trata de cuestiones diferentes, desde luego ligadas, pero diferentes y era necesario, en todo caso, frente a los desafíos de Justicia y Paz, darle salida al tema de los desmovilizados.

Sólo como comentario, se debe agregar, además y respecto de la Ley de víctimas, que ésta no ha sido aceptada por las organizaciones, que el ejecutivo ha persistido en negar el carácter de víctimas a víctimas de funcionarios estatales, y ello ha llevado a una confrontación permanente. Es esa una de las razones por la cual, en un acción incomprensible y que alerta nuevamente sobre la escasa independencia del órgano legislativo, el Presidente ordenó, a sus congresistas, literalmente, "enterrar" la ley. Al contrario, se debe trabajar en todos los ámbitos y ser coherente en decisiones político-criminales: los costos de cierta impunidad que puede acarrear la aplicación del principio de oportunidad, deben armonizarse con logros concretos, por parte de un Estado generoso consistente con realidades innegables, todo ello en función de las víctimas.

3.5.1 Discrecionalidad política en escenarios complejos de comisión de crímenes internacionales

Pero el propósito general de la reforma que se comenta en los apartes pertinentes, puede rescatarse. Por ello, a manera de ejemplo, se cita un autor que ha estudiado sistemáticamente el principio de oportunidad, y en un trabajo dedicado específicamente a este punto, concibe que es legítima la “aplicación de un Principio de Oportunidad en el marco” de un proceso como el de Justicia y Paz, y que ello coincide, precisamente, con la finalidad político-criminal ligado a tal proceso, llámese de desmovilización o “proceso de paz” como lo llama el autor. Es, por ello y en general esta Ley, una “alternativa posible”¹⁰³. En el fondo, de lo que se trata es, tal como pueden ser por ejemplo concebidas las imputaciones parciales que deben mejor llamarse provisionales en Justicia y Paz, no tanto de oportunidad reglada o de aplicación del principio de oportunidad, sino casi de discrecionalidad para investigar y acusar, de acuerdo con criterios estrictos y, sobre todo, de acuerdo con realidades que se imponen en procesos extremos. Se trata de contenidos específicos para el caso colombiano, de figuras ligadas a la discrecionalidad no meramente técnica sino y en todo su sentido, de discrecionalidad política.

Se agrega, finalmente y apoyado no tanto en el hecho que más interesa que es justamente el hallazgo de salidas en justicia, en contextos de graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario, sino en el purito más retórico de lucha contra el narcotráfico y contra el terrorismo, que un congresista propuso en su momento lo siguiente: “No se podrá aplicar el Principio de Oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años” (resaltado fuera de texto)¹⁰⁴.

103 PERDOMO, Jorge Fernando. *El Principio de Oportunidad frente a la Ley de Justicia y Paz*, en: GONZÁLEZ M., Diego, PERDOMO, Jorge F., y MARÍN R., Cielo. *Reparación judicial, Principio de Oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*, GTZ, Bogotá, pp. 77-126.

104 BARRERAS, Roy. *Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley no. 342 / 2008 Cámara*

Es decir, se agregaba de manera indiferenciada el tema del narcotráfico, narcoterrorismo, etc. Pero, al respecto, se debe advertir, que estas conductas no constituyen crímenes internacionales, teniéndose en cuenta siempre, como codificación general para los mismos, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En dicho Estatuto, las conductas descritas, no constituyen crímenes materia de su aplicación y el legislador colombiano conservó esta lógica, al referirse en la causal que se comenta, además y por separado, a delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

3.5.2 Las relaciones entre guerra y derecho y el principio de oportunidad: exigencias del caso colombiano

A propósito del tema que se ha tratado y de manera general, debe decirse que en el País, en sus avatares terribles de guerra y derecho, las amnistías, los indultos, diversas figuras procesales, han sido utilizados para propiciar desmovilizaciones, acuerdos de paz, integración de actores armados a la vida civil, etc. Y hoy la imaginación jurídica del País, se arriesga con la utilización de un principio tan interesante y lo pone a jugar en la lógica –muy propia de la situación colombiana- de guerra y derecho... de guerra y política.

No se trata del objetivo de desvertebrar bandas criminales y de alentar la delación; se trata, en este caso heterodoxo, de buscar mecanismos para desentrapear el proceso de reinserción de miembros del más bajo rango o nivel dentro de las organizaciones criminales ligadas a escenarios macabros de violencia política y social. Y el asunto se vuelve más complejo, si se entiende, para evitar cualquier ingenuidad al respecto, que cuando se habla de miembros de menor rango –llámese por ejemplo los “patrulleros”- no se quiere decir que no se trata de ejecutores materiales. De hecho podrían serlo, lo que sucede es que no existen contra ellos investigaciones o cargos en concreto y por eso, la norma aclara que se pierde “el beneficio”, si se descubre la comisión de un delito, tanto más, si se trata de un crimen internacional (además, hay un hecho que es innegable

261 / 2008 Senado ‘por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad’.

y que ilustra los aspectos sociológicos más relevantes que subyacen al tema al cual se hace referencia: en una mayoría de casos, ni siquiera se conocían los nombres o los orígenes de los desmovilizados rasos, no se tenía de ellos información alguna, no tenían ni siquiera registro civil de nacimiento. La primera y enorme tarea que ha desarrollado la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, fue la identificación de decenas de los denominados “patrulleros rasos”).

