

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

REFLEXIONES JURÍDICO-POLÍTICAS

Juan Carlos Vásquez Rivera
Carlos Alberto Mojica Araque



UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN



PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

REFLEXIONES JURÍDICO-POLÍTICAS

1ª. edición: 2010

© Universidad de Medellín

© Juan Carlos Vásquez Rivera

© Carlos Alberto Mojica Araque

ISBN: 978-958-8348-64-3

Editor:

Leonardo David López Escobar

Dirección electrónica: ldlopez@udem.edu.co

Universidad de Medellín. Medellín, Colombia

Cra. 87 No. 30-65. Bloque 20, piso 2.

Teléfonos: 340 52 42 - 340 53 35

Medellín - Colombia

Corrección de estilo:

Lorenza Correa Restrepo

lorenzacorrea@une.net.co

Distribución y ventas:

Universidad de Medellín

e-mail: selloeditorial@udem.edu.co

www.udem.edu.co

Cra. 87 No. 30-65

Teléfono: 340 52 42

Medellín, Colombia

Diagramación:

Hernán D. Durango T.

e-mail: hernandedurango@gmail.com

Impresión:

L. Vieco e Hijos Ltda.

Cra. 50E No. 10 sur-65

PBX: 255 96 10

Medellin. Colombia

e-mail: lviecoehijasltlda@une.net.co

Todos los derechos reservados.

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra —incluido el diseño tipográfico y de portada—, sea cual fuere el medio, electrónico o mecánico, sin el consentimiento por escrito de la Universidad de Medellín.

Hecho el depósito legal.

Contenido

PRESENTACIÓN	7	
CAPÍTULO I		
ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD		
1.1 GÉNESIS	11	
1.2 CONSAGRACIÓN EN ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS	18	
CAPÍTULO II		
LA PROBLEMÁTICA PRINCIPIALÍSTICA		
2.1 LEGALIDAD, OBLIGATORIEDAD, OPORTUNIDAD	21	
2.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	24	
2.3 SELECCIÓN CRIMINOLÓGICA	27	
CAPÍTULO III		
FINALIDADES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD		29
CAPÍTULO IV		
POLÍTICA CRIMINAL, APROXIMACIÓN A UNA PROPUESTA EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO		
4.1 GENERALIDADES	33	
4.2 LÍMITES DE LA POLÍTICA CRIMINAL	35	
4.3 DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL	36	
4.4 LA CRIMINOLOGÍA	37	
4.5 OTROS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA POLÍTICA CRIMINAL	38	
4.6 SITUACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA	44	
CAPÍTULO V		
LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL		47
CAPÍTULO VI		
EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 906 DE 2004		
6.1 CONSAGRACIÓN POSITIVA	57	
6.1.1 Ineficiencia e impunidad	58	
6.1.2 Lentitud y congestión	59	
6.2 FORMAS	63	
6.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN	65	
6.3.1 Delitos excluidos	65	

6.3.2	Delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis (6) años	67
6.3.3	Delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo excede de seis (6) años	67
6.3.4	Delitos sancionados con pena no privativa de la libertad	68
6.3.5	Reparación integral a las víctimas	68
6.3.6	Ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio del <i>ius punendi</i>	68
6.4	CAUSALES DE APLICACIÓN	69
6.4.1	Relaciones internacionales	69
6.4.2	Delación y colaboración eficaz.....	70
6.4.3	Lesión material al bien jurídico tutelado.....	71
6.4.4	Delitos culposos	71
6.4.5	Culpabilidad disminuida o inexistente	72
6.4.6	Reparación de las víctimas.....	72
6.4.7	Eficientismo procesal o interés público.....	74
6.4.8	Otras reformas introducidas por la Ley 1312 de 2009	75
6.5	PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN.....	77
6.6	EFFECTOS DE LA APLICACIÓN	78

CAPÍTULO VII

EL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA

7.1	LA PAZ COMO DERECHO FUNDAMENTAL	81
7.2	LA PAZ Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	82
7.3	PERDÓN, OLVIDO, JUSTICIA Y PAZ	87
7.4	EXPERIENCIAS DE PAZ EN COLOMBIA.....	88
7.4.1	Administración de Belisario Betancur 1982-1986	89
7.4.2	Administración de Virgilio Barco 1986-1990	91
7.4.3	Administración de César Gaviria 1990-1994	93
7.4.4	Administración de Ernesto Samper 1994-1998.....	95
7.4.5	Administración de Andrés Pastrana 1998-2002	97
7.4.6	Administración de Álvaro Uribe 2002-2006	99

CONCLUSIONES	103
--------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	105
-------------------	-----

PRESENTACIÓN

La actividad académica nos impone obligaciones cada día más exigentes frente a la responsabilidad asumida respecto de la formación de los estudiantes quienes, además de constituirse en la razón de ser de la academia, merecen el esfuerzo de escribir un texto con la pretensión de servir de guía en el arduo camino de su experiencia profesional. El texto que hoy presentamos a la comunidad académica es producto de la investigación realizada por la línea de derecho penal, adscrita al centro de investigaciones jurídicas “Orión Álvarez Atehortúa” de la Universidad de Medellín.

En este sentido, resulta fundamental para nuestros propósitos y los del lector aclarar que muchos de los conceptos y afirmaciones incorporadas al texto se hicieron antes de la publicación de la ley 906 de 2004, lo cual tiene incidencia, sobre todo, en la concepción política del principio de oportunidad referida a su ámbito de aplicación.

Realizada la aclaración anterior, nos resulta necesario, por constituir uno de los ejes centrales de nuestra exposición, rescatar la importancia e incidencia del concepto de Estado social de derecho y su paradigma fundante: la dignidad humana, frente a la estructuración ideológica, política y conceptual sobre el alcance y contenido de lo que debe ser una reforma al ordenamiento jurídico, especialmente cuando se trata del sistema penal en su integridad y en su correlativa definición de políticas criminológicas, pues, sin duda, se constituye como el factor legitimante de una pronta, justa, material, garantista y eficiente Administración de Justicia de corte democrático y con pretensiones de humanización del derecho penal.

Hacemos esta precisión en contraposición a un sector de la doctrina nacional, por fortuna minoritario, que considera el elemento social como un término vacío de contenido y carente de efectos en el ordenamiento jurídico, condicionado a la disposición presupuestal del Estado, desconociendo, de esta manera, las implicaciones de los principios y valores consagrados en

nuestra Constitución, su fuerza vinculante, pero, sobre todo, estructurantes de los derechos fundamentales que han establecido una nueva forma de relación entre Estado e individuo, constituyéndose en la consagración positiva de los derechos y garantías individuales reconocidas a los sujetos procesales intervinientes en el proceso jurisdiccional, categoría en la cual deberá enmarcarse el principio de oportunidad.

En este orden de ideas, el Estado colombiano, en el marco de la reforma al Código de Procedimiento Penal, decide consagrar, con rango constitucional, el principio de oportunidad, para lo cual, mediante la expedición del acto legislativo 003 de 2002, reforma el artículo 250 de la Carta Política, que en su parte pertinente –el inciso segundo refiriéndose a las funciones de la Fiscalía General de la Nación– prescribe: “No podrá, en consecuencia, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”.

Surge, entonces, la necesidad de estructurar conceptualmente el principio de oportunidad dentro de los lineamientos esenciales del Estado social de derecho y del sistema procesal penal acusatorio, como teoría lógico-jurídica, que sea capaz de generar un cambio de paradigma respecto de las formas tradicionales de juzgamiento penal utilizadas en Colombia. Esto con el fin de determinar los alcances procesales de su aplicación, particularizada por nuestras realidades concretas, pero, sobre todo, para definir las soluciones jurídicas requeridas no solo por el conflicto armado sino igualmente por todas las formas de crimen organizado, determinando, entonces, las reformas y adaptaciones necesarias, en consideración a factores sociales, culturales, políticos y económicos, propios de un país que, como el nuestro, se debate en una profunda crisis de la legitimidad de sus instituciones y la anomia de su sistema jurídico; crisis traducida en la incapacidad para la resolución de conflictos, la alta inflación legislativa, la escasa credibilidad sobre su eficiencia y control respecto de la violación de los derechos fundamentales, el creciente y nocivo sentimiento de impunidad y, en general, lo que se ha denominado como la crisis jurisdiccional que, en ciertos sectores sociales, ha puesto nuevamente en vigencia la auto-tutela como mecanismo de solución, desvirtuando, de paso, los fines del proceso jurisdiccional; todo ello dentro de la delimitación precisa y autónoma de la

discrecionalidad judicial y el nivel de decisión para su aplicación, las formas y momentos procesales para su efectivización, la naturaleza y entidad de los delitos cobijados por esta figura, la concentración de esfuerzos y de la capacidad investigativa y juzgadora del Estado en los delitos que causan mayor conmoción social y su aporte a la descongestión de los despachos judiciales como requisito para el logro de la convivencia pacífica y la paz social.

El presente estudio se adelantó, en un 90%, cuando en el Congreso estaba en discusión la reforma al Código de Procedimiento Penal, pero una vez expedida la Ley 906 de 2004, se revisaron los parámetros de la investigación frente al texto legal definitivo, realizando los ajustes respectivos y verificando que los objetivos y las hipótesis formuladas inicialmente conservaran su validez frente a las conclusiones definitivas aquí presentadas.

Por último, los ejes temáticos centrales de la investigación fueron los conceptos: Estado social de derecho, dignidad humana, discrecionalidad judicial, crisis jurisdiccional, delitos de lesa humanidad, la Paz como elemento fundante del nuevo orden político y jurídico; todo ello dentro de los estándares internacionales proporcionados por el derecho comparado, pero, sobre todo, consultando la concreta realidad nacional.

Los autores

CAPÍTULO I

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Por rigor metodológico y bajo la premisa de que el principio de oportunidad es una forma extraordinaria de terminación del proceso, regulada y discrecional, haremos un somero recorrido por la historia de las culturas jurídicas sobre los diferentes mecanismos procesales para la solución de conflictos, rastreando aquellos que consideramos como sus antecedentes en algunas legislaciones antiguas.

1.1 GÉNESIS

Con miras a un análisis histórico de las normas existentes para la regulación de la conducta humana, y bajo el supuesto de la preocupación de todos los sistemas procesales de encontrar formas abreviadas y efectivas en la solución de los conflictos legales, iniciamos referenciando algunas de ellas en el Código de Hammurabi, en el cual se consagran diferentes figuras jurídicas como la indemnización, la reparación del daño, la conciliación y otros diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos:

4 §. Si un hombre acude ante un tribunal con falso testimonio y luego no prueba su declaración, si se trata de un caso con pena de muerte, ese hombre será ejecutado.

49 § Si un hombre toma dinero prestado de un mercader y le entrega al mercader un campo listo para el cultivo de cebada o de sésamo y le dice: “Cultiva el campo, coséchalos y quédate con la cebada o el sésamo que se críen”, si luego un arrendatario cría en el campo cebada o sésamo, que, al cosechar, sea el dueño del campo quien se quede con la cebada o sésamo que se críen; pero la cebada debida por el dinero que haya tomado del mercader, con su interés, más una indemnización por los gastos de cultivo, se los entregará al mercader.

50 § Si entrega un campo sembrado [de cebada] o un campo sembrado de sésamo, será el dueño del campo quien se quede con la cebada o el sésamo nacidos en el campo, y luego le devolverá al mercader el dinero y su interés.

51 § Si no tiene dinero para devolver, le dará al mercader [cebada o] sésamo, a precio de mercado, por el dinero -y sus intereses- que él tomó prestado del mercader, según la ley del rey.

137 § Si un hombre quiere divorciarse de una (sacerdotisa) shugitum que le ha dado hijos, o de una (sacerdotisa) naditum que le ha dado hijos, que a esa mujer le devuelvan su dote; además le darán la mitad del campo, de la huerta y de los bienes muebles, y criará a sus hijos; desde que haya criado a sus hijos, que a ella, de todo lo que les fue entregado a sus hijos, le den una parte como a un heredero más, y que case con ella el marido que a ella le guste.

159 § Si un hombre, que había mandado ya a casa de su suegro el regalo de esponsales y había dado el precio de la novia, se encapricha de otra mujer y le dice a su suegro: “No tomaré a tu hija por esposa”, el padre de la muchacha se quedará con todo lo que le había sido llevado ya.

198 § Si deja tuerto a un individuo común o le rompe un hueso a un individuo común, pagará 1 mina de plata.

206 § Si un hombre golpea a otro hombre durante una discusión acalorada y le produce una herida, que ese hombre jure: “Le he golpeado sin intención [de hacer ese daño]”, y pagará el médico.

207 § Si muere debido a sus golpes, que jure lo mismo, y, si [el muerto] es un hijo de hombre pagará 1/2 mina de plata.

208 § Si es el hijo de un individuo común pagará 1/3 de mina de plata.

209 § Si un hombre golpea a una hija de hombre y le causa la pérdida de (fruto de) sus entrañas [aborto], pagará 10 siclos de plata por (el fruto de) sus entrañas.

219 § Si un médico hace incisión profunda al esclavo de un individuo común y le provoca la muerte, restituirá esclavo por esclavo.

220 § Si le abre la sien con bisturí de bronce y lo deja tuerto, pagará en plata la mitad de su valor.

253 § Caso que un hombre haya contratado a otro hombre para que guarde un campo, y le confía cereal, le encarga el cuidado de las

reses y el deber de cultivar el terreno, si ese hombre sustrae simiente o forraje y lo hallan en su poder, que le corten la mano.

255 § Si alquila las reses del hombre o sustrae la simiente y no produce nada en el campo, que a ese hombre se lo prueben y, al llegar la cosecha, calculará una indemnización de 60 kures por cada bur.

256 § Si no puede pagar la indemnización, que lo arrastren con la yunta por ese mismo campo.

258 § Si un hombre contrata a un boyero, le pagará 6 kures de cebada al año.

259§ Si un hombre roba en el campo un arado pesado de siembra, pagará 5 siclos de plata al dueño del arado.

260 § Si lo que roba es un arado de reja o una grada, le pagará 3 siclos de plata.

280 § Caso que un hombre, en país extranjero, haya comprado el esclavo o la esclava de otro, y luego, a la vuelta, al viajar por su país, el (antiguo) dueño del esclavo o de la esclava reconozca a su esclavo o a su esclava, si ese esclavo o esa esclava son nativos del país, quedarán en libertad sin indemnización alguna.

281 § Si son nativos de otro país, que el comprador declare públicamente ante dios el dinero que hubiera pagado, y el dueño del esclavo o de la esclava le pagará al mercader el dinero que hubiera pagado y, así, redimirá a su esclavo o a su esclava.

Como puede observarse, a pesar de la antigüedad de este código, 1600 años antes de Cristo, prescribe figuras reguladoras de múltiples conductas en materia civil, familiar, laboral, administrativa, militar y penal, de las cuales intuimos criterios de oportunidad, para la solución de conflictos regulados por el derecho.

Continuando con el orden cronológico, encontramos textos muy simples, pero con expresiones imperativas de gran rudeza: la ley del Tali3n y la pena de muerte para el ladr3n de mieses, redactadas entre 451 y 449 a. C., las cuales no fueron derogadas hasta Justiniano, a pesar de su desuso, pero que sientan las bases para la clasificaci3n de los delitos a partir de su impacto social. Similar cosa ocurre con la Ley de las Doce Tablas, cuando el fas (lo l3cito) y el ius (lo justo) se disocian, y el derecho comienza un proceso de secularizaci3n, procurando buscar formas alternativas para la soluci3n del conflicto. Veamos, entonces, alguna normativa relacionada con esta 3ltima:

En la primera tabla:

... “Durante la exposición, que estén presentes ambos. Pasado mediodía adjudíquese el litigio a quien esté presente. Si están ambos presentes, que la caída del sol sea el último momento...”¹, conviene detenerse a fin de observar ésta como una alternativa de resolver el litigio, puesto que es posible configurar en este momento la institución de la conciliación como opción procesal penal.

La tercera refiere:

... Confesada la deuda [en dinero] y juzgadas las cosas en derecho, haya un plazo legal de 30 días. Luego, que se le prenda. Llévase al tribunal. Si no cumple lo sentenciado ni nadie lo avala ante el tribunal, que lo lleve consigo [el acreedor], lo ate con cuerda o con cadenas de, como máximo, 15 libras o si quiere, de menos. Si lo quiere, viva de lo suyo. Si no, el que lo tiene encadenado le dará una libra de grano al día. Si quiere, le dará más. Sin embargo, aún quedaba el derecho a avenirse y, si no, lo tenían encadenado sesenta días. Durante ellos, por tres mercados seguidos, se le llevaba al comicio ante el pretor y se anunciaba la cuantía de su condena...².

Debemos entender, cuando se refiere a la palabra “aval”, que ésta se presentaba como una opción de resolver el conflicto mediante un tercero interviniente o, de lo contrario, se anunciaba la cuantía de su condena, dando lugar igualmente a la aplicación de la figura actual de reparación integral.

Surge, un tiempo después, la figura del inquisidor, quien podía entablar pleito contra cualquier persona sospechosa; pero a aquellos que se presentaban voluntariamente para confesar su herejía, se les imponían penas menores que a aquellos a los que había que juzgar y condenar, con lo cual se da desarrollo al criterio de oportunidad, como forma de celeridad procesal, al concederles un período de gracia de más o menos un mes para realizar confesión espontánea. Los inquisidores contaban con una especie de consejo, formado por clérigos y laicos, a fin de que se les ayudara a dictar el veredicto y les estaba permitido encarcelar testigos sobre los que recayera la sospecha de que estaban mintiendo.

En general, podemos afirmar que la evolución del derecho procesal penal siempre ha revelado figuras que, de una u otra manera, persiguen

¹ LEY DE LAS XII TABLAS (451-450 a. C.) “Inquisición”, Enciclopedia 99. © 1993-1998 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

² *Ibíd.*

los mismos fines atribuidos al principio de oportunidad, fundamentadas en una política criminal clara y precisa, independiente de su contenido abstracto de justicia, pues es construida para cada momento histórico y político, fines que serán analizados en capítulo especial.

Los antecedentes más próximos del principio de oportunidad en el sistema jurídico colombiano, que demuestran una aplicación incipiente de éste, los encontramos en las instituciones procesales conocidas en nuestro medio como “mecanismos alternativos en la solución de conflictos” o “formas anormales o anticipadas” de terminación del proceso, las cuales utilizan mecanismos o procedimientos como la conciliación procesal o extra-procesal, la reparación integral, la transacción, el desistimiento, la sentencia anticipada y la audiencia especial que consagraban estatutos anteriores.

Especial mención merecen las instituciones de la conciliación y la mediación, por su expresa y especial consagración en la Ley 906 de 2004. Respecto de la primera, el artículo 522 consagra su forma extra-procesal y obligatoria como requisito de procesabilidad para el ejercicio de la acción penal, tratándose de delitos querellables, consagrados en el artículo 74 del estatuto. La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de los dos primeros incisos, ratificando su jurisprudencia sobre el particular, cuando en sentencia C-591 del 09 de junio de 2005, en lo relativo a los fines más importantes expresó:

... la conciliación se caracteriza por ser: *i)* un instrumento de auto-composición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes; *ii)* una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia; *iii)* no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no interviene para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora; *iv)* constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el criterio pacifista que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad; *v)* es un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficacia y eficiencia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente

y sin dilaciones; *vi*) tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico; *vii*) es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador;... *viii*) se trata de un mecanismo de estirpe democrática en la medida en que genera espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social; *ix*) se enmarca dentro del movimiento de reformas para garantizar el acceso a la justicia; ... *x*) el legislador ha optado por regular en norma especial la conciliación en materia penal, dada la naturaleza de la acción, el tipo de conflictos que dan lugar a la investigación penal, las consecuencias frente al derecho a la libertad personal que conlleva este tipo de responsabilidad y el interés público en ella involucrado, entre otros factores³.

Resultan extremadamente coincidentes los fines de la conciliación, según el criterio de la Corte Constitucional, frente a los fines propuestos para el principio de oportunidad en las legislaciones extranjeras, pues la filosofía sobre los presupuestos de aplicación como son la pequeña y mediana criminalidad, la eficiencia en la Administración de Justicia, los delitos de bagatela, entre otros, son enteramente iguales.

Respecto de la mediación, el capítulo III del libro IV de la Ley 906 de 2004, consagra las condiciones de aplicación, como mecanismo alternativo de solución, dentro del marco de la justicia restaurativa. Para mayor explicación, extractamos algunos apartes jurisprudenciales que sobre el mecanismo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional:

Se trata de un mecanismo al que pueden acudir la víctima o el ofensor, este último en su condición de imputado o acusado, desde la formulación de imputación y hasta antes del inicio del juicio oral... El mecanismo de la mediación opera en dos ámbitos y con efectos distintos en cada uno de ellos, atendiendo al principio de proporcionalidad. Tratándose de un instrumento que se inserta en la necesidad de flexibilización de la respuesta punitiva en el marco del Estado de derecho, su alcance trasciende el ámbito de los delitos querellables, propio de la conciliación, para extenderse a los delitos de persecución oficiosa, bajo las condiciones previstas en la ley.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

En el primer ámbito de aplicabilidad se encuentra una categoría de delitos que, no obstante ser perseguibles de oficio, presentan un bajo rango de lesividad y, por ende, la consecuencia punitiva es menos grave, y adicionalmente se mueven en un espacio en que existe un nivel de disponibilidad de la víctima sobre el bien jurídico tutelado.

Para la aplicación de la mediación a este tipo de criminalidad deben, en consecuencia, concurrir los siguientes presupuestos: *i)* que se trate de delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años; *ii)* que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado; *iii)* la aceptación expresa y voluntaria de víctima y victimario de someterse a una solución de justicia restaurativa... Los efectos que la ley confiere a la aplicación de la mediación en este ámbito de criminalidad de baja punibilidad se proyectan en dos aspectos. En lo atinente a la responsabilidad civil derivada del hecho punible, el acuerdo adquiere efectos vinculantes, lo que implica que excluye los otros mecanismos que apuntan a este mismo objetivo como son el ejercicio independiente de la acción civil, y el incidente de reparación integral.

... Ahora bien, en lo que hace al otro ámbito de aplicación de la mediación, es decir, respecto de los delitos perseguibles de oficio con pena superior a cinco (5) años, la mediación resulta perfectamente aplicable, pero sus efectos son sustancialmente distintos, particularmente en lo que tiene que ver con la acción penal. Si bien, respecto de estos punibles, la decisión de ofendido y ofensor de acudir a la mediación también adquiere efectos vinculantes en cuanto a que la obtención del resultado restaurativo excluye la posibilidad de acudir al ejercicio independiente de la acción civil derivada del hecho punible, y al incidente de reparación integral, en lo que atañe a la acción penal los efectos se restringen considerablemente⁴.

Como conclusión general, destacamos la importancia relevante de los mecanismos alternos en la solución del conflicto, consagrados en los diferentes ordenamientos jurídicos, como parte de su génesis evolutiva, partiendo de los modelos de *justicia horizontal*, caracterizados por la participación de las víctimas en la solución y soportados en una política criminal seria, pretendiendo la humanización de las formas de juzgamiento como nota característica de la civilidad.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia 979 del 26 de septiembre de 2005. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

1.2 CONSAGRACIÓN EN ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS

De manera muy breve haremos alusión a legislaciones extranjeras que consagran el principio de oportunidad, resaltando su finalidad en el ordenamiento jurídico.

En Alemania, el principio de oportunidad tiene sus orígenes a través de la “Ley Emminger” del 04 de enero de 1924 –artículo 153– en virtud de la cual el Ministerio Público quedó facultado para abstenerse del ejercicio de la acción penal, previa satisfacción de determinados presupuestos como son: la reparación del daño ocasionado, el otorgamiento de prestaciones de utilidad pública, y el cumplimiento de determinadas obligaciones fijadas en cada caso concreto.

En Estados Unidos, entre el 75% y el 90% de casos, se resuelven bajo criterios de oportunidad a través de los denominados “*Plea Bargaining*”, y “*Plea Guilty*” procedimientos mediante los cuales el indagado se declara culpable, renunciando a su derecho sobre un juicio oral y público e, incluso, a la posibilidad de que sea absuelto. Si bien las figuras se asemejan a los preacuerdos y negociaciones, o a las manifestaciones de culpabilidad de nuestro sistema penal, existe una diferencia fundamental, consistente en que el poder discrecional del Ministerio Fiscal no es regulado, pues no es parte de la rama jurisdiccional, caracterizando de esta manera el proceso interpartes, determinado por la discrecionalidad del titular para renunciar a su pretensión.

En Italia, a fin de evitar el juzgamiento o concluir lo iniciado, existe el proceso abreviado o *paterggimento* que se basa en el acuerdo realizado por el Ministerio Público y el imputado sobre la posible pena, siempre que existan circunstancias atenuantes que lo permitan y que la pena no sea superior a los 4 años de privación de la libertad.

