

PROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS
DESMOVLIZADOS DE LAS A.U.C. EN DELITOS COMETIDOS ANTES DE LA
VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004

MANUEL DE JESÚS PÉREZ PAVA

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA, CUC

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2010

PROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS
DESMOVILIZADOS DE LAS A.U.C. EN DELITOS COMETIDOS ANTES DE LA
VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004

MANUEL DE JESÚS PÉREZ PAVA

Trabajo de investigación presentado como requisito para obtener el título de
Abogado

Director
Dr. Alait Freja Calao

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA, CUC

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2010

NOTA DE ACEPTACIÓN

Asesor

Firma del jurado

Firma del jurado

Barranquilla, Agosto de 2010

Dedico este proyecto y toda mi carrera universitaria a Dios, quien constantemente me dio la fortaleza para no desfallecer ante las dificultades que a diario se nos presentan, dándome el conocimiento y la sabiduría en lo concerniente a mis actos.

De igual forma dedico a mis padres Manuel y Candelaria, por ese apoyo incondicional y esa lucha incansable por hacer de su hijo un profesional íntegro y comprometido con las buenas costumbres que exigen su parental comportamiento paternal.

A mis hermanos(as) Aura, Kellys, Elkin, Deivys, que también se han hecho presente en el desarrollo que he tenido como persona, como hijo, como hermano, como estudiante y como profesional, en lo que comprende nuestro compromiso como familia, y en lo personal por ese aliento, ese animo, esas fuerzas que constantemente me allegaban, para alcanzar al lado de ellos una de las tantas metas que hay que alcanzar, en el que solo faltaba el logro profesional.

A mi novia, que en todo momento estuvo brindándome esa fuerza intangible y su deseo de verme superar, denotando los buenos agrados de tener una vida llena de éxitos y prosperidad.

A mis demás familiares y amigos, por ese apoyo y comprensión en todo momento, brindadas con el mayor gusto y agrado que una persona pueda brindar, gracias.

Manuel

AGRADECIMIENTOS

Al llegar a la fase final de la realización de un trabajo tan arduo y lleno de dificultades, como lo es la realización de una tesis, es posible e inevitable exaltar un muy humano egocentrismo que te lleva a concentrar la mayor parte del mérito en el aporte que has hecho. Sin embargo, el análisis objetivo te muestra inmediatamente que la magnitud de ese aporte hubiese sido imposible sin la participación de personas e instituciones que han facilitado las cosas para que este trabajo llegue a un feliz término. Por ello, es para mí un verdadero placer utilizar este espacio para ser justo y consecuente con ellas, expresándoles mis agradecimientos A:

Dr. ALFREDO PEÑA SALÓM, por aportar sus conocimientos, y brindarme su apoyo.

Dr. ALAIT FREJA CALAÓ, por su apoyo incondicional, orientación y asesoría en todos momentos.

Dra. GELMYS CHACÓN, por haberme dejado como un legado sus conocimientos, e incentivado el profundo estudio del Derecho.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	11
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	13
1.1 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO	14
1.1.1 Estados Unidos	14
1.1.2 Francia	18
1.1.3 Alemania	20
1.2 ANTECEDENTES DEL PROCESO DE INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	23
1.2.1 Proyecto acto legislativo No. 151 para la Cámara de Representantes y No. 019 para el Senado	26
1.2.2 Reforma Constitucional (Acto Legislativo 03 de 2002)	26
2. GENERALIDADES, CONCEPTO Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA	28
2.1 CONCEPTO	30
2.2 CLASIFICACION	32
2.2.1 De acuerdo al grado de discrecionalidad	32
2.2.2 De acuerdo a la etapa procesal	33
2.2.3 Fundamentos del principio	33
2.2.4 Objetividad	34

2.2.5 Características	35
2.3 DIFERENCIAS JURÍDICAS ENTRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, INDULTO Y/O AMNISTÍA	35
2.3.1 Principio de oportunidad	
2.3.2 Indulto	35
2.3.3 Amnistía	38
3. PRECEPTOS DE LEGALIDAD EN RAZÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	43
3.1 FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL	43
3.2 PRINCIPIO DE LAS FUNCIONES DE LA PENA	47
3.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD	51
3.4 PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL	53
3.5 EFECTOS RECTROACTIVOS DE LAS LEYES PENALES FAVORABLES	55
3.6 ENFOQUE DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	57
4. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE DESMOVILIZACIÓN EN COLOMBIA CON A.U.C.	68
4.1 PRINCIPALES DEBATES EN TORNO AL PROCESO CON LAS AUTODEFENSAS DE COLOMBIA	72
4.2 IMPACTO SOCIAL DE LA DESMOVILIZACIÓN EN COLOMBIA	72

5. PROCEDENCIA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A PARAMILITARES EN CONDUCTAS DELICTIVAS REALIZADAS ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004	77
5.1 TIPOS PENALES EN LOS CUALES NO TENDRÍA APLICACIÓN EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD POR EXPRESA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL PARÁGRAFO 3º DEL ARTICULO 324 DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	84
5.2 LA INCIDENCIA DE LAS CAUSALES 2 A 17 DEL ARTÍCULO 324 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.	93
5.3 CONTROVERSIAS JURIDICAS DE LA NORMA QUE ANTECEDE EL PROCESO DE DESMOVILIZACIÓN EN COLOMBIA.	97
5.4 TRASCENDENCIA JURÍDICA DEL CONCIERTO PARA DELINQUIR, COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD	101
5.5 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CONFORME A LA TENDENCIA DE LA LEY 906 DE 2004, Y BAJO LA ÓPTICA DE LEY 1312 DE 2009	107
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFIA	116

RESUMEN

El Acto Legislativo 03 de 2002 reformó la Constitución con la aplicación del Principio de Oportunidad, proceso mediante el cual la Fiscalía podrá interrumpir, suspender y/o renunciar a la persecución penal de los individuos que hayan cometido alguna conducta punible. El objetivo de esta investigación fue el de determinar la procedencia del principio de oportunidad de los desmovilizados de las AUC por delitos cometidos antes de la vigencia de la 906 de 2004.

Se utilizó para esta investigación la metodología utilizada fue el método deductivo, el cual parte de una realidad general a una particular, como es la procedencia del principio de oportunidad.

En conclusión se puede decir que por razones del tiempo en que se realizaron muchas de las conductas de estos desmovilizados, se deberían trasgredir bajo el influjo de la normatividad de la ley 600 y por la carencia de identidad procesal entre el principio de oportunidad con la mencionada norma, no es posible argumentar dicha aplicación. Por el contrario esta actividad se debe enmarcar bajo la óptica acusatoria, que desarrollaría su aplicación y argumentación jurídica.

PALABRAS CLAVES: Principio de Oportunidad, Derecho, Ley, Justicia, Favorabilidad, Renuncia, Investigación, Acción Penal.

ABSTRACT

The Legislative Act 03 of 2002 reformed the Constitution with the application of the Principle of Opportunity, process by means of which the Office will be able to interrupt, to suspend and/or to give up the penal persecution of the individuals that you/they have made some punishable behavior. The objective of this investigation was the one of determining the origin of the opportunity principle of those demobilized of the AUC for crimes made before the validity of the 906 of 2004.

It was used for this investigation the used methodology it was the deductive method, which leaves from a general reality to a matter, like it is the origin of the opportunity principle.

In conclusion one can say that for reasons of the time in that were carried out many of the behaviors of these demobilized, low transgender would be owed the influence of the normatively of the law 600 and for the lack of procedural identity among the opportunity principle with the mentioned norm, it is not possible to argue this application. On the contrary this activity should be framed under the accusatory optics that would develop its application and artificial argument.

KEY WORDS: Principle of Opportunity, Right, Law, Justice, Favorabilidad, Gives up, Investigation, Penal Action.

INTRODUCCIÓN

La desmovilización y la reintegración de los subversivos que se han acogido al programa implican una transición tanto por parte de los combatientes que dejan sus armas como para los gobiernos que buscan una salida al conflicto y para las comunidades que acogen a los desmovilizados.

El gobierno se ha esforzado de muchas maneras para ayudar a desarticular o desvincular de estos grupos al margen de la ley, a estas personas que tanta intranquilidad le han ofrecido a muchas comunidades, generando más de 1.000 víctimas por parte del narcoterrorismo, de ahí surge la necesidad del Estado colombiano de buscar una salida a esta problemática social.

En cada nivel, la dinámica entre la Verdad, la justicia, la reparación y la reconciliación, se complican más aún cuando se está trabajando en implementar un proceso en medio de una guerra. El proceso es significativo, y no solo porque existen recursos económicos invertidos por el Estado y la comunidad internacional, sino por el desgaste producido en aquellos que airadamente deben construir la reparación y reconciliación en las comunidades.

Esto ha generado un debate político legislativo, que ha llevado a la sociedad colombiana a aceptar estrategia de desarme, y desarticulación de estos grupos.

Estrategias que se han trasladado a una mesa de negociación y han llevado a brindarles oportunidades a cada uno de los excombatientes a que se reintegren a la vida civil.

Es motivo de análisis la llamada aplicación del principio de oportunidad par estos combatientes que se han acogidos al programa pero consecuentemente con la realización de hechos punibles o conductas delictivas antes que entrara en vigencia de la Ley 906 de 2004.

En el contexto de la investigación se hará un estudio de los principales debates que surgen entre precedentes legales y sociales, que llevan a resaltar el famoso principio de favorabilidad y la retroactividad de la ley penal favorable, en lo que se apoya este principio para darle aplicación más cuando se trata de reubicar o reintegrar a la vida civil a un excriminal.

La política social debería surtir en los gobiernos futuros un impacto ejemplar, para combatir severamente a estos pensamientos inapropiados que conllevan a la incorporación del personal a estos grupos, entorpeciendo así el avance que se ha logrado con tanto esfuerzo con el proceso. Por otra parte, la política criminal del Estado se apoya en la aplicación de la justicia penal premial, en cuanto se manifiesta la urgencia de debilitar y acabar con los grupos al margen de la ley y la criminalidad a cambio de oportunidades.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

“El aumento de la criminalidad, particularmente de los delitos menos graves, se plantea en Europa a partir de la primera guerra mundial, y especialmente después de la segunda confrontación, por las circunstancias socioeconómicas imperantes que trajeron consigo un aumento de delitos de índole patrimonial y económica que eran por lo general de pequeña cuantía pero de frecuente comisión”¹. Es entonces cuando los Estados comienzan a buscar fórmulas adecuadas para poder resolver sin dilaciones este gran número de casos y evitar la paralización de la Justicia.

“Tal situación la resaltan los autores refiriéndola a todos los ordenamientos jurídicos de las sociedades avanzadas en los que «se da el fenómeno común de no poder hacer frente jurisdiccionalmente a todas las manifestaciones ilícitas existentes», por lo que los distintos Estados se encuentran en la tesitura de crear un sistema que sea capaz de dar una respuesta rápida y eficaz a tantos ilícitos punibles”². Se elucubra con la descriminalización de conductas, y se buscan las mas diversas soluciones.

Una de ellas es la de introducir el principio de oportunidad, en mayor o menor intensidad para conseguir, negociando con el acusado llegar, en su caso, a una

¹ ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España. Ed. PPU, 1991, p. 23.

² RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La Justicia Penal Negociada. Experiencias de Derecho Comparado, Ediciones Universidad de Salamanca. Barcelona, España. 1997, pp. 120 y ss.

condena sin necesidad de abrir el proceso. Por eso ha podido decir Ruiz Vadillo que “el referido principio (de oportunidad) ha nacido no para perfeccionar humana y técnicamente la justicia penal, sino para aligerar el número de casos que llegan ante los tribunales”³. Cosa distinta es que después y a lo largo de la experiencia adquirida se hayan tratado de extraer del citado principio o se hayan encontrado en él, valores superiores con los que mejorar la aplicación del derecho penal, como pueden ser una mas adecuada y fácil prevención especial, la disminución de la estigmatización que produce el proceso, o la pronta satisfacción a las víctimas.

1.1 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

1.1.1 Estados Unidos. La oportunidad libre es el principio por antonomasia que rige la persecución penal en el Derecho Anglosajón. El fiscal es la figura que tiene la autoridad de seguir o desistir de la acción penal.

La discrecionalidad de que goza el Ministerio Público, es la característica más sobresaliente en el sistema norteamericano. Sus facultades discrecionales en este modelo son, en consecuencia, de una envergadura tal que en la práctica es el fiscal quien domina por completo el procedimiento. Ese dominio del proceso que tiene el acusador estatal posibilite que las decisiones político- criminal tomadas

³ Citado por LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A. En Estudios del Ministerio Fiscal, núm. 3. Barcelona, España. p. 175.

por este no puedan ser revidadas; sin embargo, existen criterios uniformes puesto que el sistema respeta los parámetros impuestos por los superiores jerárquicos.

La figura más importante en la cual se aplica el principio de oportunidad es el denominado plea bargaining, el cual no es otra cosa que la materialización de la justicia negociada o transaccional. Esta institución surge de la práctica judicial, es decir, constituyéndose en un verdadero undercover system, o incluso un para sistema, abajo o al lado de la ley y la jurisprudencia.

A través de la figura del plea bargaining, extensión legal del principio de oportunidad de uso generalizado, el Ministerio Fiscal cumple un rol muy importante en el derecho Norteamericano como titular de amplios poderes discrecionales en el ejercicio de la acción penal.

Plea bargaining es el procedimiento de definición de un proceso penal entre la acusación y la defensa mediante un acuerdo (agreement) sobre las condiciones a las que subordina la declaración de culpabilidad. Es decir, es el acto mediante el cual el imputado admite su culpabilidad, conformándose con el cargo o cargos que se le imputan, a cambio de una reducción de la condena o de alguna concesión del Estado.

Cuando la confesión o declaración de culpabilidad se logra a través de un acuerdo se evita el jury trial (juicio jurado) o bench trial (juicio con un juez unipersonal).

El guilty plea o reconocimiento de culpabilidad” es el acto del reo mediante el cual, manifestando su conformidad con los cargos que se le imputan, renuncia a su derecho al juicio oral y pierde voluntariamente la posibilidad que los cauces procesales le ofrecen de ser absuelto.

El guilty plea evita un proceso penal y en la praxis más de del 90% de las condenas en Estados Unidos, se basan en este sistema de negociación y no en un juicio oral con jurado o juez. La figura supone la renuncia a los derechos de no auto incriminarse, o ser juzgado por el juez o jurado y a contra interrogar a los testigos de cargo.

De esta manera alrededor del 10% de los casos pasan por el proceso completo de enjuiciamiento, y de este porcentaje, en la mitad interviene un jurado y en la otra mitad (a elección del acusado) un juez unipersonal.

HERBERT JACOB, señala que mientras se acerca la fecha de juicio el fiscal y el abogado defensor se reúnen para hablar del caso y llegar a un acuerdo para que el acusado se declare culpable (guilty plea):

La iniciativa puede ser del abogado defensor, quien le pregunta al fiscal sobre la pena que se la daría al acusado en caso de que este se declare culpable. En otros casos es el fiscal el que convoca a reunión haciendo una oferta específica: si el acusado se declara culpable de un delito específico el fiscal recomendará una pena específica. La pena ofrecida por el fiscal depende del grado de flexibilidad que le permita el código penal para el delito en cuestión, la cantidad de cargos en su contra, los antecedentes penales y el daño causado por la comisión del delito, y la política de plea bargaining de Corte en cuestión⁴.

⁴ JACOB, HERBERT. Courts law politics comparative. YALE University Press. Nueva Cork, 1996. p.8

Señala DE DIEGO DIEZ, que “el momento procesal en que opera el fenómeno de la plea bargaining es el de la audiencia previa al juicio (arraignment) en la que, tras darse lectura al acta de acusación, el juez invita al acusado al pleading, esto es, expresamente acerca de su propia culpabilidad”⁵.

Si el procesado se declare culpable, se fijara la fecha para la audiencia donde se decide la pena a imponer, denominada sentencing.

El plea bargaining, admite dos modalidades:

a. Sentence Bargaining. En este evento el acuerdo versa sobre la condena ha imponer al acusado, sin que se alteren los cargos presentados por la fiscalía. Asilas cosas, el fiscal se compromete a recomendar al juez una pena benevola o leve, en la sentencing.

b. Charge bargaining. En este evento, estamos frente a una verdadera negociación de cargos (charge reduction), él fiscal puede negociar con el sindicado alguno de los siguientes aspectos:

- Sustituir el delito originalmente por otro menos grave. Ejemplo: Un hurto a mano armada puede ser reemplazado por un hurto simple o por una tentativa de hurto a mano armada.

⁵ DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. Justicia Criminal Consensuada. Tirand Lo Blanch, Valencia, 1999. p. 32.

- Retirar la acusación por alguno de los cargos cuando existan varios.
- Sustituir delitos y retirar cargos al mismo tiempo.