3.6 LA DENOMINADA “PARAPOLÍTICA”: FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO

Por otra parte, pero en esta misma lógica de aplicación de la Ley a los más responsables, en la medida en que se puede pensar que quienes detentan poder político y quienes de diversas formas se han beneficiado de la privatización y paraestatalidad paramilitar como dirigentes políticos, hacen parte de aquellos verdaderamente responsables de diversos crímenes, desde el informe de la Cámara, respecto de la Ley expedida, se estableció claramente que “no se aplicará el Principio de Oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido a su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico” (se trata hoy, del parágrafo 4 del numeral 17, causal que se estudia, y que corresponde al artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, que reformó el artículo 324 del CCP).

Las realidades nacionales se mezclan con postulados que son hoy internacionales. Así, en argumentos presentados desde un principio por la Fiscalía y avalados por algunos parlamentarios, se dijo:

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 logaría 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.

Aquí, el contexto es el desmantelamiento de grupos irregulares, pero sirve de referencia, sobre todo por la aceptación del conflicto armado interno, hecho sin el cual no se puede entender el impacto concreto de las causales que se estudian.

3.7 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y JUSTICIA TRANSICIONAL

Para ahondar en el tema que nos ocupa, se debe agregar que, respecto de la situación de los desmovilizados, en el informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 342 de 2008 de la Cámara, y a partir de lo que se considera como “política criminal ligada a procesos de paz y a procesos de justicia transicional, se dijo: “El marco jurídico dentro del cual se ha desarrollado la política criminal del Estado de cara al conflicto armado colombiano y a la necesidad de reglamentar la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley, corresponde con la implementación de la denominada justicia transicional, entendida ésta como la rama de la justicia que permite que las sociedades puedan enfrentar el legado de violencia generalizada y sistemática de derechos humanos”.

Se trata de un nuevo lenguaje, ligado a procesos muy recientes, propios de la década del 2000, en que se comenzó a discutir el denominado “proyecto de alternatividad penal” –año 2003- y que se consolida con la expedición de la Ley 975 de 2005 y, sobre todo, con la consolidación, en la discusión nacional, de la triada, Verdad, Justicia y Reparación (ello, desde luego, sin desconocer el impulso que se dio a este tema, desde finales de la década del 90 y principios del nuevo siglo, por parte de Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de innumerables organizaciones de derechos humanos)¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Sobre el concepto, significado y mecanismos de justicia transicional, puede citarse aquí el trabajo que, desde la perspectiva del derecho comparado, produjo el Grupo de estudios latinoamericanos en derecho penal internacional, editado por la Fundación Konrad-

Luego, se agrega en el Informe:

La justicia transicional se funda en la convicción ‘universal’ de los derechos humanos basada en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y está orientada a determinar los alcances y la naturaleza de los abusos y violaciones de los derechos con iniciativas de conocimiento de la verdad y reparación de las víctimas, bien sea de forma compensatoria, restitutoria, de rehabilitación o simbólica. Igualmente este tipo de justicia pretende generar procesos de exclusión del servicio o de la función pública a agentes del Estado involucrados en prácticas corruptas y así fortalecer las instituciones públicas, promover la reconciliación de las comunidades divididas y la reconstrucción social con especial interés en la población infantil y el fortalecimiento de la visión de género hacia el conflicto y el fenómeno victimológico¹⁰⁶.

En el informe del Congreso de la República, se hace un recuento de un hecho que originó la situación que debe resolverse (al respecto, debe recordarse que la Sala Penal de la Corte Suprema, negó a los desmovilizados paramilitares, con base en la tradición del delito político en el país, la condición de sediciosos que les había otorgado el poder ejecutivo, como presupuesto para aplicarles la Ley 782 de 2002 e incluso, como presupuesto de aplicación de la Ley de Justicia y Paz). Se dijo, en efecto, que en decisión con el expediente 26945, en trámite de segunda instancia y respecto del artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz, la Sala manifestó:

Es cierto que en el texto sancionado y promulgado de la Ley 975 de 2005 se había previsto que los comportamientos desarrollados por

Adenauer, con el título de *Justicia de Transición*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (editores), Montevideo, 2008. En el contexto que se está trabajando, se destaca el texto de AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*, pp. 23-128; para el caso colombiano, se permite la referencia al texto de APONTE, Alejandro. *Colombia*, pp. 235-299.