En Argentina, se utiliza la “suspensión del juicio a prueba” que suspende la acción penal y establece un período de prueba sujeto a condiciones impuestas por el ministerio fiscal, en el cual, una vez cumplidas las pruebas y vencido el término fijado, se declara extinguida la acción penal, para lo cual deben cumplirse ciertos requisitos como: el consentimiento del imputado, la reparación del daño, y la carencia de antecedentes judiciales. Esta figura es muy similar a una de las formas de aplicación del principio de oportunidad consagrado por el artículo 250 constitucional.

Para la estructuración de esta figura de suspensión del juicio a prueba se consideraron dos instituciones de vieja data: la *divertion* y la *probation*.

La *divertion* implica la suspensión de la persecución penal por lo que el ministerio fiscal desestima los cargos, a condición de que el imputado se someta a un programa específico de rehabilitación y cumpla con las obligaciones que se le impongan, tales como realizar trabajos comunitarios, finalizar estudios secundarios y cualquier otra actividad relacionada con el crecimiento personal

Por su parte, la *probation* consiste en un acuerdo entre el ministerio fiscal y el acusado, por el cual aquél se compromete a mantener en suspenso un pronunciamiento jurisdiccional, a cambio de que éste cumpla con determinadas condiciones impuestas por la ley.

Igualmente, existe en la legislación argentina otro instituto conocido como “Juicio abreviado”, el cual reposa en el “principio de oportunidad” o del ejercicio discrecional de la acción penal por parte del ministerio fiscal.

En Perú, con el fin de afrontar la pequeña y mediana criminalidad y en aras de una alta eficacia de la Administración de Justicia, se incorporó al ordenamiento jurídico la figura del principio de oportunidad, utilizando para ello dos instrumentos de política criminal: *i)* la posibilidad del archivo del caso por razones de oportunidad, previo el cumplimiento de ciertas obligaciones impuestas al imputado, y *ii)* la finalización anticipada del proceso mediante el consenso entre el juez, el Ministerio Público y la defensa.

CAPÍTULO II

LA PROBLEMÁTICA PRINCIPIALÍSTICA

A partir de la declaración de Colombia como un Estado democrático y social de derecho por expresa consagración del artículo 1 de la Carta Política de 1991, y su reforma mediante el acto legislativo 002 de 2003, modificatorio, entre otros, del artículo 250, se crea, con rango constitucional, el *principio de oportunidad*, categoría que ha sido duramente criticada, pues sus detractores niegan su naturaleza de principio, situación que nos obliga, desde la filosofía del derecho, a analizar la naturaleza jurídica de esta categoría, bajo el paradigma del neoconstitucionalismo, cuya columna vertebral radica, al menos para estos efectos, en la concepción de un derecho basado en principios y la función que estos ejercen dentro del sistema jurídico. Expresado en los términos del profesor Prieto Sanchís:

... el constitucionalismo está impulsando una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas⁵.

2.1 LEGALIDAD, OBLIGATORIEDAD, OPORTUNIDAD

La legalidad, como garantía fundamental, tiene el carácter de principio, pues constituye, sin duda, una reivindicación de la humanidad, como

⁵ PRIETO SANCHIS. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Editor Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003 pp. 131-132.

límite al poder estatal en su función positiva, razón por la cual el principio de legalidad debe observarse desde dos perspectivas: la sustancial y la procesal.

Desde la óptica sustancial, el principio de legalidad se concibe bajo el aforismo de: “*nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praevia*”, lo que significa: “no hay tipo penal, pena, medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta y previa”⁶.

Desde la óptica procesal, el principio de legalidad se enuncia bajo el axioma: “*nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege*”, que significa que “nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal, y que la norma penal solo puede ser aplicada por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función”⁷.

Así las cosas, el principio de legalidad, en sus manifestaciones tanto sustancial como procesal, se dirige, casi exclusivamente, a delimitar el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, actuando como garantía fundamental para el ciudadano y para la comunidad en general.

Como lo expresa W. Hassemer, una vez realizado el balance entre legalidad y oportunidad:

... mientras un derecho penal albergue supuestos de oportunidad, el respeto al Estado de Derecho por parte del procedimiento, dependerá de si los casos están determinados con absoluta precisión. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas, destruyen por completo el principio de legalidad⁸. Es claro que de conformidad con lo prescrito por la Ley 906/04 en los artículos 321 y siguientes, esta situación esta perfectamente delimitada.

El principio de obligatoriedad encuentra su fuente en el principio de legalidad y se fundamenta en los derechos de acción y acceso a la justicia, configurados, a su vez, como derechos fundamentales, consagrados en los artículos 228-229 y 230 de la Carta política, dentro del marco de un debido proceso en los términos del artículo 29 de la misma Carta. *El principio de obligatoriedad*, entonces, consiste en la obligación de que todo hecho en apariencia delictivo debe necesariamente traducirse en el desarrollo de una

⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando. Manual de derecho penal. Parte general. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2002. p. 58.

⁷ *Ibid.*, p. 59.

⁸ WILFRIED HASSEMER. La persecución penal: Legalidad y oportunidad. Revista Jueces para la Democracia, número 4 septiembre de 1988. pp. 8 y ss.

investigación penal, en condiciones de igualdad y sin recurrir a criterios discrecionales para definir el ejercicio de la acción penal. Quiere decir que en la obligatoriedad como principio o regla procesal, discusión no zanjada en la actualidad, la selección opera de facto, mientras que el principio de oportunidad, *como excepción constitucional al de obligatoriedad*, utiliza criterios reglados y precisos definidos dentro del marco de la propia ley procesal, como son las causales de aplicación consagradas en el artículo 324 de la Ley 904 de 2004, formando parte, de esta manera, de la propia legalidad. Estos argumentos nos separan de la opinión que encuentra un conflicto entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, consagrados ambos en el artículo 250 constitucional, pues la excepción, para nosotros, se refiere al principio de obligatoriedad. De esta forma, los criterios de oportunidad serían opuestos al principio de obligatoriedad de la acción penal, pero de ninguna manera afectarían la legalidad, ya que el fiscal o juez actuaría por conveniencia al no perseguir determinadas acciones, pero amparado en el marco legal que lo condiciona (principio de legalidad) y siempre que se contemple un control jurisdiccional –como en el caso colombiano, el realizado por el juez de control de garantías– que asegure la racionalidad y legalidad de tales actos.

En consecuencia, la aparente exclusión que implica el principio de legalidad frente al principio de obligatoriedad queda desvirtuada, ya que por lo menos, en tratándose del principio de oportunidad reglado –como opera o se pretende que opere en el nuevo sistema colombiano– no se presenta, en la medida en que es, por una parte, la propia ley la que señala en qué eventos se puede ejercer la renuncia o no de la acción penal, quiénes la pueden ejercer, cómo y en general todas las condiciones necesarias para su aplicación; y por otra, los parámetros a considerar son necesariamente los fines no solo de las penas, sino del proceso penal en sí mismo considerado dentro del marco de una política criminal.

Por lo tanto, la relación entre el principio de oportunidad y el principio de obligatoriedad radica en el momento de saber si “en todos los casos en que hay un hecho punible, la persecución ha de ser obligatoria, (entendida no como principio de legalidad sino de obligatoriedad), o si hay que tomar en cuenta también consideraciones de oportunidad, sobre todo el interés público (principio de oportunidad)”⁹. Significa lo anterior que el principio de oportunidad, entre otros, encuentra su fundamento en motivos como

⁹ GOLDSCHMIDT James. Principios generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1959. p. 120.

la eficiencia y eficacia del sistema, la descongestión de la Administración de Justicia, delitos de pequeña y mediana criminalidad, evitar los efectos nocivos de las penas cortas y la pronta reparación a las víctimas.

2.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Procedemos al análisis sobre la naturaleza jurídica del principio de oportunidad, para dilucidar la discusión de si realmente se trata de un principio, de una regla técnica o, simplemente, de un criterio de oportunidad, para lo cual lo definimos como el mecanismo reglado y discrecional, otorgado por la propia Constitución a la Fiscalía General de la Nación, para renunciar, interrumpir o suspender la investigación penal, en consideración a una política criminal establecida, y sujeto al control de legalidad por parte del juez de control de garantías, bajo el presupuesto de un mínimo probatorio que demuestre la autoría o participación del imputado en la conducta criminal¹⁰. La Ley 1312 del 2009, modificatoria del principio de oportunidad en su artículo 1 inciso segundo, lo define como: “El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido al control de legalidad ante el juez de control de garantías”¹⁰.

Naturaleza que cobra importancia desde la perspectiva de los derechos fundamentales y su injerencia en el ordenamiento jurídico, pues, necesariamente, en la práctica judicial, se presentarán tensiones, no solo normativas sino políticas, entre el principio de legalidad desarrollado por el de obligatoriedad, y la aplicación del principio de oportunidad. Nos parece suficiente, para considerarlo como principio, el hecho de que el legislador le haya dado ese carácter, pues, como se dijo, a pesar de ser simplemente una facultad discrecional reglada, que por sí sola no amerita considerarla como principio a la luz de los criterios que en la doctrina nacional e internacional se exigen para tal consideración, compartimos la naturaleza jurídica de principio, en razón de que cumple con los criterios exigidos para la estructuración de esta categoría, los cuales pueden resumirse en *i)* consagración expresa (dimensión normativa); *ii)* contenido esencial (dimensión axiológica); *iii)* función en el ordenamiento jurídico (dimensión política); y *iv)* su univer-

¹⁰ Ley 1312 del 09 de julio de 2009. Modificatoria del artículo 323 de la Ley 906 de 2004.

salidad (dimensión de igualdad). En el mismo sentido compartimos el criterio del profesor Gimeno Sendra, cuando refiriéndose al tema expresa: “El principio de oportunidad es la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”¹¹. Obsérvese que existe similitud con los criterios establecidos por la Corte Constitucional respecto de los requisitos de un derecho fundamental, cuando al respecto afirma: “Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial”¹².

Revisadas las abundantes definiciones consagradas en la doctrina y la legislación extranjera, que por razones de economía no ameritan su transcripción, encontramos los siguientes elementos comunes: *i*) discrecionalidad reglada del ministerio público fiscal; *ii*) requisitos específicamente definidos en la ley; *iii*) razones de política criminal. Entendemos la razón práctica del legislador para conferirle el carácter de principio, pues resultaba lo más adecuado que un principio pueda ser excepcionado exclusivamente por otro principio, en razón del método de ponderación relativa adoptado por la Corte Constitucional; y a pesar de su carácter de excepcional, dentro de los límites específicos fijados por la ley, nos lleva a disentir de la posición de quienes lo consideran como “regla técnica procesal”, desestimando las posiciones doctrinarias que lo consideran como un principio complementario del de legalidad, fundamentados, por una parte, en que la utilización de un método como el de ponderación para resolver los conflictos entre principios, frente al caso concreto, difícilmente permite elaborar una teoría sobre los principios complementarios; y, por otra, el hecho de ser facultad exclusiva de la Fiscalía para su aplicación, en consideración a una política criminal, elimina una característica esencial como es la de la universalidad e igualdad de los principios, respecto de los asociados, lo que no obsta para que en adelante, por efectos pedagógicos, sigamos denominándolo como principio, pero entendiendo como oportunidad el alcance dado por Maier:

¹¹ GIMENO SENDRA, Vicente. Los procedimientos penales simplificados. Editorial Tecnos. Buenos Aires, 1998. p. 7.

¹² Corte constitucional. Sentencia T-406/92. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

... significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político criminales¹³.

Procesalmente, debemos insistir en que si la aplicación del principio de oportunidad es una facultad discrecional de la Fiscalía, dentro de los marcos legales, significa que la *disposición es exclusiva de este ente* y que a pesar de la solicitud, en este sentido, por parte del imputado o de la víctima, aun demostrando por parte de estos cualquiera de las causales consagradas en el artículo 324, no obliga al fiscal en su aplicación, pues es un acto dispositivo que afecta la pretensión punitiva del Estado.

En el caso de la víctima, es claro que por la propia estructura de la Ley 906 de 2004, los intereses de la víctima se verían afectados respecto de la aplicación del principio de oportunidad, pues en la investigación la representación de la víctima la ejerce el fiscal, situación inadmisibles en nuestro criterio, pues frente a la eficiencia del proceso, mediante el uso de los preacuerdos, por ejemplo, es claro que prevalecen los intereses del fiscal, tal como se demuestra en el evento de una decisión positiva de aplicación, pues si la víctima no acepta la propuesta indemnizatoria del fiscal, esta deberá acudir a la jurisdicción respectiva para su reclamación, según lo dispuesto por el artículo 351 del estatuto en lo relativo a los preacuerdos y negociaciones, pero asimilable para estos efectos al principio de oportunidad. En igual sentido se encuentra el imputado, pues si bien la aplicación del principio de oportunidad lo favorece respecto del proceso penal, es presupuesto de aplicación la aceptación de responsabilidad, lo cual podría desmejorar su patrimonio económico al verse obligado a la reparación efectiva de la víctima, sin demeritar su interés en una sentencia absolutoria.

En conclusión, el principio de oportunidad tiene, a la luz de la teoría general del derecho, el carácter de principio, traducido en la discrecionalidad política y jurídica del fiscal para disponer en la etapa de investigación, y creemos aún en la de juzgamiento, sobre su pretensión punitiva, mediante los procedimientos procesales establecidos. Al respecto, nuevamente la Ley 1312 hace la ampliación del ámbito procesal de aplicación, extendiendo esta posibilidad hasta antes del inicio del juicio oral: *“La Fiscalía General de La Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de*

¹³ MAIER, Hans. Derecho procesal penal. Tomo 1. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1998. p. 836.

*juzgamiento, podrá...*¹⁴ ampliación que nos parece acertada en un proceso interpartes, caracterizado por la disponibilidad que sobre la pretensión tienen las partes y cuyo soporte probatorio puede recaudarse una vez formulada la acusación.

2.3 SELECCIÓN CRIMINOLÓGICA

Reafirmamos el criterio de que el sistema penal, en su estructura, desarrolla sus propios criterios de selección sobre la persecución de las conductas delictivas, algunos de carácter preprocesal y otros de carácter procesal, entre los cuales podemos mencionar: *i)* la importancia del bien jurídico protegido frente a su impacto social y a los intereses dominantes, que se traduce en el *quántum* de la pena y en la estructura funcional de los jueces de conocimiento, que son en nuestro sistema los de más alto nivel son los “jueces especializados del circuito”; *ii)* la disponibilidad del derecho y la exigencia de la querrela como requisito de legitimidad en la causa, taxativamente consagrados en el artículo 74 del C. P. P. vigente; *iii)* la despenalización y descriminalización de ciertas conductas; *iv)* las cifras negras de criminalidad, entendida ésta como el número de delitos que no llegan al conocimiento de las autoridades para su respectiva persecución penal; *v)* el estrato social de los presuntos delincuentes; *vi)* la criminalidad económica y política; *vii)* el efectivo ejercicio del control social dependiendo de los estratos sociales; y *viii)* *los requisitos de procedibilidad tales como la conciliación* preprocesal exigida para los delitos querellables, como forma de justicia restaurativa.

En este contexto y bajo el supuesto de que no existe en el mundo un sistema penal que pueda investigar y juzgar la totalidad de las conductas delictivas dentro de una sociedad determinada, pues se convertiría en un sistema disfuncional y anacrónico, para usar la terminología de *H. Kaiser*, surge como alternativa de este proceso de selección, el principio de oportunidad, pues de esta manera

... se racionaliza el proceso, se establecen criterios que puedan ser manejados a la luz y, al tiempo, se hace más igualitaria tanto la aplicación como, en su caso, la no aplicación de la ley penal. Junto a ello, la selección permite una persecución penal más eficaz, al proporcionar más tiempo para el análisis de las causas más importantes...¹⁵.

¹⁴ Ley 1312 de 2009. Modificatoria del artículo 323 de la Ley 906 de 2004.

¹⁵ LÓPEZ BARJA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Navarra: Editorial Arazandi S. A. Navarra, 2004. p. 496.

CAPÍTULO III

FINALIDADES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Creemos que este es el escenario para plantear el fundamental y necesario *cambio de paradigma*, en la mentalidad de todos los operadores jurídicos, pues hasta ahora y por problemas estructurales, la mentalidad judicial se fundamenta en la necesidad de judicialización total de las presuntas conductas delictivas y de relacionar la eficiencia del aparato jurisdiccional exclusivamente con la sentencia condenatoria, ignorando la prospección hecha por el maestro Carrara cuando expresaba en los albores del nacimiento de la legalidad como derecho fundamental: “La insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror”¹⁶, valiosa reflexión frente a nuestra realidad actual

Este principio nos brinda la oportunidad histórica de asumir y realizar este cambio, pues nos parece adecuada la forma en que el profesor Ferrajoli, citando a Kant, manifiesta: “La idea de un perfecto silogismo judicial que permita la **verificación absoluta** de los hechos legalmente punibles corresponde a una ilusión metafísica”¹⁷.

La relación que a continuación presentamos sobre los fines del principio de oportunidad no puede tomarse taxativamente, pues constituye una recopilación extraída de doctrina y de legislaciones extranjeras, comparadas con la realidad nacional, y agrupadas con criterio de política criminal en torno a variables de utilidad, eficiencia y celeridad en la Administración de Justicia y los fines de la pena. Por ser temas extensos y extraños al trabajo no ahondaremos en cada uno de ellos.

¹⁶ CARRARA, Francesco. Programa de derecho parte especial. Tomo I, Editorial Temis, Bogotá. 1956. p. 14.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Editorial Trotta S.A. Madrid, 1995, p. 38.

- 1) Motivos de utilidad pública
- 2) Motivos de interés social
- 3) Agilización de la Administración de Justicia
- 4) Descongestión judicial
- 5) Eficiencia de la Administración de Justicia
- 6) Pequeña y mediana criminalidad
- 7) Evitar los efectos nocivos de las penas cortas
- 8) Economía procesal
- 9) Pronta y cumplida reparación de la víctima
- 10) Inserción social del delincuente.

No es un secreto que las reformas a los sistemas procesales, especialmente en países como el nuestro, obedecen en gran parte a la profunda crisis que padece la Administración de Justicia respecto de la solución de conflictos, y frente a su eficacia, efectividad, decisiones justas, impunidad y celeridad. En consecuencia, la Ley 906 de 2004 no podía convertirse en la excepción, porque de esta manera fue presentada a la opinión pública, mostrando el sistema acusatorio como la panacea procesal para la solución de esta crisis.

Ha sido constante preocupación de los Estados incluir, dentro de las formas de juzgamiento, mecanismos de solución alternativa de conflictos; en este sentido se consideró el principio de oportunidad, bajo los paradigmas de necesidad y proporcionalidad de la pena, racionalización y calidad de la Administración de Justicia, como el instrumento viable y novedoso para lograr la disminución en la elevada carga laboral de la Rama Judicial y la exagerada congestión en los centros penitenciarios, pretendiendo promover, bajo formas novedosas y premisas propias del derecho conciliatorio, que el derecho penal no sólo llegue a sus destinatarios, sino que cumpla con la necesaria realización de la justicia en tratándose de las víctimas. Se da paso, así, a la puesta en vigencia de los “criterios de oportunidad” colocándonos a la altura de las nuevas corrientes procesales imperantes en el mundo que buscan soluciones rápidas y efectivas para los conflictos sociales.

Otros aspectos considerados como esenciales para la aplicación del principio de oportunidad son el interés social y la utilidad pública, bajo

el supuesto de encontrarnos con delitos que por su insignificancia, su escaso impacto social o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público. En este punto, la finalidad a la cual apunta el principio de oportunidad sería, en primer lugar, degradar o eliminar del sistema penal, dada su escasa importancia, ciertos delitos para los que se establecen penas irrisorias, privativas de la libertad; y en segundo lugar, descongestionar la Administración de Justicia, cuyos órganos jurisdiccionales se encuentran abarrotados de expedientes, muchos de los cuales carecen de relevancia político-criminal, permitiendo de este modo el reordenamiento racional de los recursos disponibles, para lograr de esta manera la mayor eficiencia y eficacia del sistema; eliminando la apertura de procesos inútiles, la imposición de penas privativas de la libertad y el desgaste del aparato jurisdiccional, en procesamiento de delitos de bagatela; desviando de esta manera recursos que deben emplearse en el procesamiento de conductas delictivas de verdadero impacto social, que como el narcotráfico, terrorismo y secuestro, entre otros, afectan la estabilidad de las instituciones estatales.

Otra de las finalidades del principio de oportunidad es evitar los efectos nocivos de las penas cortas de privación de libertad, así como la oportunidad de reinserción social del delincuente. En este punto, la aplicación del principio de “oportunidad” se puede relacionar, sin dificultad, con teorías utilitaristas sobre la legitimación, fundamento, fin y límites de la facultad punitiva del Estado, específicamente referidos a la prevención general positiva, que procura legitimar la pena a través de la necesidad de reafirmar los valores ético-sociales convencionalmente admitidos como base de la protección e integración social, confirmar la vigencia de las normas que los establecen o protegen y abandonar los efectos nocivos de la prevención especial negativa que reduce a la familia del condenado a una material indigencia, lo que el profesor Ferrajoli denominó como “los costos sociales de la pena”.

Las penas privativas de la libertad están hoy en crisis en la mayor parte del mundo, no solo por el cuestionamiento sobre la legitimidad del Estado para su determinación e imposición; aunque pudieron surgir históricamente como una alternativa válida para sustituir otro tipo de sanciones como la pena de muerte, los tormentos, los tratos crueles e inhumanos o cualquier otro vejamen, hoy en día son seriamente criticadas. Así, en la penología moderna se plantea la necesidad de eliminarlas o sustituirlas por otro tipo de medidas más eficaces, por cuanto sus finalidades, especialmente en lo relativo a la readaptación social, han sido un completo fracaso, sobre

todo, en lo concerniente al respeto de la dignidad humana de todos los intervinientes. Es justamente en el marco del respeto por la dignidad humana donde se deben evitar los efectos nocivos de las penas cortas de privación de libertad y, en cambio, implementar las medidas alternativas a la prisión, para dar una real aplicación al principio de oportunidad.

Aquí es necesario hacer énfasis en la oportunidad de reinserción social que se da al delincuente, como una de las finalidades de la implementación del principio de oportunidad, es decir, se le brinda al agente la opción para demostrarse tanto a sí mismo como a la sociedad que, debidamente ayudado, puede, al menos en muchos eventos, reintegrarse a la sociedad sin restricciones; se le obliga, entonces, a participar en programas que le permitan ser reincorporado a su medio social para reconstruir el propio tejido de esa sociedad y reducir los índices de criminalidad, pero, sobre todo, para evitar la reincidencia criminal.

El principio de oportunidad es una esperanza para la justicia, tanto para la víctima como para el victimario, y solo tomada con seriedad su aplicación por parte de los operadores jurídicos iniciaría una verdadera y profunda reforma en la Administración de Justicia.

Todos los fines aquí comentados fueron recogidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-979 de 2005, en donde mezcla aspectos procesales y sustantivos respecto de los fines de la pena, de política criminal y administrativos, que resaltan el carácter teleológico, político y funcionalista del principio de oportunidad, pues su propósito esencial es dotar a la Fiscalía General de la Nación de la facultad discrecional para no ejercer la función punitiva del Estado, sino para concentrar sus esfuerzos investigativos en la persecución de delitos que generen alto impacto social, demostrando, de esta manera, los altos índices de eficacia y eficiencia de la Administración de Justicia en la competencia penal.

Es preciso advertir, en este aspecto, la incoherencia de la Corte Constitucional, pues, en sentencia C – 673 de junio de 2005, declara inexecutable el numeral 16 del artículo 324, que consagraba precisamente la posibilidad de que la Fiscalía enfocara sus esfuerzos investigativos en conductas delictivas “de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad”, desconociendo de esta manera los fines inherentes al principio de oportunidad, comentados anteriormente, mensaje que resulta inadecuado para el cambio cultural de los administradores de justicia.

CAPÍTULO IV

POLÍTICA CRIMINAL, APROXIMACIÓN A UNA PROPUESTA EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO

4.1 GENERALIDADES

Si bien nos parece supremamente difícil establecer el preciso momento, histórico y político, en el cual surge la política criminal como elemento integrante de la organización estatal, es claro que sin ella, y sin unos lineamientos precisos y perfectamente determinados acerca del qué, el cómo y el para qué de la misma, se pueda construir una noción clara y coherente de Estado social de derecho.