1.1.2 Francia. Francia es uno de los pioneros en la aplicación del principio de oportunidad, y su consagración esta en el artículo 40 del código penal francés que expresa: “el fiscal recibirá las quejas y las denuncias y decidirá si debe darle curso. Avisará al denunciante sobre el archivo de la causa a la víctima cuando esta sea identificada”.

Es decir, que en Francia existe legalmente el principio de oportunidad, sin embargo es importante aclarar que dicha figura jurídica tiene una serie de limitaciones, tales como la imposibilidad de aplicar discrecionalidad una vez ejercida la acción penal, o la obligación de ejercerla en los casos en que el perjudicado por la conducta punible se constituya como parte civil.

Para la aplicación de criterios de oportunidad se tienen en cuenta diversas consideraciones:

- Actitud o personalidad del delincuente.
- Edad del delincuente y relación con la víctima.
- Hurto de poca monta y cometidos por delincuentes primarios.
- Delitos menores en contra de diversas regulaciones administrativas.
- Delitos de poca gravedad entre familiares y vecinos.

- Consumo ocasional de drogas como la marihuana.

Actualmente, en el derecho francés, el fiscal de la republica aplica el principio de oportunidad de las diligencias judiciales y no el principio de legalidad, ya que si no, le impondría la obligación de someter a la jurisdicción de fondo en lo criminal todos los expedientes relativos a autores conocidos, contra los cuales el fiscal considerase que había conseguido reunir pruebas de culpabilidad suficiente. En función de los primeros elementos que haya conseguido recabar, puede elegir entre archivar el expediente sin que haya persecución (si el autor es desconocido o los cargos presentados son insuficientes) bien archivar el casos sin diligencias judiciales después de haber establecido una diligencia alternativa (llamada a la ley; envió a una organización sanitaria, social o profesional; comprobación de la regularización de la situación o de la reparación de los daños causados; establecimientos de mediación entre el autor y la victima; propuesta de un compromiso penal que debe aprobarse por un juez y que consiste en la imposición de una multa transaccional, una confiscación, una retirada de permiso, o un trabajo no remunerado en beneficio de una colectividad publico), o bien atribuir el conocimiento del proceso directamente al tribunal de policía no correccional si el fiscal considera que la causa se puede juzgar, o bien, finalmente, si se trata de un delito grave o de una causa compleja que precisa que se realicen investigaciones complementarias, recurrir a un juez de instrucción que, una vez terminada su instrucción, deberá dictar un auto de sobreseimiento o bien diferirá la continuación de la vista a una jurisdicción de fondo.

1.1.3 Alemania. En la ley procesal penal alemana encontramos manifestaciones del principio de oportunidad como también del principio de legalidad, pues si bien proclaman como regla general la legalidad (u obligatoriedad) del ejercicio de la acción penal, admiten ciertas modulaciones. En efecto, el parágrafo 152 de la Ordenanza Procesal Alemana define la autoridad acusatoria y el principio de legalidad y señala que “Para el ejercicio de la acción publica se designa a la Fiscalía”; en el inciso 2° dice que “Está obligada, en tanto no haya sido determinada otra cosa legalmente, a proceder judicialmente debido a todos los delitos perseguibles, en tanto que tengan cabida suficientes puntos de apoyo reales”. Los parágrafos 153 y 153a consagran el principio de oportunidad como excepción, unas veces con el consentimiento del Tribunal competente para la apertura del plenario, otras del acusado o de ambos, para casos en que la culpabilidad del autor es mínima o cuando no exista un verdadero interés publico en la persecución.

La normatividad procesal penal Alemana, establece las siguientes causales de aplicación del principio de oportunidad:

- Cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal.
- Cuando se opongan intereses estatales prioritarios.
- En los delitos de acción privada

- Cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo.

Si el proceso tuviera como objeto un delito castigado con pena mínima privativa de la libertad, inferior aun año, podrá la Fiscalía prescindir de la persecución, con la aprobación del tribunal competente para la apertura del procedimiento principal.

El Artículo 153a consagra el archivo del proceso, en caso de incumplimiento de condiciones y mandatos. Con la aprobación del Tribunal Competente para la apertura del procedimiento principal, y del inculpado, podrá la Fiscalía prescindir provisionalmente de la acción pública, en caso del delito castigado con pena privativa de la libertad mínima inferior a un año, e imponer al mismo tiempo al inculpado:

- El proporcionar determinada prestación para la reparación de los daños causados por el hecho.
- A pagar una cantidad a favor de una institución de utilidad pública o de el Estado.
- El proporcionar prestaciones de otra forma útiles públicamente.
- El cumplir obligaciones alimenticias en una determinada cantidad, o cuando estas condiciones y mandatos fueren apropiados en caso de culpabilidad infirma, para eliminar el interés público en la persecución penal.

El párrafo 153b-1 señala que si se dieran los presupuestos bajo los cuales el tribunal podría prescindir de la pena, podrá la Fiscalía abstenerse del ejercicio de la acción pública, con la aprobación del tribunal que sería competente para la vista principal -2.si la acción hubiera sido ya ejercida, podrá el tribunal archivar el proceso, hasta el comienzo de la vista principal, con la aprobación de la fiscalía y del imputado.

Unos de los conceptos mas importantes en el sistema alemán que fue acogido parcialmente por nuestro legislador, es el de la culpabilidad escasa. El concepto de culpabilidad escasa se interpreta por parte de la doctrina en términos de proporcionalidad de reacción a la medida de lo injusto culpable:

Se trata de aquellos criterios que sirven para determinar el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho, a lo que hay que añadir la consideración de los factores de medición de la pena. La consideración de estos factores debe dar como resultado que la sanción que sería proporcionada al grado de culpabilidad quedaría por debajo del límite mínimo del marco penal previsto para la infracción correspondiente⁶.

En el sistema alemán encontramos, al igual que en el nuestro que (la legalidad es el verdadero principio y que los casos en los que procede la persecución penal se encuentran consagrados en la ley.

⁶ ALESTUEY DOBON. La reparación ala victime en el marco de las sanciones penales. Tirant. Monografías N° 165. Ciudad de México, México. p. 345.

1.2 ANTECEDENTES DEL PROCESO DE INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

La ley 418 de 1997, prorrogada por las leyes 548 de 1999 y 782 de 2002, permite el otorgamiento de indultos y de los beneficios de cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción y resolución inhibitoria, salvo cuando se trate de “conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión”.

El decreto 128 de 2003, en desarrollo de la ley 782 de 23 dic 2002, limita esta prohibición a “quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que de acuerdo a la constitución política , a la ley o a los tratados internacionales suscritos o ratificados por Colombia no puedan recibir esas clases de beneficios”. Así que esta norma extendió estos beneficios a quienes hayan cometido delitos atroces o delitos de ajena naturaleza política, siempre que en su contra no existieren condenas o investigaciones por tales delitos. Se concedieron así amnistías de hecho a paramilitares y guerrilleros que no estaban sometidos a investigación por abusos contra los derechos humanos.

La aplicación de la ley 782/02 y del decreto 128/03 ha permitido una impunidad total a favor de quienes se han “desmovilizado” por esta vía legal. Las personas desmovilizadas por este trámite obtienen la certificación que los acredita como

tales, de forma automática, sin que sean sometidas a investigaciones penales. Teóricamente, estas normas se aplican a quienes no tienen investigaciones ni condenas en su contra, es decir, beneficia a la mayoría de los paramilitares, dado el alto índice de impunidad que los ha favorecido. El decreto 128 de 2003 no exige que el desmovilizado rinda versión libre ni indagatoria ante autoridades judiciales sobre los hechos de los que tiene conocimiento, ni sobre la estructura paramilitar, ni sobre los delitos en que incurrió durante su pertenencia en esa organización armada

La Ley 975, de 25 de julio de 2005, se aplica de forma residual a los paramilitares que no puedan incluirse en los beneficios de la Ley 782, y su reglamento 128, aludidos anteriormente. Y que tengan procesos abiertos o puedan ser procesados por delitos graves de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Es preocupante que más de dos mil desmovilizados postulados a la Ley están saliendo libres, aparentemente por no existir en su contra antecedentes penales.

De los 31.671 desmovilizados, el 91% se benefició de la Ley 782 y el decreto 128, sólo 2.782 fueron postulados por el Gobierno para la ley 975, de los cuales sólo 350 están identificados, y 55 detenidos.

La ley regula un procedimiento penal excepcional que concede una pena alternativa a los procesados a cambio de contribuir a la paz con el fin del

paramilitarismo, superación de la impunidad, revelación de la verdad y reparación de las víctimas.

Pero ha sido objeto de múltiples demandas de inconstitucionalidad, tanto en lo referente a la forma no estatutaria en que se adoptó la ley como en cuánto al contenido de sus disposiciones.

La sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2006 emanada de una de las demandas de inconstitucionalidad, ha precisado en unos casos el contenido de la ley y en otros lo ha declarado inconstitucional, y estas aportaciones suponen mayores garantías en el acceso a la justicia y participación de las víctimas, la definición del concepto de víctima, el combate de la impunidad a través del aseguramiento en el cumplimiento de los requisitos que tienen que concurrir para acceder a los beneficios que se otorgan, y en lo referente a la reparación y entrega de bienes de los desmovilizados. Aunque la efectividad de estas aportaciones dependen de la voluntad política en la adopción de medidas tendentes a su cumplimiento. Como la ley establece, la colaboración con la justicia ha de lograr el goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Para lograr este objetivo, no debe limitarse a la aceptación de los cargos que el Estado pueda imputar al sindicato. Los decretos posteriores que han desarrollado la ley contienen asimismo disposiciones contrarias a esta sentencia.

1.2.1 Proyecto acto legislativo No. 151 para la Cámara de Representantes y No. 019 para el Senado. Pretendía reformar el artículo 250 de la Constitución Nacional, contiene el siguiente comentario: a nivel internacional se aceptan dos formas de ejercer sus funciones la Fiscalía, a saber, dando aplicación al principio de oportunidad en forma amplia, en donde el ente acusador, sin limitación o precepto legal decide, por sí y ante sí por ejemplo si acusa o no a determinada persona, no obstante existir la prueba necesaria para ello, con base en criterios como la alarma social, la gravedad del delito, el uso óptimo de los recursos escasos, el interés público en la represión de ciertos tipos delictivos, y como la contrapartida surge la capacidad de responder políticamente ante la comunidad por no actuar o por el contrario, rigiéndose por el principio de oportunidad reglada, en donde previamente el legislador establece los parámetros dentro de los cuales puede decidir si ejerce o no la acción penal.

“Precisamente la vía de la oportunidad reglada conocida en otras latitudes como la discrecionalidad técnica, la que se ha acogido como regla de comportamiento de la Fiscalía, y de todas maneras se adiciona previo control judicial, por que será una decisión de esa naturaleza la que avale la posición del ente acusador”⁷.

1.2.2 Reforma Constitucional (Acto Legislativo 03 de 2002). Se incluye como novedad constitucional el principio de oportunidad, concretándolo como una

⁷ Revista de Derecho Penal No 29, febrero de 2002. Disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>. Barranquilla, Junio 24 de 2010. 4:00 p.m.

excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal. Supone la posibilidad de abstenérsele perseguir determinadas conductas punibles, o de suspender el procedimiento en curso, con o sin condiciones para ello, en atención a factores diversos, inmersos en una concreta política criminal rectora en un momento y lugar dados.

El principio de oportunidad se ha introducido progresivamente en diferentes ordenamientos europeos como Italia, Portugal, España, siendo en Alemania donde mas detalladamente se consagra en su normatividad orgánica procesal penal.

2. CONCEPTO Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA

En el mes de abril de 2002, durante el gobierno del ex presidente Andrés Pastrana Arango, sus ministros del Interior y de la Justicia y el Derecho, presentaron ante el Congreso Nacional un proyecto de Acto Legislativo tendiente a modificar cuatro artículos de la Constitución Política, según proyecto elaborado bajo la dirección del Fiscal General de la Nación Luís Camilo Osorio Isaza, encaminado a introducir reformas en el sistema de administración de justicia vigente.

Se trataba de un nuevo intento, ya que el año anterior había sido presentado un proyecto de reforma en el mismo sentido pero con un contenido diferente, que no alcanzó a encontrar el consenso necesario para su adopción, por lo cual debió ser retirado. De todas maneras el nuevo proyecto recogía las opiniones recaudadas sobre el tema en el anterior intento.

En esa ocasión el proyecto fue preparado en un trabajo liderado por la Fiscalía General de la Nación y en donde tuvieron activa participación el Ministro de Justicia, el presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el presidente del Consejo Superior de la Judicatura, el Defensor del Pueblo, el Procurador General de la Nación y representantes de la Asociación de Universidades y de la Corporación Excelencia de la Justicia representada por el Doctor Jaime Granados Peña.

Ello significa que no se trató de un simple comité ad hoc, como desafortunadamente se estila de manera frecuente en nuestro acontecer nacional, sino de la presencia en la discusión de las cabezas de las instituciones nacionales directamente implicadas en el tema, o de sus delegados personales, con lo cual se garantizaba un abordaje serio del mismo. A más de lo anterior, durante su trabajo de cuatro meses, fueron escuchadas las opiniones de académicos y juristas especializados en la materia y se estudiaron textos antecedentes de la Constitución de 1991 y de parlamentarios y de otras personas que habían participado anteriormente en discusiones similares.

Estas aclaraciones se hacen necesarias por cuanto no se trataba de introducir reformas sencillas o relativamente importantes en temas marginales. Se trataba, ni más ni menos, que de introducir al más alto nivel constitucional unas normas que dieran un viraje significativo a la política procesal penal colombiana, desde el sistema inquisitivo vigente hacia uno de tendencia acusatoria, acorde con la práctica procesal que se estila en los países del continente europeo, tal como lo manifestaron de manera expresa los ministros del Interior y de la Justicia y el Derecho en la presentación del proyecto de Acto Legislativo:

Esta iniciativa de reforma constitucional tiene la finalidad de modificar la estructura del sistema de procesamiento criminal colombiano, para adoptar uno de clara tendencia acusatoria, en donde el eje del proceso sea el juicio oral y, por esta vía,

se respeten de mejor manera los derechos de los ciudadanos durante la investigación y el juzgamiento.

“El Gobierno Nacional está convencido de la necesidad de asumir el reto de reformar la justicia penal, pues cada día es más dramática la situación de la rama penal del poder judicial, toda vez que la inoperancia del sistema hace que, aún a pesar de los múltiples esfuerzos de los funcionarios, las decisiones sean demoradas, es decir, la justicia sea ineficaz.”⁸

2.1 CONCEPTO

Con el nombre de principio de oportunidad se conoce: “la facultad de no adelantar un proceso penal contra alguien, porque bajo determinadas circunstancias se considera que hay más ventajas en la renuncia a la acción penal que en el enjuiciamiento de una persona”⁹.

el principio de oportunidad es ante todo un instrumento de política criminal, cuya aplicación debería responder a unos lineamientos generales del Estado en materia de aplicación de justicia. Es una figura que se traduce en la decisión de no procesar penalmente a algunas personas por razones de conveniencia general, y

⁸ Gaceta del Congreso número 134, Año XI. 26 de Abril de 2002. p. 3

⁹ REYES ALVARADO, Yesid. El Principio de Oportunidad. Disponible en <http://www.elspectador.com/opinion/columnistasdelimpreso/yesid-reyes-alvarado/columna-el-principio-de-oportunidad>. Barranquilla, Julio 21 de 2010. 4:30p.m.

eso hace que su aplicación sea ante todo de naturaleza política (dentro del marco de la política criminal del Estado) y no estrictamente jurídica.

Ahora que se discute la conveniencia de introducir algunas modificaciones al principio de oportunidad, convendría pensar en la posibilidad de que su manejo esté exclusivamente confiado a la Fiscalía, sin intervención alguna de los jueces. Tomar esa decisión supone admitir de antemano que la responsabilidad por la aplicación del principio de oportunidad recaería exclusivamente en la Fiscalía, y que su inadecuada utilización supondría ante todo una responsabilidad de tipo político, es decir, una censura a la concepción y desarrollo de la política criminal del Estado¹⁰.

Es comprensible que un mecanismo nuevo, como el principio de oportunidad, genere preocupación por la forma en que podría ser aplicado, ya que su inadecuada utilización puede traducirse en equivocados mensajes a la opinión pública. Sin embargo, esa preocupación no debe llevar a la desnaturalización de este mecanismo; así que junto a una buena regulación legal de las hipótesis en las que puede ser aplicado, debe otorgarse a la Fiscalía un amplio margen de libertad en su utilización. Es hora de abandonar la recurrente idea de que no estamos maduros para algunas cosas como el control político a los funcionarios del Estado y comenzar a aplicarlo en casos como el principio de oportunidad; pero para eso es necesario darle a la Fiscalía suficiente discrecionalidad en su utilización.

El principio de oportunidad será aplicado por la Fiscalía dentro del nuevo sistema acusatorio, también, con el propósito de reducir la impunidad. Pero, no podrá

¹⁰ Op. Cit., p.4

aplicarse caprichosamente por el fiscal investigador. El Nuevo Código de Procedimiento Penal establece los momentos y casos en que puede adecuarse.