106 *El tema es desde luego complejo y la propia conceptualización lo es aún más. Pero aquí en el informe de la Cámara se usa una expresión convencional y comprehensiva. Luego, hay que mirar las características del caso colombiano, por ejemplo el hecho de que no se trata tanto, desde el punto de vista del derecho penal o de mecanismos de derecho penal, de fórmulas de “superación del pasado conflictivo”, expresión acuñada en Alemania, “vergangenheitsbewältigung” para acentuar el hecho de la posible superación del pasado, mientras que en nuestro caso sería más, de mecanismos posibles de “superación” de un presente conflictivo.*

los miembros de los grupos paramilitares o de autodefensa, que interfirieran con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal, debían ser considerados como delito de sedición, es decir, como ataque al orden constitucional y legal vigente.

(...)

Si bien en la misma sentencia de control de constitucionalidad se dijo que a las decisiones tomadas se les aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, y se advirtió que la providencia carecía de efectos retroactivos, las razones de todo orden que impiden la reclamada aplicación del artículo 71 de la Ley 975 de 2005 exponen conforme a la siguiente secuencia:

V.1. Razones de orden sustancial sobre la imposibilidad de equiparar el concierto para delinquir con la sedición:

El artículo 71 de la Ley 975 de 2005 materialmente es una norma contraria a la Constitución Política porque asimila indebidamente los delitos comunes con los delitos políticos. Tal presupuesto desconoce no sólo los fundamentos que guían la actuación de ambas clases de delincuentes sino los postulados de la Carta que permiten un trato diferente entre unos y otros.

(...)

V.2. El artículo 71 de la Ley 975 de 2006 violenta los derechos de las víctimas:

La intervención de las víctimas en el proceso penal y su interés porque la justicia resuelva un asunto, pasó de la mera expectativa por la obtención de una reparación económica –como simple derecho subjetivo que permitía que el delito como fuente de obligaciones tuviera una vía judicial para el ejercicio de la pretensión patrimonial – a convertirse en derecho constitucional fundamental que además de garantizar (i) la efectiva reparación por el agravio sufrido, asegura (ii) la obligación estatal de buscar que se conozca la verdad sobre lo

ocurrido, y (iii) un acceso expedito a la justicia, pues así se prevé por la propia Constitución Política, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

De esta forma, la Sala niega el carácter político a las actuaciones de los grupos de autodefensas, de tal manera que incluso aquellos que sólo hacían parte de los mismos, deben responder por el delito de concierto para delinquir, sin que puedan ser beneficiarios de ningún tratamiento especial.

De acuerdo con lo anterior, en el informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 342 de 2008 Cámara, se concluyó:

Al tenor de lo manifestado por la H. Corte Suprema de justicia, es menester del legislativo no solo adoptar un marco normativo con el cual pueda darse una salida jurídica a la problemática de miles de desmovilizados de grupos al margen de la ley, sino que tal marco jurídico goce del pleno respeto y protección de las garantías constitucionales a los derechos humanos y el compromiso del Estado Colombiano con la búsqueda de la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas del conflicto.

La situación concreta que se originó es la siguiente: Cerca de 19.000 desmovilizados, que no eran propiamente sujetos de la Ley de Justicia y Paz, quedaron en “el limbo”, como se suele decir, ya que ninguna de las dos normatividades existente podría aplicárseles y ello, además, tendría consecuencias lógicas desde el punto de vista del desarrollo del proceso de desmovilización abierto con estos actores y, particularmente, respecto del destino de las políticas ligadas a aquello que en el contexto de la justicia transicional, se denominada DDR (desmovilización, desarme y rearme).

Había que pensar en una solución para esta situación. Ello, desde luego y así se aborda en este escrito, con respeto por la decisión de la Sala Penal de la Corte, y rechazando, además, la histeria con la que fue atacada la Sala por el poder ejecutivo en su momento, por ocasión de una sentencia muy interesante y compleja y que ahonda, como se dice, en el concepto de delito político en el país, en la tradición en el tratamiento de los delitos de rebelión y sedición, como conductas centrales en el marco del delito político.

3.8 LA APLICACIÓN COLECTIVA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: UN ESCOLLO PRÁCTICO SUBSANABLE

A propósito del número de desmovilizados, y ya frente a la realidad de la aplicación, surge la siguiente pregunta: ¿y cómo se aplica el principio? ¿Qué clase de audiencia? ¿Se adelantaría la audiencia con uno por uno de los desmovilizados rasos y, si es así, cuándo se cumpliría el ritual? Es una cuestión que no se tomó en cuenta en el debate en la comisión primera, pero que surge de manera apenas elemental y es necesario darle una respuesta. Así, en el “informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley no. 342 de 2008 Cámara, 261 de 2008 Senado ‘por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”, se propone “acoger la propuesta del señor Fiscal General de la Nación de que los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se desmovilizaron en el marco de la Ley de Justicia y Paz y en general en el marco de las negociaciones de paz con el Gobierno Nacional, puedan ser beneficiarios del principio de oportunidad. En este mismo sentido se sugiere establecer audiencias colectivas para cuando concurra un número considerable de desmovilizados, para lo cual se establecerá un párrafo o inciso al numeral 17 del artículo 324 del texto aprobado en Comisión Primera”. De esta forma, ya en el texto final de la Ley, se agregó, en el segundo inciso de la causal reformada, que “... el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad”.