Son múltiples las definiciones que se han dado acerca de lo que puede ser un concepto de política Criminal, a saber:

Feuerbach (en la obra de Feuerbach-Mittermaier *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14 ed., 1847, 40) concibe la política criminal como “sabiduría del Estado”. Franz von Liszt (1905, T. 1, 292) define la política criminal como “conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y con las instituciones con ella relacionadas”. Robert von Hippel (1925, 534) define la política criminal como “consideración de la eficacia del Derecho penal bajo el criterio de la conveniencia”. Para Peters (1932, 12 y ss.), apoyándose en la célebre distinción de Sauer, repetida en forma sistemática, entre “política *criminal* y *política criminal*” (cfr. Peters, l. c. 5), la política criminal es el “conjunto de la actividad creadora estatal o municipal, o relacionada con el Estado o el municipio, dirigida a una configuración adecuada, con la finalidad de prevenir y reducir los delitos y sus efectos”. Mezger (1942, 234) ve la política criminal en sentido amplio como el “conjunto de todas

las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito”¹⁸.

Todas estas definiciones, y otras más, apuntarían al hecho de concebir la política criminal como “obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal”¹⁹, enmarcando sus límites dentro de la dogmática del derecho penal y la criminología, tal como lo sigue afirmando el profesor Heinz Zipf. No obstante, es pertinente anotar que estos campos, por demás diferentes, al interaccionar mutuamente, deben propender por

... mantener su autonomía para poder cooperar de modo óptimo. La ciencia del Derecho es la ciencia de la ordenación consciente de la vida social (Ernest Hirsch, 1996,72); conforme a ello, la política jurídica representa el esfuerzo sistemático en pro de la mejor configuración posible de tal ordenación. La decisión político-jurídica ha de vaciarse en un molde dogmático, que se realiza en la aplicación del Derecho. La dogmática sirve a la transformación de los objetivos político jurídicos en praxis jurídica”. Por ello el Derecho penal representa la forma “en que las finalidades político criminales son trasladadas al modus de la validez jurídica” (Roxin, 1970, 40)²⁰.

Así las cosas, respecto de lo que debe entenderse por política criminal, surge la noción de derecho penal (Franz von Liszt), que en sus dimensiones sustantiva y procesal debe actuar como límite infranqueable de la política criminal, donde criterios como la necesidad del derecho y la seguridad jurídica son indispensables en la construcción de parámetros serios que enmarquen y definan claramente el concepto de política criminal, bastante difuso y, por demás, poco diáfano.

Es aquí precisamente, donde los conceptos de las denominadas “teorías acerca de la pena” y los tan mentados pero poco aplicados “fines del derecho penal” sirven de norte o guía en aras de establecer un sentido claro e imparcial al *principio de proporcionalidad*, aquel donde la pena logre relacionarse con la gravedad del hecho y, por supuesto, con el *grado de culpabilidad* del autor, conceptos estos que se podrían aplicar correctamente sólo si se tiene una cultura jurídica amplia y, desde luego, los instrumentos procesales adecuados para la consecución de tales fines.

Los fines del derecho penal sólo se alcanzarán si tanto en la aplicación como en el análisis de las diferentes hipótesis se dota al operador jurídico

¹⁸ ZIPF, Heinz. Introducción a la política criminal. Editorial Revista de Derecho Privado. Editorial de Derecho Reunidas. De la edición española EDERSA, 1979.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 2

²⁰ *Ibíd.*, p. 8.

de cierta discreción regulada para aplicarlos de acuerdo con principios plenamente establecidos, en especial, aquel que nos ocupa, el *principio de oportunidad*, que permitirá no sólo mayor amplitud en la apreciación de los diferentes factores generadores de la dinámica social imperante y en aspectos decisivos en la realización material de una “justicia criminal”, sino que contribuirá a la solución a muchos de los problemas que presenta nuestro sistema jurisdiccional como la descongestión de los despachos judiciales, la rápida y equitativa solución a los diferentes conflictos y, quizá, la más importante de ellas, la reconstrucción del tejido social, tan deteriorado no sólo por los múltiples factores de violencia, sino por la falta de credibilidad en el Estado y, obviamente, en sus instituciones, las cuales, con el transcurrir del tiempo, se han convertido en aparatos que, como monstruos, alejan al simple ciudadano, del ente estatal.

Por ello, el Estado no es visto ya como ese ente aglutinador de los diversos intereses individuales, sino que se generaliza esa visión del “adversario estatal”, al ser precisamente el Estado quien define, sin soporte alguno, primero, aquellos bienes que deben ser protegidos por él y, en consecuencia, objeto del derecho penal como “*última ratio*”; y segundo, quien califica o decide, de manera muchas veces arbitraria, las características del infractor de la normativa penal.

Cuando se da la actuación arbitraria del Estado se desatiende la realidad social, pues se pierde de vista que las múltiples reacciones de la comunidad frente a conductas delictivas son elementos esenciales en la construcción de la política criminal de un Estado. Ello implica una visión sistémica y ordenada no sólo de los intereses de la comunidad, sino de la concepción clara de lo que es la verdadera “justicia criminal”, con inclusión del derecho procesal como medio idóneo en la aplicación del derecho sustancial, tarea que, de suyo, plantea la urgencia de una estrecha coordinación y cooperación entre las instituciones jurídicas participantes en los diferentes momentos del derecho como son: la creación (legislativo), la interpretación y aplicación (jurisdiccional) y, desde luego, la administración o ejecución (ejecutivo).

4.2 LÍMITES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Más allá de lo expuesto en el ítem anterior, donde en la construcción de una política criminal sería y, sobre todo, coherente, se propugna por la inclusión de múltiples factores que atienden a nuestra realidad social imperante, por criterios generales de equidad y justicia, por la inclusión adecuada de la

articulación real de las diversas instituciones estatales y por los fines que se pretenden realizar con ellas, se debe observar que la política criminal no debe ser tratada sólo como una tarea mediata que sirva como alternativa de solución a la situación problemática y conflictiva del país, sino que debe pensarse y realizarse como una respuesta más coyuntural al momento histórico por el que pasamos.

La política criminal debe merecer un tratamiento y, desde luego, un pormenorizado estudio, que impliquen un alto grado de científicidad, si se pretende dar una solución seria, verdadera y duradera por medio de ella al caso colombiano, donde la relación entre conceptos como la *criminología* y la *dogmática jurídico-penal* sean los parámetros en los que se pueda desarrollar y enmarcar este concepto.

4.3 DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL

La dogmática jurídico-penal tiene como misión fundamental estudiar, criticar, interpretar y sistematizar el derecho penal vigente en una determinada sociedad. Dentro del marco de la política criminal se debe buscar “conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos político-criminales”²¹...

ya que “la política criminal parte de un sólido fundamento cuando mantiene sus decisiones de acuerdo con la evolución de la dogmática, así como, viceversa, la dogmática ha de desarrollar sus soluciones en el marco de la concepción global político-criminal, dado que su efectividad se mide igualmente según su valor para la realización de los objetivos político-criminales”²².

En consecuencia, se desprende que la incoherencia entre estos dos aspectos traería –como lo observamos en el caso colombiano– consecuencias nefastas que cada día parecen empeorar, al imperar el caos no sólo legislativo sino social en el que vivimos. Por ello, “son decisivos dos criterios para la dogmática: la solución del problema en particular conforme a la realidad y la libertad de oposición intrasistémica. Sin la primera existiría el riesgo de desacertar en la justicia material y la realidad social; sin la segunda no podrían garantizarse la unidad jurídica ni la certeza jurídica”²³.

²¹ *Ibíd.*, p. 5.

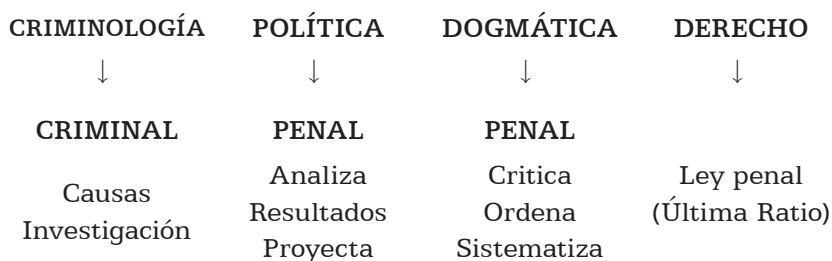
²² *Ibíd.*, p. 6.

²³ *Ibíd.*, p. 7.

4.4 LA CRIMINOLOGÍA

En relación con la criminología, si se entiende como aquella ciencia complementaria del derecho penal encargada del estudio de la criminalidad y de la conducta delictiva individual a fin de lograr un mejor entendimiento de las causas que originan el delito, la criminalidad y la reacción social constituyen pieza fundamental y límite en la construcción de la política criminal estatal. La criminología proporciona, así, el mejor medio para estudiar y repensar la estructura de nuestro sistema penal, en la medida en que se convertirá en el vehículo primordial de articulación entre la realidad socialmente imperante y las diversas instituciones que la regulan.

Esta disciplina rescata, a través de un estudio pormenorizado de cada modelo social, los diversos indicadores que van a constituir los fenómenos de criminalidad, por lo que si “La política criminal está siempre referida al valor –entendiendo éste último como las conductas imperantes dentro de cada núcleo social–, trata de ordenar y realizar valores. A tal respecto está encuadrada en el marco de la política social general. Ha de construir resultados investigados criminológicamente y realizar las finalidades obtenidas en una forma adecuada a la dogmática jurídico-penal”²⁴. En forma de diagrama sería así:



Pero en Colombia no opera de esta manera. En nuestro país, con base en un estudio más o menos acertado, aproximado o no a los fenómenos delictivos, se elabora la ley penal y luego se adoptan las diversas pautas o políticas criminales, a consecuencia de las cuales es necesaria la correspondiente reforma a la ley penal, situación que genera el conocido caos legislativo en el cual nos hemos desenvuelto hasta el momento y al cual parece nos hemos acostumbrado.

²⁴ *Ibíd.*, p. 13.

Pruebas de ello son la altísima inflación legislativa, la crisis de legitimidad de las instituciones jurídico-penales y la falta de credibilidad en nuestro sistema jurídico. Pareciera ser que la única política criminal vigente en Colombia es la de agravación de las penas, política inocua, pues, por una parte, no se ajusta a los modernos fines generales y específicos de las penas y, por otra, no parece efectiva frente a la delincuencia organizada nacional e internacional.

4.5 OTROS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

La construcción de una política criminal debe considerar los presupuestos esbozados en acápite anterior, en consideración tanto al marco constitucional vigente como a la realidad social imperante. Para ello se requiere de un análisis detenido y adecuado que se aproxime, siquiera, a las verdaderas necesidades y que responda a una posible alternativa de solución. Por tal razón, en cada caso se debe discutir, analizar y establecer con claridad los diversos aspectos relevantes, más aún para el caso del conflicto colombiano, cuando las consecuencias jurídicas se van a ver reflejadas directamente en aspectos como la imposición de las penas, instrumento –hasta ahora– real en la solución de los diversos conflictos.

No hay que perder de vista que en nuestra cultura jurídica lo más importante no es el restablecimiento del daño por parte del infractor, tal como lo pretende la sentencia C-209 de 2007 que confirió facultades de parte a las víctimas, como tampoco importa tener en cuenta y aplicar las diferentes funciones de la pena. Aquí sigue prevaleciendo el hecho de “castigar por castigar”, retrotrayéndonos a épocas primitivas donde se aplicaba el régimen de la ley del Talión. Ahora, en consecuencia, lo importante es reevaluar estos conceptos y, si se quiere, costumbres, en aras de

La humanización de la justicia criminal, que se hace visible, ante todo, en el continuo proceso de evolución hacia medios punitivos cada vez más benignos desde el comienzo de los movimientos político-criminales de reforma con la obra de Beccaría..., donde la política criminal depende enteramente de la disposición de colaboración de la comunidad jurídica. Así el proceso de constante atenuación de los medios punitivos puede también durar sin pérdida de eficacia, tanto como le corresponda una susceptibilidad en continuo aumento ante la pena. Pues entonces, no obstante la atenuación, los medios punitivos se mantienen en el mismo grado de eficacia²⁵.

²⁵ *Ibíd.*, p. 42.

Puntualmente, en cuanto al fenómeno paramilitar y guerrillero como eje central de las diversas controversias suscitadas en los últimos días, la política criminal que se estructure debe ir más allá de la creación de un órgano competente para su construcción. Debe, en consecuencia, detenerse en el análisis de los aspectos que dieron origen a la inclusión de estos grupos en la vida social y política del país y, desde luego, debe centrarse en una “negociación” clara y segura de los objetivos que cada grupo persigue en ella. Por tanto, el Estado, al definir la política criminal, debe procurar que ella tenga vigencia en el tiempo y no se convierta sólo en una salida transitoria que, como se ha visto, sólo ha contribuido con el afianzamiento del problema, con el engrandecimiento y profundo arraigo del conflicto social, sin contar con la decreciente, por no decir que nula, credibilidad institucional.

Es hora de que el Estado colombiano se redefina y, con él, redefina muchas de sus políticas, entre ellas, por supuesto, el marco de la política criminal imperante, si es que en realidad existe. porque dentro de las tendencias autoritarias por parte del Estado se han desarrollado políticas de represión extensivas en materia criminal, reflejadas en el inflacionismo penal y exacerbación punitiva que evidencian, no solamente ese autoritarismo restrictivo de las libertades públicas, sino también la incapacidad y falta de voluntad política de las clases dominantes para solucionar agudos problemas sociales, ante lo cual se superponen políticas represivas que aumentan el espacio de lo definido como criminal.

“La tendencia inflacionaria del sistema penal es tanto más grave, cuanto el exceso normativo viene además aquejado de la perversión de ciertas formulaciones legales que tipifican de manera vaga las conductas que se persiguen penalmente, ejemplo: los tipos penales en blanco y los tipos penales abiertos”²⁶,

lo cual no contribuye en nada con la solución a los diversos inconvenientes legislativos y judiciales, en virtud del principio de legalidad que asiste a la ley penal.

Por tanto, *la aplicación del principio de oportunidad, como principio netamente procesal*, podría resolver muchos de los inconvenientes hasta ahora planteados, sobre todo los que tienen que ver con la parte sustancial, en la medida que la solución precisamente estaría ahí, en la forma de aplicación del derecho sustancial.

²⁶ TOCORA, Fernando. Política criminal contemporánea. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis, 1997. pp. 6-7.

Así las cosas, las adecuadas construcción y elaboración de una política criminal permiten que los sistemas penales se liberen de las cargas que los factores políticos le han asignado, para que, una vez delimitado su campo de acción, pueda dar una respuesta diferente a la carcelaria. Es también importante quitarles a los sistemas penales la criminalización de los delitos sin víctima o de bagatela, los cuales son mejor regulados por otras áreas del derecho como la administrativa, la penal administrativa o la civil;

... estos movimientos de despenalización pueden constituir el levantamiento de la relevancia represiva dada a un hecho, pero también una diversificación de las respuestas hacia otras jurisdicciones o hacia instancias de control de la administración pública. Es necesario precisar que en ningún caso la administración debe implicar la pena de prisión, pues esta debe estar asignada exclusivamente al poder judicial²⁷.

Pero al lado de este proceso de descriminalización, está otro de criminalización, en la medida que es necesario regular nuevas realidades sociales, pero siempre teniendo en cuenta la mínima intervención penal, dando la oportunidad a otras jurisdicciones u otras instancias de control para su intervención.

En consecuencia, la apertura debe darse en diferentes aspectos: en el *proceso penal*, se debe dar mayor participación a la víctima y a la sociedad para que se constituya en parte civil en aquellos procesos de interés colectivo; al derecho *constitucional*, por ser el derecho fundamental; una apertura *internacional* a las convenciones que se han suscrito en materia de derechos humanos y relacionadas con el derecho penal; hacia la *sociedad civil*, cuando se proponen las alternativas de mediación y conciliación en instituciones estatales y no estatales; y, por último, una apertura *epistemológica* para que, de acuerdo con las ciencias sociales, se analice lo permitido y lo prohibido en el conocimiento de la realidad social, aspecto este último donde juegan vital importancia la visión científica de la criminología, la dogmática jurídico-penal y la científicidad de la política criminal.

De esta forma, aquel rígido principio según el cual el derecho penal es intransigente e innegociable debe modificarse debido al gran número de casos por resolver, (congestión judicial). La necesidad de la restauración del derecho, la efectividad de la indemnización a la víctima

²⁷ *Ibíd.*, pp. 34-35.

y la pacificación social son los criterios fundamentales que deben orientar una nueva alternativa en la correcta aplicación de una adecuada política criminal. Esta alternativa tiene sus límites y no puede en todos los casos y delitos sustituirse por el sistema penal, lo cual va a depender de su levedad ofensiva y de su naturaleza, pero siempre mirado desde la racional respuesta de amonestación, compensación, restauración, retractación, acuerdo, suspensión de la perturbación, etc. Un aspecto como el trabajo de interés comunitario es la posibilidad de poder actuar en el sentido inverso al que se actuó, en favor del interés social; es una forma de resocialización sin convertirse en un trabajo forzado ni mucho menos degradante:

... es aplicable para sustituir cortas penas de prisión y puede decidirse también como pena accesoria, y podría pensarse, también, para ciertas hipótesis, como condición para otorgar subrogados penales, sobre todo la condena condicional. Generalmente se le concibe para pequeños delitos: hurtos, daños, lesiones leves, calumnias, porte de armas de defensa personal sin salvoconducto, etc.²⁸

Otro aspecto relevante dentro de la elaboración de la política criminal lo configura el terrorismo.

El terrorismo constituye una pieza clave dentro de la política criminal contemporánea. Por una parte, dada su relación frecuente con el “delito político”, de cuyo tratamiento favorable pretende beneficiarse, como por la gran reacción que genera, reacción en la que los gobiernos pueden sacar provecho con deslizamientos autoritarios hacia otros sectores de la criminalidad y, eventualmente, hacia la delincuencia política o a la simple disidencia²⁹.

Cuando se han presentado estos actos considerados como terrorismo, la respuesta y supuesta solución ha sido una política criminal de “emergencia” que se termina expandiendo a otros ámbitos del sistema penal y del sistema jurídico en general.

En Colombia, un actor terrorista es la guerrilla, que en los años ochenta y noventa incluye, dentro de sus prácticas de lucha, actividades de terrorismo que afectan la sociedad civil. “Los diferentes grupos guerrilleros dejan deslizar en sus prácticas métodos terroristas, con masacres indiscriminadas, atentados con artefactos dinamiteros, sabotajes contra la economía nacional (voladura de oleoductos), extorsiones y secuestros indiscriminados, incluidos sectores socioeconómicos medios y

²⁸ *Ibíd.*, pp. 42-43.

²⁹ *Ibíd.*, p. 101.

bajos, intimidaciones y amenazas a poblaciones civiles”³⁰. Aparece luego, en la escena del terrorismo, en los años ochenta, el paramilitarismo, como respuesta a la ineficacia y ausencia del Estado, pero utilizando, seguramente por necesidad, las mismas formas de guerra que su enemigo, y desarrollando la cruenta e interminable guerra a que ha sido sometido el país, donde resulta como gran víctima la población civil.

Las respuestas que el Estado ha dado a los fenómenos como el narcotráfico, la corrupción estatal generada por las organizaciones criminales y los actores del conflicto es la mal llamada “política de sometimiento a la justicia”, pues permitió que la rigurosidad en la aplicación de la ley penal se concentrara exclusivamente sobre el tipo de criminalidad de la población más débil y desposeída, como símbolo del eficientismo del derecho penal. En consecuencia, las legislaciones especiales contra el terrorismo, así como otras de ese orden, han causado graves perturbaciones en el sistema penal, invadiendo espacios para los que no han sido prescritas al expandir sus políticas restrictivas a todo el sistema ordinario, máxime si aceptamos que sobre el sistema penal descansan los pilares de la democracia, caracterizada por el respeto a las garantías y las libertades individuales.

Respecto al terrorismo, el autor Torcora concluye:

... una política criminal en materia de terrorismo no puede servir de pretexto para superponer un sistema penal de emergencia, destinado exclusivamente al terrorista, al sistema penal ordinario. Una definición rigurosa de lo que es terrorismo debe presidir esa política y, luego, una aplicación celosa de esa legislación, para lo cual deben implementarse los respectivos controles, propios de un Estado realmente democrático. La definición del terrorismo debe serlo de manera estricta e inequívoca, y su aplicación no puede ser desviada o dirigida a sectores y personas no terroristas. Las garantías deben ser recortadas solamente en la medida que sirvan para proteger a la sociedad de nuevas e inminentes acciones terroristas³¹.

En conclusión, al establecer criterios generales de elaboración y aplicación de la política criminal es claro que esta última debe atender a aspectos de *racionalidad, practicabilidad y efectividad de la persecución penal*³², si se pretende que dicha elaboración tenga una mediana durabilidad en el tiempo. Así las cosas, debe entenderse la racionalidad como criterio de

³⁰ *Ibíd.*, p. 111.

³¹ *Ibíd.*, p. 123.

³² ZIPF, Heinz. Introducción a la política criminal. Editorial Revista de Derecho Privado. Editorial de Derecho Reunidas. De la edición española EDERSA, 1979. p. 44.

orientación, dirigido fundamentalmente a la aplicación de la política criminal en la lucha contra el delito, lo cual implica entender el derecho penal no como fin sino como medio dentro de la concepción político-criminal, fundamentalmente en términos de proporcionalidad. Por su parte, entender la practicabilidad implica tener una noción clara sobre la aplicabilidad de la justicia criminal en cada realidad concreta.

Ahora bien, es pertinente recalcar que una política criminal debe atender a factores esenciales como son la culpabilidad y la prevención en la lucha contra el delito. Si “la misión del derecho penal es garantizar la seguridad interior y el mantenimiento de la confianza de la colectividad en las instituciones del Estado, especialmente en la Administración de Justicia”, es necesario, tal como lo expresa el doctor Mauricio Martínez³³,

... una política penal limitada por un derecho penal mínimo, el mínimo necesario e imprescindible y del cual se espera cumpla sobre todo tres funciones: 1. Proteger a los autores de los delitos de las reacciones privadas de las víctimas, quienes ante la ausencia del Estado con un Derecho penal desencadenarían irracionalmente su violencia sobre los “delincuentes”; 2. Proteger a los autores de los delitos de la violencia irracional que puede ejercer el Estado si no existiera un sistema de garantías y principios que controlen su intervención; 3. Reforzar o crear valores en la sociedad (funciones simbólicas) que posibiliten la convivencia pacífica y el ejercicio democrático del poder. Con esta concepción de la intervención penal, se descarta la ilusión de –prevenir la criminalidad– mediante la aplicación de penas (funciones instrumentales)...³⁴.

Todo ello dentro de un marco, como lo expresa Habermas citado por Martínez, donde

“sea posible la legitimidad mediante la legalidad”³⁵, fundamentándose en un criterio de racionalidad, y separando en debida forma

³³ *Ibíd.*, p. 181.

³⁴ MARTÍNEZ, Mauricio. Estado de derecho y política criminal. La política de sometimiento en Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Primera edición 1995. Santafe de Bogotá D. C. p. 21. Citando a FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e Ragione*, Nápoles, 1989, pp. 325 y ss.; BARATTA, A., Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal, en «Nuevo Foro Penal» 34 de 1986, pp. 421 y ss.

³⁵ MARTÍNEZ Mauricio. Estado de derecho y política criminal. La política de sometimiento en Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Primera edición 1995. Santafe de Bogotá D. C. p. 23. Cita el autor a HABBERMAS, Jürgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?, en «Doxa 56 de 1988. “El autor alemán reafirma: «La legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales»”. p. 39.

la política criminal de la política penal. Resulta peligroso, como lo afirma Fernández Carrasquilla, presentar la política criminal “sólo como el conjunto de instrumentos punitivos en la lucha contra el crimen, pues a su lado hay que incluir la prevención en sentido amplio y también el establecimiento de límites materiales y controles formales rigurosos y democráticos”³⁶.

4.6 SITUACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA

El decreto 200 de febrero 3 de 2003 por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio del Interior y de la Justicia y se dictan otras disposiciones, en el capítulo III en sus artículos 37 y 38, regula lo concerniente al denominado “Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciario”, organismo asesor del Estado en la formulación de la política criminal. Dicho decreto señala los integrantes que conformarán el Consejo, así como cada una de las funciones asignadas en el desarrollo y elaboración de la política criminal colombiana.

Posteriormente, con la Ley 888 de junio 28 de 2004, se modifica el decreto 200 de 2003, ampliando no sólo el número de integrantes del Consejo de Política Criminal, sino asignando y reasignando nuevas funciones con respecto a las enunciadas en el decreto inicial, conservando, eso sí, la intención fundamental de crear un órgano especializado en el diseño, tratamiento y elaboración de pautas adecuadas en el desarrollo de respuestas impregnadas de amplia racionalidad, frente a los diversos fenómenos delictivos del país.

Y es que de cara al inicio de la vigencia de un nuevo sistema penal en nuestro país, es inmensa la expectativa que se tiene frente al desarrollo de este nuevo ente, el cual, dentro de sus bondades, tiene la infinita virtud de encontrarse conformado por diversos estamentos y autoridades del Estado colombiano, comprometidos directamente con el proceso de creación de una política criminal propia, en atención no sólo a los peculiares fenómenos delictivos, sino a las diversas realidades culturales y sociales del Estado.