Hay que montarlo sobre una cultura y política jurídica que sirva para castigar los delitos. Además, de acuerdo con la ley 888 de junio 28 de 2004, corresponderá al Consejo de Política Criminal y Penitenciaria, indicarle al Fiscal General de la Nación el tipo de delitos en los cuales se puede aplicar el principio de oportunidad.

Ejemplo: Un conductor se pasa un semáforo en rojo, y choca el carro contra un poste. En la colisión, pierde la vida el hijo del conductor, un niño de cinco años de edad que iba en el puesto de atrás.

El conductor con su imprudencia cometió un delito. Pero, el fiscal no lo investiga al considerar que con la muerte de su hijo pagará de por vida su irresponsabilidad.....Esa será la condena natural que arrastrará por el resto de vida el infortunado conductor. Es decir, el principio de oportunidad es el modo de resolver con creatividad las investigaciones dentro de un marco criminal de política estatal.

2.2 CLASIFICACION

2.2.1 De acuerdo al grado de discrecionalidad.

Principio de Oportunidad, Flexible o Discrecional. Se estipulan en el ordenamiento jurídico condicionamientos o pautas, pero de manera general y amplia,

permitiendo por lo tanto un margen de interpretación y decisión al funcionario encargado.

Oportunidad Rígida, Reglada. Se establecen una serie de criterios para su aplicación, es decir, que la misma norma procesal define claramente y de forma específica los tipos penales susceptibles de beneficios.

2.2.2 De acuerdo a la etapa procesal

Extraproceso. Se presenta en la etapa que el fiscal tiene absoluta competencia, es decir no ha realizado una acusación ante el juez.

Procesal. Su aplicación se presenta en la etapa del juicio y para su procedencia el imputado y/o el fiscal debe elevar una solicitud en tal sentido al juez del caso.

2.2.3 Fundamentos del principio

Escasa relevancia social de la infracción. No existe interés social de punición y debe ser resueltos por los sujetos de la relación procesal sin poner en marcha el aparato judicial.

Escasa entidad del daño social producido o en la personalidad del inculpado. No podría justificarse mediante criterios discriminatorios de índole económico, sociológico o político.

Político. Su inclusión legal obedece a la necesidad de darle solución efectiva a los problemas de congestión judicial

Consecución de la justicia material en cambio de la justicia formal. Permite un proceso sin dilaciones injustificadas, permite seleccionar y tratar de forma diferente los hechos más graves de los que tienen un mínimo interés social.

2.2.4 Objetividad

Discriminalización. Con relación a conductas punibles, evitando la aplicación del poder punitivo, utilizando otras formas de reacción estatal frente a la conducta punible para lograr mejores resultados.

Resarcimiento a la víctima. Debe ser rápido y oportuno, de tal manera que no sea necesario esperar el tiempo que dura el proceso para la lograr la reparación-.

Eficiencia del Sistema Penal. En situaciones en que es indispensable su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento y su dedicación a los delitos graves o de mayor lesividad.

2.2.5 Características

Es Excepcional. Le permite al fiscal, de manera excepcional, suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal.

Es Reglado. Las causales de aplicación están señaladas por parte del legislador de forma clara y precisa.

Aplicación. Debe hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

Control de legalidad. Sometido a un control de legalidad por parte del juez de control de garantías, en cualquiera de los tres eventos, interrupción, suspensión y renuncia.

2.3 DIFERENCIAS JURÍDICAS ENTRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, INDULTO Y/O AMNISTÍA

2.3.1 Principio de oportunidad. “El principio de oportunidad, entendido como la potestad reglada a cargo de la Fiscalía General de la Nación, para investigar o no determinadas conductas”¹¹, supone toda una justificación político criminal anterior, en cuyo centro se deben tener en cuenta los fines atribuidos no sólo al Derecho

¹¹ SALAMANCA ROA, Gabriel Humberto. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Principio de oportunidad en el Sistema Acusatorio. Ley 906 de 2004. Disponible en. http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20salamanca%20roa

Penal como herramienta de control social, sino al mismo Estado a través de su peculiar organización; de esta manera cuando la sociedad se ha puesto de acuerdo en el modelo institucional a desarrollar, retoma el análisis de la funcionalidad y finalidad que los diferentes mecanismos de control social formal e informal deben cumplir.

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.

“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”¹².

Varias veces suele escucharse que en Colombia no se cuenta con una verdadera política para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, precisamente por los continuos cambios legislativos motivados en simples razones de eficiencia, que

¹² Ley 1312 de 2009 de la República de Colombia. Disponible en:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1312_2009.html

introducen instituciones foráneas sin ninguna clase de arraigo cultural y constitucional, a espaldas muchas veces de los intereses sociales; con esto no se está criticando la inclusión del principio de oportunidad en la reforma al procedimiento penal, pero si se está llamando la atención sobre las verdaderas motivaciones legislativas que estuvieron detrás de tan cara herramienta. Este es un intento por tratar de reconstruir los pasos de la institución cuya implementación y ejercicio dará mucho de que hablar, para finalmente determinar si su incorporación responde a una estrategia de justicia definida, o si por el contrario corresponde a una mera herramienta para descongestionar despachos judiciales.

2.3.2 Indulto. Como lo señala el Artículo 88 num. 2 del C.P. también se liquida la sanción penal en los casos de “indulto”. “Esta causal extintiva debe entenderse como el acto soberano del órgano ejecutivo encaminado a atenuar, suspender condicionalmente o perdonar las consecuencias jurídica de una condena penal ejecutoriada, en un caso concreto; esto, justamente, la diferencia de la amnistía que supone la concesión de la impunidad por parte del órgano legislativo mediante una ley debidamente promulgada, y para una generalidad de casos”¹³

Indultar es perdonar o reducir la pena no por el juego de los atenuantes sino por otro tipo de circunstancias, generalmente asociadas con actos de generosidad. Estrictamente el indulto es condonación, remisión o extinción de la pena impuesta; el indulto configura una atenuación o relevo de la pena que se ha conocido de

¹³ RODRIGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ. Derecho Penal . Ed. Covo-Vives. 5ª Ed. Bogotá. p.949.

antiguo y que no encuadra con facilidad en la lógica jurídica. En efecto, establecida la ley represiva y juzgando que alguien es responsable plenamente de un delito, no cabe sino resolver que debe cumplir la sanción prevista en la ley y declarada por la justicia. La adopción ulterior e inmediata de una medida que suprima o reduzca la condena atenta en principio contra la firmeza de los fallos, contra la ejemplaridad que la legislación penal persigue y contra la retribución individual que la misma pretende infligiendo un mal en su persona a quien lo ha causado en la de otro, en sus derechos o bienes. Hay que buscar, pues, en motivos políticos la raíz del indulto.

2.3.3 Amnistía. En términos generales la amnistía es el olvido del delito. Estrictamente es acto del poder estatal que cubre con el velo del olvido las infracciones penales de cierta clase, dando por conclusos los procesos comenzados, declarando que no deben iniciarse los pendientes o bien declarando automáticamente cumplidas las condenas pronunciadas o en vías de cumplimiento. Como lineamiento básico se establece que la amnistía posee carácter general; es decir, que abarca a una serie de delitos; y, en circunstancias excepcionales, a la generalidad de los procesados o condenados. En cambio, el indulto constituye manifestación individual.

"El conde de PEYRONNET, ministro del rey de Francia CARLOS X. estableció un notable paralelo, citado con frecuencia, entre amnistía y perdón, cuyos pensamientos principales son estos: la amnistía es olvido; perdón es indulgencia,

piEDAD. Aquélla no repone, sino borra; éste nada borra, sino que abandona y repone. La amnistía vuelve hacia lo pasado y destruye hasta el primer vestigio del mal”¹⁴.

El perdón no va sino hacia lo futuro, y conserva en el pasado cuanto lo ha producido. El perdón supone crimen; la amnistía no supone nada, a no ser la acusación. El perdón no rehabilita; antes, por el contrario, añade a la sentencia del juez la confesión, al menos implícita, del sentenciado que lo acepta. La amnistía no solamente purifica la acción, sino que la destruye; no para en esto: destruye hasta la memoria y aun la misma sombra de la acción. El perdón es más judicial que político; la amnistía, más política que judicial. El perdón es un favor aislado que conviene más a los actos individuales; la amnistía es una absolución general que conviene más a los hechos colectivos.

Como juicio agrega: la amnistía es a veces un acto de justicia; y alguna vez acto de prudencia y habilidad.

No fallan ejemplos de príncipes y gobiernos que hayan sacado mejor partido de las amnistías que los mismos a quienes se han concedido. La amnistía aventaja al perdón en que no deja tras sí ningún motivo legítimo de resentimiento. La política

¹⁴ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico Usual. Tomo I. Ed.Heliasta. S.R,L. Argentina, 1981. p. 275 y 276.

tiene crímenes a los que no debe concederse amnistía ni perdón. Los tiene que merecen perdón. Lo mejor es siempre sepultarlos en una amnistía.

“La concesión de amnistías es facultad que suele corresponder al poder legislativo, por cuanto significa una derogación parcial de las leyes penales. Sin embargo, en ocasiones el poder ejecutivo se decide a otorgar estas liberaciones más o menos masivas”¹⁵.

Nuestra regulación penal hace referencia a la amnistía impropia como causal de extinción de la pena, lo que obliga a diferenciarla de la amnistía propia.

Amnistía Impropia. Algunos penalistas califican de este modo la extinción de la pena que, por decisión legislativa o por acto ejecutivo, favorece a los condenados por delitos políticos -y abusiva y repudiablemente a los comunes-, que recuperan su libertad o recobran otros derechos de los que hubieren sido privados por la condena. En verdad, lo de impropia sorprende un tanto; pues esta modalidad configura la amnistía típica, especialmente por cambios políticos, electorales o revolucionarios, que invierten el concepto de delito y legalidad en la materia o al servicio de la apaciguación nacional.

Debido a eso parecería más certero hablar de amnistía parcial en el sentido de que, ante lo irreversible de los hechos consumados, no cabe perdonarlo todo, por

¹⁵ Ibid, p.275

cuanto se ha purgado parte de la pena. Resulta patente que el beneficio se concreta a la condena pendiente.

El Principio de Oportunidad no es una discriminación sobre la conveniencia o no de su aplicación, debido a que esta regulado en el artículo 60 de la Ley 81 de 1993 que modifica el artículo 38 del C.P.P., donde se señala los delitos que admite desistimiento. Aquí se denominan “conciliación” y es factible aplicar en: Indagación previa, previo acuerdo se expide resolución inhibitoria, en Instrucción, luego de expedido el auto admisorio, pasado diez días siguientes debe realizarse la audiencia de conciliación, si prospera se expide la resolución de preclusión, en el Juzgamiento; Hasta antes que quede ejecutoriada la sentencia definitiva. El reconocimiento del acuerdo se declara mediante “auto de casación de procedimiento” por tratarse de causal objetiva de extinción de la acción penal. La conciliación es sobre contenido estrictamente económico.

Amnistía Propia. La que comprende a procesados por delitos políticos o asimilados. Un análisis estricto, en combinación con lo técnico, permite expresar que tal amnistía no lo es a veces; puesto que entra en lo posible que el proceso terminara con la absolución y que en consecuencia, nada hubiera que perdonar. “En esta especie, contrapuesta a la amnistía impropia -de la cual cabe aplicar algunas consideraciones a la vez por antítesis y conexión-, más que liberar de

condenas, no pronunciadas, lo que se lleva a término es una extinción del proceso por borrada la tipicidad o por una impunidad dispuesta para el caso"¹⁶.

En términos concretos la diferencia entre amnistía propia e impropia es la siguiente: La primera es una causa de extinción de la punibilidad en abstracto que favorece a quienes están siendo procesados por delitos políticos. La segunda, es decir, es una causa de extinción de la punibilidad en concreto que favorece a los delincuentes políticos que ya han sido condenados por sentencia ejecutoriada.

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo. Op.Cit.. p. 276

3. PRECEPTOS DE LEGALIDAD EN RAZÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Se le atribuye al Estado de Derecho existente en la legislación colombiana marcar las pautas del surgimiento, desarrollo y aplicación de nuevas instituciones jurídicas, de ahí se puede observar claramente que los preceptos de legalidad como antecedentes son de vital importancia para su implementación. Por tal motivo se encuentran influenciados con esta institución jurídica novedosa para el caso de Colombia principios como son: función del derecho penal, función de la pena, aspectos generales del principio de legalidad, principio de favorabilidad y el principio de la retroactividad de la ley penal.

3.1 FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

En primer lugar, se debe distinguir entre el objeto de estudio del derecho penal, su función y la finalidad o telos que se pretende lograr por el mismo, como instrumento jurídico de control social del Estado. En cuanto a las funciones del derecho penal la mayoría de los autores son acordes al sostener que el derecho penal, tiene un doble carácter y funcionalidad así: preventivo y sancionador. Inclusive, además de la doctrina jurídica imperante, por vía de jurisprudencia y de legislación, se le asigna esta función dual, hasta el punto que tanto en el código penal anterior como en el actual se le señala a la pena la función retributiva y

preventiva, es más en el código penal de 2000, se dice que cumple una prevención general y especial.

Se entiende por preventivo, lo que se dice destinado a impedir, evitar vedar o precaver algo, un daño, es decir, rehuír o eludir un resultado.

Mientras que lo represivo o coactivo, se dice de lo que conlleva el empleo de la fuerza o sanción destinada a obligar a alguien hacer algo, aún cuando no lo quiera, o no hacer algo, aunque lo quiera. Reprimir, es refrenar o contener mediante un castigo.

Jescheck, sostiene la doble función represiva y preventiva del derecho penal, así: “En primer lugar, el derecho penal realiza su tarea de protección de la sociedad castigando las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza represiva. Un segundo lugar, cumple esa misma misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, por lo que posee naturaleza preventiva. La función represiva y la función preventiva del derecho penal no son, sin embargo contradictorias, sino que deben concebirse como una unidad”¹⁷

Contrario a lo anteriormente expuesto, se considera que básicamente el derecho penal, tiene un carácter coactivo y una función represiva, porque mediante la

¹⁷ JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de derecho penal. Parte general. Traducción de Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Vol. I. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, p.23

fuerza sancionadora del Estado, recogida en una medida punitiva concreta, contemplada en la ley penal, cumple la función de castigar, dentro de cierta dosimetría a los destinatarios específicos del sistema penal o sea a los sujetos activos del delito. Vale la pena preguntar: ¿Permite el carácter coactivo y a función sancionadora del derecho penal es decir aquella por la cual el órgano jurisdiccional del Estado, reprime o castiga a los agentes de delitos que los restantes individuos en general se encuentren obligados a no cometer conductas típicamente injustas?. ¿Será posible que la amenaza de la pena engendre cierta coacción o intimidación psicológica, como decía Pablo Anselmo Von Fuerbach, en los destinatarios genéricos de la ley penal, o sea la sociedad en general? ¿O por el contrario será el grado de conciencia moral y social de cada uno de los asociados, factor que lo determine o lo condicione a actuar no contrariando el derecho, ni los intereses jurídicos que la sociedad y el Estado están acordes en preservar?

Resulta indemostrable afirmar que el derecho penal, cumple la función preventiva del crimen, en cuanto se conciba destinado a impedir, precaver, evitar, las conductas que dañen o hagan peligrar los bienes jurídicos de la comunidad, ya de sus miembros, o del establecimiento jurídico político. Desde sus orígenes y en el curso de su evolución histórica, el derecho penal no ha logrado impedir, disminuir evitar o prevenir los comportamientos delictivos.

Los códigos penales no han evitado, ni han podido prevenir el surgimiento dinámica de la criminalidad como fenómeno socio político. La labor del delito no la

cumple el derecho penal, ni aún mediante penas crueles, ni extintivas, como las penas capitales o de muerte, prisión perpetua, mutilaciones, etc, sino que la verdadera prevención se cumple a través de la política social, económica y cultural de todo el sistema estatal, en un esfuerzo conjunto con todos los estamentos de la sociedad, lo cual se complementa con una adecuada política criminal alternativa, encaminada a la reeducación y corrección mediante una nueva macro pedagogía social. Esta labor preventiva o de profilaxis social, se puede traducir en una disminución considerable de las hienas delictivas, pero no en su abolición absoluta, pues, el delito no dejará de ser una constante histórica, no obstante se puede reducir su dinámica.

Por lo anteriormente expuesto, se puede decir, la función del derecho penal, en los términos y condiciones en que rige en la mayoría de los Estados actualmente, es eminentemente represiva, la pena en si misma, independientemente de su legitimidad no deja de ser un acto de fuerza. Dicha función, se distingue del objeto de estudio, el cual es de carácter normativo o dogmático jurídico acerca del delito, de las penas y las medidas de seguridad.

Obviamente que para desarrollar los anteriores aspectos hay que tener en cuenta que todos estos conceptos se fundamentan en el principio de legalidad, de modo que resulta de notable importancia el estudio de la ley penal.