Se aclara, al respecto, que en el contexto de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, particularmente desde el año 2009, diversos fiscales, por ejemplo: aquellos que se ocupan del denominado “bloque Norte”, vienen celebrando audiencias de versión libre de carácter colectivo, así como audiencias de imputación también de carácter colectivo. Así, se reagrupan los casos, se confrontan las versiones, se busca que las víctimas no deban acudir una y otra vez a sesiones interminables y se agiliza de hecho todo el proceso. Esta misma lógica podría y debería aplicarse en este caso.

3.9 DE LAS CONFUSIONES EN LA POLÍTICA CRIMINAL: PROCESOS EXCEPCIONALES DE TRANSICIÓN Y PROCESOS NORMALES DE DESACTIVACIÓN DE BANDAS CRIMINALES

En el Informe que se ha citado y en el cual se registran las mayores discusiones en torno a la aplicación del principio, se da cuenta de la decisión de la Sala Penal y se alude a la necesidad de adelantar mecanismos para resolver la situación planteada; se hace relación a la necesidad de ampliar las condiciones de aplicación del principio. Ello es loable. No obstante, se entra a confundir o mezclar dos situaciones diversas: una es el desmantelamiento de bandas criminales y otra es el hecho de activar mecanismos en la perspectiva de justicia transicional. Así, mezclando y confundiendo fenómenos diversos, se dice:

... es necesario que esta Corporación insista en algunas modificaciones que para riqueza de la ley, aclaran las limitaciones a las causales de aplicación del Principio de Oportunidad e igualmente amplíen los requisitos y obligaciones de quienes puedan ser beneficiados con esta herramienta jurídica, cuyo único objeto es la desarticulación de las bandas criminales, la erradicación del delito, la eficacia respecto de los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas y el respeto por los derechos humanos como ejes de la política criminal de Estado.

Es una confusión que tuvo lugar durante todo el proceso de reforma legislativa. Se trata de dos ámbitos normativos y discursivos diferentes, y de dos propósitos diversos que no se deben mezclar, sobre todo porque en lógicas de procesos de paz, por lo menos desde el punto de vista discursivo y de tratamiento del “otro”, no se parte de la idea de la existencia de meras bandas criminales. Ello se entiende, de alguna forma, en el contexto general en el cual se movió la posible reforma, pero es aquí donde se debe matizar muy bien aquello que corresponde a la búsqueda de la eficacia o de la eficiencia como un objetivo loable y ponderado siempre, y una mero eficientismo instrumental que no reconoce matices y que actúe de manera indiferenciada en la práctica.

3.9.1 La lucha contra la criminalidad como recurso simbólico y discursivo

Es decir, una cosa es el uso del principio, en una lógica de búsqueda de paz y en una lógica de justicia transicional y en el marco general del conflicto armado interno y la violencia política y social, y otra cosa es la mera desactivación de bandas criminales. Si no se diferencia, todo se convierte en un tema global de lucha contra el crimen organizado, de lucha contra el terrorismo, mientras que el tema central que ocupa la reforma en el aspecto concreto que estamos trabajando, que es el de la persecución de crímenes internacionales y la reparación a las víctimas en la búsqueda de vías para la paz, pasa a un segundo plano. Además, esta confusión se traslada al plano internacional ya que, en relación con delitos de narcotráfico y terrorismo, se hace alusión a “estándares internacionales”, cuando esta noción se viene utilizando, más acertadamente, respecto de crímenes internacionales, es decir de violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de guerra.

Así, se dijo en el Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 342 de 2008 de la Cámara, que “es por ello que frente al delito en particular, es necesario adicionar como excluyente de la aplicación del Principio de Oportunidad los delitos de narcotráfico y terrorismo, conforme a la política criminal del Estado, al cumplimiento de los estándares internacionales y de fallos de tribunales internacionales que sobre el particular hoy son exigibles al Estado Colombiano”. Pero como se dice, estándares y fallos hacen relación más a crímenes internacionales y el narcotráfico y el terrorismo no lo son, tal como previamente se ha advertido. El uso descontextualizado de las nociones de estándares internacionales y de fallos internacionales, crea mayor confusión y los operadores se encuentran luego sin herramientas para aplicar normas o decisiones internacionales al caso concreto. En cualquier caso, en términos de justicia transicional, está alusión de los legisladores ponentes es incorrecta.