En consecuencia, apresurado resultaría criticar el diseño estructural del Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, comoquiera que sólo cuando se empiecen a cumplir cada una de las funciones a él asignadas y, con ello, los diferentes informes y resultados allí previstos, se podría

³⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Concepto y límites del derecho penal. Editorial Temis. 2ª edición. Bogotá. 1994. p. 43.

valorar adecuadamente el mecanismo de funcionamiento de tal organismo, porque, sin lugar a duda, en los diversos objetivos allí propuestos y en la correcta articulación de los mismos se encuentra la base fundamental de una correcta política criminal.

Sin embargo, debe velarse por la marcha y buen desarrollo de este ente, tratando, esencialmente, de que la pluralidad e independencia de los diversos estamentos allí inmersos se mantenga, para garantizar la elaboración de una política criminal coherente, y evitar que la misma sea utilizada como medio para la satisfacción de intereses políticos coyunturales en detrimento de la justicia en general y, desde luego, en contra de la justicia penal en particular, impidiendo que el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria cumpla su objetivo básico: “una instancia política que tienda a la reducción del sistema penal, siendo utilizada por el poder punitivo, para –re-legitimar– y defender el crecimiento desmesurado del sistema penal”³⁷.

En ese orden de ideas, especial consideración merece la adecuada inserción que dentro del proceso de elaboración de la política criminal colombiana se haga del denominado principio de oportunidad, el cual, por virtud del artículo 250 de la Constitución Política, se encuentra en cabeza del Ministerio Público –Fiscalía General de la Nación– y no puede ser perdido de vista en su aplicación, ya que debe obedecer a criterios de coherencia y equidad para que no degenera en instrumento de arbitrariedad o impunidad, teniendo en cuenta la profunda situación de reforma legislativa por la que atraviesa el país, la cual, primordialmente, enfocada en el plano sustancial, implica de suyo una honda transformación y reforma de las costumbres procesales, en un sistema que es imposible de concebir e imaginar, cuando los hechos y la práctica no se dan en la realidad sino en el papel, amén del cambio cultural jurisdiccional que este principio implica en todos los operadores jurídicos

De otro lado, la reciente reforma al *Código Penal*, Ley 890 de 2004, artículo 14: “Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la parte especial del Código penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo...”, y el acta de conciliación al proyecto de Ley 001 de 2003 Cámara, 229 de 2004 Senado, por el cual se reforma el

³⁷ BOTERO BERNAL, José Fernando. Consultor Internacional del Instituto Panamericano de Política Criminal. Comentarios a la Ley 888 de 2004. Instituto Panamericano de Política Criminal, Sao Paulo, Brasil.

Código de Procedimiento Penal, artículo 531: “Los términos de prescripción y caducidad de las acciones que hubiesen tenido ocurrencia antes de la entrada en vigencia de este código, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la ley. En ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres (3) años”, son claros ejemplos de lo que no debe ser la política criminal en Colombia. Estos elementos, así estructurados, no aportan de manera sustancial en la construcción de una política criminal, ya que no es a través del aumento de las penas ni tampoco con la reducción en los términos de prescripción como se logra la adecuada definición e incorporación de criterios de racionalización y simplificación. Una política criminal coherente no debe ceder apresuradamente ante las necesidades del eficientismo, como tampoco ante la disminución de costos, pues no debe olvidar que su tarea es más compleja y no tiene un carácter de inmediatez. Por el contrario, debe tener muy presente que su función primordial es la de establecer las pautas adecuadas en la adopción e incorporación de los diversos principios de la justicia criminal, evitando que el poder punitivo del Estado se incremente por medio de respuestas exclusivamente criminalizantes frente a los diversos fenómenos delictivos.

Respecto de la aplicación del principio de oportunidad, intuimos su inocuidad en la práctica judicial, pues los sistemas jurídicos latinoamericanos están siendo permeados por la política criminal basada en el “derecho penal de enemigo”, el cual presenta una característica básica que, en nuestra opinión, se da en nuestro ordenamiento jurídico, como es la *política expansionista* del derecho penal, en la forma expresada por Manuel Cancio Meliá: “... se trata de esbozar una imagen más concreta de esta evolución político-criminal actual. Desde la perspectiva aquí adoptada, este desarrollo puede resumirse en dos fenómenos: el llamado “derecho penal simbólico” y lo que puede denominarse “resurgir del punitivismo”... Ambas líneas de evolución, la “simbólica” y la “punitivista” –esta será la tesis a exponer aquí– constituyen el linaje del derecho penal del enemigo”³⁸.

³⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal de enemigo. Revista Colección de Estudios. Número 35. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2005. p. 32.

CAPÍTULO V

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Afirmada nuestra posición sobre la naturaleza del principio de oportunidad considerado como criterio político procesal, y sin pretender estructurar una línea jurisprudencial sobre la discrecionalidad judicial, dado su elemento político-ideológico, resulta indispensable a la temática problematizar este concepto frente a su aplicación en el proceso penal, presentando sus dos dimensiones de mayor relevancia frente al ejercicio del *Ius Punendi* y, concretamente, al poder de acusar en cabeza de la Fiscalía General de la Nación que genera, de una parte, *tensión* entre las relaciones del Estado –como titular de la acción– y el ciudadano –como el sujeto afectado por esta acción–; y por otra, se constituye en el control funcional a los *límites del poder*.

Nos referimos, entonces, a la discrecionalidad judicial en sus dimensiones: *i) interpretativa o legal*, y *ii) política o funcional*.

La primera se entiende como aquella a la que recurre el funcionario judicial en su función decisoria, que se materializa a través de la **valoración** de hechos y pruebas y a través de la **interpretación** de normas cuyo control se ejerce en el proceso a partir de la obligatoria motivación de la sentencia, en aplicación a lo que el profesor Ferrajoli denomina *principio de estricta jurisdiccionalidad*, respecto de la relación entre las garantías sustanciales y procesales, cuando expresa:

La correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio. Especialmente en el plano lógico, estricta jurisdiccionalidad y estricta legalidad se presuponen recíprocamente y valen en su conjunto no solo para definir, sino también para garantizar el carácter cognoscitivo de un sistema penal: la jurisdicción penal se configura de hecho, más que la administración u otras formas de jurisdicción, como la “aplicación” o “afirmación” de la ley”³⁹.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 538.

La segunda dimensión, es decir, la política o funcional, hace relación al cumplimiento de los *objetivos políticos* propuestos en el marco de la política criminal y a las *razones de conveniencia* igualmente política de las formas adoptadas en el proceso penal. Es precisamente en este tipo de discrecionalidad donde debería ubicarse la aplicación del principio de oportunidad. Al respecto, y reafirmando la naturaleza política del principio de oportunidad, la Corte Constitucional expresó:

La filosofía de este principio de oportunidad radica en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; y, en contraprestación, se evitarían efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad, estimula la pronta reparación a la víctima, y se le otorga otra oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible⁴⁰.

Las formas de discrecionalidad propuestas, especialmente la política, parecen entrar en conflicto con algunos elementos relacionados –políticos, jurídicos y filosóficos– que estructuran el Estado social de derecho, resaltando, por conveniencia temática, el postulado de que nadie, absolutamente nadie, está fuera del control institucional; lo que significa que todas las actividades administrativas y jurisdiccionales, en cuanto a poderes, deberes y obligaciones, tienen reglas perfectamente definidas por la ley, como desarrollo del principio de estricta legalidad y, además, descritas en los estatutos procesales, conformando lo que la Constitución ha denominado la “*plenitud de las formas*”, tendentes a evitar la arbitrariedad o los desvíos de poder por parte de los funcionarios.

Sin embargo, y de manera excepcional, la ley, para situaciones específicas y bajo motivos perfectamente identificables y demostrables, otorga a los funcionarios judiciales un margen de *discrecionalidad atenuada* en cuanto debe ceñirse a los parámetros definidos por la propia ley, que no son otros que sus propios fines demarcados por la política criminal y, además, sujetos a lo que hemos precisado como “*el principio de estricta jurisdiccionalidad*”⁴¹, que no es otra cosa que la obligatoria motivación de las decisiones jurisdiccionales cuando involucran derechos fundamentales, como elemento de control, dentro de esa discrecionalidad, para evitar, por una parte, los errores judiciales y, por otra, las arbitrariedades y abusos de poder.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-979/05. Magistrado ponente Córdoba Triviño, Jaime.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 539.

Esto significa que no existe discrecionalidad absoluta, sino que ella está perfectamente reglada y atenuada por la aplicación de principios como la racionalidad, la proporcionalidad y la necesidad para cada caso concreto en particular; en esto radica la gran diferencia con el sistema americano, pues como lo estableció la Corte Suprema Federal:

La decisión de iniciar la persecución es una de las funciones más importantes del fiscal estadounidense. En tanto supere el obstáculo de establecer la exigencia de que existe causa probable para creer que alguien ha cometido un delito, el fiscal tiene amplia autoridad para decidir si investiga, si inicia formalmente la persecución, si garantiza inmunidad a un imputado o si negocia con él; también para elegir que cargos formula, cuando los formula y donde los formula⁴².

En el sistema penal colombiano, se consagran algunos eventos relativos a la discrecionalidad racional y reglada, como son, por ejemplo: los artículos 34 – 56 y 124 (parágrafo) del Código Penal colombiano, y 308 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, relativos a las condiciones fácticas para la imposición de la medida de aseguramiento, pues dada la *ambigüedad o indeterminación* de los textos legales, esta discrecionalidad se extiende a esos eventos, pues necesariamente se constituyen en actos de valoración judicial.

Es esta la situación procesal del principio de oportunidad respecto de su aplicabilidad en el marco de la Ley 906/04, pues se consagra con rango constitucional en el artículo 250, así sea como excepción al principio de obligatoriedad y se limita normativamente su funcionalidad a las condiciones del título IV, artículos 321 a 330 de la referida ley. A estos aspectos nos referiremos en capítulo posterior pero, sin duda, como ya lo dijimos, constituyen una verdadera *discrecionalidad reglada judicial*, pues insistimos en que la facultad para solicitar la aplicación del principio de oportunidad le asiste a todos los sujetos procesales, pero es exclusivo del fiscal optar por su aplicación, tal como se desprende del propio texto del artículo 250 constitucional.

En este sentido, la norma constitucional asigna el control de la discrecionalidad, dado a la Fiscalía General de La Nación para la aplicación del Principio de Oportunidad, al juez de control de garantías, quien en última instancia decidirá sobre la viabilidad y condiciones de aplicación.

⁴² Corte Suprema Federal USA. Sentencia Bordenkircher v. Hayes. 434 US 357,364. 1978.

Respecto de la función del juez de constitucionalidad, en sentencia C-979/05 la Corte Constitucional expresó:

El control que ejerce el juez de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, independientemente de sus consecuencias provisionales, precarias o definitivas (interrupción, suspensión o renuncia), debe estar orientado no solamente a emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado... Una formulación coherente con la estructura de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el que configura la Ley 906 de 2004, exige que las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales del imputado se resuelvan en el ámbito jurisdiccional. La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima⁴³.

Presentamos, a continuación, algunas sentencias que sobre el tema de la discrecionalidad ha proferido nuestra Corte Constitucional, advirtiendo que muchas de ellas no se refieren al tema penal, pero que ratifican la estructura y la filosofía de lo que en un Estado social de derecho significa el control de la arbitrariedad judicial.

Sentencia 031 de 1995: donde la Corte Constitucional, entra a resolver la demanda formulada por un ciudadano en contra de la expresión “... con base en la potestad discrecional...” contenida en el artículo 3° del decreto 2535 de 1993, “por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos”.

Busca el demandante examinar si la potestad discrecional de la autoridad competente en expedir los permisos para poseer o portar armas, municiones de guerra y explosivos viola la Constitución, pues el funcionario competente para expedirlos no está obligado a motivar en derecho las razones de su decisión, “tornándose así en caprichosa y arbitraria”.

La pretensión misma del querellante sirve como argumento a la Corte para declarar la exequibilidad de la norma objeto de revisión y es

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia 979 de 2005. Magistrado ponente Córdoba Triviño Jaime.

así como la Corte sostiene que la potestad discrecional emanada de la Administración para el ejercicio de la función pública y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado debe estar encaminada a la cobertura de dichos principios, pues la facultad discrecional que tiene la Administración para el adecuado cumplimiento de la función pública no es ilimitada, sino que debe estar dirigida a través de los actos administrativos que expida, al logro de los postulados fundados en el buen servicio a la colectividad, en la convivencia pacífica y en la vigencia de un orden justo para la protección de las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y creencias y demás derechos y libertades.

Sostiene la Corte que los funcionarios administrativos no gozan en el ejercicio de sus funciones de una potestad absoluta, sino que deben tener en cuenta para el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la Constitución y las leyes de la República.

Ello implica que la potestad discrecional que tienen los agentes de la Administración se encuentra limitada por los preceptos de orden superior en la búsqueda de los fines esenciales del Estado, de que trata el artículo 2o. de la Carta Política.

En consecuencia, puede afirmarse válidamente que no hay en el Estado de derecho facultades absolutamente discrecionales, porque ello eliminaría la constitucionalidad, la legalidad y el orden justo de los actos en que se desarrollan, y acabaría con la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.

En esta decisión afirma la Corte que

La potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentra sometida al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún caso la potestad puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado. En efecto, en primer término, la actuación del Estado a través de la potestad administrativa está sujeta a los lineamientos constitucionales, pues “en el Estado social de derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución”. En segundo lugar, la potestad citada se encuentra condicionada a la definición de su ámbito de acción, determinándose los fines a cumplir y la forma en

la cual se debe desplegar la conducta mencionada. Esto significa que la potestad siempre se debe entender limitada a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad administrativa sólo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede. Por ello, el artículo 36 del C. C. A., a cuyo tenor la Corte considera que deben ser interpretadas las facultades del INPEC durante el estado de emergencia carcelaria y penitenciaria, señala con claridad que “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En el mismo sentido, se presenta la sentencia **C-318 de 1995**, en donde el actor considera que la disposición demandada viola los artículos 1, 13, 28, 29, 83 y 93 de la Constitución Política. En efecto, el demandante sostiene que la norma acusada “desconoce el principio de igualdad al establecer un tratamiento diferencial y desfavorable para algunos de los procesados, es decir, para aquellos que son trasladados a establecimientos carcelarios distintos de donde se instruye el proceso, alejados del lugar de residencia, de sus familias, sin estar condenados, privados del derecho a las visitas por dificultades económicas y de distancia”. Así mismo, el demandante da a entender que se presenta una violación al debido proceso porque en la norma acusada no hay una concreción de los derechos y garantías que son reconocidos a las partes en toda actuación judicial, para salvaguardar la dignidad humana y el ejercicio imparcial de la justicia.

Por otro lado, el actor manifiesta que los detenidos deben estar separados de los condenados; asimismo, que el enjuiciado detenido debe alojarse en un lugar cercano a aquel donde actúa el juez que dirige el proceso, por lo cual, los traslados debidos a emergencias carcelarias violan sus derechos constitucionales. Finalmente, aduce que el Legislador omitió los términos o plazos para que, una vez superada la situación de crisis, se retrotraigan los efectos de las medidas tomadas con ocasión del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria.

El actor argumenta que las atribuciones del INPEC son indeterminadas, puesto que el inciso segundo de la norma acusada faculta al director de esa entidad “para tomar las medidas necesarias con el fin de superar la situación presentada”. De ello infieren que la norma confiere facultades discrecionales, que son, por ende, inconstitucionales pues estarían

desprovistas de todo control, podrían legitimar conductas arbitrarias del INPEC y desconocerían la sumisión de la Administración al principio de legalidad. En este caso, la Corte Constitucional, fundamentándose en lo ya resuelto en el precedente 031 del mismo año, argumenta de manera similar la situación jurídica allí planteada y deja incólume la constitucionalidad de dicha norma, aduciendo:

El poder discrecional, por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

De otra parte, afirma la Corte que la potestad citada se encuentra condicionada a la definición de su ámbito de acción, y a la determinación de los fines a cumplir y la forma en la cual se debe desplegar la conducta mencionada. Esto significa que la potestad siempre se debe entender limitada a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad administrativa sólo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede. Por ello, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor la Corte considera que deben ser interpretadas las facultades del INPEC durante el estado de emergencia carcelaria y penitenciaria, señala con claridad que

“en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

Se nota claramente la tendencia positiva de la Corte en la defensa de la discrecionalidad en tanto esta sea objetiva y no constituya, en momento alguno, arbitrariedad. Reiterativa es la posición de la Corte al argumentar nuevamente sobre la facultad discrecional del funcionario y sostener que el poder discrecional otorgado en oportunidades a los funcionarios públicos es un poder sometido a los lineamientos generales del régimen político, a su espíritu y a su filosofía, contenidos en los principios, valores y proclamas que establecen las normas constitucionales, contentivas del interés general, que no es, de este modo, entendido como un concepto jurídico indeterminado, pues el desarrollo jurídico constitucional lo precisa a través de aquellos elementos en nuestros días.

De igual manera se ratifica la Corte en la **sentencia de tutela T-303 de 1996** en donde el señor José Dolores Rodríguez Centeno, de nacionalidad estadounidense, ejerce acción contra el Ministerio de Relaciones Exteriores por violación a su derecho fundamental al debido proceso (art. 29 de la C. N.), a través de resolución que le revocara su visa de residente, y ordenara su salida del país. Allí se ocupa la presente sentencia de definir los alcances que puede tener el ejercicio de una competencia discrecional frente al debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional. Específicamente, el asunto comprende la definición de la posibilidad del Ministerio de Relaciones Exteriores para cancelar a un extranjero, cuyo cónyuge es de nacionalidad colombiana y con hijo nacido del matrimonio contraído y registrado legalmente, su visa de residente.

En efecto, se le confiere en este régimen sobreviniente al Ministerio de Relaciones Exteriores una competencia discrecional a través del Jefe de la División de Visas para disponer la cancelación de estos documentos. Contra dicho acto no procede recurso alguno, y su titular deberá abandonar el país dentro del mes siguiente a la notificación del acto de cancelación, so pena de ser deportado.

Mantiene la Corte su rigor jurídico para estimar procedente la discrecionalidad judicial bajo los parámetros antes mencionados y afirma que la competencia discrecional se entiende como una liberación de las formas de expresión de la Administración Pública en la que los procedimientos, prerrogativas y derechos de los particulares provenientes de dicho ejercicio tienen el carácter de **liberalidad** cuando son otorgantes, y de **potestad soberana** cuando restringen, limitan o niegan el derecho del particular. De manera que anticipadamente la ley favorece el poder discrecional frente a la situación particular. Ello hace que, salvo situaciones fácticas de atropello a la civilidad, el racional ejercicio de la facultad discrecional no admita aducir el derecho de defensa, insistimos por la prevalencia del interés general.

Existe poder discrecional para la Administración cuando ésta no está obligada por la Ley a adoptar una determinada actitud. Tiene la opción entre la acción y la abstención y, si actúa, tiene la elección entre diversas decisiones. El poder discrecional representa para la Administración una cierta libertad de decisión⁴⁴.

⁴⁴ Giraud. La noción del poder discrecional. Revista General de la Administración N° 1924. p. 193. COMPLETAR

A manera de conclusión, podemos afirmar que la discrecionalidad judicial reglada está sometida a un control judicial que, para el caso del principio de oportunidad, lo ejerce el juez de control de garantías, pero que sin duda en su aplicación deben necesariamente considerarse los fines para los cuales fue creado, dentro del marco de una nueva política criminal, y el inevitable cambio de paradigma en la función judicial respecto de la filosofía de un sistema acusatorio.

<p>SOLUCIÓN X</p> <p>DISCRECIONALIDAD JUDICIAL ILIMITADA ATENTA CONTRA EL ORDEN CONSTITUCIONAL</p>	<p>LÍNEA JURISPRUDENCIAL</p> <p>BALANCE</p> <p>S-031 de 1995</p> <p>C-318 de 1995</p> <p>T-303 de 1996</p> <p>Sostiene la Corte que los funcionarios administrativos no gozan en el ejercicio de sus funciones de una potestad absoluta, sino que deben tener en cuenta, para el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la Constitución y las leyes de la República.</p>	<p>SOLUCIÓN Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL RESTRINGIDA NO VIOLA NI ATENTA CONTRA EL ORDEN CONSTITUCIONAL</p>
--	--	---

CAPÍTULO VI

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 906 DE 2004

Con fines pedagógicos, nos adentramos en el tema del principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004, para comentar y precisar sus características, fines, estructura, y los parámetros y condiciones de su aplicación, buscando, primordialmente, brindar con ello elementos de juicio para los estudiantes de pregrado que abordan este objeto de conocimiento.

La primera problemática que planteamos se da porque en la lógica procesal la aplicación del principio de oportunidad, no fue asignada a la discrecionalidad judicial del juez de conocimiento, sobre todo en las formas de suspensión o renuncia a la persecución penal, pues nos parece ser este el juez natural para este tipo de decisiones, sobre todo cuando existan causales específicas de reconocimiento; sin pretender con ello desconocer la naturaleza de un proceso interpartes y la disponibilidad sobre la pretensión punitiva que los caracteriza. La respuesta podríamos encontrarla en el artículo 250 constitucional, pues excepcionar la obligatoriedad, a través de la oportunidad, solo podría hacerlo un juez de constitucionalidad como lo es el juez de control de garantías, desconociendo que la protección de los derechos fundamentales en el proceso jurisdiccional corresponde a la totalidad de los jueces de la República independiente de su jerarquía o de su denominación, en razón de que el control de constitucionalidad se erige en el factor legitimante de las decisiones judiciales.

6.1 CONSAGRACIÓN POSITIVA

Como ya lo hemos mencionado, el principio de oportunidad encuentra su fuente primaria en la propia Constitución, pues adquirió este rango formal de principio mediante la expedición del acto legislativo 003 de diciembre 19 de 2002, reglamentado por el Gobierno nacional mediante el decreto

2637 de 2004, relativo a las nuevas funciones de la Fiscalía en el esquema acusatorio. Esta norma se transcribe literalmente en la Ley 906/04 en sus artículos 66-321 y 322, en los que se reitera la filosofía de su aplicación.

Veamos entonces algunas de las razones debatidas en el Congreso de la República, justificando la necesidad de la incorporación de una figura como el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento procesal, como elemento esencial en la solución de la crisis jurisdiccional

Es importante advertir que el texto constitucional no definió las causales que permitirían la aplicación del principio de oportunidad sino que facultó al legislador para que asumiera esa tarea, Los síntomas que expresan la dramática incapacidad de nuestro aparato judicial para afrontar las diferentes manifestaciones del delito los podemos resumir así:

6.1.1 Ineficiencia e impunidad

El más grave efecto, aparte de la falta de credibilidad absoluta, que puede generar la ineficiencia y la ineficacia de la Administración de Justicia es, sin duda, la impunidad delictiva, situación que de alguna manera se constituye en la apología del delito y que contrarresta todas las funciones de la pena de nuestro sistema penal. En este sentido, se argumentaba en la Asamblea Constituyente, a favor de la creación de la Fiscalía General de la Nación:

Las instituciones jurídicas anteriores fracasaron en materia de investigación. En Colombia la impunidad ha sido causa y fundamento para la extensión del delito. Se perdió toda credibilidad en los mecanismos jurisdiccionales y en los propios jueces. En efecto, según estadísticas de la última década el 90 % de las denuncias por hurto y lesiones personales terminaron en prescripción; y sólo el 2 % en sentencia definitiva. Durante el año 1987 el 80 % de las providencias dictadas en la etapa instructiva fueron de cesación de procedimiento y archivo. La estadística adquiere características alarmantes al conocer datos según los cuales apenas el 20 % de los delitos reportados por el Departamento Nacional de Estadística fueron denunciados ante autoridades competentes. El resto constituye una 'criminalidad oculta', producto de la falta de confianza en la organización judicial o por lo menos de los obstáculos y costos que entraña acceder a ella, pero que de cualquier manera conforman el gran espectro de la impunidad reinante.... Concretamente, la Fiscalía General será la institución que tendrá la responsabilidad de reducir el índice de impunidad que afecta al país...⁴⁵.

⁴⁵ ABELLO ROCA, Carlos Daniel. Fiscalía General de la Nación. Informe-ponencia. Gaceta Constitucional número 93, Imprenta Nacional, Santafé de Bogotá D.C. pp. 2-3

Frente a esta problemática, resaltamos la desidia de los fiscales para aplicar un mecanismo que parece ser la solución, como lo es el principio de oportunidad.