Como es indispensable hacer el análisis jurídico de este principio de legalidad, no se puede apartar de la aplicación del principio de oportunidad, ni estudiarlo independientemente, ya que genera una excepcionalidad en su aplicación a dicho principio, con fundamento en lo preventivo y represivo de la ley penal en Colombia y no en la reeducación, resocialización del individuo.

3.2 PRINCIPIO DE LAS FUNCIONES DE LA PENA

El artículo 4° del nuevo código, dispone: “La pena cumplirá las funciones de prevención general retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”¹⁸

En el artículo 12 del derogado Decreto 100 de 1.980, se establecían las funciones de las penas y las medidas de seguridad respectivamente. En la ley 599 de 2.01* se establecen separadas dichas funciones en dos artículos. Con relación a la función de las penas señaladas en el artículo 4o del actual estatuto punitivo, se encuentra que en esencia son las mismas funciones atribuidas en la disposición legal derogada, así A) función preventiva (general y especial) del delito, B) función retributiva (justa y ejemplar) y C) (unción de reinserción social y protección del condenado denominada en la anterior codificación resocializadora.

¹⁸ Sentencia C-070 de 1992. Corte Constitucional Colombiana. Bogotá D.C.

Respecto a la denominada prevención se señala en la doctrina tradicional el carácter de la prevención general de la misma. Cuando el legislador consagra las penas a cada uno de los delitos tratando con esto de evitar la comisión de otros nuevos, de tal manera que la pena pública o estatal, tenga efectos psicológicos sociales disuasivos pasa que los destinatarios genéricos de la ley penal que son todos os habitantes del territorio nacional no quebranten las normas de derecho.

La prevención especial, según la norma rectora acontece cuando la pena se concreta o se aplica en el destinatario específico de la ley penal que no es otro que el sujeto agente del reato, particularmente, cuando este es sancionado con pena privativa de la libertad, o sea pena de prisión se trata de evitar que vuelva a delinquir.

En la exposición de motivos se acogieron los conceptos respetables desde luego aun cuando no compartidos del todo, sobre este particular, que fueron expuestos por la Corte Constitucional, que a la letra dice:

La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente a el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas¹⁹.

¹⁹ Sentencia C-430 de 1996, C-144 de 1997. Corte Constitucional Colombiana, Bogotá D.C

La definición legislativa de las penas en un Estado de derecho no está orientada por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general esto es, debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende “que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones. La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no solo desde el punto de vista fundamental de la dignidad humana (Artículo 1o de la Constitución Política), sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la Constitución),

La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona en relación todas con la sanción resocializadora como fin del sistema penal.

Todo lo anterior nos merece una serie de consideraciones acerca de la función preventiva atribuida a la pena, la función retributiva y resocializadora. En efecto, las consideraciones acerca de la formación preventiva tanto general como especial, al igual que la resocializadora llaman a unas reflexiones, observaciones y objeciones fundamentadas más en la realidad o práctica misma del asunto que en la disquisición teórica o meramente conceptual. Así, pues, en cuanto a la función de prevención genérica y específica, se anota que más que prevenir o

evitar con la amenaza de la pena la comisión de nuevos ilícitos penales, antes que preservarla realidad social del flagelo del delito, se trata es de mantener la incolumidad formal del ordenamiento jurídico general, el cual a la postre conforme a los factores reales criminógenos y su dinámica polarización resulta quebrantado no obstante la gravedad, si se quiere la rigidez o crueldad de la pena, en el peor de los casos.

Es más, ni aún la pena por benigna severa que sea, nonos permite asegurar la prevención especial al privar de la libertad al reo, pues, en el fenómeno carcelario, se encuentran en mochos casos, no excepcionales por cierto, que aún desde los panópticos o cárceles, inclusive de ‘alta seguridad’ se puede continuar delinquiendo tanto interna como externamente por el agente condenado. Las cárceles continúan siendo los “high school de la criminalidad’, centros de especialización del delincuente en donde se entra por carterista o raponero y se sale experto en asaltos bancarios. Excepciones, son las que constituyen en quienes ingresan por primera vez y no regresan como reincidentes o se alejan definitivamente del delito, no por merced de los efectos benéficos del encerramiento que no son tales, sino por motivos que obedecen más a principios, criterios y convicciones personales y morales del exterior y convicto.

Entonces se puede afirmar que la pena realmente no permite prevenir en sentido general, ni especial la criminalidad o delincuencia como fenómeno político social, pues, con el derecho, ni con el sistema penal, no se ha logrado evitar, siquiera en

la mayoría de los casos disminuir la dinámica de los comportamientos delictivos, ya que la labor de prevención general y especial de las distintas modalidades delictivas, se logra mediante una adecuada y concertada política social y una política criminal alternativa encaminada a la erradicación de la etiología criminal, Ahora, desde el punto de vista conceptual sistémico, la teoría de la prevención general y especial, en el marco del positivismo o normativismo jurídico se orienta más a la preservación o custodia del orden jurídico y su mantenimiento en vigencia, que a la verdadera defensa de la sociedad frente al crimen, con sus secuelas de dañosidad social.

3.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

EL artículo 6° del nuevo código penal, dice: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez y el tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada Juicio. La preexistencia de a norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco”²⁰.

La ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

²⁰ Código de Procedimiento Penal. Ley 599 de 2000. Ed. Leyer. Bogotá, D.C. 4ª Ed. p. 59

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas. El anterior es el texto definitivo del artículo sobre el principio de legalidad del delito y de las penas, anotando que varió considerablemente el texto inicial del proyecto presentado por la Fiscalía General de la Nación para a discusión y aprobación del Congreso, pues, la norma inicialmente decía o que sigue: “Las descripciones típicas y las sanciones penales estarán contenidas en las leyes vigentes y previas a la realización de la conducta punible.

La ley permisiva o favorable, posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

En éste artículo 6o del código penal de 2000, como en el texto inicial del proyecto se refunden o se contemplan tanto el principio de legalidad de los delitos y de las penas, como también el principio de favorabilidad en materia criminal y el de exclusión de analogía ‘inmaiam partem” y aceptación de la analogía ‘in bonam partem, éstos principios se encontraban contemplados por separado en los artículos 1o, 6o y 7o del C. P del 1980.

En cuanto al inciso tercero que se incluyó en el texto, durante los debates iniciales en el Congreso, que decía: “Igual criterio se aplicará cuando los organismos encargados de unificar la jurisprudencia nacional varíen su jurisprudencia” el cual

fue objetado por el ejecutivo, al ser sometido a nuevo debate se suprimió del texto legal definitivo.

Es de observar que en la redacción del principio de legalidad propiamente dicho en el texto definitivo del código, mejoró su redacción respecto del tenor del artículo 6 del proyecto inicial, habida cuenta que en este se hacía referencia a las descripciones típicas contenidas en las leyes vigentes, como si el principio de tipicidad pudiese comprenderse por el de legalidad, pero son diferentes, aún cuando el primero el principio de legalidad o reserva es base o fundamento del segundo, es decir el de tipicidad. El texto del artículo 6° abarca en un sólo principio, el de legalidad, los de favorabilidad y exclusión de la analogía legis o en mala parte, para dar acogida a la excepción de la analogía ‘ir’ bonan partem” o sea a que se aplica en materias permisivas.

Se puede decir entonces, que resultaba más técnica y sistemática, la redacción por separado de las normas rectoras sobre legalidad del delito y de las penas. El principio de favorabilidad en materia criminal y el de exclusión de analogía legal, tal como se contemplaba en el código penal.

3.4 PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL

Se encuentran sus fundamentos constitucionales en el 3er inciso del artículo 29 de la Carta Constitucional que letra dice: “en materia penal la ley permisiva o

favorable aún cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Es básicamente un principio orientador acerca de la interpretación y aplicación de la ley penal, pues, constituye una excepción al principio penal de la irretroactividad de la ley, al igual que es una excepción a la regla general de interpretación contemplada en el artículo 31 del Código Civil, en el sentido que lo favorable u odioso de una ley no debe tenerse en cuenta para ampliar o restringir su alcance, sin embargo el artículo 44 de la Ley 153 de 1887, acoge el principio de favorabilidad en los siguientes términos : “en materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la restrictiva aún cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito”. Esta ley favorece a los condenados que estén sufriendo su condena.

Es de anotar que en el artículo 3o del Código Penal de 1936, como en el artículo 6 del Código Penal anterior, acogieron el principio de favorabilidad. En cuanto que las leyes son irretroactivas, se entienden que ellas rigen siempre hacia el futuro y no hacia el pasado, sin embargo en materia penal cuando la ley sea permisiva o favorable al procesado, podría aplicarse hacia el pasado de modo excepcional. Conforme al tenor del principio de favorabilidad se debe evitar exegéticamente, pues cuando se hace alusión a los que estén sufriendo condena, no debe restringirse el alcance de la norma, sólo o respecto a aquellos imputables que hayan resultado sentenciados condenatoriamente sino, que también deben entenderse que se incluyen a los inimputables que hayan sido sentenciados con medidas de seguridad.

Por las anteriores razones para evitar interpretaciones exegéticas el profesor Alfonso Reyes Echandía recomendó con relación al texto del anterior código penal de 1980, que se podía reestructurar la norma con el siguiente tenor : “la ley permisiva o favorable aún cuando sea posterior a la conducta realizada se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorables aún cuando no esté vigente en el momento del fallo”.

3.5 EFECTOS RECTROACTIVOS DE LAS LEYES PENALES FAVORABLES

A pesar que por regla general las leyes penales rigen hacia el futuro o a partir de su vigencia, excepcionalmente, conforme al principio de favorabilidad en materia criminal algunas leyes penales tienen efectos retroactivos en cuanto favorezcan al procesado e inclusive al reo que se encuentre sufriendo condena. En suma, los casos de efectos ultra activos son apodicticamente favorables al inculpatado.

El principio de favorabilidad en materia criminal, se encuentra consagrado el inciso 2º del artículo 29 de la carta fundamental, consistente en que en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. En igual sentido se expresa el inciso 2o del artículo 6º del actual código penal colombiano, al cual ya hemos hecho referencia, de modo que la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable²¹.

Ello también rige para los condenados. El derecho penal moderno, tiende a progresar y consolidarse, sobre bases más humanísticas y liberalizantes,

²¹ MONROY SIERRA, Jerónimo Alberto. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Antillas. Bogotá, 2005. p.231

quedando rezagados los conceptos talionales, vindicativos, aflictivos y retaliadores de la pena, para transformarla en medida civilizada y resocializadora. Quizás hasta el presente, no se halla logrado tan noble y altruista función, sin embargo las modernas corrientes doctrinarias plantean sin desfallecer la necesaria humanización de las penas y el tratamiento benigno dentro de límites racionales a los procesados y condenados. Las normas antes citadas se encuentran en concordancia con los artículos 43, 44, 45, 46 y 47 de la ley 153 de 1.887

El principio de favorabilidad en materia criminal, constituye una excepción a la regla de interpretación contemplada en el artículo 31 del CC, que establece: "Lo favorable u odioso de la ley no debe tenerse en cuenta para ampliar o restringir su alcance." En materia penal, si se tiene en cuenta lo favorable o benigno de la ley, al cotejar una disposición penal anterior y otra posterior, a fin de establecer cual es la que más beneficia o es más permisiva con relación a los intereses jurídicos del procesado o condenado.

En la interpretación del inciso 3º del artículo 29 de la Constitución Política de 1.991, como también del inciso 2º del artículo 6º del C.P de 2.000; se debe evitar la exégesis doctrinaria ya que según el tenor literal de dichas normas al parecer solo se hace alusión "a los que estén condenados" pues sí se interpreta literalmente solo se aplicaría a los imputables que estén condenados.

“Dicho principio también ampara a los inimputables que se encuentren cumpliendo medidas de seguridad. Para evitar tales desaciertos interpretativos por exégesis doctrinarias y jurisprudenciales en la aplicación de dichos artículos, se recomienda una interpretación extensiva de la norma del inciso 2o del artículo 6º del código penal”²², en el sentido que la ley permisiva o favorable, así sea posterior a la conducta realizada, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, aun cuando no esté rigiendo en el momento de la sentencia. Sin embargo, no se puede acudir a diferentes leyes para obtener con su aplicación conjunta y simultánea una solución que favorezca los intereses del procesado o del reo. Obviamente, que el principio de favorabilidad se aplicará también a quienes estén condenados a cualquiera de las penas contempladas en el nuevo código o sometidos a medidas de seguridad.

3.6 ENFOQUE DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Para algunos tratadistas del Derecho Penal, el llamado principio de oportunidad puede considerarse, como una excepción al principio de legalidad, ya que esta nueva institución en el sistema de procedimiento penal colombiano, es conocida como : “la facultad constitucional que tiene la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existan fundamentos para adelantar, suspender, interrumpir y renunciar a la persecución penal, por razones de política criminal y según

²² Ibid. p.231.

causales taxativamente definidas en la ley, sometidas a control de legalidad ante el Juez de Control de Garantías”²³

Tanto que al principio de legalidad el fundamentarse en el concepto retribucionista del proceso fundado de la teoría absoluta de la pena, de la idea que impera en un orden absolutista. En el derecho penal continental el principio de legalidad sufre consecuentemente un grave cuestionamiento, en la práctica judicial, que acarrea que en el funcionamiento real del sistema judicial resulta difícil establecer una notable diferencia entre el principio de legalidad y el de oportunidad o discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

Para el derecho penal el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal es la norma predominante en el proceso penal, independientemente que tales dogmas se han ido penetrando en algunos países, criterio de oportunidad reglada, con el objetivo de conquistar una mayor eficiencia y celeridad de la administración de justicia.

El principio de legalidad, es decir, todo aquello que es conforme a la ley, a las normas que integran el ordenamiento jurídico, debiendo entenderse este principio a partir de la base de la teoría de la formación del derecho por grados, sistematizada muy bien por Hans Kelsen, según el cual el conjunto de normas que conforman el derecho de un país, o sea, la legalidad, no es un conjunto

²³ Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal Colombiano. Art. 323. Ed. Leyer. Bogotá, p. 245

desordenado sino que por el contrario se trata de un ordenamiento jerárquico en el cual unas normas depende de otras según su importancia.

Teniendo en cuenta lo anterior es claro que en virtud del principio de legalidad la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, vale decir que todo los actos que dicte y las actuaciones deben respetar las normas superiores.

Como es fundamental hablar del principio de oportunidad, es factible hacerle una introducción constitucionalista enfocada a la teoría de legalidad de Hans Kelsen, y retribuirle su operatividad en el derecho de nuestro país, gracias a aval que le permite la Carta Política de 1991.

La Constitución Nacional en su artículo 250, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, en el artículo 2º, le brinda a la facultad a la Fiscalía de que sea el titular de la acción penal y además le dicta una discrecionalidad para implementar o aplicar el principio de oportunidad cuando se cumplan las exigencias de su aplicabilidad.; permitiendo así agotar la superioridad de la norma jurídica que enmarca el actuar del sistema jurídico en Colombia (supremacía constitucional Art. 4 C.P.).

Bien sea la facultad o discrecionalidad de la Fiscalía para adelantar en pocas palabras lo que vendría a conocerse a través de la práctica, la excepción del principio de legalidad en Colombia, ya que un sujeto que realizare una conducta o

un hecho que revista características de delito y en el mejor de los casos sea o este condenado, sea participante o candidato a la justicia penal premial, a través de este principio de oportunidad en la medida en que se interrumpa, suspenda y renuncie a la persecución penal.

Por otra parte agotando el fundamento constitucional, se permite nombrar el fundamento legal de esta institución que en cierto modo crea una inquietud jurídica en el ámbito de su aplicación, la Ley 1312 de 2009, y la ley 906 de 2004 entre otras nos argumentan sobre su aplicabilidad, y su titular en el mismo, y por ende su control posterior, permitiendo así garantizar el trámite y el fin de tal aplicación jurídica.

En torno al tema, los que mantienen la posición legalista centran en esencia la polémica en señalar que desde el momento en que el legislador criminaliza una conducta no pueden admitirse excepciones, a la función requirente de la autoridad competente. Contrariamente este estaría sustituyendo y disponiendo en virtud de una norma procesal frenaría los esfuerzos legislativos por tipificar conductas y fijar penas, también se puede poner en peligro el principio de igualdad, al permitirse discriminar a la persona de forma tal que unas conductas sean perseguidas y otras no.

De igual manera algunos tratadistas consideran que las ventajas del principio de oportunidad, no pueden pasar por la inmolación de algunos derechos

fundamentales. De otro lado, la concesión de esta discrecionalidad, al Ministerio Público, supondría un grave retroceso en el sistema de garantía, sobre todo mientras que el Fiscal siga dependiendo del poder ejecutivo. Por otra parte se observan opiniones diversas respecto de las posiciones legalidad-oportunidad, que enuncian que cada uno de estos principios contrarios acentúan partes diferentes de la idea de regulación jurídica, colocando así a la legalidad del lado de la justicia ideal, del lado de las teorías absolutas de la pena, mientras que la oportunidad se inclina hacia la orientación a fines del derecho penal, hacia las teorías relativas de la pena, estigmatizando a la legalidad como teorías clásicas y la oportunidad, como teorías moderna. Por esta razón resulta conveniente una evaluación exhaustiva y reflexión de la relación legalidad y oportunidad como problema de implementación del derecho, antes que un problema teórico, por ello se supone que los casos de oportunidad, sean determinados con precisión para resguardar la igualdad, y el Estado de derecho.