Luego, se agregó en el Informe de la Cámara:

De cara a la justicia transicional, teniendo en cuenta el informe de la Fiscalía General de la Nación, presentado dentro del marco del Foro

'Camino Jurídico aplicable a los procesos de Paz y Desmovilización Presentes y Futuros', llevado a cabo el pasado 9 de octubre en el Congreso de la República, a la fecha existen 31.804 miembros desmovilizados de grupos al margen de la ley, de los cuales 3.538 han sido postulados a la Ley de Justicia y Paz por el Gobierno Nacional, y 28.100 desmovilizados han sido escuchados en versión libre, diligencias de la cuales han resultado 10.749 resoluciones inhibitorias de las que actualmente se han apelado 205. En igual sentido la Fiscalía General de la Nación llama la atención en la necesidad de buscar solución para los desmovilizados de grupos al margen de la ley a quienes, en virtud y cumplimiento del fallo de la Corte Suprema, no se les puede aplicar los beneficios contenidos en la Ley 782 de 2002 (desmovilizados AUC).

Este es el aspecto central que se ha subrayado aquí y, como se dice, se trata de mecanismos concebidos en una lógica situada en el marco general de la tradición del país. Es interesante, en todo caso, en este contexto, reconocer la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad reglado, pero, a nuestro juicio, no se deben mezclar situaciones eminentemente diferentes. Es decir, tal como se ha dicho, una cosa es la existencia de herramientas de política criminal dirigidas a desmantelar bandas criminales, y otra cosa son mecanismos dirigidos a propiciar soluciones concretas a problemas también muy concretos, como es el de los desmovilizados, en el contexto de mecanismos propios de justicia transicional.

En ese sentido, es importante que el principio se otorgue de manera condicionada y así lo piensan los legisladores, pero separando ámbitos discursivos diferentes. De lo contrario, todo termina siendo un tema de narcotráfico y terrorismo y la triada verdad, justicia y reparación pierde toda su importancia. Por ejemplo: en el Informe que se viene citando y en consideraciones particulares del congresista Uribe, se dice:

Si bien es cierto, la aplicación del Principio de Oportunidad genera la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, dentro del período de prueba fijado por el señor fiscal, también lo es que en dicho término, que según el artículo 326 no podrá exceder los tres (3) años, el fiscal determinará las condiciones a cumplir por parte del

imputado o acusado, la cuales tendrán plena verificación por parte del mismo fiscal, por lo que se debe comprometer la COOPERACIÓN de quien espera ser sujeto del beneficio aquí consagrado frente a la autoridad judicial en procura de 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 2º del artículo 324.

En ese sentido, se agrega:

De igual manera, y frente al parágrafo del artículo 326, se propone una nueva redacción a fin de hacerlo aún más coherente con el control judicial de aplicación del Principio de Oportunidad a cargo del juez de garantías, siendo más viable establecer que una vez haya vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones determinadas para el imputado o acusado, el fiscal no ordenará, sino que deberá solicitar el archivo definitivo de la actuación de acuerdo al control judicial que de tal beneficio reglamenta el artículo 327 de la misma ley.

(...)

En tal sentido se propone adicionar el artículo 4º del proyecto de ley en los siguientes términos:

El artículo 326 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 326. Condiciones a cumplir durante el período de prueba.

(...)

II) 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 2º del artículo 324.

Parágrafo. Durante el período de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin

menoscabo de su dignidad. Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal solicitará el archivo definitivo de la actuación de acuerdo a lo reglamentado en el artículo siguiente.

(...)

Las anteriores proposiciones se fundan en las obligaciones que le asisten al Estado Colombiano frente a delitos objeto de política criminal y frente a graves violaciones de los derechos humanos o infracciones del derecho internacional humanitario, tal y como lo ha ratificado la Corte Interamericana de Derechos humanos y que según la disposición constitucional del artículo 93 hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Este último párrafo sintetiza lo expuesto acerca de la necesidad de diferenciar ámbitos regulativos diferentes. Está muy bien condicionar el beneficio, por decirlo así, a la no comisión de delitos y al hecho de que el desmovilizado no se incorpore nuevamente a bandas criminales, pero el sentido primigenio de la propuesta es otro, está ligado a lógicas de paz –no de mera persecución del delito que es distinto- y por eso, en una lógica meramente delincuencial, queda como mero agregado y con efectos simbólicos, la alusión al respecto al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Se insiste: es necesario mantener una mínima lógica en la persecución penal nacional de crímenes internacionales, un tema concreto y actual de discusión político-criminal.

Se agrega, finalmente, que si bien gran parte de la reforma está dirigida a uno de los objetivos que alienta la aplicación del principio de oportunidad, que es, en lógica político-criminal, apoyar acciones de desmantelamiento de bandas criminales, de “colaboración eficaz con la justicia”, de desactivación de empresas criminales, ofreciendo como contraprestación la oportunidad reglada, ello debe hacerse de manera más coherente, más fundamentada, evitando caer en argumentos retóricos e indiferenciados. Debe evitarse argumentos o prácticas meramente eficientistas.

