

**SISTEMA DE LIBRE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA**

**TESIS DE GRADO**

**MAURICIO ANTONIO TORRES GUARNIZO**

**COD. 2036918**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**

**FACULTAD DE DERECHO**

**CENTRO DE INVESTIGACIONES FRANCISCO DE VITORIA**

**BOGOTÁ**

**2009**

# INDICE

Introducción.....	5
Capítulo I. El Estado, funciones y estructura	
1.1. Estado social y democrático de derecho.....	9
1.2. Estado social y democrático de derecho y sistema penal.....	14
1.3. Las funciones del Estado.....	18
1.4. El Bien Común.....	22
Capítulo II. Principios rectores del ordenamiento jurídico colombiano.	
2.1. Principio de legalidad.....	25
2.2. Dignidad humana.....	30
2.3. Igualdad.....	35
2.4. Justicia.....	41
2.5. Paz.....	52
Capítulo III. Sistema Penal Colombiano.	
3.1. Política criminal.....	57
3.2. Sistema Penal Acusatorio.....	62
3.3. Fiscalía General de la Nación.....	66
3.4. La pena dentro del ordenamiento jurídico colombiano.....	70

## Capítulo IV. El Principio de oportunidad.

4.1. Concepto.....	78
4.2. Modelos de Aplicación.....	80
4.3. Principio de oportunidad en Colombia.....	87
4.4. Principio de oportunidad en el ámbito internacional.....	98

## Propuestas y Conclusiones

Validez del sistema de oportunidad reglado en Colombia.....	103
Sistema de oportunidad libre en Colombia.....	105

## **R E S U M E N**

El principio de oportunidad es un principio de rasgo constitucional que se implantó a partir del Acto Legislativo 3 de 2002, que modificó varias normas constitucionales, con ocasión de la adopción del Sistema Penal Acusatorio. Consiste en la facultad otorgada a la Fiscalía para renunciar, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal.

Existen tres grandes modelos para la aplicación del principio de oportunidad. El modelo de libre oportunidad, en el cual el fiscal negocia con el acusado sin estar sujeto a ningún tipo de criterio que lo limite; el modelo de oportunidad facultativa, en el cual se establecen unos criterios de carácter general para la aplicación del principio de oportunidad, dejándole a la Fiscalía un amplio margen para decidir si acoge o no dicho principio en el caso específico; y el modelo de oportunidad reglado, en el cual el legislador, establece criterios detallados para que el Fiscal de aplicación a dicho principio.

Colombia adoptó el sistema de oportunidad reglado, sin embargo, este no ha dado los resultados esperados. Por ello, el planteamiento de este trabajo, es el de establecer en Colombia, un sistema de libre oportunidad, en el que el Estado, por razones de interés general, se abstenga de iniciar, interrumpa o suspenda la acción penal, sin mas limitantes que los principios constitucionales establecidos.

## INTRODUCCIÓN

El Sistema Penal Acusatorio fue implantado en nuestro país, después de una gran discusión académica, que terminó desarrollándose en última instancia en las cámaras legislativas. La imposición de dicho sistema implicó la reforma de nuestra Constitución, mediante Acto Legislativo No. 3 de 2002, el cual modificó, entre otros, el artículo 250 de la Carta Magna, el cual introdujo a nuestro ordenamiento jurídico penal el *“Principio de Oportunidad”*.

La finalidad de la adopción del principio de oportunidad en el sistema penal, es que la acción penal sea ejercida con unos principios de selectividad por parte del órgano acusador, en nuestro caso, la Fiscalía General de la Nación, o según el caso, una vez ejercida, se disponga a la suspensión o a la interrupción de la persecución penal<sup>1</sup>.

El desarrollo legal del principio de oportunidad, se llevó a cabo con la expedición de la Ley 906 de 2004, en la cual, se acoge el sistema reglado, que se aplica en países como Alemania, Italia y Portugal, en el cual se establecen criterios detallados para que el Fiscal se abstenga de ejercer, interrumpa o suspenda la acción penal.

---

<sup>1</sup> El artículo 323 del Código de Procedimiento Penal establece: *“La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este Código para la aplicación del principio de oportunidad”*.

Existen otros dos modelos establecidos en diferentes ordenamientos jurídicos para la aplicación del principio de oportunidad. El modelo de libre oportunidad, el cual se aplica en el sistema Anglosajón, en el cual el Fiscal negocia con el acusado sin estar sujeto a ningún tipo de criterio que lo limite; y el modelo de oportunidad facultativa, en el cual se establecen unos criterios de carácter general para la aplicación del principio de oportunidad, dejándole a la Fiscalía un amplio margen para decidir si acoge o no dicho principio en el caso específico.

En el modelo de libre oportunidad, el organismo estatal más importante es la Fiscalía General de la Nación. Esta entidad se encuentra ubicada estructuralmente dentro de la Rama Judicial, por lo tanto, no depende funcionalmente de ninguna de las otras ramas, de tal manera que tiene una alta independencia para cumplir con sus funciones, sin perjuicio de la vigilancia de los entes de control establecidos constitucionalmente, en lo que se ha denominado el sistema de contrapesos, para evitar la concentración del poder. Esta independencia de la Fiscalía, nos facilitaría la aplicación de un modelo de libre oportunidad en Colombia, pues, en teoría, su aplicación se daría dando plena aplicación al principio de legalidad. Sin embargo, y esa es la gran controversia, muchos ven el sistema de libre oportunidad, incompatible con el principio de legalidad.

La actualidad de nuestro país, nos muestra altos índices de violencia, generados por delincuencia común, o por organizaciones narcoterroristas guerrilleras y grupos paramilitares, estos últimos en proceso de desmovilización. Por tanto la demanda de justicia penal es cada vez mayor, la acumulación de procesos en los despachos judiciales crece todos los días, y las medidas de descongestión adoptadas por el Estado han sido insuficientes.

Es precisamente lo anterior, lo que nos demuestra ampliamente la inoperancia del modelo reglado de aplicación del principio de oportunidad, por cuanto al ser tan limitado, deja por fuera una serie de situaciones y delitos para su aplicabilidad. Podría ser posible, y este es el objeto de nuestro trabajo de investigación, que una flexibilización en la aplicación del principio de oportunidad, sirva para que se cumpla con el objetivo por el cual se instauró en un principio, en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, se debe analizar la responsabilidad, política y social, que podría tener el Fiscal General o sus delegados en la aplicación del principio de oportunidad, dado que, de no hacerse una correctamente, en muchas ocasiones se podría convertir en impunidad. Y si aceptáramos el argumento de muchos, respecto a que la corrupción que rige en nuestras instituciones, incluida la Fiscalía, es otro de los grandes inconvenientes para la instauración de dicho sistema, bastaría con decir, que tendríamos

que cerrar todas las instituciones de orden administrativo, legislativo, judicial, de nuestro país, por cuanto ninguna se escapa de dicho flagelo.

Lo que parece claro es que de haberse instaurado en Colombia el modelo de libre oportunidad, se evitaría un gran desgaste legislativo y político, y sería más fácil, rápido y eficiente, dados los presupuestos constitucionales, llevar a cabo las acciones necesarias para la desarticulación de organizaciones narcotraficantes, guerrilleras, paramilitares o de delincuencia común, lo que implicaría una disminución en la impunidad y consecuentemente un sistema carcelario más eficiente, teniendo en cuenta siempre los preceptos constitucionales y especialmente los derechos de los ciudadanos.



## **SISTEMA DE LIBRE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA**

### **CAPITULO I**

#### **EL ESTADO, FUNCIONES Y ESTRUCTURA**

##### **1.1. El Estado Social y Democrático de Derecho**

La noción de Estado puede ser comprendida en tres sentidos diversos; primero que todo podemos entender al Estado en un sentido amplio como *“un conglomerado social, política y jurídicamente constituido asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía es reconocida por otros Estados”*<sup>2</sup>; en segundo lugar, en un sentido restringido, podemos considerar Estado, dentro de esa sociedad políticamente organizada, a aquellos órganos que ejercen el poder público, es decir, a quienes están investidos de autoridad sobre el conglomerado que forma la Nación. Finalmente, en sentido más restringido aun, el Estado hace referencia, dentro de esa organización de los poderes públicos, al poder central, del cual emanan los demás poderes, sea en forma directa o en forma indirecta.