“Tradicionalmente en Colombia, la política criminal entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, no han hecho parte de la política social en cuyo seno se encuentra la consecución de ciertos fines, como el bienestar común, la calidad de vida y el respeto de los derechos fundamentales”²⁴.

²⁴ SALAMANCA ROA, Gabriel Humberto. Principio de oportunidad en el sistema acusatorio. ley 906 de 2004. Disponible en http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20salamanca%20roa. Barranquilla, Junio 24 de 2010. 10.30 a.m.

4. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE DESMOVILIZACIÓN EN COLOMBIA CON A.U.C.

Los antecedentes se ubican el 15 de julio 2003, fecha en que representantes del gobierno colombiano, de la Iglesia católica y de las Autodefensas Unidas de Colombia se reunieron en la localidad de Santa Fe de Ralito para iniciar negociaciones relacionadas con el desarme, la desmovilización y la reinserción de los paramilitares en la vida civil. La atención al desarrollo del proceso y el seguimiento de su cronología no se hicieron esperar, tanto por los sectores nacionales como internacionales.

“El acercamiento no sólo tuvo importancia por las expectativas de paz con un grupo armado ilegal de orígenes no muy claros o definidos y con un mando no unificado, sino por tratarse de múltiples estructuras que han recibido fuertes pronunciamientos de continuas violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”²⁵. Las sucesivas masacres que se han imputado a los paramilitares reflejan la dinámica de la guerra que azota a Colombia hace más de cuatro décadas, en donde se evidencia un interés de dominio del territorio sobre zonas económicamente rentables en las que el negocio del narcotráfico es evidente o potencialmente explotable, alejándose en términos reales del

²⁵ THEIDON, Kimberly. Transiciones conflictivas. Combatientes desmovilizados en Colombia. Revista Análisis Político. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Colombia. No.58 septiembre a Diciembre de 2006. p.95

argumento contrainsurgente con que las autodefensas se fundamentaron o justificaron su *raison d'être*.

En el Acuerdo de Santa Fe de Ralito entre el gobierno nacional y las Autodefensas Unidas de Colombia se pactó el cese de hostilidades, la desvinculación de las AUC del narcotráfico, el acompañamiento de la Iglesia católica, el desmonte de las estructuras, con plazo máximo del 31 de diciembre de 2005, y la desmovilización y reinserción de los combatientes. Notamos su contenido para señalar que está lejos de materializarse como un acuerdo de paz, siendo limitado a la entrega de armas y de hombres en un plazo pactado.

Hasta la fecha, un total de 28.357 hombres se han desmovilizados según datos de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz. En cuanto al registro de las armas entregadas, hasta la fecha estamos hablando de 16.077 armas. La brecha entre desmovilizados y armas entregadas nos sirve para introducir los debates polémicos que el proceso ha generado, no solamente dentro del país sino desde la comunidad internacional y las organizaciones transnacionales de los derechos humanos.

Se estableció que la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de Estados Americanos (MAPP-OEA) se encargara de la verificación del proceso en cuanto al desarme y la desmovilización de los combatientes. De la mano con la Misión, durante los dos años y medio que ha llevado el proceso con las

autodefensas, la Defensoría del Pueblo de Colombia se ha encargado de reforzar la verificación y el cumplimiento de los acuerdos, y, en dado caso, alertar sobre violaciones a los acuerdos y al cese de hostilidades.

“Entre las denuncias que registra la Defensoría desde 2002 se encuentran masacres y abusos contra la población civil aun durante las negociaciones. Gustavo Gallón, presidente de la Comisión Colombiana de Juristas, constata que las AUC son responsables de cerca de 1.900 crímenes durante las negociaciones con el gobierno nacional, violando así el Acuerdo”²⁶.

Ante la comunidad internacional, el escenario no es más alentador. El proceso ha recibido críticas tanto de organizaciones no gubernamentales internacionales, como Human Rights Watch y Amnistía Internacional, como de organizaciones intergubernamentales como la Comisión Interamericana para los Derechos Humanos. Miguel Vivanco, director de Human Rights Watch, argumenta que los paramilitares "están en el mejor de los mundos, pues han logrado frenar la extradición, imponer las reglas en la negociación con el gobierno, frenar las órdenes de captura en su contra y seguir beneficiándose del narcotráfico”²⁷.

En similares tonos Susan Lee, la directora de Amnistía Internacional, constata que este proceso:

²⁶ Anónimo. Alternatividad penal, un proyecto en evolución. Diario El País. Colombia, Noviembre 19 de 2004. p. 1A

²⁷ Anónimo. Prueba piloto va pasando el año. Diario El País. Colombia, Noviembre 24 de 2004. p. 3A

Es sólo una fachada para legalizar a las autodefensas. De otro lado, en el primer informe que presentó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA, entre sus puntos más importantes alerta de la ausencia de un marco jurídico que garantice la verdad, la justicia y la reparación para las víctimas, así como la forma de establecer la justicia y el castigo para los paramilitares acusados por crímenes de lesa humanidad. Se previene sobre los altos grados de impunidad que puede traer esta negociación si no se adopta un marco legal adecuado²⁸.

El marco legal actual está reunido por la Ley de Justicia y Paz, sancionada el 25 de junio de 2005 por el legislativo nacional. La ley aún no entra en vigencia, ya que falta el pronunciamiento sobre su exequibilidad en mayo de 2006 por la Corte Constitucional de Colombia. Esta ley ha sido objeto de múltiples debates, por tratarse del instrumento para la materialización de la justicia y la reparación de las víctimas, tal como lo reconoce el CIDH, y de otra parte, para garantizar que el proceso realmente conduzca por sendos de paz y reconciliación nacional.

Entre sus puntos más polémicos se encuentran los que se refieren a las penas que la ley fija para el castigo de delitos atroces, que está en no menos de cinco años ni más de ocho. Otros puntos controvertidos son: que sólo provee un plazo máximo de 60 días para establecer un proceso de investigación a los ex combatientes sobre el cual serán juzgados, y el vacío que deja la ley al no comprometer a los ex combatientes en la confesión de toda la verdad y sólo ser castigado el ocultamiento de algún hecho si se prueba la existencia del mismo. También existen dudas frente a la ley porque permite que los delitos cometidos por las autodefensas pertenezcan a la categoría de "políticos" y así definidos

²⁸ Diario El Tiempo. AI, dura contra proceso. Agosto 7 de 2004. Colombia. p.4A

como delitos no extraditables a Estados Unidos. De ahí que las víctimas, las asociaciones de víctimas y las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos se pronuncien, dejando claro que, de ser declamada exequible la ley, Colombia se alejaría de una paz sostenible, se beneficiaría la impunidad y no se harían creíbles los discursos y las prácticas de reparación y de paz, pues el mensaje transmitido en el proceso para los aún alzados en armas es el de la impunidad para delitos atroces y el ocultamiento de la verdad.

De otra parte, el proceso de desmovilización individual puede verse en el caso de Bogotá, desarrollado más adelante. Este responde a un objetivo diferente y se aleja de los debates en torno al proceso de desmovilización colectiva con las autodefensas. “Empero, se considera pertinente su estudio, ya que 10.000 desmovilizados reciben beneficios económicos del Estado y realizan procesos similares de reinserción a los desmovilizados colectivos, con miras a la consolidación de un post-conflicto”²⁹.

En los mecanismos de reparación y reconciliación no se debe distinguir entre desmovilizados individuales y colectivos, aunque sean procesos diferentes. A nuestro modo de ver, la construcción de DDR debe implementarse con los ex combatientes, independientemente de que sean individuales o colectivos. Nos parece preocupante desde el punto de vista de las víctimas y victimarios -en su

²⁹ Ministerio de Defensa de Colombia. Cifras según programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado. En <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Combatientes%20Desmovilizados%20en%20Colombia.pdf>

mayoría combatientes rasos- la pertinencia de este proceso. Si bien el programa de desmovilización individual puede generar éxitos en términos militares para la lucha contrainsurgencia, ofrece preocupantes limitaciones en cuanto a la reinserción exitosa de ex combatientes en las comunidades, por su sentimiento y temor por ser delatores, por la distancia de sus lugares de origen, y por las exclusiones y los temores comprensibles de las comunidades receptoras.

Por otra parte, desde el punto de vista político también es cuestionada la existencia de este programa, debido a que más allá que debilitar al enemigo, creemos que los mantiene igual o los fortalece en el mediano plazo perpetuando el conflicto y creando efectos adversos a la legitimidad institucional en el momento en que fracase el proceso de reinserción a la vida civil. Cada vez que escuchamos en las entrevistas -de todas las organizaciones ilegales— “frases que evidencian que por cada dos desmovilizados ingresan cuatro”³⁰, ratificamos que debería replantearse esta categoría de desmovilización individual y el seguimiento que brinda el Estado tanto al desmovilizado como a las comunidades y barrios que los reciben.

El complejo panorama colombiano presenta un caso crítico para el campo de la justicia transicional porque nos lleva a reflexionar sobre la posibilidad o no de trabajar la justicia, la reparación y la reconciliación en medio de una guerra.

³⁰ El número es caprichoso, lo que se quiere dar a entender es la relación que muestra que por cada uno que deserte, ingresan como mínimo dos.

4.1 PRINCIPALES DEBATES EN TORNO AL PROCESO CON LAS AUTO-DEFENSAS DE COLOMBIA.

Se considera importante señalar los principales debates alrededor del proceso. Esto permitirá evaluar con mayor precisión las posibilidades de implementar mecanismos de reconciliación y reparación de víctimas en un contexto de inseguridad.

Los debates giran en torno a tres apreciaciones básicas: el origen de las autodefensas, su carácter político y los motivos que llevan a los paramilitares a negociar con el gobierno de Uribe Vélez.

Los estudios que indagan sobre los orígenes de las autodefensas remiten a tres espacios históricos (en una clasificación muy general pero no por ello menos pertinente): el período de la Violencia, en donde la iniciativa para la creación fue del Estado; el segundo momento se desarrolla durante la década de los ochenta hasta 1997, cuando se consolida el paramilitarismo en el territorio nacional bajo un proyecto no unificado, sobresaliendo la consolidación de múltiples estructuras que respondían a intereses locales particulares; y el último comienza a partir de 1997, cuando se unifican varias fuerzas autónomas surgidas regionalmente bajo un solo proyecto liderado por Carlos Castaño, las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, con miras a ser vistas como *una* sola organización con carácter político "colectivo".

Pensando en el primer momento histórico, según Daniel García-Peña: “la primera aproximación histórica de la creación de grupos de autodefensa se encuentra en el Decreto legislativo 3398 de 1965, que fue convertido en legislación permanente por la Ley 48 de 1968 que estableció el fundamento jurídico para la conformación de grupos de autodefensa bajo el auspicio y control de las fuerza armadas”³¹. Como lo argumenta el autor, si bien esta iniciativa puede ser evaluada dentro de un contexto de lucha contrainsurgente heredero de una lógica de guerra fría, esta legislación no tuvo una adecuada reglamentación de estas estructuras y su funcionamiento, convirtiéndose en la opción más apropiada para la protección de los intereses de las élites locales y la expansión del factor narcotráfico en el territorio nacional.

Sin embargo, así como la creación legal generó incentivos adversos al fin de la lucha contrainsurgente, la declaración de ilegalidad contribuyó a la necesidad de consolidarse en un actor político armado, que hiciera sutil la infiltración del narcotráfico justificado en una forma de subsistencia en una economía de guerra contra la insurgencia, que se mostrara con mando unificado y, esencialmente, que fuera objeto de una negociación política, capaz de perdonar las sucesivas masacres imputadas al paramilitarismo, desdibujar la potencialización del narcotráfico, evadir el pedido de extradición por parte de

³¹ GARCIA-PEÑA JARAMILLO, Daniel. La relación del Estado colombiano en el fenómeno paramilitar por el esclarecimiento histórico. En Revista Análisis Político. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. No.53. Bogotá. p.59

Estados Unidos y propiciar el perdón y el olvido con poca verdad, hacia las víctimas del conflicto.

“El segundo momento histórico aquí señalado, en el que el fortalecimiento del narcotráfico en los años ochenta y la protección de las élites de su estatus político a nivel local en 1982 “(en el momento en que el presidente Betancourt establece los primeros diálogos con la insurgencia)”³², cuestiona el objetivo de la lucha contrainsurgente que las originó, apareciendo múltiples estructuras que respondían y servían a estos intereses particulares”³³.

Es así como se empiezan a dar las discusiones sobre el carácter político de las autodefensas y la pertinencia de su existencia, para ser así declaradas ilegales en el gobierno de Virgilio Barco: mediante "los decretos 813, 814 y 815 de 1989 estableció la tipificación de la conformación de éstos como conducta punible y creó el Comité antisicarial para coordinar los esfuerzos interinstitucionales en su contra.

Para esto es relevante traer la apreciación de Camilo Echandía al considerar “la experiencia de muchas regiones con presencia paramilitar, cabe preguntarse si su oferta de protección no es mayor a la demanda; si la protección que ofrece supone

³² ROMERO, Mauricio. Paramilitares y Autodefensas 1982-2003. Ed. Planeta. Bogotá, 2005. p. 132

³³ CUBIDES, Fernando. El poder militar. Narcotráfico y paramilitarismo ¿Matrimonio indisoluble?. Ed. Planeta. 2005. p. 215

el uso real o potencial de la violencia; y si, en lugar de acabar con una situación de desconfianza, no termina más bien alimentándola”³⁴.

Es notable que la unión de estas estructuras atomizadas esté dada por la negociación; la divergencia, en cambio, siempre ha estado marcada por la primacía de intereses privados que favorecen la protección y disputa por territorios para el narcotráfico, y la conservación de un *statu quo* que no cambie el orden en los poderes locales.

Se puede apreciar el tercer momento histórico en el año de 1997 cuando Carlos Castaño declara la creación de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC); esto coincide con la cuarta ruptura estratégica que señala Juan Garzón en su estudio: "se da la cuarta ruptura estratégica cuyo momento clave es 1997, año en el cual se da la primera conferencia nacional de dirigentes y comandantes de las autodefensas campesinas y conforman las AUC"³⁵. En este punto el objetivo defensivo pasa a ser ofensivo pero conservando aún los intereses federados: “el proyecto de las AUC desde sus orígenes no ha pasado de ser una ficción (...) prueba de esto son las constantes fricciones (...) con conflictos que tuvieron como

³⁴ ECHANDÍA, Camilo. El conflicto armado y las manifestaciones de violencia en las regiones de Colombia? Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Observatorio de violencia. p.65

³⁵ GARCIA-PEÑA JARAMILLO, Daniel. Op.Cit. p.63

punto central los desacuerdos entre Carlos Castaño y las comandancias regionales"³⁶.

Desde este panorama, se aterriza al año 2002 con el inicio del gobierno de Uribe Vélez y la apertura de un cronograma de desmovilizaciones de estas estructuras. El proceso adelantado es cuestionado por los antecedentes aquí argumentados en cuanto a sus orígenes, su razón de ser, sus nexos con el narcotráfico y su *modus operandi* favoreciendo la lucha contra las bases de apoyo de la insurgencia y no el enfrentamiento directo con el enemigo interno, haciéndolo acreedor de violaciones contra el DIH.

Lo anterior es útil ponerlo en consideración porque el fin de un pos-conflicto es establecer procesos de reconciliación y reparación entre víctimas, victimarios y beneficiarios, y más allá del factor "la guerra continúa", juega el entramado de las lógicas locales en el que se ha discutido la desmovilización y reinserción, pero no qué sucederá ni quién recibirá como herencia la protección de los intereses de narcotraficantes y élites locales; igualmente está en tela de juicio la protección de las zonas liberadas por la fuerza pública colombiana.

³⁶ GARZÓN, Juan Carlos, La complejidad paramilitar una aproximación estratégica. Ed. Planeta. Bogotá, 2003. p. 132

4.2 IMPACTO SOCIAL DE LA DESMOVILIZACIÓN EN COLOMBIA

Se ha decidido ubicarse en la investigación en el proceso vivido, es decir, en el proceso de la perspectiva de los actores sociales que lo vienen cotidianamente, de ahí que se enfoca este trabajo tanto en el proceso de desmovilización, individual como colectivo, y las comunidades receptoras de los desmovilizados, comprometidos en ir más allá de las mecánicas de captar los factores sociales, culturales y económicas que le influyen.

Se visualiza, una ventaja y una desventaja, la desventaja es que no pueden generalizarse las conclusiones por los procesos, pero es ventajoso en términos de reevaluar globalmente la política de paz, permitiéndonos influir de forma en que un proceso influye en el otro, facilitando la construcción de indicios, como se va reproduciendo la guerra en Colombia, permitiendo pensar en que se están entretrejiendo las motivaciones y los pensamientos de los que aún continúan alzados en armas.