Además, de hecho, el tema de uso del principio en esta vía o con esta perspectiva, es complejo, el Estado no debe y no puede caer en lógicas de apoyo a la delación, de comercio con información, en fin, no debe usar

acciones que, por más paradójico que ello sea, puedan parecerse a las acciones que emplean las mismas mafias que desea combatir. No es causalidad, además y como lo ha reconocido la misma Fiscalía, que de todas las causales que posibilitan la aplicación del principio de oportunidad, éstas sean justamente las menos utilizadas. Y no se trataría de una razón meramente cultural; habría que indagar en los operadores, acerca de las renuencias en ellos o la falta de convicción en los métodos para luchar contra el crimen organizado. No existiría confianza en estos métodos.

Así, y de manera general, la lógica que ha acompañado al legislador y la discusión que se ha generado alrededor de la reforma, sirve de manera fundamental para que los operadores perciban cómo se utiliza el principio de oportunidad; ello, no sólo, como se ha estudiado en el segundo capítulo, respecto de dilemas que presenta la teoría del delito o respecto de las tensiones entre política criminal y dogmática penal, sino también, respecto de dilemas muy propios del caso colombiano, que exigen decisiones político-criminales, en el contexto de las relaciones entre guerra y derecho, entre guerra y política; decisiones en el ámbito del conflicto social y político que ha vivido el país durante décadas. En este contexto, el operador judicial, tanto más si su tarea es ejercer control en la aplicación del principio de oportunidad, se convierte en un actor privilegiado en el ámbito de la aplicación práctica del principio en función de estos procesos complejos ligados a la situación del país. Con la reforma se abre un espectro muy interesante de actuación de todo el sistema judicial. En este sentido, todos los actores del proceso deben refinar y sofisticar sus herramientas de interpretación respecto del principio de oportunidad, respecto de los alcances y límites de la discrecionalidad, de los avatares de la política criminal y de su sujeción a los principios constitucionales.

Como se ha dicho desde el inicio de este estudio y ahora a manera de conclusión, el Principio de Oportunidad es una herramienta muy interesante que, como figura dogmático procesal y con enlaces directos con la dogmática sustancial, puede ser utilizada en un sentido amplio, no sólo para operar de manera residual sobre el sistema judicial, sino en la perspectiva real de búsqueda de justicia material. Desde el punto de vista de la formación de los operadores y de toda la comunidad jurídica, representa un reto cultural frente a nuestra tradición de legalismo muchas veces vacuo

y, paradójicamente, contrario al derecho y a la propia justicia material; representa, además, un reto desde el punto de vista del derecho comparado y del uso consistente de herramientas concebidas en tradiciones diferentes, pero que pueden ser aprovechadas y depuradas en nuestro contexto, tanto más por jueces y fiscales hoy comprometidos académica y funcionalmente con el sistema de justicia penal que rige en nuestro País.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Para el desarrollo de las siguientes actividades es importante que el y la dicente tenga en cuenta las consideraciones que a continuación se enuncian y que constituyen el punto de partida de las reflexiones planteadas a lo largo de esta unidad:

1. Cuando se hace la distinción entre discrecionalidad en el más puro sentido anglosajón y oportunidad, en el sentido continental, no quiere decir en ningún caso que los operadores y operadoras judiciales no puedan aprender de aquella tradición; al contrario, fruto de este aprendizaje, y más con relación al criterio de selección de casos o priorización de los mismos como es preferible llamarlo, es que, en el contexto de Justicia y Paz por ejemplo, se acudió a la figura de las “imputaciones parciales”, como herramienta para desentraclar procesos que, dadas sus dimensiones insospechadas, la cantidad de crímenes confesados y la masividad de los hechos narrados, amenazan con colapsar.
2. La búsqueda de la eficiencia del sistema penal es siempre loable y fundamental, sin embargo fácilmente se puede confundir con el mero eficientismo o sea, con la prevalencia de los medios sobre los fines, con un uso instrumental de la noción de eficiencia, o con un uso retórico.
3. El uso descontextualizado de nociones tales como: estándares internacionales, fallos internacionales, justicia transicional, etc., crea confusión y conduce a que los operadores y operadoras se encuentren luego sin herramientas para aplicar normas o decisiones internacionales a casos concretos.

Actividad 1:

Realice un análisis comparativo entre los criterios de selección utilizados por tribunales internacionales y las causales de aplicación del Principio de Oportunidad en Colombia.

Ae

Actividad 2:

Explique cuáles principios de los explicados en la Unidad anterior y que deben orientar la formulación de la política criminal, son relevantes para la aplicación del Principio de Oportunidad a ex integrantes de grupos armados ilegales y cómo deberían manifestarse en este contexto en la labor ejercida por el juez o jueza en función de control de garantías (ver anexo sobre reforma al artículo 324 de la Ley 906 de 2004).

Actividad 3:

Proponga un caso de aplicación del Principio de Oportunidad a un miembro o miembros de un grupo armado ilegal, colocando énfasis en la forma como debería argumentar la fiscalía la procedencia de esta figura (ver anexo sobre reforma al artículo 324 de la Ley 906 de 2004).

