

**TRABAJO DE PROFUNDIZACION PARA OPTAR EL TITULO DE
MAGISTER EN DERECHO PENAL**

***El principio de oportunidad. ¿Una respuesta adecuada del sistema
penal frente a conductas carentes de lesividad?***

Por

Luz Adriana Londoño Bonilla

Asesor

Juan Carlos Álvarez Álvarez

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRIA DERECHO PENAL
Medellín, febrero 18 de 2013**

Índice

1. El principio de lesividad en la doctrina
 - 1.1. Doctrina extranjera
 - 1.2. Doctrina colombiana

2. Crisis del principio de lesividad
 - 2.1. Delitos acumulativos
 - 2.2. Principio de insignificancia y delitos de bagatela

3. El principio de oportunidad. ¿Una respuesta adecuada del sistema penal frente a conductas carentes de lesividad?
 - 3.1.1 Principio de oportunidad. Concepto
 - 3.1.2. En la doctrina
 - 3.1.3. En la jurisprudencia colombiana

4. El principio de lesividad en la jurisprudencia colombiana
 - 4.1. Sala penal Corte Suprema de Justicia
 - 4.1.1. Recuento histórico del concepto de lesividad del decreto 100 de 1980 y de la ley 599 de 2000
 4. 1.2. Otras sentencias que ratifican la postura de la Corte
 - 4.1.3. Una nueva orientación de la jurisprudencia: el eficientismo penal a costa de las garantías del procesado.
 - 4.1.3.1 Sentencia radicado 29183 del 18 de noviembre de 2008
 - 4.1.3.2. Sentencia radicado 31362 del 13 de mayo de 2009

4.1.3.3. Salvamento de voto sentencia 31362 del 13 de mayo de 2009

4.1.3.4. Auto No. 11001-02-30-015-2007-019 del 5 de julio de 2007

4.2. Concepto y alcance del principio de lesividad en la jurisprudencia de Corte Constitucional colombiana

4.2.1 Antes de la entrada en vigencia del principio de oportunidad

4.2.2. A partir de la entrada en vigencia del principio de oportunidad

5. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Con este trabajo de profundización se pretende indagar por el alcance y el contenido que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional colombianas le han dado al principio de lesividad y los efectos que se derivan de su ausencia en la configuración del injusto penal, así como los efectos en la aplicación de los institutos procesales de archivo, preclusión y aplicación del principio de oportunidad.

Partiendo de la importancia de la función limitadora que el bien jurídico ha de cumplir en relación con la intervención punitiva del Estado y habida cuenta de que la Constitución Política de Colombia proclama un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, en el que se reconocen como valores fundantes la dignidad humana y la libertad, la política criminal del Estado, y con ello una de sus expresiones más concretas, la legislación penal, debe estar en consonancia con ese modelo.

Por ello las restricciones a las libertades por medio del derecho penal, solo estarán justificadas en tanto y en cuanto se orienten a la exclusiva protección de bienes jurídicos, frente a conductas que resulten lesivas para los mismos; pues una restricción que no tenga como anclaje la protección de bienes jurídicos, carece de fundamento Constitucional en nuestro modelo jurídico.

A pesar de los vientos funcionalistas, consideramos que el debate sobre el concepto de injusto y el principio de lesividad, no comporta una entelequia, sino que se erige en un aspecto fundamental que repercute en la imposición de penas y en la aplicación de las figuras procesales ya mencionados.

Partimos de considerar que para la materialización de los postulados Constitucionales en materia penal, debe existir una estrecha relación entre el proceso penal y la teoría

del delito, pues como lo dice Vargas el proceso penal debe ser entendido como “un método del cual se vale la jurisdicción de ese ramo para el ordenado logro de su cometido, que no es otro que el de garantizar la efectiva pero civilizada aplicación del derecho penal material a los casos concretos”¹.

En esta misma línea, compartimos la idea de Roxin en la que señala que “la relación entre el Derecho procesal penal con el *Derecho penal material* es mucho más estrecha que con los demás derechos procesales. Bajo los aspectos conductores de la política criminal, las regulaciones de ambos están en una relación necesariamente complementaria (...) En la práctica, un orden jurídico penal será tan bueno como lo permita el procedimiento para su realización y, a la inversa, una regulación procesal satisfactoria no es posible cuando no está concebida para el Derecho material (...)”².

En este orden de ideas, resulta razonable inferir que la pertinencia práctica del tema objeto del presente trabajo de profundización, está dada por el distanciamiento que la nueva sistemática procesal penal viene generando entre la parte sustantiva y la dogmática del derecho penal y la parte procesal, desplazando del debate del “proceso” los problemas relevantes de la teoría del delito, lo que conlleva, en muchas ocasiones, a la vulneración de garantías del ciudadano investigado.

Partimos de entender que si los elementos materiales probatorios en un momento procesal determinado, arrojan el grado de certeza de que la conducta carece de lesividad, sería contrario a la Constitución plantear que el Estado está renunciando al ejercicio de la acción penal a través de la aplicación del principio de oportunidad, simple y llanamente porque si no existe lesividad no estamos ante la concurrencia de una conducta punible que pueda ser objeto de persecución; en estos supuestos, el mecanismo procesal más respetuoso de las garantías de los individuos, es la

¹ Álvaro, Vargas, *Temas procesales*, No. 11, Medellín, Comlibros, 1998, p. 85

² Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, trad. Gabriela E. Córdoba, Daniel R. Pastor Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2000, p.6.

aplicación de las figuras del archivo o de la preclusión. Advirtiendo en todo caso, que según nuestro punto de vista, la ausencia de lesividad afecta la tipicidad objetiva y por tanto, el mecanismo procesal más coherente con las garantías del debido proceso sería la preclusión, pues así se evitaría una eventual reapertura de la investigación y por tanto una violación al *non bis in ídem*; e incluso desde una perspectiva funcional y pragmática, sería el medio más idóneo en términos de reducción de trámites, de cara a la búsqueda angustiante de reducir la congestión judicial.

Por ello, insistimos sobre la importancia de la dogmática penal y su estrecha relación con el proceso penal, como bien lo señaló en su momento Gimbernat:

La dogmática “nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho”, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y donde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible, sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad, y a la improvisación”.³

Un aspecto adicional, que fortalece la pertinencia del tema, está dada por el contexto general expansionista que viene sufriendo el sistema penal colombiano, con una exacerbación punitiva que desconoce, entre otras, la garantía de lesividad, introduciendo en las legislaciones penales formulaciones típicas amplias, delitos de peligro abstracto, y muchas otras figuras en las que el peligro para el bien jurídico se presume, pero no se exige una concreción del mismo.⁴

³ Enrique Gimbernat Ordeig, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 158.

⁴ Sobre la política penal expansionista véase, Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en José Luis Díez Ripollés, y Octavio García Pérez (Eds.), *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Madrid,

En tal contexto y con las premisas señaladas, en el presente trabajo, teniendo como referente una breve reseña del contenido y el alcance que la doctrina le ha dado al principio de lesividad, analizaremos el tratamiento que la jurisprudencia colombiana le ha dado al referido principio, la comprensión del injusto que ello refleja y sus efectos prácticos en relación con el archivo, la preclusión y la aplicación del principio de oportunidad. Para cumplir este cometido se tomarán como punto de referencia entre otras, las sentencias 1154 de noviembre 15 2005 de la Corte Constitucional⁵, el auto No.1001-0230-05-2007-019 del 5 de julio de 2007 de la Corte Suprema de Justicia⁶ y la sentencia 313632 del 13 de mayo de 2009 de la misma corporación.⁷

Montevideo, Buenos Aires: B de F - Edisofer, 2008. pp. 75-118 y Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2006.

⁵ A través de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 79 de la ley 906 de 2004.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto No. 1001-0230-05-2007-019 MP., Yesid Ramírez Bastidas.

⁷ En esta decisión la Corte Suprema fija su posición en relación con las conductas carentes de lesividad trasladando su solución a la aplicación del principio de oportunidad.

1. El principio de lesividad en la doctrina

1.1. Doctrina extranjera

Para lograr una definición del principio de lesividad, y sin pretensiones de exhaustividad, nos remitiremos a algunos conceptos de autores representativos en la doctrina extranjera y colombiana:

Así, según Bustos Ramírez:

En un sistema democrático, el principio básico de la igualdad ante la ley, que implica desde una perspectiva formal el de legalidad de los delitos y de las penas, desde una consideración material, implica el de lesividad de los bienes jurídicos. No hay duda entonces que no se puede estar sino de acuerdo hoy, como elemental a un sistema democrático, que los delitos han de definirse desde su lesividad a los bienes jurídicos, ya que ellos surgen desde los objetivos que justamente definen el sistema y por lo tanto a los delitos y las penas. Luego, ello quiere decir que la cuestión del delito o del injusto no es de modo alguno, en primer término, una cuestión puramente dogmática, sino que está regida y determinada político-criminalmente.⁸

Por su parte Ferrajoli sostiene:

⁸ Juan Bustos Ramírez, “Principios fundamentales de un derecho penal democrático”, en http://www.juareztavares.com/textos/bustos_politica_criminal.pdf, consultado el 10 de abril de 2012.

La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo⁹.

El principio de lesividad comporta, según el modelo garantista propuesto Ferrajoli, una garantía y por ende un límite al poder punitivo del Estado, y un presupuesto necesario a la hora de establecer la responsabilidad penal, en sede judicial.

Dentro de este contexto, el principio se ha distinguido con la expresión *nulla lex (poenalis) sine necessitate, nulla necessitas sine injuria*; que nos lleva a inferir la conclusión de que dentro de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, las leyes penales, sólo pueden prohibir y castigar conductas, cuando se verifique la lesión o por lo menos la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico.¹⁰

Por su parte, García-Pablos de Molina señala:

El principio de ofensividad o lesividad hunde sus raíces en la doctrina del contrato social, de origen ilustrado y cuño liberal, que asumiría el movimiento político-constitucionalista después. De acuerdo con tales premisas, sólo se legitima una restricción severa de los derechos del individuo (intervención penal) si ésta es imprescindible para garantizar los derechos y libertades de la mayoría social. Pero dicho principio de ofensividad o lesividad, se justifica, también desde la perspectiva del moderno Estado Social y Democrático de Derecho, pues, no en vano los bienes jurídicos representan en él las condiciones básicas, elementales, para el funcionamiento de los sistemas sociales y al propio tiempo,

⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés Madrid, Trotta, 1995, p.467

¹⁰ *Ibíd.* pp.464-467

los presupuestos necesarios para la autorrealización del individuo y para la participación efectiva del mismo en aquello¹¹.