De acuerdo a lo anterior, se observa en el diario vivir, actos por parte de algunos desmovilizados, las comunidades y barrios que lo reciben, convencidos de la necesidad, de estudiar el entorno social. Así que se ha intentado captar tanto las posibilidades como limitaciones del proceso, con el objetivo de pensar en como en medio de las abundantes ambigüedades, que generan estos temas, se puede aportar a la construcción de la reinserción exitosa.

Es importante subrayar que la reintegración está directamente relacionada con la convivencia pacífica y la reconciliación social, ambos procesos que de ninguna manera pueden ser impuestos, y que se trata de un desarrollo independiente y dinámico, que requiere de la cooperación del todo el colectivo social, para prosperar, lo anterior conviene los resultados a largo plazo, de la reintegración, en el factor más relevante para la estabilidad y la paz.

Ahora, si se habla de una reintegración por conflictos se debe aceptar que se está tratando con una sociedad desintegrada y es de vital importancia, preguntarse las causas de esa desintegración, por qué tantos individuos se han desintegrado de sus tejidos sociales originarios, y se desvincularon del pacto de convivencia mediante un acto tan radical como el de la toma de armas.

Pueden observarse algunos elementos que de cierta manera han conllevado al incremento de estas personas, a la toma de las armas, elementos que toman fuerza, gracias a la falta de una verdadera, seria y honesta implementación de una política social en el Estado colombiano, ¿por qué política social? Porque se ha observado que en gran parte de la reincidencia en las conductas delictivas por los actores sociales, es la falta de oportunidades para educarse, emplearse, y ejercer el derecho a una vida digna, un ambiente sano, y conformar un núcleo familiar, conforme a las exigencias de una sociedad.

A gran escala la política social de un país es la que enmarca el avance hacia la construcción de una sociedad íntegra, en los fines de la convivencia pacífica, destruyendo cualquier intento de construcción conflictiva, ventajas que habría que saber aprovechar una vez que comienzan a surgir estos procesos de desmovilización que en cierta forma han intentado reintegrar a esas personas, que han estado aisladas por cualquier motivo que se tenga, es de vital importancia el aporte que el colectivo de la sociedad puede brindar, esforzándose en la aceptación y reconciliación con los que en mucho tiempo fueron sus victimarios en diversas ocasiones.

Es difícil intentar plasmar el cuadro de aceptación, pero es fácil brindarles un apoyo cultural, recreacional, laboral, colectivo en muchas ocasiones e incluyendo aportes al nivel educativo y solidaridad en el sector de la sanidad; muchos de estos medios de ayuda que vienen siendo brindados por el Estado, hacia estos excombatientes deben extenderse a un máximo en la sociedad colombiana, logrando una avance en la lucha contra los grupos alzados en armas y obteniendo una reincorporación, rehabilitación exitosa de estos exintegrantes.

Para muchos del conglomerado social, la desmovilización significa el traslado del conflicto armado, de los campos o zona rural, a las ciudades o municipios, o zonas urbanas, generando así una culpabilidad hacia estos individuos que están en un proceso de reincorporación a la vida civil, lo que conlleva muchas veces al rechazo, por parte de la sociedad, a estas personas. Pero que sucede, no se tiene

en cuenta que en muchos casos, los hechos punibles son cometidos por delincuentes comunes, o grupos que aún no se acogen al proceso, y terminan culpabilizando a los que en muchas ocasiones no son “desmovilizados”.

Desde la perspectiva internacional, el pos-conflicto puede reunirse en las siguientes tres palabras: desarme, desmovilización y reinserción por supuesto, los programas no son nuevos en el contexto internacional, varios países de África, Europa y Centroamérica que presenciaron guerras internas, bajo la lógica de una guerra fría, implementaron programas de desmovilización, desarme y reinserción, muchos con la coordinación de la ONU. Sin embargo lo que se quiere reflejar, es que se entiende el proceso de desmovilización, desarme y reinserción en términos militares o legales, se estaría incurriendo en el mismo y garrafal error, de entenderse la paz como el desarme, y se insiste en analizar el programa o proceso, en términos sociales y cultural, además de lo militar o legal y llegar a considera como un proceso y no como un momento puntual de entrega de armas y de cambio de nombre de combatiente a excombatiente.

5. PROCEDENCIA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A PARAMILITARES EN CONDUCTAS DELICTIVAS REALIZADAS ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004

Dentro del marco constitucional, diversas doctrinas apuntan que la primicia constitucional son de preferencias en la aplicación de instituciones jurídicas, sin alterar el dogma que se tiene de manera pragmática del bloque de constitucionalidad.

Para el caso de Colombia, se ha observado que la primacía constitucional, de los derechos fundamentales, constituyen un imperante en lo jurídico, aplicable a la abstención de un sistema garantista, dentro de un contexto social.

Puede observarse claramente en el desarrollo del preámbulo de la constitución política de Colombia, en donde expresa que en el ejercicio del poder soberano, el estado garantizara a sus integrantes la vida, la convivencia pacifica, el trabajo, la justicia, la igualdad el conocimiento, la libertad y la paz dentro de un marco jurídico. Por supuesto que se debe entender dentro de un estado social de derecho.

Teniendo en cuenta los arraigos constitucionales, preámbulos, principios y derechos fundamentales.

No resultó viable argumentar la idea central de esta investigación, dando aplicabilidad al principio de favorabilidad y retroactividad de la ley penal favorable ya que se han conocido posiciones de la corte suprema de justicia, respecto a la no aplicación de tal principio de favorabilidad, encontrando esta sala honorable un fundamento de carácter constitucional a la hora de argumentar su decisión por carencia de identidad entre el principio de oportunidad, propio de la tendencia acusatoria, y alguna institución jurídica similar o parecida bajo la tendencia de la ley 600.

Dentro del contexto de la constitución política de Colombia, se observa claramente la garantía del debido proceso para los individuos coasociados en Colombia, en materia penal, el artículo 29 C.N, “debido proceso” establece que la ley permisiva o favorable, en cuanto sea posterior, se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Podrá plantearse con sujeción a los preceptos constitucionales y convenios o legislaciones de carácter internacional adoptada por Colombia., que la ley favorable al indiciado o al acusado tiene aplicabilidad a un cuando esta surja con posterioridad a la comisión de la conducta delictiva por parte del individuo.

Para la corte, no existen impedimentos salvo lo que la ley le imponga para darle aplicabilidad al principio de retroactividad de la ley penal favorable en Colombia, y ha quedado demostrado en los preceptos que sienta en sus decisiones.

El principio de oportunidad observado desde la perspectiva del derecho a la igualdad, resulta ser un poco apático, ya que se ubica la aplicación de este dentro de la reglamentación que se antecede en la ley, permitiéndole su aplicabilidad a ciertos casos y restringiendo el acceso a este a otros, quedando de una manera u otra imparcial su aplicación.

En la investigación llevada, resulta aplicable el principio de oportunidad, en la medida en que se incurra en las causales taxativas en la ley 906 de 2004, y encontramos naturalizada la conducta de los desmovilizados en el artículo 324 numeral 17 de la ley 906 de 2004.

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 beneficio establecidos en la ley 975 de 2005 “ley de justicia y paz”, 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 efecto de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones³⁷.

La corte ha reconocido que la aplicación por parte del fiscal del principio de oportunidad en los casos señalados por el legislador implica un ejercicio de “discrecionalidad reglada”, que le impone evaluar si en el caso concreto resulta procedente tal aplicación y, además, determinar si lo que procede es la interrupción, la suspensión o la renuncia de la acción penal.

³⁷ Ley 906 de 2004. Art.324 Num.17. Código de Procedimiento Penal de la República de Colombia. Ed. Leyer. Bogotá D.C. 2006. p.167.

En la sentencia C 673-2005, no obstante que se indicó que las causales de aplicación del principio de oportunidad “deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa”, también se admitió que esta claridad y precisión se exigía para que “la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria”.

Por otra parte se examina por vía de constitucionalidad la vigencia de la ley, y se puntualiza que esta siempre será hacia el futuro, previendo la excepción de la favorabilidad y retroactividad de la ley penal favorable.

El principio de favorabilidad es considerado para muchos como un principio general del derecho penal y desde la perspectiva constitucional, una estructura del debido proceso, reconocido como derecho fundamental, visto en un nuevo paradigma superior de 1991, por eso es factible darle aplicación en el sentido procesal que amerite el caso.

Pero el problema jurídico se origina en la medida en que lo anterior expuesto se pueda aplicar dicho principio a desmovilizados, pero cuyos hechos fueron cometidos antes de la expedición del nuevo código de procedimiento penal.

Para este caso es indispensable, reunir los elementos legales necesarios para llevar argumentar lo procedencia o improcedencia del principio de oportunidad.

Es preciso anotar las limitaciones que trae este principio y seguirlas para poder aplicarlas al caso de estudio.

Dentro de las instancias jurisprudenciales los comentarios de la corte, han determinado la problemática jurídica en la aplicación de dicho principio a hechos cobijados por la ley 600, en los cuales se plasma, la lucha en diversos criterios, para no darle aplicación a esta institución denominada principio de oportunidad.

Para los parámetros que reglamenta la ley 975 de 2005, que es el caso en que versa esta investigación, se denota la problemática jurídica, ya que en su artículo 62, establece que para todo lo no dispuesto en la presente ley se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal, dejando el vacío jurídico en la interpretación, basada en que tipo de código de procedimiento penal, se aplicaría si el actual que comprende la ley 906 o el anterior que es el de la ley 600.

Para darle solución a esta problemática, se expide el Auto del 26 de octubre de 2007, bajo el radicado 28492, quien en ultima instancia decide sobre la aplicabilidad de que sistema procesal resuelve la problemática.

La citada remisión al “Código de Procedimiento Penal” resulta confusa pues para la fecha de expedición de la Ley 975 de 2005, en el territorio nacional estaban vigentes dos estatutos procesales diferentes, el más antiguo con tendencia mixta (Ley 600 de 2004) y el más reciente acorde con la sistemática acusatoria (Ley 906 de 2004), situación que impone la tarea de dilucidar cuál de dichos códigos es al que se hace referencia en el artículo citado.

Para cumplir tal cometido primero hay que advertir que la mayoría de delitos atribuibles a los desmovilizados pertenecientes a los grupos paramilitares ocurrieron en vigencia de la Ley 600 de 2000, y en los precisos términos del artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

La nueva normatividad solamente será aplicable a los delitos cometidos por los miembros de tal organización ilegal de acuerdo con las reglas de gradualidad, de donde se sigue que inicialmente la remisión se debe hacer al estatuto procesal de 2000, pero por la filosofía y acato que se debe tener respecto del Acto Legislativo 03 de 2002, unido a la similitud de algunas instituciones de la nueva codificación procesal de 2004 con las consagradas en la ley de transición.

Además de lo anterior no se debe desconocer que en situaciones de sucesión o coexistencia de leyes ha de ser tenido en cuenta el principio de favorabilidad. En estas condiciones, si se trata de un asunto ocurrido en época anterior al 1° de enero de 2005, la regla general para efectos de la remisión normativa será la de acudir a la Ley 600 de 2000, salvo que se trate de instituciones que solamente pueden tener identidad con las consagradas en la Ley 906 de 2004, caso en el cual la integración normativa se debe hacer con el estatuto procesal de estirpe acusatoria³⁸.

Por ende, al no tener identidad el principio de oportunidad de la ley 906 de 2004, con ninguna institución de la ley 600, no resultaría aplicable o procedente este para la investigación que se tiene en curso.

De igual manera no podrá aplicarse el principio de oportunidad a aquellos que fueron escogidos por el gobierno nacional para la vinculación a la ley 975 de 2005, ni a los que se encuentren investigados por delitos cometidos antes o después a la desmovilización.

³⁸ Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Auto 28492 del 16 de Octubre de 2007. Bogotá D.C. 2007. p.11

La plenaria de la Cámara de Representantes aprobó en último debate el proyecto de ley que busca definir la situación jurídica a paramilitares rasos que se desmovilizaron mientras era aprobada la Ley de Justicia y Paz, y que quedaron en un limbo jurídico porque no se les podía aplicar los beneficios de la ley, pues la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 11 de julio de 2007) y la Corte Constitucional argumentaron que estos paras no se podía procesar por delitos políticos y debían ser juzgados por el delito de concierto para delinquir.

En las investigaciones llevadas a cabo no se podía entender claramente la posición real de la conducta en la que se incurría al pertenecer a una de estas organizaciones criminales.

Existen dos posiciones frente a este problema jurídico en el cual unos plasmaban que la conducta era de sedición y debería considerarse como delito político y otros que argumentaron que la conducta se debe conocer como concierto para delinquir. Por esta razón se ocasiono el limbo jurídico a una cantidad de excombatientes que no se acogieron a la ley 975 de 2005, por no tener en su contra ningún tipo de investigación, antes de entrar a la organización y después de haber salido de ella, debieron resolver su situación jurídica, y para ello se debió recurrir a la ley 782 de 2002, que acarrea figura jurídicas como el indulto, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria. Cuando los Desmovilizados no estén vinculados en investigaciones o procesos relacionados con actos atroces, de ferocidad o

barbarie, terrorismo, secuestro, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión.

Se enfatiza de otro lado el planteamiento de la política criminal del estado en resolver de una manera u otra la problemática que surgen con las víctimas del conflicto y se atribuye entonces el plan de reparación a la víctimas, que ayudaría a menguar el impacto social que ha generado el conflicto armado en Colombia, mencionando también que se ha constituido un deterioro en la criminalidad que surgía de la existencia de esos grupos u organizaciones criminales que hoy ya no están, y se observa el mejoramiento en el nivel de vida que han tenido gracias a los beneficios que trae el proceso.

5.1 TIPOS PENALES EN LOS CUALES NO TENDRÍA APLICACIÓN EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD POR EXPRESA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL PARÁGRAFO 3º DEL ARTICULO 324 DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

“Al mismo tiempo que el nuevo Código de Procedimiento Penal estableció normas sobre los tipos penales en los cuales podrá aplicarse el Principio de Oportunidad, también señaló los casos en los cuales este principio no podrá ser aplicado, de conformidad con el texto que se transcribe literalmente”³⁹:

³⁹ ARISTIZABAL GONZALEZ, Carolina. Alcance del Principio de Oportunidad en la Nueva Legislación Procesal Penal Colombiana. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., p.156.

Art. 324. “Parágrafo 3º.—En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.”

Antes de abordar este tema se debe advertir que cualquier opinión o clasificación sobre el mismo es meramente provisional, por cuanto en la norma citada, aparte del genocidio, no se hizo mención expresa de los tipos penales concretos que estarían cobijados por la mencionada prohibición.

Por ejemplo, debe anotarse que en el Código Penal colombiano no aparece ningún tipo penal concreto denominado “narcotráfico”, aún cuando sí se encuentran tipos penales en los 157 cuales se tipifica como delito el tráfico de algunas sustancias y también el incremento patrimonial y las actividades económicas realizadas con dineros que provengan del tráfico de las mismas. Esta situación se traduce en el interrogante de si la prohibición legal de aplicar el principio de oportunidad a los delitos de narcotráfico, cobija o no a los delitos de enriquecimiento ilícito, lavado de activos, testaferrato y otros delitos contra el sistema financiero relacionados con el tema⁴⁰.

De igual manera se puede ejemplificar con el tema del terrorismo, con el fin de aclarar si la prohibición de aplicar el Principio de Oportunidad al delito de terrorismo, cobija exclusivamente la figura penal contemplada en el Art.343 del Código Penal colombiano o si se extiende a todas las demás conductas contenidas en los Títulos XII y XIII del Código Penal colombiano, en la medida en que sus respectivos capítulos se refieren a las siguientes materias:

⁴⁰ Ibid. p.157

- El concierto, el terrorismo, las amenazas y la instigación.
- Los delitos de peligro común o que puedan ocasiona grave perjuicio para la comunidad.
- Las afectaciones a la salud pública.

En procura de dilucidar el problema planteado, debe anotarse que el artículo 330 del nuevo Código de Procedimiento Penal encargó al Fiscal General de la Nación para expedir un reglamento que deberá cumplir dos objetivos: por una parte desarrollar el plan de política criminal del Estado y, por la otra, determinar de una manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del Principio de Oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y a la Ley. Dicho reglamento se encuentra aún en preparación en la Fiscalía General de la Nación y no se cuenta con ninguna información acerca de la fecha en la cual será finalmente expedido.

El cumplimiento de estos dos objetivos implica, desde la óptica del presente trabajo, que los fiscales investigadores encuentren en el reglamento directrices claras y precisas que les permitan ejercer de manera legal la discrecionalidad reglada que la ley les otorga.