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Desarrolle las siguientes preguntas teniendo en cuenta el siguiente caso:

CASO 3. “CASO DE LOS PATRULLEROS DEL FRENTE ISAZA”**Supuestos fácticos**

Pedro León Mora Sierra alias “el mico”, Manuel José Contreras Contreras alias “la araña” y Carlos Pérez Mojica alias “ternura”, fueron miembros de las autodefensas campesinas del Magdalena Medio comandadas por Ramón Isaza Arango. Estas personas ingresaron en la organización en el año de 1997 y para el momento de la desmovilización pertenecían al frente Isaza Héroes del Prodigio. Desde 1997 hasta el año 2006, llevaron a cabo labores de “patrullaje” en la zona en donde operaba el frente al cual pertenecían y participaron en varias ocasiones en combates con miembros del grupo guerrillero Ejército de Liberación Nacional (ELN).

Ae

Pedro León, Manuel José y Carlos, no fueron postulados por el Gobierno Nacional para acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, como sí lo fueron la mayoría de personas pertenecientes al frente Isaza Héroes del Prodigio; sin embargo, contra ellos cursan investigaciones por el delito de concierto para delinquir agravado.

Al ser aprobado el proyecto de ley que busca la aplicación del Principio de Oportunidad a desmovilizados, sus defensores solicitaron a los fiscales que se encuentran adelantando estas investigaciones, aplicar dicha figura con fundamento en el texto de la causal 17 incluida en la reforma:

“17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones”.

Los miembros del frente Isaza Héroes del Prodigio que se encuentran siendo procesados conforme la Ley de Justicia y Paz, “compañeros” de Sierra, Contreras y de Pérez, han narrado en sus versiones libres la forma como perpetraron gran cantidad de homicidios selectivos en varias poblaciones del magdalena medio sobre pobladores de la región “sospechosos” de auxiliar a la guerrilla, así como las amenazas que realizaron a concejales, alcaldes, profesores y sindicalistas que debieron abandonar sus lugares de origen. Sin embargo, en ninguna de estas declaraciones se menciona a los procesados como autores de estas conductas.

Tesis de los representantes de las víctimas

La aplicación del Principio de Oportunidad no es procedente, ya que las labores que realizaron los procesados durante su pertenencia al grupo paramilitar, constituyen una forma de participación, al menos como cómplices, en los delitos que miembros del grupo paramilitar han confesado en los procesos de Justicia y Paz. En este sentido, renunciar al ejercicio de la acción penal en estos casos, así sea por fuera de la Ley de Justicia y Paz, impide a las víctimas de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio, conocer importantes detalles sobre los ilícitos cometidos. Adicionalmente, a los procesados se les observó en muchas ocasiones recorriendo distintas poblaciones a bordo de vehículos llenos de sujetos fuertemente armados, realizando disparos al aire en horas de la noche con lo cual intimidaban a la población civil, incurriendo así en el delito de "Actos de Terrorismo", el cual constituye una conducta punible contra personas protegidas por el DIH.

1. ¿Es posible aplicar el Principio de Oportunidad en este caso, sin que se afecten los derechos de las víctimas? ¿Cómo?
2. ¿La posible comisión o participación en delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, impediría la aplicación del Principio de Oportunidad a personas contra quienes únicamente se está adelantando investigación por el delito de concierto para delinquir agravado?
3. ¿Qué tipo de argumentos válidos podría utilizar la Fiscalía, basándose en razones y principios de política criminal, para aplicar el Principio de Oportunidad en este caso?

J

JURISPRUDENCIA Corte Constitucional:

Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-575, del 25 de julio de 2006, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C-370, del 18 de mayo de 2006, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

Sentencia C-095, del 14 de febrero de 2007, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-209, del 21 de marzo de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

Sentencia del 11 de Julio de 2007, con radicado 26945, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

B

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, KAI. *El marco jurídico de la justicia de transición*, en: AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel, ELSNER, Gisela (editores), *Justicia de Transición*, Fundación Konrad, Montevideo, 2008.

APONTE, ALEJANDRO. *Colombia*, en: AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel, ELSNER, Gisela (editores), *Justicia de Transición*, Fundación Konrad, Montevideo, 2008.

B

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *¿Cómo renunciar a 19 problemas?* Texto presentado al Parlamento, a instancia del texto aprobado en la comisión 1 de la Cámara, mayo de 2009.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Informe de Gestión 2006-2007.*

ICC-OTP. *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, 2003.

NPWJ INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE, NO PEACE WITHOUT JUSTICE. *Prosecuting Violations of International Criminal law: ¿Who should be tried?* Policy Series No. 1, november 2005.

PERDOMO, JORGE. *El Principio de Oportunidad frente a la Ley de Justicia y Paz*, en: GONZÁLEZ M., Diego, PERDOMO, Jorge F., y

MARIÑO R., Cielo. *Reparación judicial, Principio de Oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*, GTZ, Bogotá.