6.1.2 Lentitud y congestión

Tradicionalmente se ha justificado la congestión e inoperancia de la rama jurisdiccional en el uso excesivo de las formas, que convierten en inoperante cualquier sistema de juzgamiento. Sin desconocer la influencia de este aspecto, cualquiera que sea el sistema procesal adoptado es necesario un equilibrio entre las formas y el respeto de las garantías y las libertades individuales, pues la forma por sí misma no encuentra una razón de ser distinta de estas.

Por otra parte, es claro que la actividad delictiva en Colombia desborda cualquier estadística racional, y frente a ello no podemos desconocer la insuficiencia en el número de jueces y fiscales que deben abordar el conocimiento de estos procesos, pero también debemos insistir, como ya lo dijimos, que ningún sistema en el mundo por eficiente que sea, está en capacidad de resolver, mediante el proceso, la totalidad de las conductas delictivas y esta es precisamente la razón por la cual el legislador condicionó el principio de oportunidad a la definición de una política criminal clara, precisa y real; pero, a su vez, creemos se trata igualmente de un problema cultural de jueces y fiscales frente a la aplicación del principio de oportunidad, desconociendo que precisamente esa fue, sin duda la razón que definió su inclusión en el sistema procesal; solo se trata entonces de que los fiscales cambien su actitud frente a la mentalidad de la legalidad estricta que por años ha regido nuestros sistemas procesales y encuentren y utilicen esta valiosa herramienta procesal.

Adicionalmente, existen otras razones que un sector de la doctrina considera como necesarias para la adopción del principio en cuestión

Para determinar la necesidad de incorporación de criterios de oportunidad, es útil hacer referencia al

... divorcio existente entre la adopción legislativa del principio de legalidad estricto frente a la realidad implacable que impide proceder como el mismo impone. Esta situación trae como consecuencia la obligada selección a que se encuentra conminado de hecho el funcionario que, según el procedimiento, tenga el derecho-deber de instar la acción penal. Lo expuesto se ha elaborado desde la perspectiva del congestionamiento del sistema judicial y su consecuente efecto:

menor eficiencia. El funcionario según su competencia debe brindar la misma atención a todos los hechos (más o menos graves) que se ve obligado a instruir. La inexistencia de pautas objetivas, establecidas legislativamente, que permitan concientemente y no por imposición fáctica o de criterio subjetivo del funcionario, la determinación de qué hechos ameritan pasar a juicio, cuales no deben ser instados o sustraídos de la esfera del Derecho Penal, afecta necesariamente el derecho a la igualdad ante la ley⁴⁶.

Es evidente que hay una discrepancia muy grande entre el derecho penal y el derecho procesal penal establecido por el legislador, que da paso a amplias violaciones de los derechos y garantías constitucionales y legales de los sindicatos, y una desviación de las finalidades del proceso penal, lo que hace necesarios los criterios de oportunidad para evitar abusos y subjetivismos por parte del funcionario judicial y adoptar posturas de carácter objetivo que permitan una garantía, se argumenta que

... más allá de que la realidad demuestre que en la vida social la eficiencia y garantía judiciales funcionan en forma diferente respecto de los diversos grupos sociales, se impone con urgencia la determinación de pautas objetivas que impidan la evaluación absolutamente subjetiva del fiscal en el criterio de selección, en cuya cabeza se encuentra la titularidad del ejercicio de la acción penal. El planteamiento se propone desde la perspectiva del derecho a la igualdad ante la ley, comprensivo de lo que los constitucionalistas denominan igualdad jurídica. Ataño al derecho de todo individuo a que se juzgue su situación dentro de un proceso penal de la misma manera en casos similares. No se propicia la adopción del principio de oportunidad en extremo, sino el establecimiento de criterios que atenuen la rigidez desde la teoría de la legalidad imperante con un necesario control por parte de un órgano diferente con la finalidad de evitar arbitrariedades. Sería importante valorar el interés real de quien se encuentra en el caso lesionado en un bien jurídico protegido, a quien el Estado le ha expropiado la posibilidad de disponer de la acción respectiva, haciendo prevalecer la posibilidad de una condena antes que la de una hipotética solución al conflicto planteado por la comisión de un hecho ilícito⁴⁷.

Siguiendo con el hilo conductor de la discrecionalidad del titular de la acción penal y la necesidad que se evidencia actualmente de la incorporación

⁴⁶ SALVO, Marisa. Artículo: “El principio de legalidad y su incidencia sobre el derecho de la igualdad ante la ley”. Página de Internet: www.cienciaspenales.org

⁴⁷ Salvo Marisa. Artículo: “El principio de legalidad y su incidencia sobre el derecho de la igualdad ante la ley”. Página de Internet: www.cienciaspenales.org

del principio de oportunidad en el sistema penal, por la situación que vive la Administración de Justicia y todo el derecho penal, es importante traer a colación lo dicho por Winfried Hassemer en un artículo sobre los roles que la legalidad y oportunidad deben asumir frente a la persecución penal, respecto a las estructuras y cambios que han de ser observados para el caso de que se desee una determinada mezcla de la legalidad y oportunidad, y las razones que dan origen a la introducción de este principio que, después de un análisis, se concluye que son perfectamente aplicables al caso colombiano. Este autor expone las razones así:

1. Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal acentúan diferentes partes de las ideas jurídicas: la legalidad, la justicia, la oportunidad, la utilidad. Una opción político criminal debería por ello observar que la relación entre la justicia, como meta, y la conveniencia como condición restrictiva para la consecución de esa meta, se puede fácilmente expresar de la siguiente manera: tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea necesaria.

2. El principio de legalidad puede coordinarse con las teorías absolutas de la pena, mientras que el principio de oportunidad con las teorías relativas. El principio de legalidad está para alcanzar el automatismo, la proporcionalidad y la justa represalia por el hecho. El principio de oportunidad está para la ponderación en el caso individual, para la apreciación de las respectivas particularidades y para una inteligente consideración de las consecuencias. Por estas razones aparece el principio de legalidad como “clásico” y el principio de oportunidad como “moderno”, por ello tiene el principio de oportunidad más oportunidades dentro del presente derecho penal orientado a las consecuencias. El derecho penal ha de permanecer, en cambio, como la insuperable barrera de la política criminal.

3. El principio de oportunidad suele alabarse, frecuentemente, por sus efectos descriminalizantes. Esto es ostensiblemente correcto: este principio permite descartar, temporalmente, hechos sospechosos del proceso penal, pero hay que tenerse en cuenta que esto no sucede para todos los hechos punibles y que el principio de oportunidad no es el más correcto instrumento para lograr la descriminalización, y que el proceso pertenece propiamente al derecho penal material.

4. Asimismo para la descongestión de tribunales, la cual se espera que alcance a través del principio de oportunidad, existen equivalentes funcionales.

5. En tanto el principio de oportunidad sea justificado dentro del marco de un cálculo de beneficios, han de cuestionarse críticamente los conceptos de “beneficio” y “perjuicio”.

6. En tanto un derecho procesal penal admita casos que se resolverá desde la perspectiva de la oportunidad, todo dependerá para la constitucionalidad del proceso, de que estos casos sean correctamente precisados.

7. Si se permite la entrada a casos de oportunidad en el proceso, habría una habilidad de limitar los posibles peligros para la constitucionalidad del proceso: control al funcionario judicial, consentimiento del afectado en todos aquellos casos en que el sobreseimiento del proceso conlleve para él afectaciones y requisito de motivación para cada decreto de sobreseimiento⁴⁸.

Pero mirando las necesidades del principio ya desde los fundamentos político-criminales tenemos:

La ineficiencia del sistema: el sistema penal actual es incapaz, por los pocos recursos de que dispone, para implementar logística y adecuadamente los centros penitenciarios, y todo el aparato judicial, para que oportunamente puedan procesarse todos los casos penales bajo su competencia.

Favorecimiento al imputado sin dilaciones indebidas: bajo los principios de eficiencia y celeridad procesal, se trata de buscar una pronta solución a un conflicto penal, ya que la justicia que tarda no es justicia, pues claramente es violatoria del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

Economía procesal: como dice Beling, el interés común exige que el proceso se realice rápidamente, pues si bien no puede rendir ventajas económicas por su propia naturaleza, que al menos sea lo más barato posible, garantizando el acceso a la Administración de Justicia.

El principio de lesividad: se basa en que sólo deben ser considerados como hechos delictivos aquellas conductas que en realidad hayan causado daño o generen un riesgo concreto a un bien jurídico, que se encuentra tutelado por el Estado, en atención al principio de antijuridicidad material y el desarrollo de los conceptos de lesividad y significancia

El principio de la última ratio: existen conductas que no son gravosas, que el derecho penal debe estimarlo cuando resulta absolutamente necesario, ya que las partes en conflicto pueden tener amparo de sus pretensiones ejercitándolas por otros medios legales.

⁴⁸ Hassemer Winfried. Artículo: “La persecución penal: legalidad y oportunidad”. Página de Internet: www.cienciaspenales.org

Es decir, sólo debe utilizarse el derecho penal como un último recurso o de estricta necesidad.

Principio de mínima intervención: que en estrecha relación con el anterior, sostiene que el derecho penal a través del Estado, a quien se le ha conferido el poder sobre el ejercicio del ius puniendi, debe limitar su intervención solo a aquellos casos en los que sea estrictamente necesario en consideración a la utilidad social general y que no pueda ser atribuido su control a otros medios de protección social.

El principio de insignificancia: se entiende por principio de insignificancia aquel que permite en la mayoría de los casos excluir de la acción penal, aquellas conductas generadoras de daños de poca importancia. Este principio denominado también “*principio de bagatela*” sostiene, que deben considerarse atípicas aquellas conductas que importan una afectación superficial del bien jurídico⁴⁹.

6.2 FORMAS

Presenta de manera excluyente y taxativa tres (3) formas de aplicación

- a) No ejercicio de la acción penal
- b) Renuncia a la acción penal
- c) Suspensión condicionada de la persecución penal

De estas formas de aplicación, reviste especial importancia la **suspensión condicionada del procedimiento a prueba**, que exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1) El posible beneficiario de la aplicación del principio está obligado a presentar, así sea en forma oral, un plan de reparación de las víctimas consistente en:

- la mediación
- la reparación integral
- la reparación simbólica, o cualquier combinación posible de ellas; y todo ello dentro del marco de la justicia restaurativa en los términos consagrados en el libro VI, artículos 518 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

⁴⁹ SALAS BETETA, Christian. Artículo: “Principio de oportunidad en el Perú – Tercera parte”.
Página de Internet: www.ofdnews.com

2) La propuesta de reparación, una vez oída, y consultados los intereses de la víctima, debe ser evaluada cualitativa y cuantitativamente por el fiscal de conocimiento, de quien dependerá su aceptación.

3) La declaratoria de la suspensión genera una **inmunidad fáctica**, pues los hechos, en caso de reanudación del procedimiento, no podrán ser utilizados como prueba de culpabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el derecho de defensa consagrado como norma rectora en el artículo 8 literal (d) de la Ley 906 de 2004

4) Esta causal también queda incluida en el control de legalidad, ya que en el texto de la ley original, en su artículo 327 relativo al control judicial de aplicación por parte del juez de control de garantías, no se incluía en este control, bajo el argumento de que con ella **no se extinguía la acción penal**; yerro que en nuestra opinión fue corregido por la Corte Constitucional mediante sentencia C-979/05, al afirmar en su declaratoria de inexequibilidad:

A su juicio, despojar del control del juez de garantías la decisión de interrumpir o suspender el procedimiento, comporta la afectación de derechos fundamentales que conforman el debido proceso, así como el derecho a acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad⁵⁰.

5) El período de prueba no podrá ser superior a 3 años, fecha a partir de la cual se ordenará el archivo del proceso con efectos de cosa juzgada material.

6) El beneficiario de la aplicación del principio de oportunidad, a criterio del fiscal competente atendiendo las particularidades del caso concreto, deberá cumplir con una o varias de las siguientes condiciones que podemos agrupar así:

- i)* Obligatoriedad de residencia
- ii)* Tratamientos médicos, psicológicos y en general terapéuticos de cualquier naturaleza
- iii)* Realización de trabajos sociales comunitarios
- iv)* No poseer o portar armas de fuego y dejación efectiva de las armas
- v)* Reparación integral y recuperación de las víctimas

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-979 de Septiembre 26 de 2005. Magistrado ponente Córdoba Treviño, Jaime.

- vi) Arrepentimiento público y excelente comportamiento social
- vii) No conducción de vehículos, naves o aeronaves.

Estos requisitos se configuran como exigencia de procedibilidad.

6.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN

Este tema, consagrado en algunos numerales del artículo 324, relativo a las causales de aplicación del principio de oportunidad, lo abordaremos separadamente en razón de que en estricto sentido no constituye una causal, sino un requisito objetivo, determinado por el *quántum* de la pena, o por la naturaleza del delito, diferenciación hecha para efectos de determinar la competencia de la Fiscalía en razón de este factor, sin desconocer los cambios introducidos por la Ley 1312 de 2009. Comentaremos entonces algunas situaciones particulares.

6.3.1 Delitos excluidos

En forma genérica, el principio de oportunidad es aplicable a todos los delitos consagrados en el estatuto penal sustantivo; pero por razones de política criminal y en atención a los requerimientos de orden internacional, taxativamente el párrafo tercero (3) del numeral 17 del artículo 324, excluye de la aplicación de este principio a los delitos que impliquen:

- i) violaciones graves al derecho internacional humanitario,
- ii) crímenes de lesa humanidad o genocidio *de acuerdo con lo dispuesto por el Estatuto de Roma*. El texto resaltado en cursiva fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C – 095 del 14 de febrero de 2007, para eliminar las restricciones que podría implicar reducir el ámbito al Estatuto de Roma
- iii) narcotráfico y terrorismo.

Este párrafo 3 del numeral 17 del artículo 324 también fue modificado por la Ley 1312 de 2009, en dos sentidos: de una parte crea una nueva exclusión referida a los delitos dolosos “*cuando la víctima sea menor de 18 años*”, y de otra, modificó la restricción para la aplicación de este principio, para los delitos de terrorismo y narcotráfico, corrigiendo, para el primero de ellos, la repetición jurídica innecesaria, pues al referirse a los delitos de lesa humanidad necesariamente debía considerarse el delito de terrorismo,

y el segundo, por considerarlo delito transnacional, pero los incluyó en la modificación del párrafo primero del artículo en mención y condicionó su aplicación de manera excepcional cuando textualmente prescribe:

En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo II del título XII del código penal, terrorismo, financiación del terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores o promotores o directores de organizaciones delictivas (el subrayado es nuestro).

La aplicación condicionada del principio de oportunidad a la comprobación fáctica de las causales cuarta y quinta, referidas en el párrafo anterior, también sufrió modificación por parte de la Ley 1312 de 2009; por una parte, modifica la causal quinta anterior, transcribiendo su texto en la causal cuarta y adicionándole el plazo procesal de colaboración eficaz, “*hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento*”. El numeral 5 de la nueva ley transcribe en su totalidad el numeral sexto de la ley anterior, pero modifica el momento en que empiezan a operar los efectos de la aplicación del principio, suspendiendo estos hasta cuando el procesado cumpla con su obligación de declarar en el juicio oral, pues de no ser así, se revocará el beneficio.

Igualmente, en el párrafo cuarto de la nueva ley, crea otra exclusión para la aplicación del principio de oportunidad, que no figuraba en la ley anterior, referida al fenómeno de la parapolítica, cuando prescribe: “No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico”.

Es claro que esta exclusión responde a las políticas internacionales adoptadas por los países de Occidente sobre colaboración en la persecución y lucha contra el crimen organizado transnacional.

En esta excepción, se incluyen los delitos cuyas agravantes estén relacionadas fáctica y jurídicamente con la naturaleza de los delitos excluidos, como es el caso del homicidio y las circunstancias de los numerales 8, 9, y 10 del artículo 104 del Código Penal colombiano.

6.3.2 Delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis (6) años

Condición prescrita en el numeral 1 del artículo 324 cuya competencia para estos eventos corresponde al fiscal de conocimiento. Este requisito, en principio, no ofrece problemática alguna, pues bastaría recurrir a los límites fijados para cada tipo en particular en la Ley 890 de 2004, Código Penal vigente; sin embargo, es necesario precisar varios conceptos: en primer lugar sobre a qué pena se refiere el numeral 1 del mencionado artículo, si se trata de la pena en abstracto, es decir, a la fijada en el tipo penal, o a la pena en concreto, quiere decir a la probable pena aplicable. Creemos que debe referirse a la pena en abstracto, pues la estructura probatoria del sistema acusatorio así lo aconseja; no obstante que uno de los presupuestos de aplicación es la aceptación de responsabilidad por parte del indiciado o imputado, difícil resultaría su cálculo en el evento de la renuncia a la acción penal. Sobre el particular, la Ley 1312 de 2009 adicionó, en aras de protección a las víctimas, la fijación judicial de una caución como garantía de reparación.

De igual manera la nueva ley elimina la causal tercera del artículo en mención, relativa a la entrega del procesado a la Corte Penal Internacional, por considerar que su texto queda integrado en su numeral 2.

En segundo lugar, cómo definir su aplicación en el evento del concurso de conductas punibles, caso en el cual es perfectamente viable la aplicación del principio de oportunidad recurriendo, igualmente, a la pena en abstracto para cada delito en particular, o concediéndolo para uno o algunos de ellos; sin embargo, si uno de los presuntos delitos tiene una pena superior a 6 años, la aplicación es competencia del fiscal delegado ante el tribunal respectivo, como funcionario delegado por el fiscal general para estos eventos. La situación aquí planteada fue solucionada por la Ley 1312 de 2009 en el inciso final del artículo 2.

6.3.3 Delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo excede de seis (6) años

Condición prescrita por el párrafo 2 del numeral 17 del artículo 324, a la cual aplica todo lo afirmado para los delitos cuya pena no excede de seis (6) años, con la diferencia de que la competencia para aplicación en estos

casos corresponde directamente al Fiscal General de la Nación, competencia que mediante resoluciones de la Fiscalía (6657 y 6658 del 30/1112/04) se delegó íntegramente a los fiscales delegados ante el tribunal superior de cada distrito.

6.3.4 Delitos sancionados con pena no privativa de la libertad

Si bien existe una laguna normativa sobre el particular, recurriendo a los principios de integralidad y residualidad, creemos que no existe prohibición procesal para su aplicación, pues por el solo hecho de tratarse de delitos querellables, no se establecen limitaciones al fiscal de conocimiento respecto de la discrecionalidad judicial para su concesión, en desarrollo del conocido aforismo jurídico de que “quien puede lo más, puede lo menos”. Situación resuelta por la Ley 1312 de 2009, al incluir en su artículo primero los delitos sancionados con pena de multa.

6.3.5 Reparación integral a las víctimas

No ahondaremos en el tema de la reparación integral, sobre el cual existe abundante jurisprudencia constitucional, salvo la aclaración sobre dos aspectos fundamentales: en primer lugar, la filosofía que sobre la reparación plantea el nuevo estatuto procesal, pues abandona la posición que le confiere carácter eminentemente patrimonial para ligarlo a la función resocializadora de la pena; en segundo lugar, la reparación se constituye en requisito de procesabilidad, (ya se mencionó lo relativo al otorgamiento de la caución judicial), salvo la excepción que el mismo artículo consagra referida al evento de la imposibilidad de identificación de las víctimas.

6.3.6 Ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio del *ius punendi*

Creemos que esta condición quedó subsumida en otras causales del artículo 324, en los numerales 1, 2, 3, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 que entrañan criterios de política criminal, funciones preventivas de la pena, principio de lesividad, antijuridicidad material, principio de última ratio, eficiencia de la Administración de Justicia y que en nuestra opinión son los criterios idóneos para determinar motivadamente por parte de la fiscalía, cuando no existe el interés del Estado o este sufre grave deterioro o simplemente desaparece.

6.4 CAUSALES DE APLICACIÓN

Como lo advertimos en su oportunidad, los comentarios sobre algunas causales consagradas en el artículo 324 fueron incluidos en el aparte relativo al “ámbito de aplicación”. Con fines didácticos, agruparemos caprichosamente las causales en razón a la política criminal, naturaleza, fines o lesión del bien jurídico tutelado, advirtiendo sobre la brevedad de los comentarios, pues la profundización en cualquiera de ellos escapa a los objetivos propuestos, no obstante su taxatividad normativa, aclarando que este principio excluye otras figuras como la presunción de inocencia o la duda razonable, pues estas tienen procedimientos específicos aplicables en el proceso; se considera que la esencia de la reforma introducida por la Ley 1312 de 2009 está precisamente en las causales de aplicación.

6.4.1 Relaciones internacionales

Las relaciones internacionales son causales fundamentadas en la cooperación internacional para la prevención, represión y no impunidad de conductas delictivas con alto impacto social y cuya fuente son las organizaciones criminales, con igual o mayor poder operativo que el Estado. Esta cooperación puede establecerse formal o informalmente, dependiendo de su consagración en tratados o instrumentos internacionales debidamente ratificados por Colombia en los términos del mandato del artículo 93 constitucional, fundamentados en los principios de igualdad y reciprocidad que rigen las relaciones interestatales. En el caso colombiano, la cooperación se materializa en mecanismos como la extradición de nacionales o extranjeros que, sin duda, constituye un acto político de la Administración, y cuyo efecto jurídico es la prórroga de competencia hacia otro país o países o, inclusive, hacia cortes paraestatales, con miras al juzgamiento de nacionales. En este sentido la Ley 906 de 2004 consagró en su libro V los lineamientos normativos de la cooperación internacional sobre pruebas, extradición y validez de las sentencias extranjeras. Llamamos la atención sobre la equiparación de conceptos que la Ley 1312 de 2009 hace de la entrega y la extradición, a pesar de la clara diferenciación que consagra el artículo 101 del Estatuto Penal de Roma cuando a través *de la definición logra una perfecta diferenciación entre entrega y extradición*⁵¹. Tal es el caso de los numerales 2 y 3 del artículo 324 de la nueva ley.

⁵¹ AMBOS, Kai y otro. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Editorial Universidad Externado de Colombia. 1ª edición Bogotá, 1999. p. 102.

Es claro, entonces, que estas causales deben considerar los presupuestos procesales sobre los ámbitos de aplicación de la ley penal, la vigencia de los tratados y el interés nacional y público.

6.4.2 Delación y colaboración eficaz

Esta es una figura de vieja data en la legislación nacional, pero que introduce un cambio fundamental en cuanto a sus efectos al trascender la simple disminución de la pena, puesto que al aplicar el principio de oportunidad, se configura la renuncia al *ius punendi*, extinguiendo, en consecuencia, la acción penal. Los numerales 4 y 5 de la Ley 1312 de 2009 consagran este elemento. La problemática en la configuración de esta causal podría radicar, primero, en lo que se considera judicialmente como “colaboración eficaz”, pues necesariamente implicaría verificaciones jurisdiccionales sobre la información suministrada y los resultados obtenidos, pues no puede tratarse de cualquier colaboración, sino de aquella que conlleve la desarticulación de organizaciones criminales. Es claro que se trata de una política extraída del sistema americano, conocida como elemento del derecho penal “*premier*”. Al respecto, el tratadista Francisco Sintura Varela expresa:

Los instrumentos que facultan a los funcionarios judiciales para conceder rebaja de pena u otros beneficios similares, ante la efectiva colaboración de los delincuentes con la administración de justicia, hacen parte de lo que algunos han llamado derecho penal premier, que viene siendo aplicado en muchas legislaciones, como mecanismo para combatir ciertas y especiales formas de criminalidad, generalmente las asociadas con el secuestro, el narcotráfico, la subversión y el terrorismo⁵².

La segunda problemática de esta causal radica, de acuerdo con nuestra realidad nacional, en que el crimen organizado despliega conductas delictivas que, como ya se expresó en el aparte del ámbito de aplicación, no son susceptibles de los beneficios brindados por el principio de oportunidad, dada la expresa prohibición legal.

Adicionalmente, esta causal confiere una “*inmunidad fáctica*” para el delator, como desarrollo del *principio de no autoincriminación*, al establecer que la información contenida en su declaración no podrá ser utilizada en su

⁵² SINTURA VARELA, José. Citado por Juan Carlos Forero Ramirez. Aproximación al estudio del principio de oportunidad. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2006. p. 170.

contra en ningún otro proceso penal. Es claro que la forma de aplicación del principio hace referencia exclusivamente a la suspensión del proceso, la cual conlleva la imposición de obligaciones específicas y la posible revocatoria en caso de incumplimiento de estas. La pregunta que surge, entonces, hace relación a si en el evento de la revocatoria de aplicación del principio de oportunidad, la inmunidad concedida también desaparece. Somos partidarios de la respuesta positiva, aunque procesalmente pueda no ser de gran utilidad como soporte de condena, dada la enmienda a la no autoincrimación, pero podría ser utilizada para efectos de impugnación de credibilidad. Los numerales 4 y 5 del artículo 324 desarrollan esta causal

6.4.3 Lesión material al bien jurídico tutelado

Se refiere a los eventos en los que los delitos generan un daño sobre el cual es susceptible la aplicación del principio de insignificancia o el de no lesividad; dicho de otra manera, delitos de poca entidad, o aquellos donde sea suficiente la sola sanción administrativa o sea posible la aplicación del concepto “*última ratio*”, como límites al *ius punendi*.