Para Kauffman:

La misión del derecho penal es proteger los bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad. Son bienes jurídicos, la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, la existencia del Estado, la administración de justicia etc. Desde que KARL BINDING desarrolló la doctrina del bien jurídico, desde que FRANZ VON LIZST acogió y difundió este concepto, desde entonces, -es decir, desde hace unos cien años- ya no se discute seriamente en la ciencia penal el principio según el cual la misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos¹²

Zaffaroni considera que:

“...no existe conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco la hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien. La tipicidad objetiva del conflicto requiere responder tanto a un qué como a un a quién. En síntesis: no tiene sentido preguntarse por la imputación objetiva de un pragma que no es lesivo, pero un pragma lesivo que no sea imputable a alguien como agente no será conflictivo sino accidental. Por tanto, la conflictividad exige que haya lesión y sujeto imputado. No se trata de una lesión (conflicto) y un sujeto (agente) de la imputación, sino que cuando falta cualquiera de ambos no hay conflicto, porque lesión y pertenencia son elementos esenciales de éste.”¹³

¹¹ Antonio García Pablos de Molina, *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp. 538-551.

¹² Armin Kauffman, “La misión del derecho penal”, en *La reforma del derecho penal 2*, Santiago Mir (editor), Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1981, p.9.

¹³ Eugenio Raúl Zaffaroni/Alejandro Alagia/Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p.461. (cursivas en el original)

Sobre el punto del concepto de insignificancia como causal de atipicidad objetiva, el mismo Zaffaroni agrega:

“(…) no es válida la objeción de que es difuso el límite entre la insignificancia y la significación de la lesión: las zonas grises nunca son pretexto que legitime la extensión del poder punitivo a todos los casos. Bastaría a cualquier ideólogo del derecho penal autoritario radicalizar las dudas sobre cualquier límite para llegar a los mismos resultados del derecho penal totalitario: se penarían todos los actos preparatorios, toda participación sería autoría, toda omisión sería punible, toda culpa consciente sería dolo.”¹⁴

Para Roxin, el concepto de antijuridicidad material tiene una triple importancia práctica porque de un lado “permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente, proporciona medios auxiliares de interpretación para la teoría del delito y del error y para solucionar otros problemas dogmáticos y hace posible formular los principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance.”¹⁵

1.2. Doctrina colombiana

Según Velásquez Velásquez, el principio de lesividad:

(...).suele sintetizarse en el tradicional aforismo liberal “no hay delitos sin daño” que traducido al lenguaje actual, equivale a la inexistencia de conducta punible sin amenaza concreta o real, o daño para el “bien jurídico tutelado”, pues el cometido del derecho penal no es defender ideas morales, estéticas o políticas ni patrocinar actividades sociales

¹⁴ Ibíd. p. 461

¹⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, tomo I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p.559.

concretas. En otras palabras: la intervención punitiva sólo es viable ante conductas que tengan trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas, sin que le se permitido al derecho penal castigar comportamientos contrarios a la ética, inmorales o antiestéticos, so pena de invadir los terrenos de la moral; ello, como se recordará, es producto del pensamiento liberal ilustrado, a cuya sombra se gestó el concepto de *bien jurídico*.¹⁶

Por su parte Fernández Carrasquilla plantea:

En suma la misión del derecho penal puede definirse resumidamente como “exclusiva protección de bienes jurídicos” (Mir Puig, Roxin, Gimbernat, Zaffaroni) pero la calificación de “exclusiva” responde a que solo pretende proteger bienes jurídicos, no bienes morales, y no a que sea la única función social esencial que le compete”¹⁷

Y más adelante el mismo autor:

Al exigir de modo perentorio e irrecusable que solo haya pena para las conductas que sin justa causa, lesionan o ponen en peligro efectivo el correspondiente bien o interés jurídico, el artículo 11 no declara impunes solo las conductas que, sin justa causa, dañen o amenacen un bien jurídico penalmente tutelado, sino también las que carezcan de potencialidad causal para ello. Se excluyen, pues, de pena criminal, por carencia de antijuridicidad tipificada (falta de antijuridicidad formal) y los hechos inocuos o inofensivos (falta de antijuridicidad material). También las conductas socialmente adecuadas

¹⁶ Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, 2010, pp.64-65

¹⁷ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011, pp. 241-242.

(Welzel) la acciones insignificantes y socialmente toleradas a modo general (Roxin) y la participación mediante actos neutrales.¹⁸

2. Crisis del principio de lesividad

Aunque la doctrina nacional y extranjera desde épocas de la ilustración le atribuyen al principio de lesividad el carácter de límite al ejercicio del *ius puniendi*, al considerarlo como el presupuesto mínimo para incriminación y sanción de conductas humanas, no se pueden desconocer las tendencias que abogan por la flexibilización de principios tan medulares como el de lesividad y el de legalidad, y vienen restándole materialidad al concepto de bien jurídico, concepto que deja de cumplir la función de límite y se convierte en comodín para expandir el derecho penal.

Sobre este tópico García-Pablos de Molina atina al señalar que:

(...) el proceso de renuncia progresiva al bien jurídico parece inevitable. Primero se abandonó su primigenia limitación a la tutela de los “intereses vitales de la comunidad” para extender su alcance a la protección de las *funciones* (*recte*: intereses) de grupos y subgrupos o subsistemas sociales. Después fueron redefiniéndose nuevos bienes jurídicos, cada vez más abstractos: la capacidad de funcionamiento de la economía conforme a sus fines, la de la Administración de justicia o del ejército, los intereses “a la seguridad” de los consumidores, la “estabilidad” del sistema bancario, el medio ambiente “como un todo”, la “seguridad pública” o “interna”, el “orden estatal” etc. (...) cuantos más bienes jurídicos dice proteger una norma, más se aleja esta de la tutela de bienes jurídicos concretos para convertirse en un mecanismo de autotutela general del propio *ordenamiento jurídico*. El objeto de protección -el bien jurídico- es el ordenamiento jurídico mismo, y la referencia al bien jurídico resulta superflua o tautológica por la imposibilidad de distinguir la *norma* de su *objeto* de protección

¹⁸ Ibid. p.244

como en su día denunciara WELZEL. Dicho de otro modo: cuando el mismo fin del Derecho Penal se convierte en *bien jurídico*, éste último desaparece.¹⁹

Citando a Hassemer, el mismo García-Pablos de Molina, afirma:

(...) uno de los más brillantes representantes de la Escuela de Frankfurt, se refirió ya a muchos de estos problemas cuando analizó las tendencias del Derecho Penal en la década de los 90. A su juicio, éste que se concibió inicialmente desde una perspectiva *Kantiana*, como protector de bienes jurídicos individuales y garantía de la libertad (culpabilidad) dirigido a la prevención del delito- se ha convertido en un Derecho Penal *funcionalista*, caracterizado por la proliferación de bienes jurídicos no personales sino supraindividuales e institucionales, por el incremento de filas de los delitos de peligro abstracto, por las simplificaciones a la hora de la imputación (con riesgo de que se vulnere el principio de culpabilidad) por la relajación de las garantías procesales y el endurecimiento de las penas para satisfacer demandas sociales motivadas por la inseguridad etc.²⁰

A esto se suma la fuerte tendencia que en nombre de la *prevención general* o *prevención general integradora*, pretende fundamentar la existencia del derecho penal en el mantenimiento de la norma o en *la vigencia de la norma* y no en la protección de bienes jurídicos; desde esta lógica, una conducta carente de lesividad, podría ser objeto de reproche por el derecho penal, al considerarla desestabilizadora de la vigencia de la norma y por ende a la vigencia del sistema.²¹

¹⁹ Antonio García Pablos de Molina, *Introducción al Derecho Penal*, cit., p.556 (cursivas en el original)

²⁰ *Ibid.* p. 552 (cursivas en el original)

²¹ En este sentido, es decir, el de la prevención general positiva como restablecimiento de la vigencia de la norma se expresa Jakobs al señalar que: "*Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma*", véase: Gunter Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, p.14. (cursivas en el original)

2.1. Los delitos de acumulación (*Kumulationsdelikte*)

Por otro lado, y con el propósito de flexibilizar el principio de lesividad, se ha desarrollado en la doctrina y aplicado en la jurisprudencia, la tesis de la acumulación, o de los delitos cumulativos, según la cual “es posible sancionar *penalmente* una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta –*per se* no lesiva- se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico.”²² Así pues, esta teoría ha sido utilizada para justificar la sanción penal de conductas que individualmente consideradas no lograrían lesionar ni poner en peligro efectivo el bien jurídico tutelado, pero que al acumularla con otros comportamientos, realizando juicios hipotéticos, logran fundamentar la lesividad de dichas conductas. Esta técnica interpretativa se utiliza en los delitos peligro (concreto y abstracto) ante bienes jurídicos colectivos, tales como el medio ambiente, la salubridad pública entre otros, bajo el planteamiento claramente violatorio de un derecho penal de acto *¿y si todos lo hiciéramos?*.

Sobre este tópico se pronuncia Alcácer Guirao, para quien:

“(…) la legitimación última de castigar bajo pena conductas de lesividad “insignificante” viene dada por la necesidad de ejercer una protección efectiva a las condiciones de las generaciones futuras, condiciones que sólo pueden menoscabarse por la continuidad generalizada de acciones realizada por la sociedad en su conjunto.

²² Jesús Ma. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, p.143

Lo que, por tanto, viene a fundamentar la imputación de responsabilidad del agente no es sino el pronóstico de realización de acciones futuras por parte de otros agentes. Es decir, y como suele objetarse, estamos ante una fundamentación del injusto *ex iniuria tertii* indudablemente rechazable desde los presupuestos legítimos de imputación configurados en torno a la competencia por la propia autonomía individual con respecto al menoscabo de una esfera de libertad ajena, que exige un reproche de culpabilidad basado en un hecho lesivo individual, y no una “culpabilidad colectiva” o vicaria”²³

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, recogiendo estas ideas de la doctrina –no obstante que señala que no se abandona el criterio de lesividad ha dicho: “Por otro lado, sin abandonar la teoría del bien jurídico, y para efectos de darle sentido a la exigencia de lesividad, se ha desarrollado en la doctrina el criterio de la acumulación, o de los delitos acumulativos, según el cual es merecedora de sanción penal la conducta que, aunque por sí sola no lesione o ponga en peligro de manera relevante al bien jurídico, termina afectándolo de manera significativa en la medida en que sea sumada al conjunto de similares comportamientos realizados por otros individuos.”²⁴

2.2. Principio de insignificancia y delitos de bagatela

Para Zaffaroni²⁵, las lesiones insignificantes de bienes jurídicos ya desde la teoría de la adecuación social de Welzel son atípicas, en tanto que las lesiones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva.