Otros documentos:

PROYECTO DE LEY 342 DE 20008. – Cámara – 261 de 2008 Senado- “por medio de la cual se reforma parcialmente la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad” y Exposición de Motivos, en: www.cej.org.co/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=180&Itemid=59 – (consulta: 15 de abril de 2009).

TEXTO APROBADO, COMISIÓN 1^a CÁMARA, ACTA 28. 10 de diciembre de 2008.

TEXTO APROBADO, PLENARIA SENADO. 18 de junio de 2008. En: *Gaceta* 505 de 2008.

B

TEXTO APROBADO, COMISIÓN 1^a SENADO. En: *Gaceta* 378 de 2008.

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE EN SENADO AL PROYECTO DE LEY NO. 261 de 2008 –Senado.

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE EN CÁMARA AL PROYECTO DE LEY NO. 342 de 2008 Cámara. Firmado por los representantes Roy Barreras, Germán Olano, Nicolás Uribe, William Vélez, Heriberto Sanabria y Odín Sánchez. En: *Gaceta* 865 de 2008.

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE EN CÁMARA DE NICOLÁS URIBE. En: *Gaceta* 878 de 2008.

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE EN CÁMARA DE GERMÁN OLANO. En: *Gaceta* 918 de 2008.

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE EN CÁMARA AL PROYECTO DE LEY 342 DE 2008 CÁMARA Y 261 DE 2008 SENADO. Febrero de 2009. Ponencia mayoritaria. En: *Gaceta* 217 de 2009.

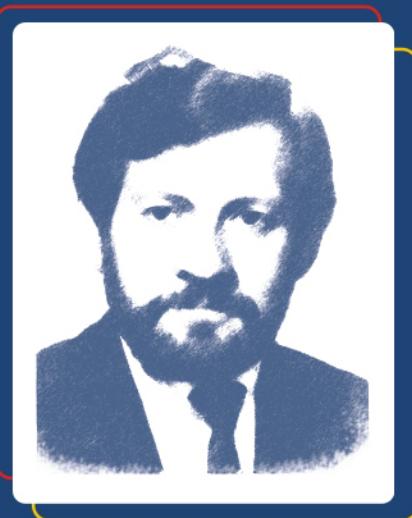
INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE EN CÁMARA AL PROYECTO DE LEY 342 DE 2008 CÁMARA Y 261 DE 2008 SENADO. Febrero de 2009. Ponencia del Representante Roy Barrera. En: *Gaceta* 255 de 2009.

Estos documentos pueden ser consultados en la página Web de la Cámara de Representantes de Colombia www.camara.gov.co entrando por “comisión primera” > “Proyectos 2008-2009” (consulta: 15 de abril de 2009).

LEY 1312 DEL 9 DE JULIO DE 2009. “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”.

Septiembre de 2010

Homenaje a los Magistrados y Magistradas Inmolados en el Holocausto del Palacio de Justicia 1985 – 2010



Ricardo Medina Moyano

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1985

Nació en Bogotá el 14 de marzo de 1930 en el hogar de don Jorge Medina López y doña Beatriz Moyano Rey. Casado con Gladys María Rodríguez, con quien tuvo cuatro hijos. Realizó su educación primaria en el Instituto de la Salle Villavicencio; su educación secundaria en el Colegio Salesiano Maldonado de Tunja, y los estudios profesionales en la Universidad del Cauca (Popayán), donde se graduó de abogado en 1953.

Se licenció en la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP (1962 – 1963). Se especializó en Derecho Internacional en la Academia de Derecho Internacional de la Haya (1969). Cursó estudios en la Universidad de los Andes. También realizó estudios de Derecho Constitucional en la Academia Colombiana de Jurisprudencia en Bogotá en el año de 1964. Se especializó en Derecho Canónico y en Derecho Penal, en la Pontificia Universidad Javeriana (1959 – 1961).

Cursó estudios en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Nacional (1955 -1956). Otra de las especializaciones fue en Casación Civil y Penal, cursadas en el Colegio Mayor del Rosario (1958 – 1959); igualmente adelantó estudios de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Javeriana, en 1957.

A partir de 1955 ocupó, entre otros, los siguientes cargos: juez cuarto penal municipal, juez quinto penal municipal, juez primero penal del circuito de Facatativá, juez tercero penal del circuito de Bogotá, juez cuarto superior de Bogotá, juez décimo superior de Bogotá, fiscal del juzgado quinto Superior de Bogotá (1960 – 1962), magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.

Fue profesor de Derecho Constitucional Colombiano y Derecho Penal General en las Universidades Nacional, Externado de Colombia, Gran Colombia y Andes. Fue coautor del código penal tipo para América Latina. Dirigió el Diario Jurídico (1953 – 1973). Fue condecorado con la orden Camilo Torres, en 1977, al cumplir 15 años como profesor de la Universidad Nacional. Al morir en los luctuosos hechos del Palacio de Justicia, se desempeñaba como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Principio de Oportunidad y Política Criminal.
De la Discrecionalidad Técnica a la
Discrecionalidad Política Reglada