De la noción de Estado en sentido amplio, se pueden distinguir cuatro elementos básicos: la población, el territorio, el poder público y el

---

<sup>2</sup> Naranjo, V. (1997). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.

reconocimiento de la soberanía por parte de otros Estados. Aun cuando la doctrina en general sólo se ha puesto de acuerdo en los tres primeros elementos, es necesario considerar como elemento esencial constitutivo, el del reconocimiento de la soberanía por parte de otros Estados, ya que sin éste, un Estado no puede configurarse con la plenitud de sus atributos.

Para efectos de este trabajo, se hará referencia al Estado en sentido amplio. Teniendo en cuenta esta precisión, podemos afirmar que existen dos conceptos de Estado de derecho, un concepto formal, según el cual, es un “*Estado cuyos actos son realizados en su totalidad de conformidad con el orden jurídico*”<sup>3</sup>. Conforme con este concepto, todos son Estados de derecho, ya que se encuentran dentro de un ordenamiento jurídico, que parte desde la norma fundamental hipotética, hasta la norma más concreta que regula la conducta de los individuos que conforman ese Estado.

Existe de otro lado, un concepto de Estado de derecho desde el punto de vista material, y es necesaria la concurrencia de seis elementos constitutivos. Estos son: la existencia de la propiedad privada, la separación del poder político, los derechos a la libertad y la igualdad, la legalidad, la acción de la administración bajo la ley y la independencia judicial.

---

<sup>3</sup> Araujo, J. (1996). *Teoría de la Constitución*. Bogotá: Ecoe.

El Estado de Derecho nació como una fórmula de compromiso que implica asegurar diversas garantías formales, proclamadas en una Constitución, que consagra la división de poderes y el principio de legalidad, con carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos. *“Se ha llegado a afirmar que, en estas formulaciones iniciales del Estado de Derecho, la noción de legalidad suponía una síntesis de la idea democrática concretada en la concepción de la ley como producto de la voluntad general. El Estado de Derecho es concebido como un Estado racional (Vernunftrechtsstaat) bajo la terminología de Estado razón “Staat der Vernunft” en expresión de Welcker, o de Estado de la racionalidad...”*<sup>4</sup>.

El constituyente de 1991 definió a Colombia como un Estado social y democrático de derecho, como lo estipula el artículo primero de la Constitución Nacional: *“Colombia es un **Estado social de derecho** organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, **democrática**, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*

El Estado social de derecho, es un Estado netamente democrático, que se caracteriza por el reconocimiento de derechos de tipo individual

---

<sup>4</sup> Pérez, A. (1964). *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución* (5ª Ed.). Madrid: Tecnos.

(derechos fundamentales) y colectivo (económicos, sociales, culturales), en el que la propiedad privada es una función social, y en el que el Estado, debe intervenir en todos los niveles, especialmente en el económico, para reafirmar el bien común, con intervenciones necesarias pero no siempre obligatorias, teniendo en cuenta los valores irremplazables de la igualdad, la libertad y la dignidad humana, y el valor de las comunidades diversas que se integran en una Nación.

El Estado democrático, por su parte, implica que los individuos obtengan o tengan una posibilidad de acceso real y organizado al sistema político, que se logra esencialmente en dos ámbitos: el primero, en la aceptación del sufragio universal como mecanismo que permite transferir el pluralismo al plano de las instituciones a través de los funcionarios elegidos popularmente, y en segunda medida, a través del reconocimiento y protección del derecho de asociación como muestra del pluralismo al interior de la sociedad.

El Estado social y democrático de derecho reconoce el derecho legítimo de los individuos y de los grupos o sectores que actúan en representación de clases o sectores sociales, a actuar y tener acceso a niveles de decisión en los ámbitos permitidos, especialmente en el político y administrativo, sin desconocer que el Estado debe estar por encima de esas divisiones, actuando como árbitro y tomando acciones activas a fin de asegurar tanto la participación general como el mantenimiento de la

legalidad e intereses comunes, en búsqueda del bienestar general de todos sus ciudadanos.

Dentro de este esquema, la libertad y la igualdad son derechos fundamentales y principios que el Estado debe proteger y promover, y por tanto, cuando entran en contradicción, el Estado debe propugnar por establecer un equilibrio, ya que es evidente, que ciertas normas y/o decisiones que se adoptan en la búsqueda del bien común, implican una limitación al ejercicio de la libertad de los individuos, o un trato desigual entre ellos.

Aunque el modelo del Estado social es el de un Estado intervencionista, se encuentra en el medio del Estado liberal y del modelo comunista, por lo tanto, debe establecer los límites dentro de los cuales se debe considerar que su acción es legítima. El Estado debe organizar la actividad económica, planificando y participando en determinados sectores, teniendo siempre en cuenta que con su acción, se promuevan y tutelen los derechos fundamentales y sociales, protegiendo a los más desfavorecidos, proporcionando a todos, o por lo menos a la gran mayoría el mayor grado de bienestar posible respecto a aquellas necesidades que el individuo no pueda proporcionarse por sí mismo. El ciudadano debe poder obtener del Estado, todo aquello que siéndole necesario para subsistir dignamente, quede fuera de su alcance.

Para simplificar, dentro del Estado social y democrático de derecho, la noción social hace referencia a la vigencia y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se encaminan a un ejercicio efectivo de los derechos fundamentales y las libertades individuales. Por su parte, la noción democrática, implica otorgar derechos de participación al ciudadano, como el derecho de asociación, el sufragio universal, el referendo y la revocatoria del mandato, entre otros.

## **1.2. El Estado Social y Democrático de Derecho y Sistema Penal.**

El sistema penal en un Estado social y democrático de derecho se denomina *ciencia penal de la libertad*. “*La verdadera libertad se obtendría si el hombre lograra liberarse totalmente del Estado, del derecho, de la coerción y del control social*”<sup>5</sup>.

Es por esta razón, y porque en la democracia lo primero es la persona humana, que se debe alejar al hombre de la coacción estatal, pues ésta, por ahora, parece irrenunciable. El Estado social y democrático de derecho debe reconocer a la persona humana como una entidad diferente al Estado, como una entidad autónoma y superior, pues es ella, quien constituye la finalidad de la organización estatal.

---

<sup>5</sup> Cadena, R (2002). *Principios de Prueba en Materia Penal*. Bogotá: Nueva Jurídica.

El Estado, solo se entiende y legitima al servicio de la persona humana. No debe perderse de vista que en el Estado democrático de derecho, los derechos fundamentales han jugado un papel esencial en la constante apertura del sistema y en el establecimiento de garantías para el individuo.

La ciencia penal de libertad, es decir, el derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho, debe tender a liberar a la persona humana del derecho penal. Por cuanto éste, solo puede ser entendido como un instrumento de protección de los derechos humanos, sobre un indiscutible plano de igualdad, que busque el respeto de esos principales bienes.

Para poder liberar a la persona humana del derecho penal, es necesario desideologizarlo y deseticizarlo para poder depurarlo de los delitos de simple creación política como los de infidelidad u opinión, de los delitos que en realidad no causen daño o de las faltas carentes de autentica antisocialidad. Porque los primeros contrastan con el pluralismo, esencia de la democracia y los últimos deben ser sujetos a control por otro tipo de mecanismos estatales.

El Estado social y democrático de derecho le atribuye al derecho penal una función de impulso, por lo tanto, la sanción penal debe ser concebida como instrumento de progreso para el desarrollo y

mejoramiento del orden social. Antes que prohibir comportamientos indeseables, el derecho penal cumple la finalidad promocional de conductas socialmente admisibles<sup>6</sup>. Desde este punto de vista, *“el derecho penal no es un instrumento de control social sino de dirección social”*<sup>7</sup>.

El destinatario del derecho penal debe ser la persona, es decir que no se dirige a los seres humanos, ni al individuo como sujeto. El derecho *“solo rige las relaciones sociales, es decir... cuando actúa como ser social”*<sup>8</sup>, cuando el individuo ingresa en los espacios de comunicación y realiza actos comunicativos.