²³ Rafael Alcácer Guirao, “La protección del futuro y los delitos cumulativos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, disponible en http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html, consultada el 10 de marzo de 2012. (cursivas en el original)

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia rad. 31362 del 13 de mayo de 2009, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

²⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni/Alejandro Alagia/Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, cit. p.471.

Según el principio de insignificancia, las afectaciones de bienes jurídicos requieren siempre de alguna entidad -de alguna gravedad-, por lo cual, no toda lesión al bien jurídico resulta relevante para el derecho penal y por ende casi todos los tipos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables es posible concebir actos que sean insignificantes.

En el contexto de la ley 600 de 2000, en muchos casos de conductas insignificantes bien la Fiscalía o los jueces, según la etapa procesal en la que se encontrara, decidían inhibirse, precluir la investigación o absolver, dándole así al delito de bagatela una respuesta procesal acorde con los postulados garantistas.

Esta solución parece haber sido ha sido modificada por la Corte Suprema de Justicia, al señalar que en los eventos de ausencia de lesividad o de un poco afectación al bien jurídico, o delitos bagatela, el camino procesal no es la preclusión ante el juez de conocimiento, sino que el camino o el medio procesal más idóneo es el de aplicar el principio de oportunidad, lo que supone una renuncia a la acción penal por parte del Estado; con lo cual a nuestro juicio, se rompe el nexo que debe existir entre el derecho sustancial y el procesal, en tanto que la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que reconoce que los “delitos” insignificantes o delitos bagatela son atípicos, en aras de cumplir pretendidas y difusas finalidades de prevención general, exhorta a la Fiscalía a darle salida al tema a través de la aplicación del principio de oportunidad y no por la opción de la preclusión. Así, resulta claro que con este tipo de argumentos, se flexibiliza el entendimiento que se tiene del principio de lesividad como límite al *ius puniendi* lo que de contera afecta el debido proceso, y por ende las garantías de los investigados, tal como se explicará más adelante.

3. El principio de oportunidad: ¿Una respuesta adecuada del sistema penal frente a conductas carentes de lesividad?

De cara a nuestro objetivo resulta pertinente realizar una aproximación al concepto que la doctrina y la jurisprudencia han construido en relación con el principio de oportunidad, así como recordar los presupuestos de orden fáctico y probatorio necesarios para su aplicación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Política, con el fin de revisar nuestra tesis consistente en que este mecanismo procesal sólo procede cuando en el comportamiento de un ciudadano concurren con grado de conocimiento, más allá de toda duda razonable, todos y cada una de los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad penal a saber, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y que por razones de política criminal el Estado decide renunciar a ejercer el *ius puniendi*. En este orden de ideas, resulta pertinente preguntarnos si la aplicación del principio de oportunidad comporta una respuesta legítima del sistema penal frente a conductas que no lesionan en forma significativa el bien jurídico.

3.1. El principio de oportunidad. Aproximación al concepto

El principio de oportunidad se incorpora en el sistema jurídico colombiano con la promulgación del acto legislativo 03 de 2002 y desarrollado en la ley 906 de 2004 y reformado por la ley 1312 de 2009.

3.1.1. El concepto de oportunidad en la doctrina:

Bernal Cuellar y Montealegre Lynett se refieren al principio de oportunidad como un instrumento de ponderación de intereses y derechos constitucionales en conflicto, y entienden que la ponderación tiene importantes consecuencias para la figura pues supone un análisis de las condiciones particulares de cada caso, toda vez que el legislador no estableció por vía general la suspensión, interrupción o renuncia de la

acción penal, por lo tanto, el principio de oportunidad se justifica, exclusivamente, cuando resulta excesiva la acción penal. De otro lado indican que la Fiscalía no es autónoma para disponer sobre el ejercicio del principio de oportunidad, en tanto que no se trata de una disposición en cabeza de la fiscalía, sino de una actividad reglada de una autoridad pública, sujeta a imperativos constitucionales, en particular a la garantía del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.²⁶

En relación con el principio de oportunidad, Molina López señala:

“el principio de oportunidad es una salida alternativa a la aplicación de la consecuencia jurídica establecida para un delito por la ley penal. Su concepción es netamente utilitarista, porque su función principal es la de aliviar la abundante sobrecarga operativa del sistema penal, independientemente de la disposición de los derechos de todos los involucrados en un conflicto penal.”²⁷

Este autor considera que el principio de oportunidad es una excepción al principio de legalidad, y que no es un principio técnicamente hablando sino una regla y añade: “el principio de oportunidad aparece históricamente como una compuerta por la cual se busca evacuar gran parte de la carga de expectativas de protección que se crean con criminalización primaria...”²⁸ parafraseando, podríamos decir que para Molina el principio de oportunidad es un método que se utiliza para matizar la creciente ineficacia del sistema penal.

Desde una perspectiva de la sincronía que debe existir entre el aspecto sustantivo con el procesal, desde la cual, cualquier modificación de la estructura del proceso penal tiene que hacerse de manera simultánea con la del ordenamiento sustantivo, Molina

²⁶ Jaime Bernal Cuellar/Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal: fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Bogotá Universidad Externado de Colombia, pp.185-193.

²⁷ Ricardo Molina López, *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2011, pp.77-78.

²⁸ *Ibid.*, p.9.

López, considera que “El *principio de oportunidad* no es otra cosa que el desarrollo para la aplicación, por medio del proceso penal, de los contenidos del principio de necesidad de intervención y necesidad de pena. Por tanto, cualquier consideración de carácter procesal sobre el *principio de oportunidad* debe cruzar necesariamente por los linderos de las aportaciones de la dogmática penal.”²⁹

Hassemer por su lado hace una diferenciación entre el principio de legalidad y el de oportunidad, para concluir que el segundo es una excepción al primero y debe entenderse como una regla por su concepción netamente utilitarista, así:

I. Los principios de legalidad y oportunidad referidos a la persecución penal, hacen hincapié en distintas partes de la idea de Derecho: La legalidad subraya la *justicia*; la oportunidad resalta la *finalidad* (efectividad, inteligencia política). Una opción político- criminal debería, por tanto, tener en cuenta que la justicia es la meta, pero que la finalidad es la condición restrictiva para alcanzar la meta. Expresado sucintamente sería: Tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica en la actualidad) sea necesario.

II. El principio de legalidad podría encuadrarse bajo las *teorías penales* absolutas. El principio de oportunidad, bajo las teorías relativas. El principio de legalidad defiende el automatismo, la igualdad y la justa expiación del hecho. El principio de oportunidad defiende la ponderación en el caso concreto, la consideración de las eventuales particularidades del caso y una inteligente orientación hacia las consecuencias. Por ello, nos parece el principio de legalidad, «clásico» y el de oportunidad, «moderno» y por ello también, tiene el principio de oportunidad en el Derecho Penal de ahora, orientado hacia las consecuencias, más predicamento.³⁰

Refiriéndose al mismo tema, Guerrero señala que en Colombia el principio de oportunidad en su acepción reglada no permite manifestaciones discrecionales del Fiscal para proceder a su aplicación, indica además que la Corte Constitucional le ha

²⁹ Ibid., p.75.

³⁰ Winfred Hassemer, “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 4, Madrid, 1988, p.10.

dado la mayor de las extensiones al principio de obligatoriedad de la investigación, lo cual significa que cualquier actuación de la Fiscalía para excluir un caso que toque a sus puertas debe estar absolutamente justificada y motivada bajo los presupuestos del principio de legalidad.³¹

Así pues, por lo visto, parece claro que el presupuesto mínimo para la aplicación del principio de oportunidad con independencia de la causal que se invoque, es la existencia de elementos materiales probatorios mínimos que conduzcan a la Fiscalía al convencimiento que se está frente a una conducta que logra superar las exigencias de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, es decir, que está ante una conducta punible imputable a una persona plenamente identificada e individualizada.³²

No obstante, cabe advertir que la determinación de la ocurrencia de la conducta punible es un requisito necesario pero no suficiente para aplicar el principio de oportunidad porque el operador deberá en cada caso concreto, demostrar que los medios de convicción sustentan los presupuestos fácticos de cada causal, entrando a definir por ejemplo que entiende por poca lesividad, por antijuridicidad material, por delito bagatela, por el principio de insignificancia entre otros, para definir, si acude al principio de oportunidad o si acude a la preclusión.

3.1.2. Desde la jurisprudencia colombiana

Para la Corte Constitucional ³³ el principio de oportunidad es una institución que incide sobre el ejercicio de la acción penal del Estado y tiene rango constitucional, opera de

³¹ Oscar Julián Guerrero Peralta, *Fundamentos teórico Constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Ediciones nueva jurídica, 2007. p. 143

³² Ver artículo 327 ley 906 la aplicación del principio de oportunidad solo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación de la conducta y su tipicidad.

³³ Corte Constitucional, sentencia C- 873 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido véase también de la misma corporación, sentencias C-673 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández; C-1154, MP. Manuel José Cepeda y C-979 de 2005, MP, Jaime Córdoba Triviño.

manera negativa, en el sentido de que pueden existir razones por las cuales ha de abandonarse en forma permanente o temporal la acción penal. Al respecto la Corte Constitucional en la citada sentencia ha indicado:

El principio de oportunidad ha sido reconocido en múltiples ordenamientos penales del mundo, y se basa en el postulado de que la acusación penal requiere no sólo que exista suficiente mérito para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que no existan razones de oportunidad para archivar el proceso, esto es, razones válidas por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una determinada conducta.