Sin desconocer la importancia de otras causales, resulta necesario señalar la existencia de dos criterios relativos a la función de la pena, determinantes en la concepción del principio de oportunidad y en ausencia de los cuales no habría lugar a su aplicación. Estos son la falta de necesidad de la pena y la falta de merecimiento de la misma. El primer caso corresponde a aquellos delitos que no generan un interés público en la persecución del delito; el segundo ejemplo corresponde a los casos de la pena política.

La causal de aplicación del principio de oportunidad que se refiere a los casos en donde el interés público es inexistente implica, por un lado, una intención apenas culposa por parte del autor y, por otro, un perjuicio social leve generado en la comisión del delito; Estados como Alemania, Paraguay, Chile y Guatemala contemplan dicha causal. Son precisamente los casos a que hacen referencia los numerales 9, 10, 12, 13 y 14.

6.4.4 Delitos culposos

Bien sabido es que esta clase de delitos, dada su propia estructura y fundamentalmente su aspecto subjetivo, como tipicidad o como injusto, reciben en la generalidad de los sistemas penales occidentales un tratamiento punitivo muy benigno en el sentido de ser sancionados con

penas irrisorias, que parecen más dirigidas a fines educativos frente al principio de confianza, que a una respuesta social respecto de su protección. Parece ser, entonces, el tipo de delito apto o abonado para la aplicación del principio de oportunidad, al menos en la realidad práctica de la judicatura en Colombia. Manifestaciones expresas de esta causal ya estaban consagradas excepcionalmente en nuestro ordenamiento, como es el caso del artículo 34 del estatuto sustantivo penal. A este tipo de situaciones se refieren precisamente los numerales 7, 11 y 12.

6.4.5 Culpabilidad disminuida o inexistente

Esta causal responde a una acertada política criminal, al asimilar la culpabilidad al juicio de “reproche”, sin que esto signifique que sea la material solución, pues ella se encontraría en la *despenalización* de estas conductas. Compartimos en este sentido la afirmación del profesor C. Roxin, cuando expresa:

“Son nulas las leyes penales que no protegen bienes jurídicos... la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho...”⁵³

Pues es precisamente la culpabilidad la que establece los límites al poder punitivo, en el sentido de que la naturaleza y el cuántum de la pena no pueden sobrepasar la estructura y valoración de la culpabilidad. A estos eventos se refiere el numeral 12, aunque íntimamente relacionados con las situaciones descritas en los numerales 10 a 15.

6.4.6 Reparación de las víctimas

Frente a la protección de las víctimas, acertadas nos parecen las prescripciones de la Ley 1312 de 2009, al modificar las causales del artículo 324 relativas a la temática, estableciendo como condición necesaria para la aplicación del principio, la reparación efectiva a las víctimas, sin importar que solo lo mencione expresamente para los eventos descritos en los numerales 1, 7, 13, y 14, lo que en nuestra opinión no es óbice para extender esta obligación a todas causales del artículo 324, fundamentados en las obligaciones establecidas en los incisos segundo y tercero del artículo 325, relativo a la *suspensión del procedimiento a prueba* y los numerales

⁵³ ROXIN, Claus. Derecho penal –Parte general–. Editorial Civitas. Madrid, España, 2000. p. 63.

7, 8, 9 y 10 del artículo 326, referido a las *condiciones a cumplir durante el período de prueba*. En este sentido nos parece razonable la posición de la Corte Suprema de Justicia, cuando en reciente sentencia condiciona la extradición a la reparación integral de las víctimas. El tema de las víctimas es de tal complejidad que requiere un estudio específico, pues dentro del marco de un Estado democrático de derecho, sin duda, ocupa un lugar preferencial, ya que si bien en todos los estatutos se consagran sus derechos como elemento para lograr la humanización del proceso penal, hasta ahora no ha pasado de ser un mero simbolismo en la dogmática sustantiva y procesal.

A este respecto, en la exposición de motivos del anteproyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal presentado por la Corporación Excelencia para la Justicia, sus autores expresaban:

Nuestra historia pone de manifiesto el abandono en que se encuentran las víctimas en el sistema penal, hace evidente que vivimos en una cultura basada en el olvido del ser en la que predomina la indiferencia ante el sufrimiento del otro. Una sociedad con esas bases está abocada irremediablemente a la irrupción de la “barbarie”, por ello la propuesta normativa contempla una opción preferencial por la participación de las víctimas en el proceso penal, entendida como la redefinición del rol que estas cumplen en garantía de la verdad, la justicia y la reparación en orden a la solución integral del conflicto que subyace al delito, ya sea en el proceso, como lugar de encuentro creativo, o por fuera de este en el marco de la justicia restaurativa⁵⁴, postura adoptada por la sentencia C – 209 de 2007.

En el mismo sentido, mediante sentencia C-591 de junio 9 de 2005, refiriéndose a los elementos que caracterizan un sistema acusatorio, la Corte expresó: “En efecto, se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas”⁵⁵.

De otra parte, hoy parece un lugar común en la doctrina especializada plantear la afirmación crítica de que “la víctima es la gran olvidada del

⁵⁴ Corporación Excelencia para la Justicia. Proyecto de reforma al Código de procedimiento penal. Bogotá, 2004. p. 12.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 591 de junio 09 de 2005. Magistrado ponente Clara Inés Vargas H.

sistema penal”. Dicha cuestión se explica por razones históricas derivadas del surgimiento del derecho penal moderno, que es un derecho de carácter eminentemente estatal, y del consiguiente fenómeno de la expropiación del conflicto penal realizado por el mismo Estado al asumir el monopolio en la persecución penal y transformar a esta en una actividad pública. Consecuente con este planteamiento, se reformó el artículo 116 constitucional, relativo a quiénes pueden ejercer la Administración de Justicia.

Esta problemática la expresa el maestro Berinstain:

Lo que no es admisible es una justicia meramente formal y abstracta, en la que el ser humano es solo un accidente y en la que por lo menos uno de los sujetos del momento delictivo (las víctimas) es anulado y sus derechos son ignorados por el sistema. En el mejor de los casos a las víctimas se les contenta con un indemnización económica y normalmente se les objetiviza, convirtiéndoles en un simple objeto de la prueba, el cual es atendido de alguna forma porque de él se puede extraer información valiosa para poder vengarse del delincuente en su nombre, en el nombre del objeto llamado víctima.

Esta realidad no es sostenible en un Estado social de derecho. La reformulación del proceso penal es necesaria y debe partir, entonces, del reconocimiento de las víctimas⁵⁶.

De otra parte también es importante resaltar que el fiscal, recurriendo a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y equidad, debe propender porque la cuantía y las formas de reparación a la víctima no sean desproporcionadas, inequitativas, irracionales, irreales o no posibles de acuerdo con la condición particular de cada victimario

6.4.7 Eficientismo procesal o interés público

Nota especial merece esta causal, pues resume el real espíritu del principio de oportunidad, no solo respecto de la eficiencia y efectividad del sistema jurisdiccional penal, sino que constituye una verdadera herramienta para la lucha contra el crimen organizado, generador de alto impacto social, y la distribución racional de los medios y la logística con que cuenta la Fiscalía General de La Nación en el cumplimiento de su función acusadora.

Esta causal fue objeto de demanda de inconstitucionalidad fundamentada en la vaguedad, imprecisión y ambigüedad en la redacción del numeral 16,

⁵⁶ BERISTAIN, Antonio. Criminología, victimología, y cárceles., T.I Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores, N° 22. Bogotá, 1996, p. 274.

lo que, sin duda, constituiría una trasgresión a los derechos fundamentales de la legalidad y la seguridad jurídica, fundamentos de la sociedades civilizadas; ello generaría, por un lado, espacios de arbitrariedad legal y subjetiva para los funcionarios de la fiscalía en los criterios de aplicación del principio de oportunidad; dificultad en el control de legalidad a ejercer por parte de los jueces de control de garantías; ausencia de control en la discrecionalidad reglada del funcionario; y, por otro, desconocimiento del carácter excepcional del principio de oportunidad frente al principio de oficiosidad u obligatoriedad; supuestos todos ellos que atentan contra los pilares de un Estado social de derecho.

Mediante sentencia C-673 de 2005, la Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad del numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, declarándolo inexecutable:

La advertida imprecisión de la norma acusada imposibilita, por su parte, el ejercicio de un adecuado y real control por parte del juez de garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del principio de oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley. Es decir, ese diseño normativo vago e indeterminado de la causal acusada le impide al juez de control de legalidad establecer si el fiscal, al aplicar el principio de oportunidad en el caso particular, dispuso arbitrariamente de la acción penal, o si resultaba desproporcionado su ejercicio, previa la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, en razón de los deberes de respeto y protección que enmarcan la actividad del Estado⁵⁷.

6.4.8. Otras reformas introducidas por la Ley 1312 de 2009

Adicional a las reformas prescritas por esta ley sobre el principio de oportunidad, ya comentadas en apartes anteriores, referidas a la modificación del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, que trata sobre las causales inicialmente exigidas en el estatuto procesal penal, es necesario resaltar que el objetivo principal de esta nueva ley, sin duda, es la adecuación normativa de este principio para su aplicación a los procesos de justicia y paz que adelante el Gobierno Nacional con los grupos armados organizados al margen de la ley, proceso hoy en vigencia con las AUC y aplicable a desmovilizados que no tengan la calidad de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de la organización;

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 673 de 30 de junio de 2005. Magistrada ponente Clara Inés Vargas H.

reemplazando las providencias inhibitorias, de preclusión o de cesación de procedimiento consagradas en la Ley 782 de 2003, para el delito de concierto para delinquir con ocasión de su pertenencia al grupo, por la aplicación de este principio, pretendiendo con ello resolver de manera expedita la situación jurídica de más de 19.000 desmovilizados que por decirlo de alguna manera se encuentran todavía en un “limbo jurídico” respecto del proceso de justicia y paz.

En este sentido, incluyó en el numeral 17 del artículo 324 reformado, una nueva causal que consideramos conveniente transcribirla en su integridad:

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

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

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del acto legislativo 3 de 2002.

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

Merece especial mención sobre el numeral transcrito, por una parte, la extensión de beneficios a los delitos de porte ilegal de armas y municiones y el uso ilegal de uniformes e insignias y de otra, fijar su eficacia a partir de la vigencia del acto legislativo 3 de 2002, estableciendo un proceso monitorio para la aplicación del principio.

Igualmente modificó los artículos 325, 326 y 327 de la Ley 906 de 2004 relativos a la suspensión del período a prueba, las condiciones a cumplir durante el período de prueba y el control judicial en la aplicación del

principio de oportunidad, respectivamente. Respecto de los tres artículos amplía la oportunidad procesal hasta antes del inicio de la audiencia de juzgamiento. En cuanto al segundo artículo mencionado incluye en su literal *m*) una nueva obligación a cumplir por parte del beneficiado: “La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el parágrafo 2 del artículo 324”. Respecto del último artículo en mención, la modificación consistió en permitir a la Fiscalía formular solicitudes “*individuales o colectivas*” para la aplicación del principio.

6.5 PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

Adicional a las causales consagradas en el artículo 324 ya comentadas, procesalmente se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1) La aplicación de este principio debe obedecer a la definición de una directiva clara y precisa sobre una política criminal coherente con la realidad nacional que, en nuestra opinión, todavía está por construir.

2) Debe estar sometida a un control de legalidad por parte del juez de control de garantías, dentro de los cinco (5) días siguientes al momento en que la Fiscalía decida dar aplicación al principio de oportunidad, el cual operará de forma obligatoria y automática para cualquiera de las tres (3) formas posibles.

3) Aceptación de la responsabilidad penal del indagado o imputado, para lo cual se exige un mínimo probatorio que demuestre, por una parte, su autoría o participación y, por otra, la tipicidad de la conducta. En la práctica judicial, y para la mayoría de los casos, la confesión será el elemento material probatorio determinante; exigencia que según el propio código evita comprometer la presunción de inocencia y la violación de norma rectora específica.

4) Reparación integral a las víctimas individualizadas e identificadas, entendiendo como tales a las personas que se encuentren en las condiciones y exigencias prescritas por el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, cuya representación será ejercida por el fiscal de conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 de la mencionada ley.

6.6 EFECTOS DE LA APLICACIÓN

De conformidad con el artículo 329, la aplicación del principio de oportunidad producirá los siguientes efectos:

1) Extinción de la acción penal. Lo que significa cosa juzgada material y aplicación del derecho al no doble juzgamiento. Debe proferirse providencia que declare la extinción por aplicación del principio de oportunidad, pues no consideramos procedente el archivo de las diligencias prescrito en el artículo 326, dados los efectos vinculantes de este último.

2) Inmunidad testimonial. Inmunidad que forma parte de la norma rectora derecho de defensa, en el literal d) del artículo 8; esta figura presenta tres dimensiones: la fáctica, la probatoria y la jurídica. Infortunadamente la Administración de Justicia, no lo ha entendido como prohibición plena sobre el derecho a no autoincriminación y lo están resolviendo vía nulidad procesal, cambiando al funcionario judicial, lo que teóricamente los habilita para desvirtuar la restricción, pensando sin duda en no generar impunidad, pero están lejos de lo que la doctrina internacional considera al respecto.

3) Cosa juzgada material sobre la pretensión indemnizatoria a reclamar en otras competencias judiciales, si la víctima *aceptó la reparación ofrecida*; nos oponemos de esta manera a quienes sostienen, en la teoría de la responsabilidad extracontractual, que subsiste la posibilidad de recurrir al proceso ordinario civil, por parte de la víctima, para reclamar aquellos perjuicios no cubiertos en el acuerdo logrado en el proceso penal. Nos parece que esta posición demerita conceptos fundamentales como el de seguridad jurídica y seriedad del proceso penal.

A manera de conclusiones anticipadas, en su aspecto positivo, el principio de oportunidad, sin lugar a dudas, constituye la punta de lanza de un verdadero proceso de reforma a los sistemas de Administración de Justicia. Perfectamente viable parece afirmar que la pragmática adopción de este criterio de justicia y de celeridad procesal en nuestro ordenamiento jurídico, y la capacitación y culturización de los fiscales para su diaria labor, cuyo antecedente inmediato se encuentra en algunas instituciones que consagran las formas extraordinarias en la solución de conflictos, especialmente la conciliación, permitirá no sólo llegar a la realización de la justicia sin someter a proceso jurisdiccional a los destinatarios del derecho penal, sino mejorar el sistema procesal penal y las instituciones

penitenciarias, posibilitando, con ello, una mejor calidad de justicia para todos, especialmente para la víctima. No obstante, quizá sea su mayor virtud la que genera las más duras reacciones, pues una de las mayores críticas al principio de oportunidad es producto del temor de quienes todavía permanecen en la concepción de que las decisiones que ponen fin al conflicto deben ser resultado del proceso y estar siempre en manos de los jueces.

De otra parte, comentaremos algunas objeciones sobre las causales consagradas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004:

- El principio de oportunidad se consagró con ciertas limitaciones legales acerca de las condiciones que se requieren para su aplicación, de manera tal que exista un referente objetivo para su control en la aplicación y, a su vez, control sobre la discrecionalidad judicial, la cual se estructura a partir del nivel de confianza sobre los funcionarios encargados de la toma de decisiones, en razón de la cultura jurídica generada por la práctica judicial.
- Las razones político-criminales consideradas por el legislador para establecer los criterios de oportunidad de ninguna manera originan conflicto alguno frente al principio de legalidad, pues solo constituyen una atenuación excepcional de éste.
- Las causales comentadas exigen mayor precisión y acierto en los procesos de motivación de las decisiones judiciales, de acuerdo con los propósitos de establecer una oportunidad reglada.
- Lamentablemente, el artículo 324 no hizo una separación o agrupación de las causales respecto de las modalidades de aplicación (no ejercicio, renuncia o suspensión), ni de los efectos sustanciales y procesales que conllevaría cada una de ellas, lo cual permitiría un mayor espectro de aplicación y el consecuente aumento en la eficiencia de la Administración de Justicia, porque lo que ha demostrado la práctica judicial a través de múltiples estadísticas publicadas es la altísima inoperancia de este principio.
- Nuestra propuesta sería que mediante circular emanada de la Fiscalía General de la Nación, se obligara a los fiscales a considerar la aplicación del principio de oportunidad en los delitos en que abocan conocimiento, e imponiéndoles la carga argumentativa sobre la razón por la cual

decidió su no aplicación, pues creemos sería la forma más expedita para cambiar la cultura carcelaria de algunos funcionarios judiciales, pero sobre todo, de realizar una verdadera política criminal.

CAPÍTULO VII

EL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA

Consecuentes con uno de los ejes problemáticos de la investigación realizada, –como lo es la consideración del *principio o criterio de oportunidad* como marco jurídico para las negociaciones de paz con los grupos *armados al margen de la ley*–, consideramos trascendental para nuestros propósitos incluir este capítulo que pretende resumir el proceso histórico y sus resultados, sobre las diferentes iniciativas de paz en Colombia, capítulo que recoge diferentes publicaciones de toda naturaleza en este largo proceso histórico.

7.1 LA PAZ COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La agudización del conflicto armado, producto del enfrentamiento entre la insurgencia y el Estado, y el recrudecimiento de la acción paramilitar, como ejército contrainsurgente, convertido en la tercera fuerza equilibrante de la correlación entre el Estado y la insurgencia, tanto en términos del desarrollo de la guerra como en los resultados políticos de la misma, constituyen circunstancias concretas para que el conflicto se generalice, con una amplia presencia en todos los ámbitos de la vida nacional.

Colombia se ha debatido en un conflicto armado interno en las últimas cinco décadas, donde la violencia se ha tornado sistemática, y la muerte ha dejado de ser un fenómeno natural para convertirse en la más “cultural” de las realidades, y es precisamente por ello que en diversos sectores sociales se habla del llamado a constituir una cultura de la paz, una cultura de la vida o una cultura del diálogo.

En este proceso de confrontación se ha privilegiado la salida militar sin ningún éxito aparente para el Estado, debido a la inexistencia de un consenso amplio y suficiente con los actores involucrados, pues se

ha limitado a la expedición de algunos decretos de amnistía que, en la mayoría de los casos, fueron concebidos de manera unilateral, sin consultar la realidad de los grupos insurgentes y la misma realidad nacional. Estas amnistías, en varias ocasiones, fueron ignoradas por los movimientos insurgentes y abandonadas por el gobierno de turno, quien siempre vio el conflicto como algo marginal a su quehacer y como asunto exclusivo del estamento militar.

7.2 LA PAZ Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Más allá del legalismo, los formalismos y los pactos arbitrarios, la solución al conflicto en Colombia está dada por el interés de todos sus habitantes en la búsqueda de la paz, derecho este que sostiene el principio más relevante de un Estado social, como lo es la justicia social, que incluye la prevalencia del interés general como una de las características esenciales de esta forma de organización política. La paz se convierte, entonces, en ese mecanismo para la consolidación de un orden nacional justo, que permita dar salida a la situación actual del país. La naturaleza irregular del conflicto colombiano ha dado pie a que ciertas organizaciones externas pretendan dar, con armas de doble filo, impositivas soluciones, dejando de lado el proceso de reinstitucionalización, como su fin último, y desconociendo, en ocasiones, los principios universales de libre autodeterminación y soberanía de los pueblos.

La paz, mirada desde esta perspectiva, podría llegar a significar el fin inmediato del sistema jurídico colombiano para avizorar una solución al conflicto nacional, ya que hasta hoy no se ha podido establecer una fórmula generalizada que precise un avance para culminar esta guerra interna que desestabiliza los más grandes propósitos del Estado. En ocasiones, la misma Corte Constitucional ha tratado de confirmar una vez más que el concepto de paz está motivado por la necesidad de cumplir con lo dispuesto en el artículo 2 de la C. N cuando dispone que “son fines esenciales del Estado: “Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...”, además de “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. La disposición constitucional permite que ese concepto hoy día sea revalidado y pueda significar, por encima de la misma legalidad, una lucha por alcanzar esos fines tan esenciales que proclama ese artículo segundo, dentro del marco de un Estado social de derecho.

Al hablar de paz, también es necesario mirar las diferentes connotaciones que la Corte Constitucional le ha dado en sus jurisprudencias a este concepto, pues en diferentes ocasiones se le ha tratado como un derecho fundamental por ser el punto de partida del orden y la tranquilidad de la nación para impartir garantía a sus habitantes en el cumplimiento de otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la educación. La Corte ha precisado:

La Constitución de 1991, que nació por la voluntad del pueblo de hacer cesar la situación sangrienta y de desorden público que viene sufriendo el país, consagró en el artículo 22 ese anhelo como un derecho constitucional fundamental: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. Este derecho se halla estrechamente relacionado con el respeto efectivo de los demás derechos iguales e inalienables de todo hombre. No debe confundirse la paz con la simple ausencia de guerra y de sangre derramada, o con la conjuración policiva de las crisis que afectan la seguridad nacional y la tranquilidad pública. Pero la verdadera paz no puede ser definida como una mera superación de la contienda armada o como una tregua.

La paz, en definitiva, no es otra cosa que el respeto efectivo de los derechos humanos. Cuando la dignidad humana es atropellada por la violencia o el terror, se está dentro de una situación de guerra contra lo más sagrado e inviolable del hombre. No puede haber paz mientras a nuestro alrededor hay quienes asesinan, secuestran o hacen desaparecer⁵⁸.

En sentencia C-048/01 del 24 de enero de 2001, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynet, se confirma una vez más lo anterior, considerando que:

La Carta del 91 es una Constitución para la paz, el constituyente otorgó a la noción jurídica de la paz un triple carácter, pues la consideró un valor de la sociedad, fundamento del Estado y de los derechos humanos (preámbulo); la concibe como un fin esencial que irradia el ordenamiento jurídico y que, como principio, debe dirigir la acción de las autoridades públicas (Art. 2), y también la entiende como un derecho constitucional, que si bien no de aplicación inmediata, no es menos cierto que el mandato deba dirigir la acción de los particulares y las autoridades.

Por tanto, todos los ciudadanos y autoridades deben adelantar medidas eficaces, no solo para prevenir sino también para eliminar

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-053 de 2001. Magistrado ponente Eduardo Montealegre Linett. 2001.

los actos de agresión y quebrantamiento de la paz. No obstante la generalidad del deber social de “propender al logro y mantenimiento de la paz⁵⁹”.

Pero la situación no es tan clara como parece. En otras ocasiones no se habla de un derecho fundamental puro a pesar de estar consagrado como tal en la Carta Política (artículo 22) ya que su alcance lo determina el carácter conexo con otros derechos fundamentales de aplicación inmediata. Al respecto explica la Corte que, en cuanto a la característica de derecho fundamental puede decirse que

La Carta Política de Colombia contiene una clasificación en su Título II “De los Derechos, las Garantías y los Deberes”, en “Derechos Fundamentales” (Capítulo 1, de los artículos 11 al 41), “Derechos Sociales, Económicos y Culturales” (Capítulo 2, de los artículos 42 a 77) y “Derechos Colectivos y del Medio Ambiente” (Capítulo 3, de los artículos 78 al 82). Encontrándose dentro de la primera modalidad el derecho a la paz en el artículo 22, lo que hace que, desde un punto de vista formal se le pueda dar una interpretación que apunta a considerar la paz como un derecho fundamental en Colombia, con todos sus efectos en el ordenamiento jurídico, en la Sociedad y en el Estado.

Sin embargo, desde un punto de vista material, por el contenido o la naturaleza de esos derechos, así titulados por la Carta Política, en criterio de la Sala, aquella interpretación impone ser ponderada, a más de que se ha concluido, por investigación llevada a cabo en los documentos de la Asamblea Nacional Constituyente, que los títulos de tal Capítulo sólo tienen un carácter indicativo, y no un efecto vinculante porque fueron incorporados por la Comisión Codificadora, sin que hubieran sido aprobados por el pleno de la Corporación en el segundo debate. En efecto, del análisis de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, publicadas en la Gaceta Constitucional, se concluye en relación con el artículo 39 del Reglamento, que la Comisión Codificadora entregó los textos por asuntos y materias (Títulos y Capítulos), pero que tal tarea no fue aprobada en segundo debate, en los términos consagrados en el artículo 44 cuando dice: “Proclamación del texto final: aprobado el texto final de las reformas y su codificación, la Presidencia citará a una sesión especial...”.