De acuerdo con los parámetros anteriores, podemos establecer que el derecho penal dentro de un Estado social y democrático de derecho, debe tener las siguientes características:

- Público: Al Estado le corresponde ejercer el poder por lo cual le asiste el monopolio de la fuerza, la cual debe utilizar en la protección de los bienes jurídicos y en la ejecución de la pena. Por tal motivo, le corresponde investigar, acusar y condenar los hechos o las conductas delictivas.

---

<sup>6</sup> En el Capítulo 3 se trataran las diversas teorías de la pena, pero se acepta que una de las funciones principales de la pena en un derecho penal moderno, debe ser la prevención general positiva.

<sup>7</sup> Pérez, A.O. (1994). *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Forum Pacis.

<sup>8</sup> Grosso, M.S. (2007). *El Concepto del Delito en el Código Penal*. Bogotá: Ibáñez.



- Judicial: Dentro de la organización del Estado, el poder judicial es el llamado a administrar justicia.
  
- Teleológico: La finalidad del derecho penal, es la protección de las personas en su vida, bienes y demás derechos y libertades, así como asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares. La noción de bien jurídico, como fundamento de las disposiciones legales, debe surgir a partir de los valores superiores de la persona humana y de la dignidad.
  
- Liberal: El derecho penal debe garantizar al individuo la libertad, y protegerlo de las acciones del Estado. También el derecho penal debe garantizar los principios de lesividad, de culpabilidad, de acto, de legalidad de los delitos y las penas, de proporcionalidad, de proscripción de la analogía, de la irretroactividad y de humanidad.
  
- Fragmentario: Al derecho penal le corresponde la tutela de los bienes jurídicos que tienen especial relevancia para asegurar la convivencia entre los miembros de la sociedad, y que tengan la mayor entidad, ya que las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico, son las llamadas a la protección de los demás bienes jurídicos, que son de menor relevancia.

- Garantista: El derecho penal, debe ser garantista desde una doble perspectiva: primero, el derecho penal debe constituir el último instrumento al que debe recurrir el Estado para resolver los conflictos (*ultima ratio*). Segundo, le corresponde asegurar a los ciudadanos que su reacción debe ser legítima, cierta y efectiva, pues de lo contrario no garantiza la convivencia entre sujetos diversos, y muy seguramente su inoperancia conducirá a la impunidad y, consecuentemente, a la utilización de otros mecanismos para la solución de conflictos por fuera del ordenamiento jurídico y de las instituciones.

### 1.3. Las Funciones del Estado

El Estado como ente jurídico, es un organismo creado para perseguir determinados fines, que son en realidad su razón de ser. Principalmente, consiste en la búsqueda del “*bien común*”, esto es, en la satisfacción de las aspiraciones e intereses colectivos. “*La función específica del aparato estatal es la de servir de factor cohesionante de los distintos niveles que integran la sociedad*”<sup>9</sup>, es decir los niveles económico político e ideológico, pero siempre en busca de ese bien común.

Para poder alcanzar estos fines, el Estado está en la obligación de ejercer determinadas funciones. Así, se distinguen esencialmente tres funciones que el Estado debe ejecutar: la función legislativa, la función

---

<sup>9</sup> Echeverry, A. (2002). *Teoría Constitucional y Ciencia Política* (6ª. Ed.). Bogotá: Librería del Profesional.

administrativa o ejecutiva y la función jurisdiccional o judicial. Además, se han agregado otras funciones como son la función constituyente, la función electoral y la función fiscalizadora.

La estructura de poder estatal es el “*sistema de órganos e instituciones a través de los cuales el Estado cumple sus funciones*”<sup>10</sup>. En Colombia, la organización del Estado se encuentra establecida en el Título V de la Constitución Nacional denominado “De la organización del Estado”; el artículo 113 de la Constitución Política estipula que “*son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*”.

Teniendo en cuenta el artículo precedente, cada una de las funciones del Estado es realizada por cada una de las ramas del poder público, legislativa, ejecutiva y judicial, además existen otros organismos autónomos e independientes, como los organismos de control y los organismos electorales, encargados de cumplir una función específica estatal.

---

<sup>10</sup> Araujo, J. (1996). *Teoría de la Constitución*. Bogotá: Ecoe.

Pero, es de resaltar, que todos estos organismos, están llamados constitucionalmente a colaborar armónicamente con la consecución de los fines del Estado, y cada uno de ellos, no solo se limitan al ejercicio de la función por cual son denominados, sino que, eventualmente, ejecutan otras de las funciones estatales.

Por tal motivo, se han establecido tres criterios para determinar las funciones del Estado: el criterio orgánico, que establece las funciones del Estado en relación con el órgano que las ejecuta; el criterio formal, que tiene en cuenta la forma en que el Estado actúa a través de sus órganos, entendiendo que un mismo órgano puede ejercer varias funciones, como cuando el ejecutivo dicta decretos-leyes; de acuerdo con el criterio material, la función ejercida por el Estado, depende, no de los órganos que la ejercen, sino del contenido o naturaleza misma del acto.

La función legislativa, desde el punto de vista orgánico, es aquella que realiza el Congreso de la República, sin embargo, no todos los actos que ejecuta el Congreso son de índole legislativo, como cuando realiza nombramiento de empleados para su funcionamiento. De acuerdo con el criterio formal, la función legislativa es toda actividad que se adelanta de acuerdo al proceso establecido para la sanción de las leyes, sin importar su contenido. Finalmente, según el criterio material, la función legislativa,

es la actividad estatal con el objeto de crear normas jurídicas generales, es decir “hacer las leyes”<sup>11</sup>.

La función administrativa o ejecutiva, siguiendo el criterio orgánico, es aquella que es realizada por el poder ejecutivo. Desde el punto de vista formal, la función ejecutiva es toda actividad estatal cuyo objeto es el de realizar actos jurídicos subjetivos, al igual que la actividad reglamentaria que los produce. Por último, según el criterio material, la función administrativa, consiste en realizar todos los actos necesarios para el cumplimiento de las leyes, o expresado de otra manera, es *“la actividad concreta, práctica, desarrollada por el Estado, para la inmediata obtención de sus cometidos”*<sup>12</sup>.

Sin embargo, la función ejecutiva, no se limita a hacer cumplir las leyes, también podemos decir que en el ejercicio de ésta función, el Estado debe, administrar los bienes estatales, ejercer la dirección política, dirigir las relaciones exteriores, planificar la economía, preservar el orden público, defender la integridad territorial, y garantizar el suministro de los servicios públicos esenciales, entre otras.

La función jurisdiccional, de acuerdo con el criterio orgánico, es aquella desarrollada por los órganos judiciales. Siguiendo el criterio formal, la función judicial, es toda actividad estatal manifestada mediante

---

<sup>11</sup> Se debe entender por Ley, toda norma que crea, modifica o extingue situaciones de carácter general y permanente,

<sup>12</sup> Sayagues, E. (1952). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Depalma.

actos procesales especialmente mediante sentencias. Finalmente, la función jurisdiccional, desde el punto de vista material, es *“la que tiene por objeto decidir cuestiones jurídicas controvertidas, mediante pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva”*<sup>13</sup>.

Podemos afirmar, que el objeto de la función judicial, es el de impartir justicia, pero dadas la naturaleza de los procesos y de las partes en conflicto, podemos decir que en el ejercicio de la función judicial el Estado debe: resolver los conflictos jurídicos entre los particulares y entre los particulares y el Estado, castigar las infracciones a la ley penal y mantener la vigencia del principio de legalidad.

#### **1.4. El Bien Común**

Como la finalidad del Estado es la búsqueda del *“bien común”* de sus asociados, y como lo vimos anteriormente, el Estado ejerce sus funciones en búsqueda de ese objetivo, brevemente haremos referencia a lo que es este concepto, lo que para efectos de nuestro trabajo, es supremamente relevante, por cuanto en desarrollo de la función judicial, la aplicación del principio de oportunidad, debe tener en cuenta el bien común, así, debemos determinar cual sistema de aplicación esta más acorde con la búsqueda de dicha finalidad.

---

<sup>13</sup> Ib ídem.

El bien común, en sentido social, es aquel del que todos los miembros de una sociedad o comunidad de personas pueden beneficiarse. Es un conjunto de condiciones que permiten que las sociedades y sus miembros alcancen la felicidad como finalidad última del hombre. Es de advertir que no es necesario que todos los miembros de esa sociedad participen en este mismo bien común. Es decir que los integrantes de la sociedad tengan la posibilidad de participar del bien común, pero no deja de serlo, por la no participación efectiva de todos.