Desde una perspectiva teleológica, si nos remitimos a las discusiones de la comisión constitucional redactora, nuevamente se reitera la premisa básica, consistente en que el presupuesto mínimo para la aplicación del principio de oportunidad es la existencia de una conducta punible, y que la ausencia de lesividad presupone la atipicidad de la conducta:

No todo lo que conoce la fiscalía tiene que investigarlo y esto no constituye principio de oportunidad sino aplicación estricta de legalidad (...) lo que establece el artículo 250 es que le corresponde a la Fiscalía investigar delitos y si no hay delito no tiene que ir ante un juez para que éste diga que no hubo delito, lo que corresponde es el archivo. Se debe tener presente como presupuesto la existencia de un delito (...) en los casos de insignificancia no hay tipicidad, entonces, no daría lugar a ningún ejercicio de la acción penal porque no hay responsabilidad³⁴

³⁴ Véase Gaceta del Congreso No. 339 de julio 23 de 2003, Proyecto de Ley Estatutaria No.01 de 2003, Cámara de Representantes, disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>, consultada el 10 de abril de 2012.

Como se puede ver, desde el punto de vista de la doctrina nacional y extranjera, incluso desde la descripción legal y el desarrollo jurisprudencial sobre el tema, se puede concluir que el presupuesto mínimo para la aplicación del principio de oportunidad con independencia de la causal que se invoque, es la existencia de elementos materiales probatorios mínimos que lleven a la Fiscalía al convencimiento que está frente a una conducta que logra superar las exigencias de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, es decir, que está ante una conducta punible imputable a una persona plenamente identificada e individualizada.

Incluso, podríamos decir que la determinación de la ocurrencia de la conducta punible es un requisito necesario pero no suficiente, porque el operador deberá en cada caso concreto, demostrar que los medios de convicción además sustentan los presupuestos fácticos de cada causal, entrando a definir por ejemplo que entiende por poca lesividad, por antijuridicidad material, por delito bagatela, por el principio de insignificancia entre otros, para definir, si acude al principio de oportunidad o si acude a la preclusión.

4. El Principio de lesividad en la Jurisprudencia Colombiana

4.1. La jurisprudencia de la sala penal Corte Suprema de Justicia

4.1.1. Recuento histórico del concepto de lesividad a la luz del decreto 100 de 1980 y de la ley 599 de 2000

En la sentencia 23483 del 19 de enero de 2006, la Corte Suprema³⁵ realizó el siguiente recuento histórico del concepto de lesividad:

El artículo 4º del anterior Código Penal establecía:

³⁵ Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 23483 del 19 de enero de 2006 MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Art. 4º. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley. Sobre el entendimiento de este precepto, dijo la Sala el 16 de junio de 1981:

No basta la sola contrariedad formal de la conducta con la norma penal para predicar la antijuridicidad de la misma, sino que es necesario establecer la lesión o peligro potencial injustificado del interés que tutela la ley (M. P. Alfonso Reyes Echandía).

Luego, en sentencia del 4 de octubre de 1993, radicado 5.005, expuso:

La antijuridicidad toma parte y se particulariza en el desvalor del acto o por mejor decir, en la afectación real o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado. Importa, pues, en esta concepción, la efectiva verificación de un daño o peligro a los intereses vitales de la colectividad o del individuo protegido por las normas jurídicas (destaca la Sala, ahora).

Y el 3 de junio de 1998, radicado 10.422, agregó:

No obstante la claridad de este criterio doctrinal, el demandante erróneamente lo entiende en el sentido de que podría haber delito sin daño, pero no es eso lo que dice la jurisprudencia, todo lo contrario, el hecho de que allí se clasifique la falsedad documental como un delito de peligro es precisamente porque se advierte que se necesita que produzca un “daño” que al menos consista en poner en peligro el interés tutelado.

En la sentencia del 1º de febrero del 2001, radicado 16.362, se señaló:

Por otra parte, la antijuridicidad formal es una simple contrariedad de la conducta con lo dispuesto normativamente y el artículo 4º del Código

Penal hace referencia a la antijuridicidad material, consistente en la afectación del bien jurídico protegido, al lesionarlo o ponerlo en peligro, por medio de un comportamiento consagrado como punible (se resalta).

El artículo 11 de la Ley 599 del 2000, preceptúa:

*ART. 11. **Antijuridicidad.** Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga **efectivamente** en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley.*

La norma, según lo señaló la Corte en la sentencia del 18 de febrero del 2003, radicado 16.262, recogió como uno de los elementos esenciales del delito “el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal”.

Al examinar esta disposición, dijo la Sala en sentencia del 15 de septiembre del 2004, radicado 21.064:

“De esta forma el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de que se ha hablado, hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en este caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporo-espacial diferente”.

Si se ha hecho un breve recuento de la jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a la regulación positiva de la antijuridicidad en los códigos penales de 1980 y del 2000, es para destacar que en realidad *no ha habido una variación sustancial del concepto*

pues, tanto como ahora, también en la norma anterior la afectación o puesta en peligro debía ser real y no meramente formal, y su análisis se hace en la categoría dogmática de la tipicidad

Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, *“es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delitos de resultado de bagatela”*.

4.1.2. Otras sentencias que ratifican la postura de la Corte

El alcance y la definición del principio de lesividad, se han mantenido igual en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para la cual resulta claro que la lesividad del comportamiento, es un asunto relativo al injusto.

Lo que se quiere resaltar es la variación en las consecuencias procesales que generan las conductas carentes de lesividad pues mientras en la ley 600 este problema sustantivo se manejaba de manera coherente a través de las figuras procesales de resolución inhibitoria, preclusión, cesación de procedimiento o absolución, que a la postre representan la declaratoria de una conducta atípica o de ausencia de injusto penal; con el advenimiento de la nueva sistemática procesal, y más exactamente con la modificación del artículo 250 de la Constitución Política que introdujo el principio de oportunidad; la sala penal de la Corte hace una variación parcial de su tesis, pues, aunque sigue entendiendo que la ausencia de lesividad de un comportamiento es un asunto que se resuelve en sede de tipicidad, por razones de política criminal, señala que el camino procesal para su solución, no es la preclusión, ni el archivo, ni la absolución, sino la aplicación del principio de oportunidad.

Es así como en las siguientes sentencias, la Corte mantiene su tesis, referida a que la ausencia de lesividad en la parte sustantiva genera la atipicidad de un comportamiento, y por tanto, la solución procesal coherente sería una resolución inhibitoria, una

preclusión o la cesación de procedimiento, dependiendo de la etapa procesal en que se encuentren.

*Sentencia 18609*³⁶:

En esta sentencia la Corte Suprema decide dejar en firme la sentencia condena en contra de un ciudadano que fue encontrado en situación de flagrancia vendiendo base de coca, en cantidad de 1.24 gramos. En esta providencia la Corte reitera que atendiendo al verbo rector no importa la cantidad incautada, pues en estos casos, diferente a los del consumo, efectivamente se lesiona el bien jurídico de la salubridad pública. Aquí la Corte considera que la falta de lesividad afecta la tipicidad, pero que en supuesto fáctico no aplicaba la teoría de la defensa, porque al ciudadano no se le incautó la dosis personal, sino que se probó que la tenía para la venta o el suministro.

*Sentencia 21064*³⁷:

En esta sentencia la Corte, revoca la decisión de segunda instancia a través de la cual se condenó a un ciudadano que fue capturado en situación de flagrancia portando un arma de fuego de defensa personal que después del estudio técnico resultó ser inidónea para producir disparos. En esta decisión la Corte se sustentó en la ausencia de lesividad del comportamiento que generaba la atipicidad y absolvió al ciudadano de los cargos. La Corte fue enfática en señalar:

En este evento, resulta claro que la falta de idoneidad del arma para ser usada como tal no podía, así la llevara consigo y sin autorización, generar o aumentar un peligro a la seguridad pública, porque la pistola no era apta para disparar y,

³⁶ Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 18609 del 8 de agosto de 2005. MP., Herman Galán Castellanos.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 21064 del 15 de septiembre de 2004. MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

por tanto, mucho menos para lesionar o matar a alguien. Expresado de otro modo, la pistola no tenía potencial ofensivo y, por consiguiente, al no ser susceptible de herir o matar a otra persona, ontológicamente dejó de ser un arma.

Así no lo percibieron los juzgadores porque su visión quedó limitada a verificar que el procesado portaba la pistola, que lo hacía sin permiso otorgado por autoridad competente y que el instrumento correspondía a la definición de arma de fuego de defensa personal, lo cual consideraron suficiente para deducir que hubo afección a la seguridad pública.

Con ese criterio limitado, se reitera, los juzgadores no aprehendieron que en la realidad no era posible que con el porte de la citada pistola en las circunstancias fijadas en los fallos se generará riesgo concreto, efectivo, al bien jurídico tutelado, condición ésta que emerge de la concepción del concepto de bien jurídico como límite y medida de la potestad punitiva estatal, marco de garantía que está soportado en los valores y principios constitucionales y en el respeto a los derechos fundamentales.

Esa declaración de responsabilidad, producida frente a un evento en el que no apareció el verdadero peligro que corrió un bien jurídico, equivale a sancionar con la forma más drástica de intervención en la esfera de los derechos de la persona, la pena, la simple desobediencia, pese a que la acción fue, en sí misma, inocua, y que merecería una adecuada respuesta en otro campo del ordenamiento, como el administrativo.

Lo que sí debe valorar es, en concreto, si una específica conducta significó real y verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido con la norma penal.

Posteriormente, en la sentencia con radicado 16.066³⁸, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, puntualizó:

Además de típicas las conductas son antijurídicas materialmente dado que amén de poner en riesgo la fe pública en cuanto a la confianza depositada por la colectividad en los documentos públicos para probar la relación jurídica en ellos contenida, puso en peligro a otros intereses colectivos, con arreglo a las previsiones hechas por el artículo 11 del Código Penal.

Conclusión a la que arriba la Sala desarrollando el criterio que recientemente ha adoptado en torno al contenido y el alcance de la antijuridicidad en los delitos de falsedad documental y, en este caso, en la falsedad ideológica en documento público, apoyada en la interpretación del artículo 11 del Código Penal.

Ciertamente, por ser expresión de la facultad legal documentaria del Estado, le bastaba con la mutación de la verdad de los documentos extendidos por un servidor público en ejercicio de sus funciones para considerar lesionado potencialmente el bien jurídico de la fe pública, entendida como la confianza de la colectividad en la veracidad de su contenido, independiente de la nocividad o daño que pudiera causar en particular en el tráfico jurídico social.

No obstante, al exigir ahora el artículo 11 del Código Penal que la conducta típica para ser punible requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal; es claro para la Sala que la presencia de este elemento se alcanzará únicamente en los eventos en que se demuestre cabalmente la concurrencia de la antijuridicidad formal y material.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 16066 del 9 de noviembre de 2006. MP Julio Enrique Socha Salamanca.