Así las cosas, el derecho a la paz no llega a constituirse como un derecho fundamental de aplicación inmediata, por la sencilla razón de que el sistema

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 048 de 2001. Magistrado ponente Eduardo Montealegre Linett. 2001.

jurídico colombiano consagra la teoría de los derechos fundamentales que estima para la identificación de un derecho de tal naturaleza los siguientes criterios⁶⁰:

1. Conexión directa con los principios constitucionales
2. Eficacia directa y
3. Contenido esencial.

Es precisamente la falta de eficacia jurídica la que hace que el derecho a la paz, por su misma naturaleza de derecho concursal y solidario, no participe de esta clasificación. Sólo en la medida en que participe como garantía en la protección de un derecho de aquellos que tocan lo más íntimo de la dignidad humana o los llamados derechos de primera generación obtiene relevancia para su directa aplicación.

El derecho a la paz viene siendo por su misma naturaleza, en palabras de la Corte Constitucional,

... un derecho de tercera generación, que requiere el concurso para su logro de los más variados factores sociales, políticos, económicos e ideológicos que recíprocamente se le pueden exigir sin que se haga realidad por su naturaleza concursal o solidaria. Esta interpretación encuentra fundamento adicional en lo preceptuado en el Art. 88 de la C. N. que consagra las acciones populares como mecanismo especializado para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad (véase la paz) y la salubridad pública... “ y otros de similar naturaleza que se definen en ella”. Así lo entendió el legislador al expedir el decreto 2591 cuando señaló la improcedencia de la Acción de Tutela para proteger derechos colectivos como la paz y los demás contemplados en el artículo 88 de la Constitución Política.

Se ha sostenido que este tipo de derechos tiene un carácter proclamatorio en razón de las dificultades para que de ellos se predique la eficacia jurídica. De todos modos y es lo que interesa ahora, no se trata de un “Derecho Natural” cuyo cumplimiento inmediato pueda demandarse de las autoridades públicas o de los particulares a través de la acción de tutela.

Nuestra Constitución Política lo consagra en su artículo 22 cuando prescribe: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. En Sala Plena de Constitucionalidad, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, el 29 de junio de 1995, mediante sentencia C-283,

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. Magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

la Corte Constitucional da una característica peculiar a ese derecho a la paz cual es la de la multiplicidad que asume su forma de ejercicio y es que

... es un derecho de autonomía en cuanto está vedado a la injerencia del poder público y de los particulares, que reclama a su vez un deber jurídico correlativo de abstención; un derecho de participación, en el sentido de que está facultado su titular para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política; un poder de exigencia frente al Estado y los particulares para reclamar el cumplimiento de obligaciones de hacer. Como derecho que pertenece a toda persona, implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo. La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser el móvil último de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales. Si en todo momento es deber fundamental del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, defender la Independencia Nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden jurídico, el cumplimiento de ese deber resulta de insoslayable urgencia en circunstancias de grave perturbación del orden público, como las actuales⁶¹.

Así planteadas las cosas, se puede deducir que a pesar de que no se le haya dado cierta categoría a este derecho, no deja de ser un fundamento necesario en el actuar de las autoridades del Estado y de los particulares en el logro de sus fines sociales; asimismo, no deja de considerarse el mecanismo proclamado por todas las naciones en la búsqueda del orden justo y la convivencia pacífica como también lo prescribe la Corte Constitucional: *La paz, como derecho, supone la relación social, y se manifiesta como la ordenada convivencia bajo la aplicación de la justicia*⁶².

Con fundamento en la panorámica observada, no podemos poner en duda la importancia de llevar a cabo un *proceso de perdón y olvido* como precepto de optimización para la consecución de la paz en Colombia. Ese *proceso de perdón y olvido* ha de estar por encima de actitudes como la

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-283 de 1995. Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia T – 028 de 1994. Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

de los críticos, que abogan por castigos ejemplarizantes bajo el argumento de los crímenes de lesa humanidad; y la veeduría de la comunidad internacional, que desconoce el carácter político del conflicto y se enfrasca en una discusión jurídica sin objetivo alguno; mientras subsistan tales actitudes, el País se desmorona y desangra.

Ahora bien, un proceso de negociación podría basarse en el perdón y el olvido o requerir de alguna forma de castigo y reparación por los daños ocasionados en vidas y bienes. Pensamos que para el logro de la convivencia social, la paz es la más importante opción, y que, por ello, deberíamos asumir los altos costos sociales que implica su consecución, incluida una demarcada impunidad.

7.3 PERDÓN, OLVIDO, JUSTICIA Y PAZ

Toda sociedad que emerge de un proceso político anormal o extraordinario, trátase de un conflicto interestatal, guerra civil o dictadura, se enfrenta al problema de qué hacer con el pasado en cuanto a las consecuencias generadas por el conflicto, y cómo manejar el *posconflicto* para que los esfuerzos y concesiones de las partes en la mesa de negociación logren los cometidos finales de *reinstitutionalización estatal* y *convivencia pacífica*, dada la magnitud de la violación de derechos fundamentales individuales y colectivos, del derecho internacional humanitario y lesa humanidad, característicos de este tipo de confrontaciones.

Para este análisis objetivo deben considerarse cuatro variables contrapuestas pero íntimamente ligadas a la solución. Nos referimos entonces a *i)* la justicia como valor, *ii)* al perdón y olvido, *iii)* a los fines de la pena y *iv)* a la igualdad jurídica.

Por un lado, está el tema de la justicia contrapuesto al tema del perdón que, desde el punto de vista de los valores, oscila entre el concepto de que siempre y para todos deben aplicarse las normas por igual, sin distinción alguna; que las transgresiones deben ser juzgadas y castigadas; y el concepto de Justicia que no admitiría inicialmente otro camino que el de la pena, y la no aplicación de ésta supone la impunidad.

El otro es el del perdón y olvido. Parece no existir en la modernidad, concepción filosófica, política o jurídica, que no incluya el perdón entre sus valores esenciales.

Entonces, la confrontación entre justicia, perdón y paz no es solo un tema político o jurídico, es también un problema ético/axiológico, frente a los valores sociales protegidos jurídicamente, como fundamento de la convivencia social, sin importar la confrontación entre justicia e impunidad, por un lado, y entre perdón y venganza, por el otro, lo que implica abandonar la idea de que la única fuente de la justicia sea el proceso jurisdiccional.

Pero olvido y perdón se complementan simbióticamente: el uno no existe sin el otro, y ambos deben materializarse en las dimensiones personal y colectiva y con el último fin de construir la paz, pues si canceláramos los hechos y sus consecuencias de la memoria histórica/social, difícilmente podría hablarse de justicia social.

Debemos preguntarnos en este esquema, quiénes entonces deben otorgar este perdón y olvido. Si alguien adquirió este derecho, son, sin duda, las víctimas directas del conflicto, sumando a ellas a todo el estamento social, pues solo así lograremos obtener el perdón de los muertos y desaparecidos, para restablecer la paz globalizante e incluyente, como fin inmediato de estos procesos.

Entendido el conflicto interno colombiano como un proceso más político que jurídico, dadas las condiciones históricas de su desarrollo, creemos que la paz puede lograrse mediante la adopción de decisiones de fondo, en el marco de una política de perdón y olvido y bajo la premisa de que esta, la paz, es un derecho fundamental convertido por nuestras condiciones en prevalente y esencial, fundamento indiscutible para la realización de los derechos restantes. Sin importar que parezca muy fuerte para unos y muy deleznable para otros, con seguridad, el resultado sería el mismo: *la paz para Colombia*.

7.4 EXPERIENCIAS DE PAZ EN COLOMBIA

En el contexto del conflicto colombiano, y en desarrollo de los procesos de negociación emprendidos al inicio de los ochenta con algunos grupos insurgentes como el M-19 y el EPL, José Noé Ríos, en su condición de Comisionado de Paz, planteaba que era necesario identificar cuáles son las causas y consecuencias que han determinado históricamente la existencia del conflicto armado entre el Estado y la insurgencia, y analizar su magnitud y contenido para procurar solucionarlo con los mecanismos que causen menos traumatismo a la sociedad.

Asimismo, señalaba que la insurgencia colombiana responde a una tradición histórica de lucha contra el poder legítimamente constituido. Todos los gobiernos han sido conscientes de esa situación y han procurado erradicar los movimientos subversivos mediante la vía militar, acudiendo a la guerra para desaparecer al enemigo, combinando la acción militarista con programas sociales para “deslegitimar” a la guerrilla, aceptando el diálogo, previo su reconocimiento político, o combinando todas las formas de acción.

Desde distintas estrategias se firmaron acuerdos de Paz con el M-19, el Quintín Lame, el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT), el Ejército Popular de Liberación (EPL), la Corriente de Renovación Socialista y algunas milicias populares, entre 1990 y 1994. No obstante, continúan en permanente actividad insurgente cuatro movimientos guerrilleros: las FARC-EP, el ELN, un reducto del EPL y el Jaime Bateman Cayón, mostrando así que su presencia en la vida nacional es innegable y afectando de manera directa el normal desarrollo del país en lo social, lo político y lo económico.

Haremos, entonces, un recorrido histórico sobre los diferentes gobiernos que han intentado como estrategia política la iniciación de un proceso de paz con los grupos armados al margen de la ley.

7.4.1 Administración de Belisario Betancur 1982-1986

En esta Administración se comienza a hablar de ponerle fin al conflicto armado, mediante el mecanismo del diálogo y la negociación con la insurgencia. En este periodo se hacía referencia a la Paz, el diálogo, la reconciliación nacional, el perdón y el olvido, la amnistía, la tregua, la apertura democrática, expresiones que posteriormente se extendieron a las administraciones de Barco y Gaviria.

Una vez Betancur tomó posesión de su cargo como Presidente de la República, puso en vigencia una estrategia que comprendía tres fases: la primera, el diálogo directo con los movimientos insurgentes; la segunda, la puesta en marcha de lo que denominó “Plan Nacional de Rehabilitación; y la tercera, el impulso de reformas constitucionales para modernizar el país.

Teniendo en cuenta estos objetivos, integró una comisión asesora del gobierno nacional compuesta por treinta y seis miembros, que tenían como funciones estudiar y sugerir las posibilidades de cambio que agilizaran la rehabilitación y la justicia social para todos los colombianos. Además, se

crearon tres cargos de altos comisionados de paz para facilitar la reinserción de los beneficiarios de la amnistía.

Convocó una cumbre política con participación de todos los sectores y voceros del M-19 para analizar los fundamentos de una eventual reforma política, centrada en la institucionalización de los partidos, en la reglamentación de la carrera administrativa, el acceso a los medios masivos de comunicación, la modernización de la Registraduría y la financiación de las campañas electorales.

En 1982, se expidió la Ley 35 de Amnistía, para facilitar la reinserción a la vida normal de integrantes de la insurgencia. El M-19 se acogió a esta ley.

En 1983, se realizaron negociaciones con las FARC, las cuales concluyeron en 1984 con el Acuerdo de la Uribe. Producto de este acuerdo se ordena un cese al fuego bilateral a partir del 28 de mayo de 1984. Se creó una comisión de verificación con nueve subcomisiones regionales, y el gobierno se comprometió a promover la modernización de las instituciones políticas, favorecer la vida democrática, concretar garantías a la oposición, emprender una reforma electoral, desarrollar una reforma política, ejercer un control político a la actividad estatal y proteger los derechos a favor de los ciudadanos, entre otros.

Una vez transcurriera el período de verificación del cese al fuego, se previó un lapso de un año para que los combatientes se organizaran económica, política y socialmente generando de esta manera el espacio que permitió el nacimiento de la Unión Patriótica.

Por su parte, el M-19 y el EPL aceptan la tregua bajo la condición de crear una comisión de negociación y diálogo, para estudiar diez temas (constitucionalidad, desarrollo urbano, desarrollo económico, servicios públicos, salud, universidad, reforma laboral, reforma agraria, educación, justicia) y presentarlos al Congreso. Este acuerdo se firma en agosto de 1984.

En cuanto a este punto, el Presidente aceptó crear las diez comisiones con representantes del Gobierno, la guerrilla y el sector privado, las cuales, tiempo después se fusionaron en una sola, constituida por veinte miembros, que se denominó Comisión de Diálogo y Verificación.

En el período del presidente Betancur, a pesar de todos sus esfuerzos y el tratamiento que se le dio al conflicto armado, propiciando un ambiente de diálogo y negociación con la insurgencia y creando condiciones para avanzar en un proceso de apertura democrática del régimen político, no se logró instaurar un modelo de negociación centrado en el papel protagónico del Estado. Muchas son las razones que explican los desaciertos de este proceso de negociación, entre ellas: el incumplimiento de las partes, la ausencia de reformas, las rupturas sucesivas de la tregua, entre otras, que dan cuenta, en consecuencia, del precario balance de este gobierno.

7.4.2 Administración de Virgilio Barco 1986-1990

Virgilio Barco, desde su campaña electoral, definió su concepción respecto del conflicto y su posible solución negociada, reconociendo la existencia de causas de orden económico, político y social que explicaban la presencia de grupos armados en el país. Como estrategia de solución, sustentó su propuesta en la premisa de “mano tendida y mano firme”, lo cual constituía un indicativo de su tendencia a combinar la posibilidad de una salida política con una militar, ya que para Barco, la Paz era un cuantitativo y progresivo aritmético del crecimiento económico.

Durante su gobierno, Barco definió una agenda que le permitiera instrumentalizar su estrategia de negociación con la insurgencia. Se creó una comisión de diez científicos de carácter nacional para hacer estudios sobre la violencia y como ésta afectaba la democracia. Frente al tema de la paz, Virgilio Barco decidió un cambio de estrategia fundamentado en una política de reconciliación que implicaba tres decisiones:

1. Dirección presidencial del proceso de paz, creando la figura del consejero de paz como su representante directo.
2. Presentación de una iniciativa para la paz encaminada a definir una metodología a la cual debían sujetarse los movimientos guerrilleros, que permitiera avanzar hacia la firma de acuerdos.
3. El fortalecimiento del PNR para responder a las carencias sociales de las zonas marginadas y enfrentar lo que podría denominarse el origen del conflicto.

En la iniciativa para la paz se definieron algunos principios rectores:

- Los alzados en armas deben demostrar su voluntad de paz.

- Se deben suspender las violaciones a los derechos humanos y las acciones terroristas.
- En cuanto se diera cumplimiento a lo anterior, el gobierno estaba dispuesto a iniciar el diálogo directo con los alzados en armas para definir “Compromisos sobre los procedimientos de reincorporación”.
- Dentro del diálogo, el gobierno recoge opiniones y propuestas en relación con un ajuste institucional.
- El gobierno ofrece garantías judiciales.
- Diálogos regionales sin presencia de guerrilleros activos.

Esta iniciativa para la paz comprendía cuatro fases:

- Fase de distensión: comprendía manifestación de voluntad de reconciliación, diálogo directo para acordar procedimientos, audiencias y designación de voceros para dialogar en torno al reajuste institucional, y presentación del proyecto de ley sobre el indulto.
- Fase de transición: comprendía garantías reales y específicas, condiciones socioeconómicas que hicieran posible la reincorporación, coordinación de entidades públicas y privadas para la ubicación definitiva y de incorporación política, económica y social de quienes estén dispuestos a renunciar a la lucha armada, cese de operaciones subversivas con ubicación temporal de los alzados en armas y definición de la entrega de armas.
- Fase de incorporación: comprendía el indulto, la reincorporación definitiva a la vida democrática, estudio del ejercicio político, adopción de medidas de protección a la vida y seguridad y, finalmente, medidas de asistencia temporal en términos socioeconómicos.
- Fase de diálogos: comprendía diálogos regionales para la convivencia, orientados simultáneamente al desarrollo de las fases anteriores y a buscar posibles soluciones a los factores locales de perturbación del orden público.

El M-19 fue el primer grupo que se acogió a esta metodología, concluyendo en un acuerdo que llevó a este grupo a la desmovilización y el desarme, y a convertirse en un movimiento político legalmente constituido.

Fue en esta Administración donde se iniciaron los procesos con el Quintín Lame, el EPL y el PRT con la misma metodología propuesta en dicha agenda.

El 9 de marzo de 1990 fue firmado el acuerdo político entre el gobierno nacional, los partidos políticos y el M-19. En este acuerdo se reafirmó la necesidad de reformar la Constitución Política y de ampliar los espacios democráticos, se definió una circunscripción especial para la paz, se dio respaldo a una reforma electoral, se creó una comisión para la reforma a la justicia, se determinó publicar información sobre autodefensas que actuaban bajo la responsabilidad de las FF. AA, se creó una comisión académica para estudiar el problema del narcotráfico, una comisión para estudiar la ratificación de los protocolos de Ginebra y se acordó una revisión del Estatuto para la defensa de la democracia.

Como garantía para la reinserción de los insurgentes, se expidió la ley de indulto, se definió el programa de reinserción y se negoció un plan de seguridad.

Se pactó, además, la creación del Fondo Nacional para la Paz con el fin de realizar programas en zonas de influencia de los desmovilizados. Se acordaron medidas de planeación participativa, ingresos, salarios, vivienda, aspectos laborales, salud, seguridad, entre otros.

En este período, el M-19 define su accionar, iniciando su tránsito de grupo armado a movimiento político. El acuerdo entre el gobierno y el M-19 crea un ambiente favorable a las posibilidades de negociación del conflicto armado, generando múltiples expectativas entre los distintos grupos sociales y políticos.

El proceso de negociación, durante el gobierno de Barco, tuvo como resultado visible para el gobierno la desmovilización del M-19 y, para este grupo, su irrupción como movimiento político, a partir de las condiciones políticas favorables del acuerdo firmado.

7.4.3 Administración de César Gaviria 1990-1994

Gaviria define, en materia política de paz, mantener la estrategia y la metodología de la Administración Barco, introduciendo modificaciones importantes. En su discurso de posesión presentó el diálogo con la insurgencia “como una concesión que la sociedad civil hace a los violentos

y que solo resulta útil cuando conduce a la desmovilización y al desarme y no cuando la insurgencia lo utiliza como escenario para su protagonismo político⁶³.

La política de paz para Gaviria se sintetizaba en dos puntos:

- Flexibilizar el esquema de negociación con los grupos alzados en armas y con el narcotráfico.
- Avanzar en la formulación de una estrategia integral del Estado contra la violencia.

Comprometido desde su campaña con su respaldo a las negociaciones que se adelantaban al final de la Administración Barco con el EPL, el PRT y el Quintín Lame, Gaviria manejaría estos procesos hasta llegar con unos costos mínimos al acuerdo de desmovilización y desarme que, en el caso del EPL, se traduce en un preciso itinerario que se concretó en febrero de 1991, a cambio de la participación de dicha organización con dos voceros en la Asamblea Nacional Constituyente.

El acuerdo entre el Gobierno nacional y el EPL, además de los dos delegados con plenos derechos en la Constituyente, influyó en la legalización del partido político. Se definió también una comisión de superación de la violencia, el apoyo a los damnificados de la violencia política y la clara disposición gubernamental para aplicar el derecho internacional humanitario. Como garantías para la reinserción de los combatientes estaban el indulto, un plan de seguridad y un plan de reinserción.

El acuerdo con el EPL en relación con el desarrollo regional y social significaba el establecimiento de programas en zonas de influencia, canalizar otros recursos de las entidades estatales y de la empresa privada y establecer la participación de la comunidad en el PNR y en los consejos municipales de paz.

El acuerdo finalmente contaría con una veeduría nacional a cargo de tres personas, y una veeduría internacional a través del Partido Socialista Obrero español y la Internacional Socialista⁶⁴.

La estrategia de Gaviria en materia de paz se desarrolla en términos de una mayor flexibilización de la negociación para poder acercarse a los

⁶³ El Tiempo, agosto 08 de 1990.

⁶⁴ El Tiempo, 3 de octubre de 1991.

grupos insurgentes activos. En su esquema, el presidente Gaviria acepta algunas de las reivindicaciones de la guerrilla, proponiendo ratificar los protocolos de Ginebra I y II, aceptar una veeduría internacional para la negociación, crear un real clima de garantías políticas para los insurgentes desmovilizados y emprender una negociación directa, para lo cual se creó una comisión exploratoria encargada de elaborar una agenda tentativa.

Mediante la comisión exploratoria se procuró un proceso que permitiera que la coordinadora guerrillera tuviera en la Asamblea Constituyente su principal eslabón. Proceso que fracasó debido a la acción militar del Gobierno, el cual concluyó con la toma de Casa Verde, tras la puesta en marcha de la Política Integral de Paz del Gobierno, que incluía la lucha contra el narcotráfico y la exigencia a las FARC y al ELN de que cesaran las hostilidades para comenzar el diálogo.

Más tarde, en 1991, la toma de la Embajada de Venezuela, por parte del ELN, tuvo como objetivo presionar al Gobierno para restablecer los diálogos y esta situación dio nacimiento a una reunión entre el Gobierno y la guerrilla en Cravo Norte, en la cual se acordó realizar el diálogo en el exterior escogiendo como sede la ciudad de Caracas, donde más tarde se definió una agenda.

El 30 de septiembre de 1991, el gobierno determinó un cese al diálogo en Caracas tras el atentado contra el ex presidente del Congreso, Aurelio Iragorri, exigiendo un cambio de actitud a los grupos insurgentes⁶⁵, que permitiera prolongar el clima de distensión necesario al diálogo. Entre octubre y noviembre fue fijado el período de reencuentro en Caracas, y se definió reiniciar el diálogo en febrero de 1992. Las conversaciones fueron trasladadas a México debido a los acontecimientos políticos acaecidos en Venezuela a comienzos de 1992. La reanudación de los diálogos en Tlaxcala (México) estuvo precedida de varios hechos que en su conjunto implicaron otro cambio en la estrategia y la metodología y que, finalmente, llevaron a que dicho proceso no tuviera éxito.

7.4.4 Administración de Ernesto Samper 1994-1998

En esta Administración existió una real y consciente voluntad política por parte del ejecutivo para lograr la paz, pues la estrategia adoptada incorporó ciertos elementos: *i)* el compromiso nacional para lograr el clima

⁶⁵ Véase seminario-justicia-perdón, memoria y olvido.

y las condiciones que favorecieran la búsqueda de la paz; *ii*) la negociación en medio del conflicto procurando la disminución de su intensidad; *iii*) adelantar un diálogo útil buscando lograr acuerdos en todas las etapas; *iv*) desarrollar como tarea prioritaria la humanización de la guerra mediante acuerdos para lograr la vigencia práctica y efectiva del Derecho Internacional Humanitario.

Además de lo expuesto anteriormente, Samper incluyó dentro de su estrategia como elementos fundamentales: la creación del cargo de Alto Comisionado para la Paz, desarrollar una política social orientada a la población más vulnerable, convertir el Ministerio de Gobierno en el Ministerio del Interior, promover un estatuto para la oposición, desarrollar una política integral para los derechos humanos, combatir los grupos paramilitares y de justicia privada, sin descartar que pudiera funcionar un procedimiento legal que permitiera su desarme y posterior vinculación a la vida normal.

Con base en recomendaciones del Alto Comisionado, el Presidente complementó su estrategia incorporando otros puntos: *i*) la decisión de propiciar encuentros directos con la guerrilla; *ii*) otorgar plenas garantías de seguridad y movilidad a los posibles interlocutores; *iii*) la preferencia por una negociación integral con todos los alzados en armas; *iv*) la disposición de entenderse con quienes manifestaran su voluntad de paz si no se daban las condiciones para una negociación integral; *v*) la voluntad de aceptar una entidad de verificación de la propuesta de humanización de la guerra; *vi*) ratificar la lucha contra el paramilitarismo y la presentación al Congreso de un proyecto de ley de desarme que incluyera cláusulas que permitieran su desarticulación, entre otros.

Dicha estrategia se fue perfeccionando hasta encontrar una respuesta por parte del ELN para iniciar un proceso general de diálogo, plasmado en el Acuerdo de Viana, en España.

La propuesta de Samper tiene una visión que retoma, analiza y evalúa parte de los últimos diálogos en el continente, y a partir de los últimos diálogos de Tlaxcala.

La paz integral y el diálogo útil propuesto por Samper fueron concebidos mediante ciertos principios: “Reconocimiento del carácter político del conflicto armado y de las organizaciones guerrilleras”, “La responsabilidad exclusiva del Gobierno nacional en cabeza del Presidente de la República

para dirigir el proceso de negociación con los grupos guerrilleros”, “La disposición de negociar en medio del conflicto y sin condiciones previas por ninguna de las partes”, “La necesidad de una construcción conjunta entre Gobierno nacional e insurgencia, de la estrategia que conduzca al inicio de un proceso formal de negociación”, “La decisión de asegurar el monopolio legítimo de la fuerza en cabeza del Estado mediante la acción de sus Fuerzas Armadas es tan firme como la voluntad de buscar la paz”, “La participación activa, permanente y efectiva de la sociedad civil”, “La negociación unificada y nacional, soluciones de los conflictos nacionales”.