Afirmaba Aristóteles que la ciudad (Estado) es una entidad dinámica que tiende a conseguir un fin: la felicidad. Los hombres se asocian para vivir bien, para vivir conforme a la virtud, una vida regida por la razón. Esta tarea constituye el bien individual y comunitario. La verdadera misión del Estado es la crear las condiciones para que los individuos tengan una vida buena y perfecta, es decir, que tiene que satisfacer las necesidades de los ciudadanos y velar para que la ciudad entera alcance la felicidad.

Para Aristóteles, la virtud de la justicia es la virtud propia de la comunidad política, porque es ésta la que establece el orden y la armonía en el conjunto social y la que expresa el bien común. Así, los elementos constitutivos del bien común son la justicia, la paz, la estabilidad y la seguridad.

La necesidad de la virtud de la justicia, obliga a respetar tanto los derechos como los deberes de los ciudadanos en relación con ese bien común. Y como esos derechos y deberes son esencialmente idénticos para todos los ciudadanos, el bien común implica un plano de igualdad para que este sea efectivamente comunicado a todos los miembros de la sociedad.

El bien común no implica la suma de todos los bienes de todos los individuos de una sociedad, sin embargo, tiene un contenido fragmentario, es decir, que podemos estructurarlo, en tres elementos básicos: el bienestar material, la paz y los bienes o valores culturales. Sin embargo, podríamos afirmar que la esencia del bien común lo constituye el segundo de los elementos, es decir, la paz. Si la felicidad es el fin del Estado, la paz constituye un elemento esencial para lograr ese fin, por cuanto sin paz, la sociedad sería más aparente que efectiva, pues su unidad moral estaría internamente desgarrada, y una sociedad aparente nunca podrá brindarle a sus miembros la felicidad, razón de ser de su existencia.

En torno a la ley en relación con el bien común, afirmaba Santo Tomás de Aquino que la *“ley no es más que una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”*. En la misma forma expresaba que *“constituyéndose la ley ante todo por orden al bien común, cualquier otro precepto sobre un*



*objeto particular no tiene razón de ley sino en cuanto se ordena al bien común. Por tanto, toda ley se ordena al bien común”<sup>14</sup>*

Finalmente para concluir las leyes deben ser orientadas hacia el bien común, cuyo elemento constitutivo esencial es la paz, por ende, las normas, especialmente las penales, deben ser guiadas directamente hacia este objetivo.

---

<sup>14</sup> De Aquino, T, *Summa Teologica*, Cuestión 98.

## CAPITULO II

### PRINCIPIOS RECTORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

#### 2.1. Principio de Legalidad

El vocablo principio, proviene del latín *“principium”*, que significa inicio o fundamento. En la filosofía griega, entendían el principio como el punto de partida de la cosa, la parte esencial y primera de donde proviene una cosa.

*“Los principios jurídicos tienen carácter normativo, pero no son normas de conducta, sino ante todo normas de normas... el principio deviene fundamentador de todo lo demás en su campo de aplicación... los principios sirven para explicar las normas y las instituciones así como la práctica.”<sup>15</sup>*

El principio de legalidad se configura como un elemento inherente al Estado de derecho, de forma tal que es presupuesto esencial de los otros elementos que lo integran.

---

<sup>15</sup> Carrasquilla, J.F. (1998). *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

El principio de legalidad surge de la confluencia de dos postulados básicos de la ideología liberal: primero, de la intención de establecer un gobierno de leyes, no de hombres, segundo, el postulado de la ley como expresión de la soberanía popular, según el cual la soberanía está en cabeza del pueblo y se expresa mediante la decisión de sus representantes democráticamente elegidos, a través de la promulgación de las leyes.

En sus inicios, el principio de legalidad consistió en la sujeción de toda actividad estatal a un sistema objetivo, igualitario y previsible de normas jurídicas generales emanadas del órgano legitimado para hacerlo.

El concepto del principio de legalidad ha ido evolucionando constantemente, dada la importancia de éste para los ordenamientos jurídicos. Así pues, después se entendió que el principio de legalidad implica la sujeción plena de la administración, y de los demás poderes públicos, a la ley, no solo cuando realiza actos concretos, sino también cuando, en ejercicio de su potestad reglamentaria, establece las normas a las que, en lo sucesivo, ella habrá de sujetarse.

Es de anotar, que el principio de legalidad exige que la actividad estatal tenga como fundamento la Constitución, *“pero el hecho de que todas las normas constitucionales tengan eficacia interpretativa, sean*

*normas jurídicas superiores y en ese sentido condicionen la validez de todas las disposiciones de rango inferior, no significa que la norma constitucional pueda ser realizada en todos los casos directamente, sin mediación de la ley, como fundamento de la actividad reglamentaria del Ejecutivo u otras autoridades, ya que, si bien hay normas que son autoejecutables y no precisan mediación legal, existen otras con distinta eficacia interpretativa, como es el caso de los fines, valores y principios constitucionales.”<sup>16</sup>*

En materia penal, el principio de legalidad exige al legislador, que al momento de tipificar un delito y fijar la respectiva pena, se ciña a los siguientes principios:

- La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)
- La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)
- La prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)

---

<sup>16</sup> Colombia, Corte Constitucional (2008), “Sentencia C-335”, M.P. Humberto Sierra Porto.

- La prohibición delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)
  
- El principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*)
  
- El principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*)
  
- El derecho penal de acto y no de autor.

En Colombia, el principio de legalidad no se encuentra establecido de manera expresa en la Constitución Política, sin embargo, éste puede deducirse claramente de ciertas normas constitucionales.

El artículo 1º de la Constitución Política, establece que Colombia es un Estado social de derecho, lo que presupone, como se estudió en el capítulo anterior, la existencia y acatamiento del principio de legalidad como elemento fundamental del Estado y por ende, la obligatoria adecuación de la actividad estatal a la ley.

Uno de los elementos más importantes del principio de legalidad, es el derecho fundamental al debido proceso, el cual se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Carta Magna, así: “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie*

*podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.*

El artículo 6º superior establece que *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*, por su parte, el artículo 123 prescribe que *“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”*. En estos dos artículos, se establece un mandato vinculante a los servidores públicos a la Constitución, la ley y los reglamentos, por lo tanto, los funcionarios no pueden actuar si no es con fundamento en las normas constitucionales y legales. En ese mismo sentido, el artículo 121 prescribe que *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*, incluyendo a los órganos estatales en cuanto tales, ampliando la prescripción del artículo 6º que está dirigida a los servidores públicos como sujetos.

En materia judicial, el artículo 230 de la Constitución Nacional en relación con el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano establece que *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*. Lo que implica la obligatoriedad para aquellos quienes administran justicia, de basar sus decisiones en las normas jurídicas vigentes.

De esta manera, queda establecido, que en Colombia, un Estado social y democrático de derecho, el principio de legalidad se encuentra establecido en varias normas constitucionales, por lo tanto se encuentra vigente, como principio orientador del ordenamiento jurídico colombiano, y con un énfasis especial en materia penal.

## **2.2. Dignidad Humana**

La dignidad humana no es un derecho de los hombres, es el fundamento de los derechos que se conceden al ser humano. Ya lo señalaba Kant cuando afirmaba *“...Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, cuando se trata de seres irracionales, un valor puramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres irracionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado como medio y, por tanto, limita, en*

*este sentido, todo capricho (y es objeto de respeto). Estos no son pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efectos de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, realidades cuya existencia es en sí misma, un fin..."<sup>17</sup>.*

La dignidad humana no es otorgada o concedida a los seres humanos, ésta se debe reconocer en ellos, como algo natural propio de su esencia, y es a partir de ese reconocimiento, que se conceden y otorgan derechos y obligaciones.

El reconocimiento de la dignidad humana es universal, en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece que: *"Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos: ... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.... Hemos decidido unir nuestros esfuerzos para realizar estos designios."*<sup>18</sup>

En ese mismo sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de Diciembre de 1948 estipula que *"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... La*

---

<sup>17</sup> Kant, I. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*.

<sup>18</sup> Carta de las Naciones Unidas.



*Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse...*<sup>19</sup>

Igualmente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, proclamada en virtud de la IX Conferencia Interamericana realizada en Bogotá, Colombia en 1948, señala que “*Los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas...tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad*”, en otro aparte reza: “*Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.*”<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

<sup>20</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 1 de la Constitución Política dispone en su artículo primero que *“Colombia es un Estado social de derecho... fundada en el respeto de la dignidad humana...”*.

La dignidad humana, es un principio fundante del Estado social, por lo tanto, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución Política. La dignidad humana *“tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia, lo que sí ocurre con derechos que necesariamente deben coexistir con otros y admiten variadas restricciones”*<sup>21</sup>. Por lo tanto, el respeto a la dignidad humana es una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades.

Sobre el tema, ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente: *“El hombre es un fin en si mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (Art. 16 C.P.). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social.”*<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Colombia, Corte Constitucional (2008), “Sentencia C-335”, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>22</sup> Colombia, Corte Constitucional (1992), “Sentencia T-499”, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Siguiendo esta línea, la dignidad humana se establece como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano. El derecho a la dignidad no se configura como una facultad de la persona para adquirir su dignidad, ni para exigirle al Estado que se la otorgue o conceda, ya que la dignidad es un atributo esencial de la persona humana; *“El derecho fundamental es a que se le dé un trato que respete plenamente la dignidad del ser humano. Es un derecho que implica tanto obligaciones de no hacer como obligaciones de hacer por parte del Estado.”*<sup>23</sup>

Como lo hemos visto, la Corte Constitucional Colombiana ha reconocido en diversas oportunidades el concepto de dignidad humana,<sup>24</sup> y ha establecido que:

- Es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional.
- Es un principio constitucional.
- Tiene el carácter de derecho fundamental autónomo.

La Corte ha establecido reiteradamente, que la protección de la Constitución a la dignidad humana como principio y derecho se refiere a tres puntos básicos:

---

<sup>23</sup> Colombia, Corte Constitucional (2001), “Sentencia T-702”, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>24</sup> Ver la sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en la cual se hace un exhaustivo recuento de los alcances funcionales y normativos del concepto dignidad humana.

- La autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere).
- Ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien)
- La intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Para concluir podemos afirmar, que la debida funcionalidad del derecho a la dignidad humana implica que el ámbito de su protección se extiende a la interdicción de conductas que entrañen la afectación de la dimensión individual y social de la persona. La construcción social de la realidad y la valoración social de ciertas conductas, desde sus niveles particulares de significado, son las que en últimas determinan el ámbito de lo prohibido y de lo que resulta objeto de amparo constitucional y por ende legal.

### **2.3. Igualdad**

El derecho a la igualdad es un derecho inherente a los seres humanos de ser reconocidos como iguales antes la ley sin importar su origen nacional, su raza, sus creencias religiosas o su orientación sexual

La igualdad de todos ante la ley ha sido uno de los logros más importantes de las sociedades modernas hacia la plena realización del Estado social de derecho. Sin embargo, no tendría ningún significado, si

la igualdad que se proclama fuera de carácter formal y no material, por cuanto ésta última es necesaria para lograr una verdadera equiparación entre las personas que, dadas sus condiciones (sociales, económicas, físicas, etc.) no cuentan con medios reales y eficaces para ser tratadas como iguales.

En este sentido la Corte Constitucional ha manifestado que *“el cambio de concepción de la igualdad formal a la igualdad material, propio del Estado Social de Derecho, según el cual las autoridades públicas no sólo protege el derecho mediante la abstención sino también y, en algunas oportunidades en forma obligatoria, mediante la intervención activa en esferas específicas, generó decisiones públicas proteccionistas de grupos de personas que han sido tradicionalmente marginados o discriminados por razones diversas”*<sup>25</sup>. Así, la aplicación efectiva y real del principio de igualdad en el constitucionalismo moderno exige del Estado su intervención, para evitar que los actos de los agentes públicos y los particulares sean discriminatorios, y para hacer exigibles a estos, tratos favorables en beneficio de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

El reconocimiento de la igualdad, al igual que el de la dignidad humana es universal; en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece que: *“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas*

---

<sup>25</sup> Colombia, Corte Constitucional (2007), “Sentencia C-932”, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*resueltos: ... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.... Hemos decidido unir nuestros esfuerzos para realizar estos designios.*<sup>26</sup>

En ese mismo sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estipula que *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse...”*<sup>27</sup>

Igualmente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, señala que *“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.”*<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Carta de las Naciones Unidas.

<sup>27</sup> Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

<sup>28</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

En el derecho colombiano la igualdad ante la ley se encuentra consagrada en la Constitución Política en el preámbulo que señala: *“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano... con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz... decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia”*. Así mismo, el artículo 5º de la Carta establece que *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”*.

El artículo 13 de la Constitución Nacional confiere a la igualdad el carácter de derecho constitucional fundamental, pues establece que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. “*

La igualdad que proclama el Estado social es al mismo tiempo valor, principio y derecho fundamental, como también pilar de la organización política, en cuanto hace parte de la concepción dignificante del ser humano. Para explicar el alcance del artículo 13 de la Constitución Política y el principio de igualdad allí previsto, la Corte Constitucional<sup>29</sup> ha expuesto que la igualdad contiene seis elementos:

- Un principio general: todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades.
- Prohibición de discriminaciones: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio, o se restrinja del ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, sus opiniones o convicciones expresadas en el ejercicio de libertades protegidas constitucionalmente como la libertad de expresión, de cultos o de conciencia.
- El deber del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad real y efectiva.
- La posibilidad de conceder ventajas a grupos disminuidos o marginados.
- Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

---

<sup>29</sup> Colombia, Corte Constitucional (1992), "Sentencia T-591", M.P. Jaime Sanin Greiffenstein.



- La sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

La Constitución Nacional reconoce la igualdad ante la ley a todas las personas, consagra ante las autoridades los derechos a la igualdad de protección y a la igualdad de trato, y reconoce a toda persona el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación con base en criterios de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Se trata entonces, de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad: la igualdad ante la ley, la igualdad de trato y la igualdad de protección.

La igualdad ante la ley, en virtud la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas., garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Por ello es necesaria la segunda dimensión, la igualdad de trato, que garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La igualdad de protección asegura efectivamente, gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Esta dimensión del principio de igualdad, es sustantiva y positiva. Sustantiva

porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte acciones para garantizar la igual protección.

## **2.4. Justicia (Verdad, Justicia y Reparación)**

### **Justicia**

Podríamos decir, que la justicia es la concepción que cada época y civilización tienen acerca del bien común. En la antigüedad podemos citar a filósofos griegos como Platón quien sostenía que la justicia se debía entender como armonía social. Posteriormente Aristóteles entendía la justicia como igualdad proporcional, esto es, dar a cada uno lo que es suyo, o lo que le corresponde, en proporción con su rango social y sus méritos personales. En la Edad Media fue Santo Tomás de Aquino quien retomó el concepto aseverando que la justicia *“es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno según su derecho lo que le corresponde”, “es la virtud por la cual una persona dirige sus acciones hacia el bien común”*.

Ya durante los Siglos XVIII y XIX, los utilitaristas sostenían que las instituciones públicas se comportan de una manera “justa” cuando consiguen maximizar la utilidad (en el sentido de felicidad) agregada. Según esta teoría, lo justo es lo que beneficia al mayor número de personas a la vez.

De otro lado, John Rawls, en su “Teoría de la Justicia”, parte de la diferencia entre las nociones de “lo justo” y “lo bueno”, y le da prioridad a la primera sobre la segunda. “Lo bueno” tiene que ver con aquellos fines que cada individuo considera racional realizar, y para cuya consecución utiliza todos los medios a su alcance, de acuerdo con las circunstancias. “Lo justo” tiene que ver con ordenamientos sociales que todos comparten como definitorios de los términos de su cooperación. Para Rawls es especialmente importante mostrar la superioridad de su teoría de justicia frente al utilitarismo. El principio de utilidad, como es sabido, termina por identificar las nociones de lo bueno y de lo justo, al ver como justa la distribución de beneficios que maximice el bien, bien que el utilitarismo clásico asocia con la satisfacción del deseo.