Téngase en cuenta, además, que la nueva política procesal penal que se pretende introducir en el país implica modificaciones radicales en la orientación y en la estructura de los nuevos procedimientos que ellas implican. No sería aventurado prever la posibilidad de instauración de demandas de inconstitucionalidad sobre la totalidad o parte del contenido normativo de la nueva legislación, amén de que muy posiblemente los criterios de la Fiscalía serán inicialmente tentativos mientras la experiencia va aquilatando la aplicación concreta del espíritu de la reforma, lo que se traducirá en jurisprudencias y

doctrinas variables. Tampoco puede descartarse, la posibilidad de contrarreformas parciales, de pequeño o amplio espectro, según sea la incidencia de los resultados visibles de la nueva tendencia procesal en la opinión pública nacional⁴¹.

Hechas las advertencias anteriores, se propone en este trabajo de grado una interpretación personal acerca de las conductas contenidas en el Código Penal colombiano que quedarían cobijadas por la prohibición de aplicación del Principio de Oportunidad, por mandato del Parágrafo 3º de la norma comentada. Dicha interpretación obedece al criterio de que una política criminal de Estado debe distinguir nítidamente entre dos clases de infracciones penales: unas que afecten de manera grave las condiciones de seguridad y de tranquilidad que afectan a la comunidad, sobre las cuales se hace imprescindible una enérgica persecución penal, y otras conductas que afectan en menor escala a la comunidad por el impacto más restringido que con ellas se ocasione, las cuales ameritan un tratamiento diferente, que se encuentre enmarcado dentro de la política criminal diseñada por el Estado.

En este orden de ideas puede decirse que la persecución al genocidio y a las demás conductas que atentan contra los Derechos Humanos debe extenderse a todas aquellas actividades que de una u otra forma guardan conexidad directa o indirecta con el atentado al bien jurídico protegido.

De igual manera la persecución al terrorismo debe llegar hasta los más mínimos detalles de las conductas con él relacionadas, pues la conducta de un terrorista está compuesto por una cadena de comportamientos que buscan la intimidación de la

⁴¹ ARIZTIZABAL GONZALEZ, Carolina. Op.Cit. p.172

comunidad para lograr los fines terroristas, mediante la manipulación del terror que despierta no solamente los resultados de la actividad terrorista, sino la simple amenaza de que ellos puedan producirse. De esta manera, no puede diferenciarse entre actos menos terroristas y más terroristas.

Y en lo que hace referencia al tema del narcotráfico, tanto la legislación nacional como la internacional hacen énfasis en que el tráfico de drogas psicotrópicas no solamente afecta la salud física y síquica de los consumidores de tales sustancias, sino que el gran volumen de utilidades que de ellas se derivan genera severa corrupción en las comunidades nacionales.

En efecto, la comisión de tales conductas se ve frecuentemente acompañada por la utilización del cohecho y de los atentados contra la vida y la integridad personal de los funcionarios públicos encargados de la persecución de dichas conductas. A ello se agrega que para tales delitos se requiera de la unión de los esfuerzos de sus autores en lo que se denomina jurídicamente delincuencia organizada.

Lo anterior constituye razón suficiente para que la prohibición de aplicar el Principio de Oportunidad a los delitos relacionados con el narcotráfico se extienda a todas las actividades económicas conexas directa o indirectamente con el mismo.

A continuación, se presenta la clasificación anunciada con fundamento en las razones expuestas en los párrafos anteriores:

GENOCIDIO

ART. 101. Genocidio.

ART. 102. Apología del genocidio.

VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

ART. 135. Homicidio en persona protegida.

ART. 136. Lesiones en persona protegida.

ART. 137. Tortura en persona protegida.

ART. 138. Acceso carnal violento en persona protegida.

ART. 139. Actos sexuales violentos en persona protegida.

ART. 141. Prostitución forzada o esclavitud sexual.

ART. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.

ART. 143. Perfidia.

ART. 144. Actos de terrorismo.

ART. 145. Actos de barbarie.

ART. 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida.

ART. 147. Actos de discriminación racial.

ART. 148. Toma de rehenes.

ART. 149. Detención ilegal y privación del debido proceso.

ART. 150. Constreñimiento a apoyo bélico.

ART. 151. Despojo en el campo de batalla.

ART. 152. Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria.

ART. 153. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias.

ART. 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos.

ART. 155. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario

ART. 156. Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto.

ART. 157. Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

ART. 158. Represalias.

ART. 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.

ART. 160. Atentados a la subsistencia y devastación.

ART. 161. Omisión de medidas de protección a la población civil.

ART. 162. Reclutamiento ilícito.

ART. 163. Exacción o contribuciones arbitrarias.

ART. 164. Destrucción del medio ambiente.

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

ART. 165. Desaparición forzada.

ART. 168. Secuestro simple.

ART. 169. Secuestro extorsivo.

ART. 178. Tortura.

ART. 180. Desplazamiento forzado.

ART. 446. Favorecimiento. Inc.2º. Si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

DELITOS DE NARCOTRAFICO

ART. 323. Lavado de activos.

ART. 326. Testaferrato.

ART. 327. Enriquecimiento ilícito de particulares.

ART. 375. Conservación o financiación de plantaciones.

ART. 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

ART. 377. Destinación ilícita de muebles o inmuebles.

ART. 378. Estímulo al uso ilícito.

ART. 379. Suministro o formulación ilegal.

ART. 381. Suministro a menor.

ART. 382. Tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos.

ART.383. Porte de sustancias.

ART. 385. Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje.

ART. 446. Favorecimiento. Inc.2º. Si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

DELITOS DE TERRORISMO

ART. 173. Apoderamiento de aeronaves, naves, o medios de transporte colectivo.

ART. 340. Modificado. L. 733/2002, art. 8º. Concierto para delinquir.

ART. 341. Entrenamiento para actividades ilícitas.

ART. 343. Terrorismo.

ART. 345. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

ART. 346. Utilización ilegal de uniformes e insignias.

ART. 347. Amenazas.

ART. 348. Instigación a delinquir.

ART. 349. Incitación a la comisión de delitos militares.

ART. 350. Incendio.

ART. 351. Daño en obras de utilidad social.

ART. 352. Provocación de inundación o derrumbe.

ART. 353. Perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial.

ART. 354. Siniestro o daño de nave.

ART. 355. Pánico.

ART. 356. Disparo de arma de fuego contra vehículo.

ART. 357. Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles.

ART. 358. Tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos.

ART. 359. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos.

ART. 361. Introducción de residuos nucleares y de desechos tóxicos.

ART. 362. Perturbación de instalación nuclear o radiactiva.

RT. 363. Tráfico, transporte y posesión de materiales radiactivos o sustancias nucleares.

ART. 364. Obstrucción de obras de defensa o de asistencia.

ART. 365. Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

ART. 366. Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas.

ART. 367. Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares.

ART.367A Adicionado. L.759/2002, art.2º. Empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas anti-personal.

ART.367B Adicionado. L.759/2002, art.3º. Ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas anti-personal.

ART. 368. Violación de medidas sanitarias.

ART. 369. Propagación de epidemia.

ART. 370. Propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B.

ART. 371. Contaminación de aguas.

ART. 372. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico.

ART. 373. Imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias.

ART. 374. Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud.

5.2 LA INCIDENCIA DE LAS CAUSALES 2 A 17 DEL ARTICULO 324 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

“Hechas las clasificaciones anteriores, debe abordarse el tema de la incidencia de las causales contenidas en los numerales 2 a 17 y el alcance del párrafo 2º del Art. 324 del nuevo Código de Procedimiento Penal, en la aplicación del Principio de Oportunidad”⁴².

⁴² Ibid. p.174

Sea lo primero advertir que la mayoría de dichas causales están redactadas de manera tan clara que su tenor literal se explica por sí solo y no requiere de explicaciones complementarias.

Así, las causales consagradas en los numerales 2, 3 y 4 establecen la aplicabilidad del Principio de Oportunidad para los casos de colaboración internacional, tanto en la extradición del investigado a un país extranjero como en su remisión a la Corte Penal Internacional, en congruencia con la evolución del Derecho Penal moderno.

Las causales consagradas en los numerales 5 y 6 consagran la aplicabilidad del mismo principio para el caso de colaboración del procesado en la persecución de los delitos, especialmente en los casos de la delincuencia organizada.

La causal consagrada en el numeral 7 constituye un principio de proporcionalidad y racionalidad para el caso de los delitos culposos en los cuales el victimario resulta simultáneamente afectado por la conducta punible.

La causal consagrada en el numeral 8 se refiere a la suspensión del procedimiento en el marco de la justicia restaurativa, con lo cual se crea la posibilidad de utilizar los mecanismos adecuados para generar procedimientos alternativos sin sacrificar el principio de legalidad en la persecución de las conductas delictuosas.

La causal consagrada en el numeral 12 obedece al criterio universalmente aceptado en los diferentes estatutos penales, en los cuales se contempla para las conductas

culposas un tratamiento distinto del que se otorga a las conductas dolosas, debido a que entre unas y otras existen grados desiguales de peligrosidad del agente tanto en el aspecto subjetivo como en el efecto objetivo de su impacto social.

Pero, en cambio, las causales consagradas en los numerales 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16 y 17, hacen una formulación de algunas observaciones en cuanto a su funcionalidad.

Pero, independientemente de la claridad del texto o de la conveniencia práctica de alguna de las causales analizadas, existen dos dificultades de interpretación sobre la aplicabilidad del Principio de Oportunidad consagrada en la integralidad del texto del Art. 324 del Código de Procedimiento Penal:

La primera es el interrogante acerca de si el fiscal investigador sólo puede aplicar las causales 2 a 17 a los tipos penales que tengan una pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años o si, por el contrario, podrá aplicarlas a cualquier tipo penal independientemente del quantum de la pena contenida en el mismo.

“Y la segunda, es el interrogante acerca de cuál es el alcance del texto del Parágrafo 2º del Art. 324, introducido a petición del Senador Andrés González en la ponencia para segundo debate del Senado de la República, aprobado por la Plenaria de dicha

Corporación y que no fue objeto de conciliación⁷⁰ con el texto del artículo aprobado en la Cámara de Representantes en el cual no figuró dicho párrafo”⁴³.

“En efecto, el Art. 324 estableció las causales para la aplicación del Principio de Oportunidad y en su numeral 1 restringió su aplicabilidad a los delitos sancionados con una pena máxima que no excediera de seis años, sin que en dicha causal se mencionara a cuál de los funcionarios de la Fiscalía le correspondía la competencia para tomar la decisión de aplicar el Principio”⁴⁴.

Con los elementos de juicio existentes hasta el momento, no se cuenta con argumentos decisivos para adoptar una de las dos posiciones contrarias arriba expuestas.

Debe entenderse, entonces, que la competencia estaría asignada al fiscal que adelantara la respectiva investigación, ya que en dicho numeral no se mencionó para nada al Fiscal General de la Nación o a algún delegado especial del mismo. Sin embargo, el Parágrafo 2º del artículo 324 asignó la competencia al Fiscal General de la Nación o al delegado especial del mismo para aplicar el Principio de Oportunidad en la investigación de delitos cuya pena excediera seis años. Por ello es válido cuestionar si es posible que una norma procesal pueda establecer competencia a un funcionario para aplicar el Principio de Oportunidad en la investigación de unos delitos

⁴³ Gaceta del Congreso número 248, Año XIII. 4 de Junio de 2004.

⁴⁴ Gaceta del Congreso número 286, Año XIII. 16 de Junio de 2004. Gaceta del Congreso número 285, Año XIII. 16 de Junio de 2004

para los cuales no se estableció la aplicabilidad del mismo. La única posibilidad de eliminar esta contradicción consistiría en aceptar que el Parágrafo 2º del Artículo 324 del Nuevo Código de Procedimiento Penal estableció implícitamente la aplicabilidad del Principio de Oportunidad para los delitos con pena superior a los seis años cuando asignó competencia para ello al Fiscal General de la Nación.

Será necesario, en consecuencia, esperar la aparición del reglamento que debe expedir el Fiscal General de la Nación para arribar a una interpretación ajustada al espíritu que inspiró la reforma procesal.

5.3 CONTROVERSIAS JURÍDICAS, DE LA NORMA QUE ANTECEDE EL PROCESO DE DESMOVILIZACIÓN EN COLOMBIA.

Dentro del marco de la realización de un proceso es viable destacar la transparencia con que este sea manejado o ejecutado, para el caso en mención es procedente el análisis jurídico que se le hace a la normatividad que reglamenta básicamente el proceso de desmovilización en Colombia con las autodefensas unidas de Colombia, (A.U.C)

La investigación que se antecede se ha efectuado con el apoyo de preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales, que en últimas instancias ayudan a la argumentación jurídica de la controversia en el procedimiento, ahora bien, en los análisis correspondientes es factible determinar la verdadera problemática que

surge y que como consecuencia entraría directamente a truncar el procedimiento que para su efecto se promulgo la ley 975 de 2005, conocidas para muchos como ley de justicia y paz.

La presente ley, es materia de discusión, en el momento en que entra a equiparar dos conductas punibles que ameritan tratos diferentes, por tratarse una de un delito político conocido como la sedición y otra de un delito común, conocida como concierto para delinquir. Según preceptos constitucionales y legales, aplicado a este proceso de tan gran impacto social.

La correspondiente ley 975 de 2005, expresa en su artículo 71, Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: "También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión"⁴⁵.

El presentado anteriormente resulta ser declarado inexecutable por la Corte Constitucional y que trunca directamente el proceso de desmovilización creando un limbo jurídico como ha sido llamado por algunos juristas y periodistas de diferentes medios, a la situación jurídica de los excombatientes que se han desmovilizados, siendo esta materialmente una norma contraria a la Constitución

⁴⁵ Ley 975 de 2005 del Congreso de la República de Colombia. Art. 71. Bogotá. D.C. 2006. p.5

Política, ya que 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.

La ley 975 de 2005 en los artículos 70 y 71, traía consigo dicha teoría jurídica, que daba un fundamento legal a las actuaciones que traería su aplicación, enfundada en la ley 782 de 2002, que enmarcaba aplicabilidad a instituciones como la amnistía, indulto, resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento entre otras, no contando esta con el examen exhaustivo que haría la Corte Suprema de Justicia, sobre su improcedencia y su inaplicabilidad argumentando que existieron vicios de procedimiento en su formación y estigmatizando que:

El trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la Ley 975/05 se desconoció el principio de consecutividad, ya que como resultado de la indebida tramitación de la apelación presentada en el Senado ante la decisión de negarlos adoptada por las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes, finalmente fueron remitidos a Comisiones Constitucionales que no eran competentes; y una vez aprobados por éstas últimas sin tener competencia para hacerlo, fueron introducidos de manera irregular en el segundo debate ante la plenaria del Senado, como si hubiesen sido aprobados por las Comisiones Constitucionales facultadas para ello⁴⁶.

La Constitución distingue los delitos políticos de los delitos comunes para efectos de acordar a los primeros un tratamiento más benévolo con lo cual mantiene una

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Proceso No.26945. Sala de Casación Penal.M.P.Dr. Yesid Ramírez Bastidas, Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá, D.C. Julio 11 de 2007.p.15

tradición democrática de estirpe humanitaria. El Estado no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política.

El fin que persigue la delincuencia común organizada, particularmente a través de la violencia narcoterrorista, es el de colocar en situación de indefensión a la sociedad civil, bajo la amenaza de padecer males irreparables, si se opone a sus proditorios designios.

“La acción delictiva de la criminalidad común no se dirige contra el Estado como tal, ni contra el sistema político vigente, buscando sustituirlo por otro distinto, ni persigue finalidades altruistas, sino que se dirige contra los asociados, que se constituyen así en víctimas indiscriminadas de esa delincuencia”⁴⁷.

Los hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos. Admitir tamaño exabrupto es ir contra toda realidad y contra toda justicia. La Constitución es clara en distinguir el delito político del delito común. Por ello prescribe para el primero un tratamiento diferente, y lo hace objeto de beneficios como la amnistía o el indulto, los cuales sólo pueden ser concedidos, por votación calificada por el Congreso Nacional, y por graves motivos de conveniencia pública (art. 50, num. 17), o por el Gobierno, por autorización del Congreso (art. 201, num. 2o.). Los delitos comunes en cambio, en ningún caso pueden ser objeto de amnistía o de indulto. El perdón de la pena, así sea parcial, por parte de autoridades distintas al Congreso o al Gobierno, autorizado por la ley, implica un indulto disfrazado⁴⁸.

⁴⁷ Ibid, p.17

⁴⁸ Op.Cit. p.18

La Corte Suprema de Justicia ha consignado que el delito político tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden, resultando un imposible jurídico predicar de tales conductas su adecuación al delito de concierto para delinquir.

“Es bien sabido que toda ley debe también guardar afinidad sustancial con el acervo de valores, principios, derechos y deberes que consagra la carta política la cual junto con el Código Penal, la jurisprudencia y la doctrina nacionales y comparadas, diferencian al delincuente político del común”⁴⁹,

5.4 TRASCENDENCIA JURÍDICA DEL CONCIERTO PARA DELINQUIR, COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD

Lo que para la Corte Suprema de Justicia significó encuadrar la conducta de los grupos subversivos al margen de la ley, dentro del marco del concierto para delinquir y posterior desnaturalización del delito de sedición, que se pretendía aplicar al proceso de desmovilización, arrazo con unas consecuencias fácticas y jurídicas en donde se ve envuelto el sistema de normatividad de carácter internacional que ha sido ha llegada a nuestro orden judicial por vía del bloque de constitucionalidad.