En efecto, este precepto se erige como el fundamento del injusto penal al reconocer a todas las personas el derecho a actuar libremente sin más limitaciones que las impuestas por el derecho de los demás y el orden jurídico, es decir, exige perentoriamente la confluencia de los desvalores de acción y de resultado para que la conducta además de típica sea antijurídica, entendido el primero como el reproche que se hace al sujeto activo por oponer su voluntad a la prohibición o mandato que contiene la norma y, el segundo, como la censura que recae sobre la conducta por lesionar o poner en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado. O lo que es lo mismo, exige la presencia de la antijuridicidad formal y material.

*Sentencia No 19930*³⁹:

En esta decisión la Corte confirma la sentencia condenatoria en contra de un fiscal que consignó en la estadística un número de procesos inferior a los que realmente tenía. En esta decisión la Corte mantiene su línea en el sentido de considerar que la lesividad afecta la tipicidad del comportamiento. Al respecto señaló:

Como ha enseñado la Sala, para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal).

En el nuevo código penal se mantiene la fe pública como bien jurídico objeto de tutela a través de las disposiciones sustanciales que definen los delitos de

³⁹ Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 19930 del 21 abril de 2004, MP., Mauro Solarte Portilla.

falsedad documental, entendido aquél como la confianza de la colectividad en las formas escritas en cuanto tengan importancia como medio de prueba en el tráfico jurídico.

De modo que, si la falsedad documental -cualquiera que sea su modalidad- no recae sobre un medio que goce de dicha confianza colectiva, resulta inidónea para vulnerar el bien jurídico de la fe pública y no ocasiona un daño, ni al menos lo engendra potencialmente, no merece represión penal, ya que por virtud del principio de antijuridicidad material no aparece plausible sancionar el hecho realizado al margen de cualquier incidencia social.

4.1.3. Una nueva orientación de la jurisprudencia: el efficientismo penal a costa de las garantías del procesado

En las sentencias 29183 y 31362, la Corte Suprema de Justicia parece cambiar su criterio, en cuanto al mecanismo procesal que debe seguirse en los casos en los cuales la conducta carece de lesividad, tal como lo pasamos a reseñar:

4.1.3.1 sentencia 29183⁴⁰

En esta decisión, La Corte reitera el hecho de que la antijuridicidad es un elemento estructurante del delito, y que esta debe ser entendida en sentido material y no solamente formal y que el derecho penal solamente existe para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o se somete a peligro un bien jurídico, apoyándose a su vez en la sentencia 19930 de 2004 citada en la página anterior. En este evento, la Corte casa la sentencia de segunda instancia y absuelve a un ciudadano que fue condenado llevando consigo como dosis personal la cantidad de 29.9 gramos de marihuana. La Corte bajo el crisol del principio de lesividad, realiza un

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 29183 del 18 de noviembre de 2008, MP., José Leónidas Bustos Martínez.

análisis en torno a las circunstancias bajo las cuales el porte de estupefacientes afecta el bien jurídico protegido; en esta oportunidad, hizo énfasis en que los eventos de autolesión (por el consumo de drogas) no son penalmente relevantes y por lo tanto, el porte de estupefacientes solo tiene la potencialidad de afectar la salud pública cuando está destinado al tráfico o suministro de otra personas.

En lo referido al principio de lesividad en esta misma decisión la Sala Penal indicó:

Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado.

En esta sentencia fundacional en lo referido al cambio de criterio o de posición, la Corte fue clara en considerar que el supuesto fáctico se enmarcaba dentro de una conducta atípica, pero de manera poco coherente, termina exhortando a la fiscalía que para casos similares acuda a la aplicación del principio de oportunidad. Al respecto la Corte señaló:

Consultadas las actas correspondientes, se observa que el propósito del constituyente era dar a la Fiscalía la posibilidad de desbrozarse de la cantidad de asuntos menores que desgastaban su actividad, para que pudiera concentrarse en lo que verdaderamente ponía en peligro nuestra convivencia y por ello se concibió, entre otros mecanismos, el del principio de oportunidad.

Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema.

La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta.”

Y agrega:

En ese propósito surgen determinantes las herramientas ofrecidas por el Legislador para descongestionar a la administración de justicia de investigaciones y procesos adelantados por conductas que, como la que aquí se analiza, no ameritan toda la atención del aparato sancionatorio del Estado, cuando resulta *más justa* su atención por la vía del ofrecimiento de la oportunidad, de la conciliación, de la mediación, o la senda misma de la ausencia de antijuridicidad material; que en todo caso conducen a situaciones diferentes de la pena de prisión, inútil e ilegítima en asuntos como el que se examina. (cursiva fuera de texto)

En lo resaltado se advierte que la Corte sigue diferenciando la falta de antijuridicidad material del principio de oportunidad como causal de exclusión de la responsabilidad penal.

4.1.3.2. Sentencia 31362⁴¹

En esta decisión la Corte sustentada en la ausencia de lesividad decide no casar y dejar en firme la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en favor de un ciudadano que fue condenado en primera instancia por estar ofreciendo en una vía pública dos reproducciones de obras periodísticas publicadas por Editorial Planeta. A pesar de sustentar su decisión en la ausencia de lesividad, y por ende en la

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 31362 del 13 de mayo de 2009, MP., Julio Enrique Socha Salamanca.

atipicidad del comportamiento, la Corte exhorta a la fiscalía, para que en eventos similares, proceda a dar aplicación al principio de oportunidad.

En la precitada sentencia 31362 del año 2009, la Corte reitera su jurisprudencia sentada en la decisión del 18 de noviembre del año 2008, radicado 29183, al definir que:

Aun en el evento de considerar que la ausencia de afectación relevante del bien jurídico sea un problema de atipicidad, lo procedente no sería solicitar ante el funcionario de conocimiento la preclusión, toda vez que según la corte, el juez natural para conocer de la extinción de la acción penal por comportamientos insignificantes es el juez de garantías.

De esta premisa, se logra inferir, el distanciamiento que la Corte de manera equivocada hace entre los asuntos propios del derecho sustantivo y las figuras propias del derecho procesal; esta forma de razonar, nos lleva a la conclusión, de que la ausencia de un elemento nuclear del injusto como es la ausencia de lesividad, genere la renuncia de la acción penal vía aplicación del principio de oportunidad cuando lo procedente sería la preclusión por atipicidad de la conducta.

En esta decisión, se puede ver, como la Corte Suprema, aunque reconoce que las conductas que no logran afectar ni poner en peligro de manera efectiva el bien jurídico, son irrelevantes para el derecho penal, en aras de cumplir con las funciones de prevención general, opta por sugerir la aplicación del principio de oportunidad, descartando de entrada la posibilidad del archivo o la preclusión. En efecto proceder, archivo o preclusión, sería el camino correcto dentro de un derecho penal respetuoso de las garantías, en tanto que no es lo mismo para un ciudadano, que el Estado renuncie al ejercicio de la acción penal, que el Estado declare que no puede iniciar o continuar la acción penal porque el comportamiento carece de relevancia penal.

En este punto, se resume el tema de debate, que queremos resaltar con este trabajo, referido a la contradicción en que incurre la Corte, al reconocer que el fin primordial del derecho penal es la protección de bienes jurídicos y que por tanto, la ausencia de lesividad o poca afectación del bien jurídico supone la atipicidad de la conducta. Pero que por razones de orden pragmático, dirigidos a cumplir con el fin de prevención general, y por razones de puro eficientismo entendido en este caso como una forma de solucionar un problema estructural del sistema penal colombiano como lo es la congestión y el atasco de procesos en la Fiscalía debido a las múltiples dificultades materiales para realizar las investigaciones, el camino para resolver este asunto, no es como debería hacerse en estricta legalidad, acudir a la preclusión, en razón de la atipicidad del comportamiento, sino, acudir al juez de garantías a solicitar la aplicación del principio de oportunidad.

Amén de reiterar que el principio de oportunidad no resulta ser el medio más legítimo y adecuado para dar salida a los casos bagatelares o insignificantes, también resulta válido resaltar la falta de justificación interna en la línea argumentativa planteada por la Sala Penal, al invocar la aplicación del principio de oportunidad como un medio idóneo de cara a solucionar el tema de la congestión judicial, en tanto que la práctica nos indica que su poca o casi nula aplicación, obedece precisamente a la excesiva reglamentación que lo convirtió en uno de los protocolos más burocratizados del sistema penal acusatorio, y siendo ello así, aun desde una lectura funcionalista la preclusión resulta ser el medio más útil y eficaz de cara a dicho fin.

Las contradicciones de la Corte en relación con las consecuencias que genera la ausencia de lesividad de un comportamiento se pueden advertir en los siguientes párrafos tomados de la sentencia 31362:

En la primera premisa la Sala Penal reconoce que el supuesto fáctico logra subsumirse dentro de los supuestos de exclusión del injusto por carencia de

lesividad cuando indica “fue dentro de este contexto como el Tribunal llegó a la conclusión de que la conducta de ofrecer tan solo un ejemplar no autorizado de los libros “Pacto en la sombra y H. P.: “Historias particulares de los honorables parlamentarios” no representaba amenaza significativa alguna a tales intereses y, por lo tanto, aunque había concurrido un desvalor de la acción (es decir, tanto un ánimo de lucro como la intención de afectar los derechos patrimoniales de autor), no había sucedido otro tanto en lo que al desvalor del resultado respecta, tal como lo dispone el artículo 11 de la ley 599 de 2000.

Esto último no quiere decir que toda conducta relacionada con la venta callejera o informal de obras no autorizadas debería quedar en la impunidad, sino que, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, el objeto material de la acción, analizado en directa relación con el bien jurídico que el numeral 1 del artículo 271 del Código Penal pretende proteger, no implicó un peligro trascendente para los derechos patrimoniales en cabeza de los escritores y de las casas editoriales, sin perjuicio de que sí lo sea la acción de ofrecer para la venta reproducciones ilegales en cantidades considerablemente superiores.

En este orden de ideas, el problema no se agotaba con la simple realización de la acción, tal como lo afirmó el demandante, ni mucho menos con aseverar que la voluntad del legislador estaba dirigida a combatir la piratería en cualquiera de sus manifestaciones, incluso por encima de la exigencia de lesividad, ya que no es posible interpretar el alcance del tipo penal de manera aislada, o sin tener en cuenta todos los principios que integran el ordenamiento jurídico, y mucho menos en detrimento de la filosofía del nuevo sistema acusatorio, que propende por la investigación y juicio de conductas de marcada trascendencia social.