Partiendo de lo que Rawls denominó “la posición original”, la justicia como imparcialidad da cuenta del hecho de que cada miembro de la sociedad tiene una dignidad y unos derechos que no pueden ser violados sin que se incurra en injusticia. Sus principios son fruto de un acuerdo colectivo que refleja la integridad y autonomía de las personas

racionales contratantes. Y es precisamente en esta noción de acuerdo, en donde radica la importancia de la formulación de la teoría en términos contractuales, ya que acuerdo implica una pluralidad de personas y una elección voluntaria por parte de ellas, de donde resulta una escogencia justa que no iría en detrimento de nadie.

La justicia, es un valor, un principio y un derecho universalmente reconocido, es así que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estipula que *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo... La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse...”*, ya, en su articulado, podemos hacer referencia al artículo 8 que establece que *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*, y al artículo 10 que reza *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

En el ordenamiento interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 18 establece que *“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”*. En el mismo sentido se pronuncian el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1., 2.3. y 14), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 2.2., 8 y 25).

En Colombia, el fundamento constitucional de la justicia, se encuentra en los artículos 2, 5, 29 y 229 de la Carta Política: el artículo 2 establece que *“son fines esenciales del Estado: ... asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*; el artículo 5 estipula que *“el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”*; el artículo 29 consagra el debido proceso como elemento esencial en la administración de justicia; y finalmente, el artículo 229 señala que *“se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia...”*.

El derecho a la justicia es un pilar del Estado social de derecho, que se configura como una forma de garantizar la dignidad humana, los derechos y la convivencia pacífica de la sociedad.

En este punto la Corte Constitucional respecto de la justicia afirma que *“constituye un pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho, en cuanto contribuye decididamente a la realización material de sus fines esenciales e inmediatos como son, entre otros, los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas”*<sup>31</sup>.

El derecho a la justicia se puede configurar con tres elementos esenciales, que a su vez son tres derechos independientes, pero necesarios para la realización de la misma, sin uno de ellos, no podríamos hablar de justicia. Estos tres elementos (derechos) son: en primera medida, el derecho a conocer la verdad judicial e histórica; segundo, el derecho a la justicia propiamente dicha, es decir, a que los responsables sean investigados, juzgados y sancionados con penas proporcionadas, y finalmente, el derecho a obtener una reparación integral.

En reiteradas jurisprudencias, la Corte Constitucional ha establecido que los derechos de las víctimas del delito a la verdad, a la justicia y a la reparación se violan cuando en el proceso penal se adoptan

---

<sup>31</sup> Colombia, Corte Constitucional (2002), “Sentencia C-426”, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

decisiones que conducen a la impunidad, lo cual puede ocurrir, entre otras causas cuando:

- Se les impide solicitar el control de legalidad de las decisiones que adopten los funcionarios judiciales sobre la imposición de medidas de aseguramiento al procesado.
- No se les permite solicitar la revisión de sentencias judiciales absolutorias en casos de violaciones de derechos humanos o de infracciones al derecho internacional humanitario cuando un pronunciamiento judicial interno o de una instancia internacional reconocida por Colombia, constata la existencia de una prueba nueva o de un hecho nuevo no conocidos al momento del juzgamiento, o la omisión del Estado colombiano de investigar con seriedad e imparcialidad los hechos.
- Se les restringe la posibilidad de acceder a las diligencias previas del proceso penal.
- Se les niega el derecho a intervenir en procesos disciplinarios que se instauren por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

- Se impide la constitución de parte civil exigiendo requisitos o condiciones no previstos en la ley, o desconociendo la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las víctimas.
- Se precluye la investigación penal sin haber respondido a la solicitud de pruebas de la parte civil.
- Se declara la caducidad de la acción civil dentro del proceso penal, sin que se reunieran los supuestos legales para aplicar la norma que lo permitía.
- Se cumple con el deber de investigar tan sólo de manera puramente formal, o sin la seriedad y rigor requeridos para la defensa de los derechos de las partes procesales.

En la muy controversial ley llamada de “Justicia y Paz”, el legislador colombiano, en su artículo 6°, estableció que el derecho a la justicia implicaba que *“el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones”*.



Este derecho incluye la obligación de investigación que tiene el Estado, frente a toda situación en la que se haya cometido un delito, de ser objeto de indagación, por lo tanto, cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente, dicha obligación queda sustancialmente incumplida. Igualmente incluye la obligación de prevención y/o de no repetición, que involucra la adopción de medidas (jurídicas, políticas, administrativas) que se dirijan a que tales hechos no sucedan nuevamente. Es de anotar que estas obligaciones, son obligaciones de medio que no se incumplen por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio, o por que se haya cometido nuevamente un delito.

## **Verdad**

El derecho a la verdad se define como parte integrante del derecho fundamental a la justicia, y consiste en el derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer lo que ocurrió, las circunstancias de las violaciones, los responsables, así como los motivos y las estructuras que dieron lugar a las violaciones a los derechos humanos, a las infracciones al derecho internacional humanitario y a la ley penal.

El artículo 7° de la Ley 975 de 2005, estipula que el derecho a la verdad consiste en que *“la sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los*

*delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada...”*

El derecho a la verdad es tanto individual como colectivo. Es individual porque es una facultad en cabeza de las víctimas y está subsumido en el derecho a obtener el esclarecimiento de los hechos y el juzgamiento de los responsables. Es colectivo porque su realización es indispensable para que se adopten medidas para que los hechos no se repitan y para prevenirlos en el futuro.

En torno a este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el *“derecho a la verdad se encontraba subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención. Como lo ha señalado este Tribunal, sólo si se esclarecen todas las circunstancias de las violaciones de que se trata se podrá considerar que el Estado ha proporcionado a la víctima y a sus familiares un recurso efectivo y ha cumplido con su obligación general de investigar”*<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000), “Sentencia del 22 de Noviembre”.

En este pronunciamiento la Corte Interamericana se refirió de manera particular al derecho a la verdad, señalando que implica que las víctimas conozcan lo que sucedió y quiénes fueron los responsables de los hechos. Consideró que el conocimiento de la verdad forma parte del derecho a la reparación. En caso de homicidio, la posibilidad de los familiares de la víctima de conocer dónde se encuentran sus restos, constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo. El derecho a la verdad, además, fue entendido como un derecho de la sociedad y no solo de las víctimas

## **Reparación**

El derecho a la reparación de las víctimas, como el último elemento (derecho) integrante del derecho a la justicia, comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas, que les han afectado.

Podemos decir que restitución es la realización de las acciones que tiendan a regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito. La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito. La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito. La satisfacción también denominada

compensación moral, consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

La reparación que puede igualmente ser de manera simbólica, de acuerdo con la ley de Justicia y Paz, “*es toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas*”. Igualmente se requiere la reparación colectiva dirigida a la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia.

Para terminar, se entienden como actos de reparación integral los siguientes:

- La entrega al Estado de bienes obtenidos ilícitamente para la reparación de las víctimas.
- La declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas más vinculadas con ella.
- El reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, la declaración pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y la promesa de no repetir tales conductas punibles.
- La colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y la localización de los cadáveres de las víctimas.

- La búsqueda de los desaparecidos y de los restos de personas muertas, y la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias.

## 2.5. Paz

San Agustín define la paz como la “tranquilidad del orden” y la “ordenada concordia”. Santo Tomás de Aquino expresa que se *“habla aquí de la paz entre los hombres y la llama concordia, más no cualquier concordia, sino la ordenada, precisamente por el hecho de que un hombre concuerda con otro según algo que a ambos conviene; porque si un hombre concuerda con otro, no por espontánea voluntad, sino coaccionado por el temor de algún mal inminente, tal concordia no es verdaderamente paz, porque en ella no se conserva el orden de ambos concordantes, sino que se le perturba por el temor que alguien produce”*<sup>33</sup>. Para Santo Tomás, la verdadera paz, la que conserva el orden conveniente a los hombres, implica la justicia.

La paz puede ser considerada como uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional. La Carta de las Naciones Unidas en su preámbulo expresa: *“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad*

---

<sup>33</sup> De Aquino, T, *Summa Teologica*, Cuestión 29.