⁴⁹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Auto colisión de competencia*, 26 de noviembre de 2003, radicación 21639.

Para la Corte Suprema de Justicia, después de determinar que hay concierto para delinquir en la medida en que se pertenece a estos grupos subversivos, y no sedición como se planteo en la ley 975 de 2005, resulta viable reiterar la ingerencia de la comisión de conductas punibles concebidas bajo el espectro de la normatividad internacional, como delitos de lesa humanidad.

En sentencia muy conocida por los medios en Colombia debido al gran impacto social que genero, la corte logra fundar este tipo de determinaciones en tratados y convenios internacionales, en donde claramente se observar y que los delitos de lesa humanidad tienen fundamento constitucional y legal.

cuando una empresa criminal se organiza con el propósito de ejecutar delitos como desaparición forzada, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., punibles que se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, dicha valoración se debe extender al denominado *concierto para delinquir agravado* en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos⁵⁰.

Destaca la Sala que el Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional ha tenido en cuenta no sólo la conducta del autor o de los partícipes sino que también ha considerado en especial la existencia de propósitos dirigidos a cometer delitos de lesa humanidad, lo cual significa que también deben ser castigadas en igual medida aquellas conductas preparatorias para la comisión de

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Única Instancia Proceso 32672. Bogotá D.C., Diciembre 3 de 2009.

los delitos que incluyen tanto el acuerdo como el tomar parte en una actividad dirigida a ese fin, como ocurre con el *concierto para delinquir agravado*.

Para llegar a considerar a los responsables de *concierto para delinquir* como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos⁵¹:

- (i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad;
- (ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y
- (iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser concientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización.

Bases a partir de las cuales varios tribunales internacionales y nacionales consideran que el concierto para cometer delitos de lesa humanidad también debe ser calificado como punible de la misma naturaleza⁵², como lo determina la Corte en este momento para el caso colombiano y con todas las consecuencias que ello implica.

⁵¹ Se sigue lo expuesto por M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2a. Ed, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 385, citado por JUAN CARLOS MAQUEDA, voto particular, Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia de 24 de agosto de 2004, causa N° 259.

⁵² Por ejemplo: Tribunal Criminal Internacional para Ruanda, Cámara I, sentencia de 27 de enero de 2000, *Fiscal v. ALFRED MUSEMA*, Caso No. ICTR 96-13-T; Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia de 24 de agosto de 2004, causa N° 259 y Juzgado Federal de Buenos Aires (Juez NORBERTO OYARBIDE), auto de 26 de septiembre de 2006.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Colombia firmó la convención el 12 agosto de 1949 y ratificó el 27 de Octubre de 1959. Ley 28 de 27 de mayo de 1959).

Art. III. Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio.
- b) La asociación para cometer genocidio.
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio.
- d) La tentativa de genocidio.
- e) La complicidad en el genocidio.

(ii). Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (Aprobada mediante Ley 70 de 1986).

Artículo 4.1. Todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

(iii). Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985, aprobada mediante la Ley 406 de 1997).

Artículo 3. Serán responsables del delito de tortura:

a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.

b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

(iv). Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Aprobada por la Ley 707 de 2001).

ARTICULO II. Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

(v). Por último, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 (Aprobado por medio del Acto Legislativo 2 de 2001 que adicionó el Artículo 93 de la Constitución Política y Ley 742 de 2002), se establece en el artículo 25 que si bien la responsabilidad penal es de carácter individual también responderá por los delitos de su competencia, quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la

- competencia de la Corte; o
- ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
 - e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
 - f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo⁵³.

Resulta evidente que para el caso de la legislación colombiana, se llega a valorar la conducta del autor y participe y considerar la existencia de cometidos dirigidos a la realización de conductas punibles que adoptan el imperativo de lesa humanidad, lo cual implica que se deben sancionar todo tipo de conductas preparatorias para la comisión de delitos que determinan el acuerdo, y la participación dirigida a ese fin como ocurren en el concierto para delinquir agravado y la desaparición forzada.

Estas conductas punibles no se subsumen entre sí porque el ocultamiento y la sustracción del amparo de la autoridad al que se somete a la víctima, más cuando ésta debe tener el amparo especial con motivo de sus calidades, permiten estructurar el perfeccionamiento en forma autónoma e independiente de dichos sucesos con los propósitos ilícitos señalados.

⁵³ Por ejemplo, la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena (Artículo VII de la Ley 707 de 2001, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el artículo 29 de la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Las citadas leyes, convención y Estatuto fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, sentencias C-580/02 y C-578/02, respectivamente.

5.5 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CONFORME A LA TENDENCIA DE LA LEY 906 DE 2004, Y BAJO LA ÓPTICA DE LEY 1312 DE 2009.

El principio de oportunidad dentro de los parámetros de su aplicación, se le confiere la facultad a la fiscalía para que se determine su aplicación con sujeción de la política criminal del estado.

La noción de política criminal ha sido definida por la Corte, como el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.

La legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado, y que la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal.

La necesidad de una especial respuesta punitiva contra los responsables de los delitos de lesa humanidad ha sido considerada últimamente por el legislador nacional al establecer que el principio de oportunidad es posible aplicarlo a los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley (Ley 1312 de 2009, artículo 2.17, reformativo del 324 de la Ley 906 de 2004), Obteniendo

así un apremio del legislador, para tratar de reconsiderar el desamparo que se le había hecho a los excombatientes que se desmovilizaron, bajo la segregación y recta interpretación que realizó la corte del injusto de concierto para delinquir, y aclarando su incompatibilidad con el delito de sedición.

Por esta razón, se hace una comparación en los ítem que tuvo incidencia la reforma de la ley 1312 de 2009 y la ley 906 de 2004, que básicamente cambia las causales para las que son aplicables tales principios y en donde básicamente se encuadra la solución teórica de la procedencia del principio de oportunidad para los desmovilizados.

Ley 906 de 2004	Ley 1312 de 2009
<p>1. Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de 6 años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o la decadencia del interés del estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.</p> <p>5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para desarticulación de bandas de delincuencia organizada.</p>	<p>1. Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de 6 años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada, si esto último no sucediere el funcionario competente fijara la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez iodo el concepto del min. Público.</p> <p>4. El imputado o acusado hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información</p>

	<p>eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizadas.</p> <p>16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para la reparación de víctimas, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.</p> <p>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 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.</p> <p>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</p> <p>Parágrafo 3 No se podrá aplicar el principio de</p>
--	--

	<p>oportunidad en las investigaciones o acusaciones por conductas dolosas cuando la víctima sea un menor de dieciocho (18) años</p> <p>Parágrafo 4 No se aplicara el principio de oportunidad al investigado acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública, con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico</p>
--	---

CONCLUSIÓN

Para muchos, el problema de tener dentro de un contexto social la ingerencia de un grupo rebelde alzado en arma, que azota la tranquilidad, y el libre ejercicio del derecho a la vida, en marcado por nuestro marco constitucional como un derecho fundamental, conociendo fenómenos que van desde el reclutamiento de menores, hasta homicidio, antecediendo secuestro o desaparición forzada, narcoterrorismo entre otras conductas punibles realizadas por estos individuos, refleja una verdadera problemática social y preocupante en la medida de considerar un avance en el sistema de gobierno de un país bajo el criterio de civilización.

Este tipo de situaciones de inseguridad, ha producido todo tipo de reacciones en los colegiados sociales, que van desde el rechazo indiscutibles de estos grupos, hasta la aceptación y participación directa de individuos a estas corporaciones criminales, debido al mal manejo que se le ha dado al espacio de la política social en Colombia.

Como se observa claramente existen opiniones compartidas referentes a este tipo de colectividades criminales, creando así una urgente intervención del estado a presentar propuestas y buscar soluciones a este conflicto armado que existe en Colombia.

El gobierno nacional crea estrategias para buscarle una salida de tipo jurídico y legal, sin salir del marco de la constitución nacional a estas situaciones de conflictos, creando así programa de desmovilización, desarme y reinserción a la vida civil de excombatientes, bajo la política de cambiarle su estilo de vida a cambio de dejar las armas, y buscar la reparación de las víctimas o daños ocasionados en razón de la permanencia dentro del grupo.

Dentro del marco de la investigación que se precede, previo conocimiento de instituciones jurídicas aplicable a la problemática que se trata, se llega a el planteamiento de una teoría jurídica no muy conocida en la naturaleza propia del ordenamiento jurídico nacional, pero que es indispensable su implementación para atender a un verdadero vacío jurídico que se a producido por la errónea aplicación e interpretación de una norma.

En un verdadero ejercicio de enlaces, en interpretaciones de distintos preceptos legales, se logra contemporizar la opinión del colegiado legislador y por supuesto de la corte, en los cuales se han conocidos denotaciones legales que han venido reformando la constitución política, en el efecto de implementar dichas soluciones a el conflicto que se plantea, dentro de los cuales se aprecian instituciones de carácter jurídico como son el nuevo sistema procesal penal, conocido como ley 906 del año 2004, o como nuevo sistema penal acusatorio, que trae consigo la figura del principio de oportunidad, que junto con precedentes ya conocidos en la

naturaleza del régimen legal colombiano llegan a fundar la investigación que se lleva a cabo.

El verdadero problema jurídico que se plantea tiene que ver con el procedimiento llevado en las diversas tendencias jurídicas desarrolladas por el gobierno nacional para reglamentar el proceso de desmovilización, creando así confusiones de tipo sustancial en la adecuación de las conductas típicas en la que se incurría al pertenecer a estos grupos.

La creación de la ley 975 del año 2005, denominada esta como ley de justicia y paz, anota la ruta legal por el cual se debía transitar en materia de desmovilización, para darle una salida a la situación jurídica de miles de excombatientes que hoy se conocen como desmovilizados, situación jurídicas que para muchos fácilmente se les veía resuelta a través de la aplicación de instituciones que trae la ley 782 de 2002 que a su vez prorroga la ley 418 de 1997, como son los denominados indultos o amnistías entre otras, que se le podían aplicar gracias al artículo 71 de la ley 975 que les permitía a estos individuos considerarse como sediciosos, conociendo de antemano las consecuencias del delito de sedición.

Concepto que para la corte resultó apático en su aplicación ya que las conductas de la organización criminal, no encuadraban bajo el injusto de la sedición, sino que por el contrario atendiendo los antecedentes de operatividad y comisiones de

delitos, se consumaba el injusto de concierto para delinquir, tipo penal que posteriormente la corte lo consideraría delito de lesa humanidad, acarreando así la denotación de imprescriptibles ante la corte penal internacional, por lo que le era imposible equiparar la conducta de sedición con la de concierto para delinquir, ya que una se constituía delito político y la otra delito común. Interpretación que posteriormente Daria para declarar inexecutable el artículo que permitía aplicar instituciones jurídicas de la ley 782 de 2002.

Previo el problema jurídico surgido ante esta interpretación que hace la Corte Constitucional, surge la necesidad de abrirles una puerta a esos excombatientes que dejaron las armas para reincorporarse a la vida civil, atendiendo así la figura del principio de oportunidad, pero considerando que dentro de las causales no impartía la aplicación a estos grupos, por lo que se vio la necesidad de realizarle una reforma a través de la ley 1312 de 2009, en donde se cumple con el cometido para lograr encuadrarse la aplicación de dicho principio.

Considerando entonces, por razones del tiempo en que se realizaron muchas de las conductas de estos desmovilizados, se deberían trasgredir bajo el influjo de la normatividad de la ley 600 y por la carencia de identidad procesal entre el principio de oportunidad con la mencionada norma, no es posible argumentar dicha aplicación. Por el contrario esta actividad se debe enmarcar bajo la óptica acusatoria, que desarrollaría su aplicación y argumentación jurídica.

Por razones que considera la Corte Suprema de Justicia, se le da solución a la norma complementaria de que versa el artículo 62 de la ley 975 de 2005, fundamentando así los criterios que apoyan la investigación que se adelanta, en lo que se considera que no resultaría procedente darle aplicación al principio de oportunidad a desmovilizados que cometieron hechos antes de entrar en vigencia la ley 906 de 2004, por ende este estudio se enfocó de manera directa a estudiar la relación existente en la no aplicabilidad del principio de oportunidad, en razón del principio de favorabilidad e irretroactividad de la ley penal, por carencia de identidad jurídica con la legislación procesal penal anterior.

BIBLIOGRAFÍA

ALESTUEY DOBON. La reparación ala victime en el marco de las sanciones penales. Tirant. Monografías N° 165, p. 345.

ARISTIZABAL GONZALEZ, Carolina. Alcance del Principio de Oportunidad en la Nueva Legislación Procesal Penal Colombiana. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., p.156.

ARMENTA DEU, Teresa: Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España. PPU, 1991, p. 23.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico Usual. Tomo I. Ed.Heliasta. S.R,L. Argentina, 1981. p.275 y 276.

Código de Procedimiento Penal. Ley 599 de 2000. Ed. Leyer. Bogotá, D.C. 4ª Ed. p. 59

CUBIDES, Fernando. El poder militar. Narcotráfico y paramilitarismo ¿Matrimonio indisoluble?. Ed. Planeta. 2005. p. 215

Diario El País. Alternatividad penal, un proyecto en evolución. Colombia, Noviembre 19 de 2004. p. 1ª

Diario El tiempo. Prueba piloto va pasando el año. Colombia, Noviembre 24 de 2004. p. 3A

Diario El Tiempo. Al, dura contra proceso. Agosto 7 de 2004. Colombia. p.4A

DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. Justicia Criminal Consensuada. Tirand Lo Blanch, Valencia, 1999, p32.

ECHANDÍA, Camilo. El conflicto armado y las manifestaciones de violencia en las regiones de Colombia? . Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Observatorio de violencia. p.65

JACOB, HERBERT. Courts lawy politics comparative. YALE University Press. Nueva Cork, 1996.

Gaceta del Congreso número 248, Año XIII. 4 de Junio de 2004.

Gaceta del Congreso número 286, Año XIII. 16 de Junio de 2004. Gaceta del Congreso número 285, Año XIII. 16 de Junio de 2004

GARCIA-PEÑA JARAMILLO, Daniel. La relación del Estado colombiano en el fenómeno paramilitar por el esclarecimiento histórico. En Revista Análisis Político. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. No.53. Bogotá. p.59

GARZÓN, Juan Carlos, La complejidad paramilitar una aproximación estratégica. Ed. Planeta. Bogotá, 2003. p. 132

JESCHECK, Hans Heinrrich. Tratado de derecho penal. Parte general. Traducción de Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Vol. I. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, p.23

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A., en Estudios del Ministerio Fiscal, núm. 3, 1996, p. 175.

Ley 906 de 2004. Art.324 Num.17. Código de Procedimiento Penal de la República de Colombia. Ed. Leyer. Bogotá D.C. 2006. p.167

Ley 975 de 2005 del Congreso de la República de Colombia. Art. 71. Bogotá. D.C. 2006. p.5

Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal Colombiano. Ed. Leyer. Bogotá, p.245

Ley 1312 de 2009 de la República de Colombia. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1312_2009.html

MONROY SIERRA, Jerónimo Alberto. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Antillas. Bogotá, 2005. p.231

Proceso No.26945. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal.M.P.Dr. Yesid Ramírez Bastidas, Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá, D.C. Julio 11 de 2007.p.15

Proceso 32672. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Única Instancia. Bogotá D.C., Diciembre 3 de 2009.

Radicación 21639. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, *Auto* colisión de competencia, 26 de noviembre de 2003.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: La Justicia Penal Negociada. Experiencias de Derecho Comparado, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997, pp. 120 y ss.

REYES ALVARADO, Yesid. El Principio de Oportunidad. Disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/columnistasdelimpreso/yesid-reyes->

alvarado/columna-el-principio-de-oportunidad. Barranquilla, Julio 21 de 2010. 4:30p.m.

RODRIGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ. Derecho Penal. Ed. Covo-Vives. 5ª Ed. Bogotá. p.949.

ROMERO, Mauricio. Paramilitares y Autodefensas 1982-2003. Ed. Planeta. Bogotá, 2005. p. 132

SALAMANCA ROA, Gabriel Humberto. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Principio de oportunidad en el Sistema Acusatorio. Ley 906 de 2004. Disponible en. http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20salamanca%20roa

SALAMANCA ROA, Gabriel Humberto. Principio de oportunidad en el sistema acusatorio. Ley 906 de 2004. Disponible en: http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20salamanca%20roa. Barranquilla, Junio 24 de 2010. 10.30 a.m.

Sentencia C-070 de 1992. Corte Constitucional Colombiana. Bogotá D.C.

Sentencia C-430 de 1996, C-144 de 1997. Corte Constitucional Colombiana, Bogotá D.C