La falta de coherencia entre las premisas y la conclusión la encontramos en el siguiente Argumento de la cita sentencia 31362:

“Acerca de este último aspecto, es de destacar que fue desacertada en cuanto al factor de competencia la actuación de la representante de la Fiscalía que en su momento elevó ante el juez de conocimiento una solicitud de preclusión por atipicidad, pues si bien es cierto que no contradice principio lógico alguno la postura según la cual la afectación irrelevante del bien jurídico es un asunto atinente al tipo objetivo (ya que incluso está en armonía con la teoría de la imputación objetiva a la que tantas veces ha acudido la Sala), también lo es que el juez natural para extinguir la acción penal en este caso era el de control de garantías y medidas de seguridad, con base en la aplicación del principio de oportunidad.”

Como se puede apreciar, reiteramos, el giro que se ha observado ha tenido que ver con las consecuencias procesales que genera la ausencia de injusto, y el desconocimiento de los presupuestos de orden fáctico y probatorio que de manera clara exige el artículo 324 del C.P.P para la aplicación del principio de oportunidad, pues la Corte a pesar de reconocer que no hay injusto penal, dispone la aplicación del principio de oportunidad.

4.1.3. Salvamento de voto sentencia 31362 del 13 de mayo de 2009:

De cara a esta discusión, resulta relevante, plantear las ideas centrales del salvamento de voto del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, en tanto que con este, se deja entrever la discrepancia – que tratamos de resaltar en este trabajo- entre la premisa y la conclusión, en lo que tiene que ver con los efectos procesales que surgen cuando se constata la ausencia de lesividad de la conducta:

Advierto, en otro orden de ideas, bastante infortunada la asimilación que en el proyecto mayoritario se hace del principio de oportunidad, agregando que, precisamente, la invocación de ese mecanismo hace ver improcedente la solución que ahora se toma, dado que la posibilidad de recurrir a la facultad legal

entregada a la fiscalía implica que la conducta se entiende completa en sus aristas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Es que, si se conoce que el principio de oportunidad se erige en facultad, bastante restringida en nuestra legislación penal, cabe anotar, para suspender, interrumpir o terminar la acción penal, cuando se cumplen determinados requisitos consagrados en la ley, lo primero que debe anotarse es que esa posibilidad no opera de manera complementaria o como desarrollo y ni siquiera paralela a otras formas de terminación del proceso sin condena penal.

En su naturaleza y efectos el principio de oportunidad reclama como condición básica inexcusable que la conducta penal se reporte típica, antijurídica y culpable, pues, sobraría mencionar, si sucede que falta alguno de estos atributos, lo adecuado no es acudir a esa potestad del Fiscal, incluso sometida a bastantes condiciones, en punto de garantizar los derechos de las víctimas, que deben actualizarse por que se parte de un principio de responsabilidad penal del procesado, sino solicitar la preclusión o pedir absolución.

Es por ello que de manera perentoria y expresa, en aras de dejar a salvo el principio de legalidad y la presunción de inocencia, el inciso final del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, consagra:

“La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de posibles imputados y la fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.”

Ahora, que algunas causales consagradas en el artículo 324 ibídem, aludan al poco impacto dañoso del delito, ello no significa, ni se puede confundir, que el principio de oportunidad también opera para los casos en los cuales no se

vulnera el principio de lesividad o, en términos generales, conforme la tesis adoptada por el proyecto mayoritario, la conducta es atípica.

No. Se hace necesario que se parta de esos elementos mínimos de tipicidad pero, a renglón seguido, ellos se balanceen respecto del costo de la intervención penal, la magnitud del daño causado o los efectos padecidos por el mismo procesado, en los delitos culposos, para ofrecer a la fiscalía la oportunidad de terminarlos anticipadamente sin sanción.

Por esta razón, el asunto no puede reducirse, como se hace en el fallo del cual me aparto, a un fenómeno de incompetencia o pérdida de la oportunidad procesal, sino al hecho concreto de que ese principio de oportunidad riñe, por decirlo de alguna manera, con las causales de preclusión o absolución y, en consecuencia, si se afirma que lo investigado es atípico, de ninguna manera puede advertirse la posibilidad de que se haga uso de aquel mecanismo. *Esta idea coincide con la tesis que hemos querido resaltar con este trabajo.*

Hecha la precisión, es tempestivo señalar a manera de conclusión, que no obstante los enormes esfuerzos dialécticos realizados en el proyecto para sustentar la tesis de falta de lesividad, es lo cierto que esas teorías reseñadas e incluso los mismos antecedentes jurisprudenciales traídos a colación, resultaron ajenos al motivo central utilizado para confirmar la absolución, radicado, aunque se obvie decirlo expresamente, en el pequeño número de obras ofrecidas para la venta, tópico distinto a todas las consideraciones hechas acerca de los delitos de peligro y daño, o la necesidad de actualizar el peligro abstracto a las situaciones cambiantes de la sociedad, o en fin, a todas esas categorizaciones dogmáticas que no dudamos en compartir, pero lamentablemente no se conectan con los hechos y la forma de solución escogida por la Sala.”⁴²

⁴² Salvamento de voto del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, sentencia, 31362 del 13 mayo del año 2009.

4.1.3.4. Auto No.11001-02-30-015-2007-019 del cinco de julio del año 2007 de la Corte Suprema de Justicia:

Dentro de este contexto, y sobre este mismo punto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través del auto del cinco de julio del año 2007, interpreta el contenido del artículo 79 del C.P.P. y más específicamente el concepto de tipicidad objetiva.

En este auto, la Corte Suprema, presenta una lista taxativa de los supuestos de procedencia de aplicación del archivo bajo la causal de atipicidad objetiva al tenor a lo dispuesto en el artículo 79, indicando que el análisis sobre la antijuridicidad de un comportamiento, no pertenece al campo de la tipicidad objetiva, y por tanto no procede el archivo, porque para la Corte, en esta nueva sistemática, el fiscal no puede hacer consideraciones de carácter subjetivo a la hora de dar aplicación al artículo 79 de la ley 906 de 2004 y toda medida que implique disposición de la acción penal corre por cuenta de los jueces.

La Corte Suprema en el precitado auto, señala que la fiscalía no puede archivar la indagación en los casos en los que se discute si existió o no lesión al bien jurídico. Este planteamiento que generó alguna confusión, parece correcto a nuestro juicio, siempre y cuando se entienda que si la conducta carece de lesividad, es atípica y por tanto, no es procedente el archivo, sino la preclusión toda vez que de esta manera se deja a salvo el principio del *non bis in idem*, en tanto que la preclusión tiene efectos de cosa juzgada, lo que no ocurre con el archivo.

4.2. Concepto y alcance del principio de lesividad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana

4.2.1. Antes de la entrada en vigencia del principio de oportunidad

Antes de la entrada en vigencia del principio de oportunidad, la Corte Constitucional mantuvo un criterio uniforme en el sentido de considerar que el fin que legitima la existencia del derecho penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho no es otro diferente que el de la protección de bienes jurídicos, dando al principio de lesividad el contenido y el alcance similar al de la Corte Suprema, entendiéndolo como un límite material al ejercicio del *ius puniendi* materializándolo en la categoría dogmática de la antijuridicidad; sin embargo, al igual que lo hizo la Corte Suprema, la Corte Constitucional en sus últimas sentencias viene considerando que el camino para resolver los asuntos de lesividad es el de la aplicación del principio de oportunidad y no el camino que guarda coherencia con la concurrencia de una atipicidad objetiva como es el archivo, o la preclusión.

En las primeras sentencias, se puede leer la uniformidad en reconocer que el fin del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, y por ende los comportamientos que no logren poner en peligro ni afectarlos escapan al control del derecho penal, o en otras palabras dicho, son atípicos. Esta postura, se mantiene en las sentencias C- 430 C-070 de 1996, C-118 de 1996, C- 430/98, C-420/02, 140/00, C-489/02, en estas la Corte interpreta el principio de lesividad como la materialización de la categoría dogmática de la antijuridicidad y de la tipicidad. Veamos:

*Sentencia C-430*⁴³:

En lo referido al principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto la Corte Constitucional señaló:

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-430 de 1996, MP., Carlos Gaviria Díaz.

En los tipos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley con la realización de una acción inocua en si (sic) misma. En estos eventos la relación de causalidad entre la conducta prohibida y la actividad delictiva es enteramente contingente, y la afirmación de la existencia de dicha relación sólo puede corresponder a la elección discrecional que realiza el legislador en forma anticipada, y el juez frente al caso concreto, entre múltiples opciones; en última instancia, la potencialidad dañina que encierra la conducta se juzga realizable a partir de consideraciones que involucran no al acto mismo sino a su autor.

En la misma línea las sentencias C-070 de 1996 y C-118 de 1996 en punto al principio de lesividad indican:

Sin necesidad elevar el principio de antijuridicidad al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso', deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

*Sentencia C-070*⁴⁴:

El principio de lesividad o de antijuridicidad material ha sido acuñado por la doctrina jurídico penal, y recogido en la legislación como uno de los elementos necesarios del delito (Código Penal, art. 4º). Este principio de medular importancia para el derecho penal no ha sido expresamente consagrado en la Constitución Política, lo cual no quiere decir que carezca de relevancia constitucional o que no pueda ser deducido de las normas constitucionales. En efecto, podría afirmarse que las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia (CP art. 2), pero que, en materia de ejercicio del ius puniendi del Estado, esta protección no puede conllevar una restricción injustificada de los derechos fundamentales, como podría suceder, por ejemplo, cuando, a pesar de la reducida importancia de un bien, se limita irrazonablemente la libertad personal del infractor.

Sentencia C- 420/02:⁴⁵

Haciendo abstracción de las distintas fases, escuelas y esquemas que han confluído en el derecho penal, lo cierto es que el único elemento común a cualquier sistema de imputación penal radica en el contenido de injusticia que se atribuye al delito, esto es, la antijuridicidad. Pero el concepto de antijuridicidad no ha sido siempre el mismo. Durante mucho tiempo se creyó que el contenido de injusticia del delito se determinaba sólo por la relación de contradicción existente entre la prohibición o el mandato contenido en la norma penal y la conducta del autor o partícipe. Eran los tiempos de apogeo del positivismo formalista, tiempos en los que se creía que el ámbito de racionalidad de los delitos y de las penas estaba determinado por el tenor literal de la ley. No cabe

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-070 de 1996. MP., Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-420 del 28 de mayo de 2002. MP., Jaime Córdoba Triviño.

duda que un tal sistema de imputación penal se ajustaba a la racionalidad propia del Estado legal de derecho: Una conducta era delito por el sólo hecho de que la ley la calificara como tal.