*sufrimientos indecibles,... y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todas los pueblos, hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios...”* Y más adelante, la misma Carta Constitutiva en su Preámbulo establece que el principal fin del Órgano Internacional recién estatuido es el de: *“Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.”*

De igual manera, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece que *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.....”*,

En el mismo sentido, en el ámbito interamericano, la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la paz aparece como el fin al que se orienta el reconocimiento de los derechos allí mencionados.

En el derecho colombiano la paz se encuentra consagrada en la Constitución Política en el Preámbulo que señala: *“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano... con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz... decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia”*. Así mismo, el artículo 22 de la Carta establece que *“la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que la paz en el orden interno colombiano ocupa la posición de valor fundamental, de derecho fundamental y de deber. Sin olvidar, como se estudio anteriormente, que la paz es el elemento constitutivo esencial del bien común.

La paz, desde un principio ha sido entendida como un propósito colectivo tanto nacional como internacional, sin embargo, muchas construcciones dogmáticas han dado lugar a que la paz sea considerada igualmente un derecho subjetivo.

Desde un primer punto de vista la paz en el derecho internacional ha sido entendida como un *derecho colectivo* en cabeza de la humanidad, que puede considerarse como ausencia de conflictos o enfrentamientos violentos, como efectiva armonía social proveniente del pleno cumplimiento de los mandatos de optimización contenidos en las normas de derechos humanos, o como la atenuación de los rigores de la guerra y la “humanización” de las situaciones de conflicto.

En cuanto a la paz como derecho colectivo, la Corte Constitucional ha vertido las siguientes consideraciones: *“El artículo 22 de la C.N., contiene el derecho a la paz y el deber de su obligatorio cumplimiento, derecho éste que por su propia naturaleza pertenece a los derechos de la tercera generación, y 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”*<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Colombia, Corte Constitucional (1992), “Sentencia T-008”, M.P. Fabio Morón Díaz.



Sin embargo, la paz también se ha entendido también, como un *derecho subjetivo* fundamental de cada uno de los seres humanos individualmente considerados, a los cuales a su vez les corresponde el correlativo *deber jurídico* de buscar la paz social.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha manifestado: *“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.”*<sup>35</sup>

Para concluir, es válido afirmar, que la paz resulta indispensable para que se dé una efectiva participación de todos los ciudadanos en los valores más altos de la vida, por ello, la paz ha adquirido un carácter multidimensional, pues es un fin perseguido por la comunidad internacional y nacional, es igualmente, un derecho colectivo, y bajo ciertas circunstancias, un derecho subjetivo fundamental al que corresponde un deber personal.

---

<sup>35</sup> Colombia, Corte Constitucional (1993), “Sentencia T-102”, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

## CAPITULO III

### SISTEMA PENAL COLOMBIANO

#### 3.1. Política Criminal

La política criminal, puede ser entendida en dos sentidos, en sentido amplio hace referencia a la política jurídica en materia penal; en sentido estricto, es *“la ciencia que estudia como configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible, para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad”*<sup>36</sup>.

La política criminal se compone de un conjunto de acciones del Estado encaminadas a prevenir, disuadir y contrarrestar la materialización de conductas delictivas, basada en el respeto de los derechos fundamentales, como pilar estructural para la unidad, armonía y convivencia social.

Dentro de la política criminal, se estudian las causas del delito y los posibles efectos de las penas para contrarrestarlos; se establecen los límites que el legislador debe tener para extender el derecho penal, entendiendo este como mecanismo de *ultima ratio*; se diseñan criterios sobre como deben ser configurados los tipos penales; y se verifica la realización efectiva del derecho penal dentro de un proceso penal.

---

<sup>36</sup> Velásquez, F (2007). *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Medellín: Comlibros.

En esta materia, la Corte Constitucional ha manifestado que *“el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues en el constitucionalismo no existen poderes absolutos<sup>37</sup>”*.

Lo anterior implica, que el legislador no puede establecer mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, ya que el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público el cual ni puede sustraerse del efecto vinculante de la Carta Magna.

Los criterios principales que se deben tener en cuenta para diseñar una política criminal son:

- *Derechos Fundamentales:* Se debe tener en cuenta, que los derechos fundamentales no pueden ser vulnerados por una política criminal, sin perjuicio de las afectaciones que se encuentran autorizadas por la Constitución Política y el ordenamiento jurídico. Como se mencionó anteriormente, toda política criminal, debe estar sujeta a los parámetros constitucionales.

---

<sup>37</sup> Colombia, Corte Constitucional (2002), “Sentencia C-420”, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

- *Actuación Selectiva:* Es necesario establecer cuáles son las conductas delictivas que habrán de perseguirse hasta ser llevadas al juicio. Sin perjuicio del respeto por el principio de legalidad, en especial por el de persecución penal, es evidente, que es imposible investigar y juzgar todas y cada una de las conductas que puedan ser constitutivas de delito. Por lo tanto, la política criminal debe racionalizar la actividad investigativa y de juzgamiento, con la finalidad de disminuir la impunidad, y hacer del derecho penal un sistema de control social creíble y efectivo.
  
- *Asignación Racional de Funciones:* El sistema para lograr su plena funcionalidad estar integrado por un órgano acusador (Fiscalía General de la Nación), el cual debe estar asistido por una policía judicial, encargada de la investigación integral de la conducta. Por otra parte, el Juez de conocimiento, titular de la jurisdicción, debe tomar una decisión, manteniendo la imparcialidad y asegurando el cumplimiento de la ley y el respeto por los derechos fundamentales.
  
- *Organización Adecuada:* Se debe organizar toda la red judicial, de manera tal que la oferta de justicia, sea adecuada para la demanda. En nuestro país, el Consejo Superior de la Judicatura, es el encargado de administrar los recursos de la rama judicial. En este sentido es importante, una correcta distribución de los juzgados y de los distritos judiciales a lo largo del territorio nacional. Así mismo, se debe dotar a

cada despacho judicial, del personal y las herramientas necesarias para cumplir eficientemente con sus funciones.

- Control de Gestión: Se deben establecer los mecanismos necesarios, judiciales y administrativos para controlar la gestión adelantada por quienes hacen parte del sistema. Se debe controlar a los fiscales, a los funcionarios de la policía judicial, a los jueces y en general a todos los operadores jurídicos.

La política criminal del Estado colombiano no ha sido constante, y ha sufrido modificaciones importantes especialmente duran la última década. Hacer un estudio de ella, no es objeto de este trabajo, pero podríamos afirmar que ha sido una política incoherente, por ejemplo, pretende endurecer penas para algunos delitos, sin embargo nos llevó a la expedición de la Ley de Justicia y Paz que redujo sustancialmente el quantum punitivo de delitos de significancia social; igualmente ha creado nuevos tipos penales y mantenido otros que probablemente no deberían ser del ámbito de competencia del derecho penal, como por ejemplo el fraude mediante cheque, conflicto que de hecho se puede ventilar ante un juzgado civil.

En el marco de la política criminal actual, se decidió instaurar en el país un Sistema Penal Acusatorio, que estudiaremos a continuación.

### **3.2. Sistema Penal Acusatorio**

El Congreso de la República, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo sendas modificaciones al texto de la Constitución Política de 1991, con el propósito de instaurar un nuevo modelo de procedimiento penal de tendencia acusatoria.

Estas reformas que se presentaron en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución, más no en la dogmática, perseguían alcanzar las siguientes finalidades:

- Fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba.
- Establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado.
- Instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.
- Descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas.

- Modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral.
- Introducir el principio de oportunidad.
- Crear la figura del juez de control de garantías.
- Implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio.

A partir del Acto Legislativo 03 de 2002, se promulgó la Ley 906 de 2004, la cual comenzó a regir a partir del 1º de enero de 2005 en cuatro distritos judiciales incluido el de Bogotá, y se implementó gradualmente, quedando instaurado en todo el territorio nacional a partir del 1º de enero de 2008.

### **Características**

Este nuevo sistema, no establece un tradicional proceso adversarial entre dos partes procesales en igualdad de condiciones; un ente acusador y un acusado, el primero con la intención de desvirtuar la presunción de inocencia, y el segundo quien busca demostrarla, ya que, en este sistema, el juez no es un mero árbitro del proceso, y además se prevé la intervención activa del Ministerio Público, como garante de los derechos fundamentales y representante de la sociedad, y de la víctima, la cual tiene derecho a conocer la verdad, a acceder a la administración de justicia, a la reparación integral y a obtener medidas judiciales de protección.