En lo posible, en la agenda se entiende que no hay temas vedados, pero se proponen: derechos humanos, reforma agraria, ampliación de la democracia política, justicia, impunidad y corrupción, entre otros. En cuanto al lugar, se propone el exterior como escenario preferible con algunas etapas en el país, y se establece un cronograma.

El diálogo se entiende bilateral con otras posibilidades complementarias de participación de la sociedad civil, y en cuanto a la participación internacional, esta solo sirve de anfitrión, de acompañante, de testigo, pero no participa de las decisiones. En lo jurídico, se garantiza la aplicación de la Ley 241 de 1995 en cuanto a suspender las órdenes de captura y limitar zonas territoriales para la movilización.

La metodología y mecanismos definidos fueron: la mesa de negociación, equipos de asesoría técnica, foros de concertación nacional, participación ciudadana definida en la Constitución.

No obstante, los aspectos favorables de la propuesta de Samper no alcanzaron desarrollos importantes, porque la crisis política, desatada a partir de la filtración de los dineros del narcotráfico en la campaña presidencial, afectó la posibilidad de diálogo por parte del gobierno, quien se dedicó exclusivamente a la atención de la crisis gubernamental.

7.4.5 Administración de Andrés Pastrana 1998-2002

La política de paz para la Administración de Pastrana se da en un contexto de expansión y degradación del conflicto. Esto llevó a la movilización ciudadana que se plasmó en 10 millones de votos por el Mandato de Paz, en octubre de 1997, que obligó a dar prioridad a una política de diálogo para la paz.

En la Administración de Andrés Pastrana se aceptó que el diálogo y la negociación avanzarían en medio de la confrontación militar, excepto en la zona de encuentro para llevar a cabo los diálogos.

El modelo de negociación también promovió la realización de “audiencias públicas”, en las que participaron más de 25.000 delegados y se presentaron las propuestas de distintos grupos y sectores sociales, y la participación de sectores de la sociedad civil en el Comité Temático, creado por las partes para contribuir con insumos a la mesa de negociación. Además, incluyó la suscripción, por parte de los partidos políticos y representantes de los gremios económicos, de un acuerdo de apoyo al proceso, y, finalmente, la participación de representantes de gobiernos europeos y americanos, en calidad de observadores o facilitadores, así como de representantes del Secretario General de las Naciones Unidas y de varias agencias de la ONU, quienes acompañaron el proceso en asuntos puntuales de tipo humanitario o como mediadores.

Se dieron dinámicas que hicieron avanzar el proceso, como la tregua decretada por las FARC para la Navidad y fin de año 1999/2000, y el viaje a Europa de miembros de la mesa de negociación para conocer algunas experiencias y conseguir apoyo para el proceso de paz.

A principios de mayo de 1999, el Presidente viajó a la zona del despeje para encontrarse con Manuel Marulanda y consensuar el inicio formal de negociaciones a partir de una agenda común. Igualmente, en febrero 8 y 9 del 2001, volvió a encontrarse con Marulanda para tratar de descongelar los diálogos. En esta ocasión, se firmó el Acuerdo de los Pozos que establecía algunos consensos en cómo avanzar en el proceso. En junio 2 de 1999, se firmó el acuerdo humanitario para intercambiar 42 militares enfermos retenidos por la guerrilla, a cambio de 15 guerrilleros en prisión, igualmente enfermos. Posteriormente, las FARC unilateralmente ponen en libertad 242 soldados y policías retenidos.

El desfase entre el ritmo de las conversaciones y las expectativas de una sociedad movilizadada se tradujo en una presión creciente para el avance de acuerdos humanitarios y cese de hostilidades. El gobierno de Pastrana perdió apoyo, y el proceso malgastó su credibilidad entre la población al ritmo de las acciones militares y de los actos violentos contra la población civil.

Mientras la guerrilla siguió con un lento crecimiento, los paramilitares se multiplicaron y lograron supremacía en importantes regiones agrícolas,

cocaleras, petroleras, en corredores estratégicos para tráfico de drogas o de armas e, incluso, en algunos centros urbanos. Por otro lado, con el apoyo de Estados Unidos, a través del Plan Colombia, la fuerza pública aumentó su pie de fuerza profesional y se reequipó con tecnología moderna.

Más adelante, la Comisión de Personalidades entregó sus recomendaciones sobre cómo continuar las negociaciones. Con base en esta propuesta, se firma el acuerdo de San Francisco de la Sombra. A partir de ese momento, las cosas se precipitaron hacia la ruptura definitiva, teniendo como centro de tensión el control de la zona del despeje. El asesinato de la ex ministra Consuelo Araújo Noguera eleva seriamente los niveles de tensión entre las partes.

Las partes no logran acercar sus posiciones, y el 8 de enero operó como fecha decisiva dado que ese día terminaba la prórroga de la zona del despeje. Sin alcanzar un acuerdo, el Gobierno estaba listo a dar la orden para el ingreso de los militares a la zona. Sin embargo, se logró mantener vivas las negociaciones luego de una clara declaración de las FARC de que existían garantías en la zona del despeje para continuar las negociaciones y de acordar un estricto cronograma para un cese al fuego antes del 7 de abril. Pero el secuestro de un avión con el senador Jorge Gechem Turbay el 20 de febrero llevó al gobierno a terminar las negociaciones y retomar militarmente la zona desmilitarizada.

7.4.6 Administración de Álvaro Uribe 2002-2006

Desde el inicio de su Administración, el presidente Álvaro Uribe Vélez pretendió continuar con la política de una solución pacífica al conflicto, planteando para ello una negociación con los grupos armados ilegales que decidieran participar y reincorporarse a la vida democrática.

Fue diseñada la Política de Seguridad Democrática la cual busca reforzar y garantizar el Estado de derecho en todo el territorio nacional, mediante el fortalecimiento de la autoridad democrática, el imperio de la ley y la participación activa de los ciudadanos.

La propuesta de Seguridad Democrática fue presentada, ante todo, como una propuesta de paz. La política nacional es integral y va más allá del concepto de seguridad nacional, pues pretende construir una democracia más fuerte, más equitativa y más próspera en Colombia

para todos los colombianos. Busca defender al individuo y respetar sus derechos fundamentales, mediante un modelo participativo que convoca a la ciudadanía en la tarea de construcción de su seguridad y tranquilidad, por medio de la cooperación activa y voluntaria con las autoridades civiles y militares y con sus conciudadanos.

De esta manera, y con el fin de avanzar en un proceso de negociación con las FARC, el Presidente de la República solicitó al Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, sus buenos oficios para iniciar un proceso de paz serio que se cristalizara en un cese de hostilidades y concluyera, en un plazo razonable, en el desarme, la desmovilización y la reinserción de los combatientes a la vida democrática.

Sobre el tema del acuerdo humanitario, el presidente de la República ha sido claro en afirmar que habrá todas las facilidades humanitarias para que sean liberadas las personas secuestradas.

Con el ELN, el Gobierno ha tenido toda la voluntad para sacar adelante un proceso de paz. Adelantó conversaciones con este grupo en Cuba, durante los primeros meses del gobierno, pero este grupo decidió suspenderlas unilateralmente. El Presidente de la República ha propuesto sacar adelante la Convención Nacional que durante tantos años ha agitado como bandera el ELN, si esto se complementa con un cese de hostilidades. Infortunadamente, no ha habido, hasta el momento, contrapropuesta del grupo guerrillero.

El Gobierno de Colombia ha invitado al grupo de países amigos del que hacen parte Francia, España, Noruega, Cuba y Suiza para que acompañen como facilitadores los acercamientos con el ELN y se ha conformado una Comisión Civil con representantes de todos los partidos políticos para que facilite los contactos con este grupo armado en el ámbito nacional.

Con los grupos de autodefensas, el Gobierno también se ha mostrado dispuesto a sacar adelante un proceso de paz. En el mes de diciembre de 2002, tres grupos de autodefensas hicieron pública su intención de adelantar conversaciones con el Gobierno, a partir de la declaración de un cese unilateral de hostilidades. El 23 de diciembre de 2002, el Presidente de la República conformó una Comisión Exploratoria, encargada de iniciar contactos y analizar la posibilidad de avanzar en un proceso formal con estos grupos.

La etapa de exploración culminó los días 14 y 15 de julio de 2003, cuando el alto comisionado para la Paz, los miembros de la Comisión Exploratoria, delegados de la Iglesia Católica y representantes de las Autodefensas Unidas de Colombia acordaron el inicio formal de la fase de negociación y suscribieron el “Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir a la paz de Colombia”.

Para el cumplimiento de este objetivo, las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, se comprometieron a desmovilizar gradualmente la totalidad de sus miembros, estableciendo el 31 de diciembre de 2005 como fecha límite para cumplir con este propósito. Por su parte, el Gobierno se comprometió a adelantar las acciones y crear las condiciones necesarias para su reincorporación a la vida civil.

Por otra parte, el presidente Álvaro Uribe Vélez ha pedido a las Naciones Unidas un compromiso integral con todo el proceso de paz en Colombia, un compromiso que cobije los avances y conversaciones con las FARC, el ELN y las AUC.

En este sentido el Gobierno Nacional promueve unas iniciativas jurídicas que pueden facilitar la consolidación del proceso de paz con todos los grupos armados al margen de la ley. Estas iniciativas jurídicas son:

- Ley 782 de 2002, que modificó la Ley 418 de 1997. La principal modificación fue la supresión del requisito de reconocimiento del carácter político a la organización armada al margen de la ley con la que se pretendiera adelantar un proceso de paz. Esta Ley prevé la posibilidad de indultar y amnistiar a quienes hayan cometido delitos políticos y conexos con éstos.
- Proyecto de Ley 085 de 2003: el sentido del proyecto es abrir una alternativa para que miembros de grupos armados que contribuyan eficazmente con la consecución de la paz nacional se reintegren de manera plena a la vida civil y contribuyan con sus acciones, no sólo a la consecución de esa paz, sino a la reparación efectiva de las víctimas.
- Se promueve la aplicación de una justicia restaurativa, dejando atrás el esquema de justicia retributiva que se limita a imponer una pena de cárcel al condenado sin que simultáneamente se estén desarrollando acciones de reparación individual y social.

- Simultáneamente, con las acciones de reparación hacia las víctimas, los beneficiados cumplirán una pena alternativa, entendida como una sanción social que pesará sobre ellos, de tal manera que quede muy clara la sanción de la sociedad, la molestia de la sociedad frente a las conductas en las que han incurrido, pero que favorezcan su plena reintegración a la vida colectiva y democrática.

En este punto, resaltamos que el tema de “perdón y olvido” sólo obtendrá su verdadero sentido en una mesa de negociaciones, en la medida en que haya plena voluntad y seriedad de las partes.

Como corolario, creemos que la paz es posible en nuestro país a través de la lucha por la reconciliación nacional, bajo la creación de un clima de confianza, donde se tenga el ánimo para ceder, hacer concesiones, creer en el otro y en los demás sin predeterminedar o imponer sesgos al alcance de los resultados del proceso. De lo contrario, la única alternativa posible será una guerra total.

CONCLUSIONES

- El *principio de oportunidad* tal como está regulado en el nuevo Código de Procedimiento Penal, y superada para el caso concreto la restricción del párrafo 3 del artículo 324 y adicionalmente con la inclusión de las condiciones políticas exigidas por el poder ejecutivo en las conversaciones preliminares con los grupos armados al margen de la ley, se podría constituir en el *marco jurídico* para lograr la solución pacífica al *conflicto interno armado colombiano*, en momentos en que precisamente se desconoce el soporte legal para este tipo de negociaciones, ya que en relación con la justicia, la congestión de los despachos judiciales, la impunidad y la búsqueda incansable de la paz requieren de soluciones rápidas, consensuadas, eficaces y necesarias para la solución de este conflicto. Prueba de ello es la posición política adoptada por el ejecutivo y realizada por la jurisdicción, en los casos de las rendiciones o entregas aisladas de algunos miembros de los grupos armados al margen de la ley, cuando solicita suspensiones, preclusiones o cesaciones de procedimiento, no permitidas dentro del marco legal actual, pero, que sin duda, tendrían validez y legitimación dentro de un nuevo concepto del principio de oportunidad.
- Debe construirse una *política criminal*, diferente a la de la agravación punitiva, pues si en realidad existiera, nos parece poco seria y adecuada. Política que debe estructurarse a partir de la específica realidad colombiana con bases enteramente democráticas, que consulte y fundamente nuestras necesidades políticas y sociales en un contexto globalizado, pero *respetuosa de la libre auto determinación de los pueblos*, como imperativo constitucional del artículo 250, que condiciona la existencia del principio de oportunidad a esta definición.
- La alternativa procesal más viable de aplicación del principio de oportunidad, y en tratándose especialmente de la solución del conflicto interno, resulta ser la *suspensión condicionada del proceso*

al cumplimiento de obligaciones adquiridas por los beneficiarios, individual o grupalmente considerados, en razón de que es necesario para ello adelantar formalmente un proceso penal, en el cual debe aducirse la prueba inequívoca de autoría y responsabilidad.

- La aplicación del principio de oportunidad *permite la concentración de esfuerzos del aparato investigativo y juzgador del Estado*, en aquellos delitos de alto impacto social y sus conexos, especialmente los ligados a las confrontaciones bélicas, pues son ellos la fuente de la situación política y militar por la que hoy atraviesa el País.
- La concepción procesal del principio de oportunidad en el sistema penal colombiano *supera los límites restrictivos* de aplicación utilizados en el derecho comparado, pues en éste solo es aplicable a delitos de menor entidad, asimilables a los delitos querellables de nuestro ordenamiento.
- Por medio del control judicial del principio de oportunidad realizado a través del juez de control de garantías, se permite que la escogencia del funcionario judicial sobre la aplicación de los criterios de oportunidad a un determinado caso se realice de una manera objetiva y transparente, dejando de lado los criterios subjetivos para la aplicación del mismo, evitando de esta manera la impunidad de *los delitos de cuello blanco* o de las clases ligadas al poder económico o político.
- La aplicación seria y coherente del principio de oportunidad, sin duda, logrará uno de los propósitos de su inclusión en el sistema procesal penal colombiano, cual es el de la *descongestión* y mejora de la *eficiencia* en la Administración de Justicia colombiana.
- El principio de oportunidad debe considerarse como *una garantía procesal* y no como una instancia del proceso, buscando, como ya se dijo, el cumplimiento de los fines esenciales para los cuales fue creado.
- No se presenta la tan mencionada *confrontación del principio* de oportunidad con los de legalidad y oficiosidad o de necesidad, pues unos y otros actúan complementariamente frente a los objetivos del Estado.
- La imparcialidad y la independencia del poder judicial frente a los otros poderes del Estado no se resquebraja con la aplicación del principio de oportunidad, en razón a su rango constitucional y a los límites normativos consagrados en la ley procesal

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO ZAPATA, Jorge Mario y otros. Corte Penal Internacional: límite o confirmación de la soberanía. Medellín: Universidad de Medellín, Facultad de Derecho, 2003.
- AMBOS, KAI y otro. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ARBELÁEZ NARANJO, Gustavo Adolfo. El proceso de paz en Colombia dentro del nuevo marco constitucional. Medellín: Universidad de Medellín, 1994.
- ARCOS RAMÍREZ, Federico. La seguridad jurídica. Una teoría formal. Madrid: Dykinson, 2000.
- ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de “razonable”. En: <http://www.spencer.adv.br/universidades/Atienza-razonable>
- BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. México: Siglo XXI, 2000.
- BARONA VILAR, Silvia. La conformidad en el proceso penal. Valencia-España: Ediciones Tirant Lo Blanch, 1994.
- BAZÁN CHACÓN, Iván. Los delitos de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. En: http://www.iccnw.org/espanol/ponencias/Bazan_Chacón.pdf 2003.
- BECCARIA, Cesare. De los delitos y las penas. Editorial Temis Bogotá 1987.
- BERNAL CUELLAR, Jaime; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal: fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Tomo I. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BOTERO MARTÍNEZ, Diana Isadora y otros. La Corte Penal Internacional y su aplicación en Colombia. Medellín: Universidad de Medellín, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales, 2002.

- CAFFERATA NORES, José. Derecho procesal penal, consensos y nuevas ideas. Editorial de Palma. Buenos Aires 2005.
- CAMARGO, Pedro Pablo. Derecho internacional humanitario. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 1995.
- CÓDIGO DE HAMMURABI – Versión basada en la edición de Joaquín Sanmartín, Barcelona, 1999.
- CÓDIGO PROCESAL ARGENTINO. Ley 23.984. En: www.robertexto.miarroba.com
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-055 del 16 de febrero de 1995. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero. Descriptor Derecho a la Paz.:
- _____. Sentencia C-283 del 29 de junio de 1995. Magistrado ponente Jose Gregorio Hernández G. Descriptor Derecho a la Paz.
- _____. Sentencia T-08 del 12 de mayo de 1995. Magistrado ponente Simón Rodríguez Rodríguez. Descriptor Derecho a la Paz.
- _____. Sentencia T-439 del 02 de julio de 1995. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Descriptor Derecho a la Paz.
- CRISAFULLI, Vezio. La Costituzione e le sue disposizione de principio. Milano: Edit. Giufree, 1952.
- D'ONELL, Daniel y otros. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Compilación de instrumentos Internacionales. 4ª edición. Nuevas Ediciones Ltda. Bogotá, 2003.
- DÍAZ G., Elías. Legalidad y legitimidad en el socialismo democrático. Edit. Civitas S.A., Madrid, 1978.
- _____. De la maldad estatal y la soberanía popular. Madrid: Edit. Debate, 1984.
- DUVERGER, Maurice. Introducción a la política (trad. J. de Esteban). Barcelona: Edit. Ariel, 1964.
- _____. Los naranjos del lago Balaton. Lo muerto y lo vivo en la ciencia social de Marx (trad. N. Estape). Barcelona: Edit. Ariel, 1981.
- ENCICLOPEDIA BRITÁNICA, 15th. edic., Ed. Enciclopedia Británica Tomos 16 y 22, Chicago, 1986. RABASA, Oscar; El derecho angloamericano, 2ª edic. Ed. Porrúa, México, 1982.

- ESPITIA GARZÓN, Fabio. Instituciones del derecho procesal penal. 4ª edición. Bogotá: Editorial Legis, 2002.
- FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. gonzalo.angeli@udp.cl
- GARCÍA-PELAYO, M. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza, 1985.
- GARRORENA MORALES, A. El Estado español como Estado social y democrático de derecho. Madrid: Tecnos, 1984.
- GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.
- GÓMEZ CANOTILHO, José. Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales, Revista del CEC N° 1, 1988.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Capítulo VI. Actas del servicio y crímenes de lesa humanidad. La obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Año 1998. Bogotá D.C.
- GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y otros. Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2000.
- GONZÁLES ÁLVAREZ, Daniel. El principio de oportunidad en ejercicio de la acción penal. En: www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/gonzal07.htm
- GUERRERO APRÁEZ, Víctor. La génesis de la noción de crimen de lesa humanidad. Revista Derecho Penal Contemporáneo. Bogotá: Legis, 2004.
- GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Corte Penal Internacional. Comentarios a la sentencia C-578 de 2002. Bogotá: Legis Editores S. A., 2003.
- HABERMAS, Jürgen. Teoría y praxis. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1990.
- HASSEMER, Winfried. La persecución legal: legalidad y oportunidad. En: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/hassem10.htm>
- HELLER, Hermann. Estado de derecho o dictadura. En: Escritos Políticos. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1985.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional. En: Doxa N° 4. Madrid: Civitas, 1987.

- KELSEN, Hans. Esencia y valor de la democracia (trad. R. Luengo y L. Legalz). Barcelona: Edit. Labor S.A., 1977.
- LA REVISTA DE EL ESPECTADOR N° 6. El perdón difícil: Propuesta ética y política de Ricoeur. Bogotá: Editorial Pensamiento y Cultural. 2003.
- LAVAGNA, Carlo: "Costituzione e Socialismo. Il Mulino, Bologna, 1977.
- LEY DE LAS XII TABLAS (451-450 a. C.) "Inquisición", Enciclopedia Encarta99. 1993-1998. Microsoft Corporation.
- MAESTRE, José Fernando. La discrecionalidad para acusar y el principio de oportunidad en el Estado social de derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- MAIER, Julio. Derecho procesal penal argentino. Tomo I, Editorial De Palma. Buenos Aires 1978.
- MELGAREJO BARRETO, Pepe. Manual del principio de oportunidad. Lima – Perú: Jurista Editores, 2002.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Hacia el abolicionismo. Documentos y propuestas sobre alternatividad Penal. Bogotá: Editorial Imprenta Nacional de Colombia, 1994.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. Modernas tendencias del derecho constitucional (trad. S. Álvarez G.). Madrid: Edit. Reus, 1934.
- O'DONELL, Daniel y otros. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. 2ª ed. Vol. I Bogotá: Editorial Nuevas Ediciones Ltda., 2002.
- _____. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, 1ª edición. Editorial Panamericana Formas e Impresiones S.A. Vol. III, Bogotá, 2001.
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Derecho internacional humanitario. Tratados Internacionales y otros textos. Madrid: Editorial Mc Graw Hill, 1998.
- ORTIZ NIEVES, Jesús. La paz. Análisis del proceso y propuestas para un nuevo sistema político en Colombia. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Aurora, 2000.
- PATIÑO MOLINA, Mónica y otro. Los delitos de bagatela y el principio de oportunidad. Santa Fe de Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1994.

- RABASA, Oscar. El derecho angloamericano. 2ª Edición. México: Editorial. Porrúa, 1982.
- RAMÍREZ JARAMILLO, Elkin de Jesús. Justicia penal internacional y el Estado social de derecho. Medellín. Trabajo de grado para optar el título de especialista en derecho constitucional. Universidad de Medellín. Año 2003.
- REFORMA al Código procesal argentino. Ley 24 316 del 13 de mayo de 1994.
- REFORMA al Código procesal argentino. Ley 24 825 del 21 de mayo de 1997.
- RESOLUCIÓN del Consejo Transitorio del Ministerio Público N° 200-2001-CT-FN. Diario Oficial “El Peruano”. Fecha: 24 abril 2001.
- RESTREPO, Lara. Historia de una traición. Bogotá: Editorial Plaza Janes, 1986.
- Resumen de la conferencia pronunciada en el Seminario “Perspectivas del Proceso Penal Costarricense, el camino hacia la reforma”. Colegio de Abogados, Facultad de Derecho U.C.R., abril 1992.
- La Corte Penal Internacional. Revista de Derecho Penal N° 17. Editorial Leyer. Santa Fe de Bogota, 2000.
- Los Crímenes de Lesa Humanidad, Los Crímenes de Guerra, El Genocidio y su relación con el Derecho Internacional, La CPI y el Derecho Interno Colombiano. Revista Universidad Javeriana, N° 649. Bogotá. 1998.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. Criminología. 8ª ed. Bogotá: Temis, 1987.
- SALAS, Christian. Importante cambio en el proceso penal Peruano. Capítulo “Aplicación del principio de oportunidad a cargo de las fiscalías penales”. www.Ildiritto@abogado.zzn.com
- _____. Principio de oportunidad en el Perú (Cuarta parte). Procedimiento para la aplicación del principio de oportunidad. www.Ildiritto@abogado.zzn.com
- _____. Principio de oportunidad en el Perú (Segunda parte) Capítulo: “Concepto y características”. www.Ildiritto@abogado.zzn.com
- _____. Problemática y recomendaciones sobre la aplicación del principio de oportunidad. www.Ildiritto@abogado.zzn.com
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. Introducción al Estado constitucional. Editorial Ariel. Barcelona, 1993.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal. Lima – Perú: Editora Idemsa. Lima, 1994.

SILVIA GARCÍA, Germán y otros. Temas procesales. Memorias III Congreso Antioqueño de Derecho Procesal. Edición Especial. Centro de Estudios de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Capítulo Antioquia. Medellín, 2004.

TIJERINO PACHECO, José María. Reflexión sobre el nuevo proceso penal. Costa Rica: Edic. del Colegio de Abogados, 1997.

TORRES CARO, Carlos. El principio de oportunidad: un criterio de justicia y simplificación procesal. Editorial Gráfica Horizonte. Lima, 2001.

VANOSSI, Jorge R. A. El Estado de derecho en el constitucionalismo social. Buenos Aires: Eudeba, 1987.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal. Parte general. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002.

VELEZ DE PIEDRAHÍTA, Rocío. El diálogo y la paz. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1988.

VILLANUEVA MESA, Javier Antonio y otro. Jurisdicción Penal Internacional. Estudio integral del procedimiento ante la Corte Penal Internacional, 1a Edición. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2001.

www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/peclaz/reforma/htm.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

REFLEXIONES JURÍDICO-POLÍTICAS

Se terminó de imprimir en L. Vieco e Hijos Ltda.
en enero de 2010

Para su elaboración se utilizó papel Propal-libros 75 gr
en páginas interiores y en carátula Propalcote 250 BD
la fuente usada es Egyptian505 BT a 11 puntos