Pero el tiempo se encargó de develar la insuficiencia de esa concepción del injusto penal pues se presentaban muchos supuestos en los que, pese a concurrir esa relación de contradicción entre el mandato normativo y la conducta, ésta estaba desprovista de contenido alguno de injusticia. Entonces se cayó en cuenta que el delito debía tener un contenido de ilicitud no solo formal frente a la norma sino también un contenido material que consistía en la lesión o, al menos, en la puesta en peligro de un bien jurídico. Así, la injusticia del delito radicaba en la afección de derechos ajenos. De esta manera, el delito se dotó de un referente material que, a través de la categoría del bien jurídico, racionalizó el ejercicio del poder punitivo. Siendo así, el solo tenor literal de la ley no definía ya el delito pues se precisaba también de un contenido sustancial que remitiera a la afección de derechos ajenos.

De allí que la tipificación de conductas penales constituya un límite al libre desarrollo de la personalidad impuesto por el ordenamiento jurídico. No obstante, tal límite sólo será legítimo si las conductas tipificadas son susceptibles de vulnerar o poner en peligro los derechos de los demás. Si ello no ocurre, a la sombra de la penalización de conductas se encontrarán delirios autoritarios.

Entonces se cayó en cuenta que el delito debía tener un contenido de ilicitud no solo formal frente a la norma sino también un contenido material que consistía en la lesión o, al menos, en la puesta en peligro de un bien jurídico. Así, la injusticia del delito radicaba en la afección de derechos ajenos. De esta manera, el delito se dotó de un referente material que, a través de la categoría del bien jurídico, racionalizó el ejercicio del poder punitivo. Siendo así, el solo tenor literal

de la ley no definía ya el delito pues se precisaba también de un contenido sustancial que remitiera a la afcción de derechos ajenos.

4.2.2. La postura de la Corte Constitucional a partir de la entrada en vigencia del principio de oportunidad

A partir de la entrada en vigencia del acto legislativo 03 de 2002, la Corte Constitucional, aunque sigue considerando la ausencia lesividad es un tema atinente al injusto que afecta la tipicidad, en lo que respecta a las implicaciones procesales que acarrea la afectación irrelevante del bien jurídico, en las sentencias C-098 de 2006 y C-095 de 2007, ha reiterado que el modelo acusatorio contempla la aplicación del principio de oportunidad no sólo como un instrumento para enfrentar el crimen organizado, sino esencialmente para excluir del ejercicio de la acción penal a los delitos de resultado de bagatela.

Estas tesis la sustenta la Corte Constitucional en las siguientes decisiones:

Sentencia C- 988-06⁴⁶

En esta decisión, la Corte examina la exequibilidad del numeral 10 del artículo 324 que dice “cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa, la Corte declaró la exequibilidad de dicha causal, insistiendo en que los asuntos que no lesionen o pongan en peligro efectivo el bien jurídico deben excluirse del derecho penal. En lo referido al principio de oportunidad la Corte, señaló:

“A ello debe agregarse que el principio de oportunidad establecido en el artículo 250 superior tal como fue modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 cuya naturaleza es estrictamente excepcional (i) fue supeditado por el Constituyente

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-988 del 29 de noviembre de 2006, MP., Álvaro Tafur Galvis.

derivado a la política criminal del Estado; (ii) la aplicación de este principio no constituye una antinomia del principio de legalidad, como quiera que constituye una oportunidad reglada que, se reitera, es excepcional, no arbitraria, sujeta al control de garantías, con presencia del Ministerio Público y con participación de la víctima a la que se debe escuchar y está sometida adicionalmente en su ejercicio interno por la Fiscalía a un reglamento expedido por el Fiscal General de la Nación que deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado; (iii) este principio se predica de conductas antijurídicas y lesivas del bien jurídico, que el legislador sustrae con todos sus elementos de la acción punitiva, como resultado de una valoración político criminal, que conduce a considerarlas de poca significación desde la perspectiva de afectación del bien jurídico protegido; (iv) dicho principio alude a delitos de entidad menor y específicamente en el caso de los atentados contra los bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, a que alude el numeral acusado se prevé claramente que la infracción del deber funcional tenga o haya tenido una respuesta de orden disciplinario y la afectación del bien jurídico resulte poco significativa; (v) en este caso no se trata de discriminar conductas con medidas distintas, para sustentarlas del ámbito penal, sino que se atribuye al Estado la opción de no proseguir excepcionalmente la acción penal en una hipótesis concreta –la señalada en el numeral 10 acusado-, conforme a una valoración político criminal, para la cual el constituyente autorizó al Legislador y que en el caso del numeral acusado se refiere específicamente a los denominados delitos “bagatela”.

Sentencia C-095⁴⁷

En la sentencia C-095 de 2007 la Corte Constitucional abordó el análisis de la causal décima del principio de oportunidad prevista en el artículo ...de la ley 906 de 2004 , la cual establece que este principio se aplicará *“en los delitos contra la patrimonio*

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007. MP., Marco Gerardo Monroy Cabra.

económico cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular,” y entre sus argumentos se remitió a las actas de los debates que antecedieron la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002, en lo que concierne al principio de oportunidad, haciendo énfasis en que la inclusión del mismo en la Constitución se justificaba por cuanto:

existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; se descongestiona y racionaliza la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social; los modelos acusatorios americano y europeo consagran dicho principio, aunque la fórmula adoptada no responde exactamente a ninguno de ellos por cuanto el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo sino que tiene que acudir ante el juez de control de garantías e invocar alguna de las causales expresamente señaladas en la ley.

*Sentencia C-673/05*⁴⁸:

En esta sentencia la Corte condiciona la exequibilidad de la aplicación del principio de oportunidad de la existencia de reglas claras, en la que se establezca de manera concreta los casos en los cuales procede dicha medida:

En tal sentido, autores como Hassemer, señalan que “en tanto un derecho procesal penal admita casos que se resolverán desde la perspectiva de la oportunidad todo dependerá, para la constitucionalidad del proceso, de que estos casos sean correctamente precisados. Las reglas vagas en relación con el funcionamiento del principio de oportunidad lesionan completamente el principio de legalidad y permitirían que los procedimientos de carácter oportunístico se

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-673 del 2005. MP., Clara Inés Vargas Hernández.

difundan de manera epidémica y, de esa manera, se provocaría que las decisiones de no perseguir emitidas por las autoridades de la investigación pudieran no ser limitadas ni efectivamente controladas”, en tanto que para González Álvarez “El principio de oportunidad trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo.

En efecto, habiendo acogido un principio de oportunidad reglado, al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado puede acudir o no ante el juez de control de garantías para efectos de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.

*Sentencia C-1154/05:*⁴⁹

En esta decisión la Corte revisa la exequibilidad del artículo 79 de la ley 906 de 2004 para lo cual, atendiendo los argumentos de los demandantes hace una clara diferenciación entre el archivo y la aplicación del principio de oportunidad:

En el archivo de las diligencias no se está en un caso de suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, pues para que se pueda ejercer dicha acción se deben dar unos presupuestos mínimos que indiquen la existencia de un delito. Así, hay una relación inescindible entre el ejercicio del principio de oportunidad y la posibilidad de ejercer la acción penal por existir un delito, ya que lo primero depende de lo segundo. Pero para poder ejercer la acción penal

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1154 del 15 de noviembre del año 2005, MP., Manuel José Cepeda Espinosa.

deben darse unos presupuestos que indiquen que una conducta sí puede caracterizarse como un delito. Por lo tanto, cuando el fiscal ordena el archivo de las diligencias en los supuestos del artículo 79 acusado, no se está ante una decisión de política criminal que, de acuerdo a unas causales claras y precisas definidas en la ley, permita dejar de ejercer la acción penal, sino que se está en un momento jurídico previo: la constatación de la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito.

De otro lado, la Corte, declara la exequibilidad condicionada bajo el entendido que la expresión “motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito” corresponde a tipicidad objetiva y señala:

Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que “al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado.” Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.

CONCLUSIONES

La Corte Suprema de Justicia, sala penal, en las sentencias 19939/04,16262/04, 21064/04, antes de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, manejaba un criterio uniforme, en el sentido de entender, que el principio de lesividad, era un tema que se resolvía en sede de tipicidad, y por ende el camino procesal ante la verificación de la carencia de lesividad de un comportamiento, simplemente era acudir a los mecanismos procesales de la resolución inhibitoria, preclusión, cesación de procedimiento, absolución; guardando así coherencia entre el aspecto sustantivo y el procesal.

Con el advenimiento de la nueva sistemática procesal, la Corte mantiene su posición en el sentido de ubicar el problema de la lesividad en el ámbito de la tipicidad pero hace una variación en relación con las consecuencias procesales que la ausencia de lesividad de una conducta genera, al indicar que el camino no es el archivo, ni tampoco la preclusión, sino la aplicación del principio de oportunidad, al considerar que esta figura, en los casos de poca afectación del bien jurídico o de delitos bagatela, deja incólume la función de prevención general que persigue la pena, aunado a los motivos tácitos de descongestionar y matizar la inoperancia estructural del sistema penal.

En este punto, pasa por alto la Corte Suprema que dentro del ordenamiento jurídico existen múltiples medios o estrategias menos gravosas de cara a los derechos fundamentales y más efectivas frente a la protección de bienes jurídicos que las penas privativas de la libertad, como son por ejemplo, las medidas sancionatorias de carácter

administrativo, a las que se puede acudir *sin huir al derecho penal* para resolver todo tipo de asuntos que no revisten la categoría de una conducta punible.

Aunque dentro de las causales taxativas consagradas en el artículo 324 del estatuto procesal, para la aplicación del principio de oportunidad, se hace referencia al poco impacto dañoso del delito, ello no significa, ni se puede confundir, que el principio de oportunidad también opera para los casos en los cuales no se vulnera el principio de lesividad, pues siendo coherentes con la línea jurisprudencial revisada en este trabajo, debemos concluir que tanto para la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, como para la Corte Constitucional, la ausencia de lesividad de un comportamiento implica su atipicidad, y siendo ello así, los mecanismos procesales aplicables son el archivo vía aplicación directa por parte del fiscal (administrativo, sin efectos de cosa juzgada) o la preclusión proferida por un juez de la república con efectos de cosa juzgada.

Con esta forma de proceder se vulneran claramente las garantías procesales del debido proceso, el principio de igualdad, la presunción de inocencia, e incluso el derecho de las víctimas a la verdad y a la justicia, en tanto, que el ciudadano es mediatizado por el Estado en aras de cumplir el fin de prevención general.

Decimos que aplicar el principio de oportunidad a conductas carentes de lesividad, vulnera el principio de igualdad, porque la norma en un Estado de Derecho debe definir de manera clara cuales son las conductas punibles, y cuáles son las consecuencias jurídicas tanto en los aspectos sustantivo y procesal. Se vulnera tal principio, cuando el fiscal, en algunos casos decide darle a supuestos fácticos que revelan escasa o insignificante lesividad, un tratamiento desde la perspectiva del derecho procesal, renunciando al ejercicio de la acción penal vía aplicación del principio de oportunidad, o por el contrario, decide darle un tratamiento desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, ejerciendo la acción penal y solicitando la preclusión de la indagación o investigación.

Solicitar la aplicación del principio de oportunidad en los casos de poca afectación al bien jurídico tutelado, comporta igualmente, una vulneración del principio de proporcionalidad, toda vez que el Estado se excede en el ejercicio del *ius puniendi* al proceder a renunciar al ejercicio de la acción penal, sin que se cuente con el presupuesto mínimo de la existencia de un delito, rompiendo así con los principios de necesidad o mínima lesividad y el de adecuación al fin.

Aplicar el principio de oportunidad a conductas insignificantes, vulnera igualmente los derechos de las supuestas víctimas, pues se genera en ellas una falsa expectativa, en tanto que se le da la categoría de víctima a quien no lo tiene porque no existió daño o puesta en peligro efectivo de un bien jurídico, y se vulneran las garantías del investigado porque deberá realizar indemnizaciones o reparaciones por conductas atípicas.

En este mismo sentido, aplicar el principio de oportunidad a conductas irrelevantes para el derecho penal, lesiona la presunción de inocencia, en tanto que por razones de índole procesal o de eficacia, se estructura una imputación sin referentes fácticos ni probatorios, tratando como autor de una conducta punible a alguien que no puede serlo, porque la conducta carece de lesividad, con el fin de luego perdonarle renunciando al ejercicio de la acción penal vía principio de oportunidad.

De la mano de Zaffaroni, vale la pena insistir, en que no es válido el argumento de la Corte al señalar que de cara a los bienes jurídicos colectivos en punto de conductas de peligro abstracto, como es muy difuso el límite entre la insignificancia y la significación de la lesión, como es difícil graduar la lesividad del comportamiento, entonces el Estado debe inclinarse por la punición, o por el perdón vía principio de oportunidad, para evitar que otras personas hagan lo mismo, (figura de los delitos cumulativos) esta solución además de no ser coherente con los postulados constitucionales, nos lleva inexorablemente al totalitarismo y eficientismo punitivo e incrementa la deslegitimación del sistema penal.

Esta evolución de la postura de las Cortes en lo referido a los mecanismos procesales para resolver temas de ausencia de lesividad de un comportamiento, nos permite válidamente inferir las graves consecuencias prácticas, de cara a garantías ciudadanas, que genera entender el proceso como un fin en sí mismo, excluyéndose del proceso los temas del derecho penal sustantivo, y limitando el debate a temas de índole formal.

La confusión reinante entre el principio de oportunidad con las figuras antagónicas por antonomasia de preclusión y de archivo, develan la falta de claridad del concepto de injusto, pues de la forma de configurarlo dependen los problemas jurídicos planteados y por ende el diseño de las cargas probatorias y argumentativas que dependiendo de la opción que se tome se deben construir, privilegiando en su interpretación los mandatos constitucionales de lesividad y legalidad.

En la nueva sistemática procesal penal, se exige el estudio de la tipicidad objetiva desde el inicio de la elaboración del programa metodológico, en tanto que de este primer análisis depende las estrategias procesales a utilizar, permitiendo al fiscal, a través de una orden motivada, disponer el archivo de una indagación cuando advierta que el supuesto fáctico no tiene relevancia jurídico penal, término que la sala penal de la Corte Suprema de Justicia ha asimilado al concepto de atipicidad objetiva;

Incluso, cuando se está en la fase de investigación, o cuando se van a presentar consideraciones que cobijan tanto la tipicidad objetiva como la subjetiva, la nueva sistemática, permite la solicitud de una preclusión ante el juez de conocimiento. Decisión que en nuestro concepto satisface las exigencias del debido proceso, en tanto que asegura para el ciudadano la certeza de que no se va a volver a reabrir su indagación o investigación, sustentados en un juicio de valor referido al tema de la lesividad o antijuridicidad de su conducta. Y de otro lado, permite evitar desgastes además de ilógicos, totalmente innecesarios, como son los de obligar por asuntos netamente de forma, a un fiscal llevar un caso hasta el juicio para solicitar absolución,

llegando al absurdo de tener un juicio sin pretensión, simplemente porque olvidamos que el proceso es un método o un camino para realizar el derecho sustancial, y si desde esta perspectiva la conducta es atípica, la única opción legítima es la preclusión.

Estamos de acuerdo en la función político criminal que se pretende alcanzar con la aplicación del principio de oportunidad, la discrepancia tiene que ver con un asunto de garantías para el ciudadano, en lo referido al manejo del concepto de tipicidad estricta, pues si hemos dicho que el tipo comporta un medio de cara a la protección de bienes jurídicos, y estos cumplen una función de límite, parece ser claro, que la existencia de una conducta *insignificante o carente de lesividad* deviene en atípica, y que no puede suplirse dicho análisis por meras razones procesales de oportunidad, mérito, o conveniencia, o por razones preventivo-generales.

En consecuencia, el artículo 11 del Código Penal, debe interpretarse bajo el entendido de que el tipo siempre requiere de un desvalor de resultado, ya sea en forma de lesión del bien jurídico o de efectiva puesta en peligro del mismo, sin perjuicio de que cuando el legislador presume el riesgo sea válida una apreciación probatoria en sentido contrario, y, en todo caso, dicho resultado, conforme a lo establecido en el artículo 9 del referido ordenamiento, podrá serle imputado objetivamente al autor de la conducta, o incluso constituirse en fundamento para la exclusión del tipo, con base en parámetros normativos como el principio de insignificancia.

Cuando la Corte señala que *“la filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta”*⁵⁰, no puede contemplar dentro de este concepto, los comportamientos atípicos pues ello resultaría contrario a la filosofía de dicho principio y la vulneración de garantías procesales, al renunciar al

⁵⁰ Gaceta del Congreso No. 157, página 3. (10-05-02) disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>, consultada el 10 de abril de 2012.

ejercicio de la acción penal, ante comportamiento que no tienen ninguna relevancia penal, esbozando una finalidad instrumental o de conveniencia como es la descongestión, cuando existe, el medio idóneo para llegar a dicho fin, cual es la preclusión o el archivo.

En relación con los derechos de las víctimas, resulta válido reiterar el argumento planteado por el salvamento de voto de la sentencia 31362, en el que de manera clara se infiere que la aplicación del principio de oportunidad presupone la existencia de una responsabilidad penal, y es por ello, que debe en cada caso, resolverse el tema de los derechos de las víctimas; y por ello, resultaría un exabrupto calificar como de responsable penalmente a un ciudadano, que su comportamiento no resulta lesivo de cara al bien jurídico.

Bibliografía

Alcácer Guirao, Rafael, “La protección del futuro y los delitos cumulativos”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html, consultada el 10 de marzo de 2012.

Bernal Cuellar y Montealegre, Eduardo, *Proceso penal: fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2008.

Bustos Ramírez, Juan, *Derecho Penal*, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2002.

_____, *Principios fundamentales de un derecho penal democrático*, en http://www.juareztavares.com/textos/bustos_politica_criminal.pdf, consultado el 10 de abril de 2012.

Bustos Ramírez, Juan J., y Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004.

Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el derecho penal*, estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Barcelona, Ediciones Jurídicas Mendoza, 1998.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés Madrid, Trotta, 1995, p.467.

Fernández Carrasquilla, Juan *Derecho Penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011.

García Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp. 538-551.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 158

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, *El principio de la Antijuridicidad Material, Regulación y Aplicación*, Santa Fe de Bogotá, Jurídicas Radar Ediciones, 1994.

Guerrero Peralta, Oscar Julián, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, ediciones nueva jurídica, 2007.

Hassemer, Winfried. *La persecución penal. Legalidad y oportunidad*, en la revista ciencias penales, San José de Costa Rica, año 7, núm. 10, noviembre de 1995.

Jakobs, Gunther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teorías de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis serrano, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Kauffman, Armin, *La misión del derecho penal*, en *La reforma del derecho penal 2*, Santiago Mir (editor), Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1981.

Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso derecho penal parte general I*, España, Universites. S.A, 2007.

Mir Puig, Santiago, *Derecho penal en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Barcelona, Bosch casa editorial, 1994

Molina López, Ricardo, *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2010.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, tomo I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

Roxin Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2003.

Roland, Hefendel, *La teoría del Bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid, Marcial Pons. Edición Española. 2007.

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001

Mendoza Buergo, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001

Zaffaroni, Eugenio/Alejandro Alagia/Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p.461

Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, 2010

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 23483 del 19 de enero de 2006 MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 18609 del 8 de agosto de 2005. MP., Herman Galán Castellanos.

Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 21064 del 15 de septiembre de 2004. MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 16066 del 9 de noviembre de 2006. MP., Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 19930 del 21 abril de 2004, MP., Mauro Solarte Portilla.

Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 29183 del 18 de noviembre de 2008, MP., José Leónidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia rad. 31362 del 13 de mayo de 2009, MP., Julio Enrique Socha Salamanca.

Salvamento de voto sentencia 31362 del trece de mayo del año 2009

Sentencias de la Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-430 de 1996, MP., Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-070 de 1996. MP., Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia C-420 del 28 de mayo de 2002. MP., Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-988 del 29 de noviembre de 2006. MP., Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007. MP., Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia C-673 del 2005. MP., Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, sentencia C-1154 del 15 de noviembre del año 2005. MP., Manuel José Cepeda Espinosa.