El sistema penal acusatorio adoptó el principio acusatorio o “*nemo iudex sine actore*”, según el cual no puede existir juicio sin actor, es decir sin alguien que lo promueva, estableciendo una clara separación de funciones entre el órgano que acusa y el que juzga. La Fiscalía General de la Nación es titular de la acción penal, sus funciones, atribuciones y prohibiciones las estudiaremos en el subcapítulo siguiente.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento, de manera tal que el Estado realiza su pretensión penal de oficio, salvo en los delitos querellables, investigando todos los hechos punibles de los que tenga noticia. Sin embargo, puede dar aplicación, de manera excepcional, al principio de oportunidad, de tal manera que puede suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, eso sí, sometida al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

Se creó la figura del juez de control de garantías, cuya objeto principal radica en velar por la legalidad de las actuaciones de la Fiscalía y la policía judicial, así como la tutela de los derechos fundamentales<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> El juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.



Por tal motivo, se le otorgaron competencias para ejercer control sobre la aplicación del principio de oportunidad; sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; en forma previa, sobre la adopción de medidas restrictivas de la libertad. Además, tendrá la facultad de decidir acerca de cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución.

La defensa la ejerce un abogado designado libremente por el imputado, o en su defecto, por un defensor público, cuya labor consiste, entre otras, en asistir personalmente al imputado desde su captura, controvertir las pruebas, interponer los recursos de ley, interrogar y conainterrogar testigos y peritos en audiencia pública.

El juicio debe ser presidido por un juez de la República, debe ser público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico. Aunque el Acto Legislativo prevé la creación de jurados en las causas penales, hasta el momento la figura no ha contado con un desarrollo legal.

Por regla general no se puede adelantar proceso penal contra una persona ausente, salvo en los casos excepcionales establecidos en la ley: la declaratoria de persona ausente, cuando la persona se declara en

rebeldía o contumacia; y cuando el imputado renuncia a su derecho a presenciar la audiencia de formulación de la imputación.

En materia probatoria, se considera como prueba sólo aquella producida en el transcurso del juicio oral, salvo las producidas anticipadamente, conforme a la ley, lo que garantiza los principios de la concentración, inmediación y contradicción de las mismas.

Podemos concluir, que el sistema penal acusatorio colombiano no se adscribe a ninguno de los modelos acusatorios tradicionales, el americano y el continental europeo, lo que evidencia, que es un modelo que presenta numerosas particularidades lo que lo hacen único, y por lo tanto susceptible de hacer las correcciones necesarias para cumplir los fines de un Estado social y democrático de derecho.

### **3.3. Fiscalía General de la Nación**

La Fiscalía General de la Nación, nació con la promulgación de la nueva Constitución Política en 1991 como una entidad de la rama judicial del poder público con plena autonomía administrativa y presupuestal, cuya función está orientada a brindar a los ciudadanos una cumplida y eficaz administración de justicia.

Las principales funciones en materia judicial de la Fiscalía son: investigar los delitos, calificar los procesos y acusar ante los jueces y tribunales competentes a los presuntos infractores de la ley penal.

De acuerdo con lo anterior, la Fiscalía General no juzga a los presuntos autores o partícipes de un delito. Esta función la ejercen los jueces y tribunales de la República, previa acusación de la Fiscalía, quienes de acuerdo con las pruebas practicadas, excepcionalmente en la investigación y principalmente en el juzgamiento, condenan o absuelven a los acusados.

La adopción en Colombia del Sistema Penal Acusatorio, establecido en la Ley 906 de 2004, como se estudió anteriormente, ha generado cambios en las funciones y fines que debe perseguir la Fiscalía General de la Nación, en este punto la Corte Constitucional ha manifestado que: *“un examen sistémico de la reforma al proceso penal colombiano evidencia que la actividad investigativa Fiscalía General de la Nación se encamina a la consecución de los siguientes fines ( i ) la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos; ( ii ) la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado; ( iii ) la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas; ( iv ) la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba; y ( v ) el recurso, dentro del marco estricto de la ley, a*

mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de oportunidad, de tal suerte que, al igual que sucede en el modelo americano, sólo una pequeña parte de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral, aproximadamente un 10%, con el fin de no congestionar el sistema penal<sup>39</sup>.

En relación con las víctimas, la Fiscalía General de la Nación debe: solicitarle al juez de control de garantías las medidas necesarias para la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas; solicitarle al juez de conocimiento las medidas judiciales indispensables para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito; y velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y los demás intervinientes en el proceso penal.

Las principales atribuciones y funciones otorgadas a la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal, dentro del sistema penal acusatorio son:

- Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial.
- Asegurar los materiales probatorios.

---

<sup>39</sup> Colombia, Corte Constitucional (2005), “Sentencia C-591”, M.P. Clara Inés Vargas.

- Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones sometidas asimismo a control judicial posterior.
- Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso. Sin perjuicio de que excepcionalmente podrá realizar capturas en los términos señalados por el legislador que incluyen el control judicial.
- Solicitar la autorización del juez de control de garantías en caso de requerirse medidas adicionales que implique afectación de derechos fundamentales.
- Suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal mediante la aplicación del principio de oportunidad, sometido al control de juez de control de garantías.
- Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento con el propósito de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.
- Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la investigación.
- Solicitar al juez de conocimiento la adopción de medidas judiciales para la asistencia a las víctimas.
- Velar por la protección de las víctimas, de los testigos y jurados.

### **3.4. La Pena dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano**

El Estado tiene la potestad de definir las conductas que considere como hechos punibles y, así mismo, la de establecer las penas correspondientes. En el orden lógico-jurídico la pena antecede al delito, lo que nos llevaría a afirmar, que la pena es una consecuencia jurídica que se le impone a quien adelanta una conducta punible.

En el marco del principio de legalidad, propio del Estado de derecho, no puede haber delito sin una norma que lo determine “*nullum crimen sine lege*”, ni pena sin una ley que la establezca “*nullum poena sine lege*”.

*“Mediante la pena y en virtud de la definición legal, el Estado le impone a una persona determinada la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señalen la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos”<sup>40</sup>.*

---

<sup>40</sup> Colombia, Corte Constitucional (2001), “Sentencia C-647”, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

En dogmática penal, a través de la historia, han existido dos grandes corrientes que tratan de establecer la razón de la existencia de las penas: las doctrinas justificadoras y las doctrinas abolicionistas.

Las doctrinas justificadoras aseveran que la pena se debe imponer por razones jurídico-políticas (para mantener el orden jurídico, fundamental para la convivencia pacífica de la sociedad), por razones psicológico-sociales (retribución a la sociedad por el mal causado) o por razones ético-individuales (expiación como actividad moral autónoma). Las doctrinas abolicionistas, consideran que la pena debe ser excluida del derecho penal, por cuanto no hay comprobación de que cumplan una finalidad específica.

En cuanto a los fines de la pena, han existido diferentes teorías, las cuales señalaremos brevemente a continuación:

Según las teorías absolutas la pena se justifica en sí misma, es un fin en sí mismo, parten de la idea metafísica de justicia (dar a cada quien lo suyo).

- Immanuel Kant, en su teoría de la retribución, parte de la idea de que el hombre es un ser racional y libre por naturaleza, por ende es merecedor de las consecuencias de sus acciones. El derecho, es una expresión de la racionalidad, que regula las conductas en sociedad; por su parte el

delito es la negación del orden social, una irracionalidad. La pena entonces, es un acto de justicia, que pretende retribuir el delito. La pena es la justa compensación que el delincuente recibe por el delito.

- Para Hegel, en su teoría de la restauración, el hombre no tiene racionalidad propia, sino que proviene de la divina. El orden estatal es la máxima expresión de la racionalidad humana. El delito es un mal por ser negación del orden jurídico y la pena, es la negación del delito y una afirmación del derecho. A diferencia de Kant, la pena no se impone respecto del delincuente, sino para reestablecer el orden jurídico, establecido por el Estado.

Las teorías relativas, a los que se adscriben el utilitarismo y el materialismo, parten de los siguientes presupuestos: la pena no se puede justificar en sí misma, la pena se justifica en la utilidad social, parte de la concepción materialista del hombre (el hombre no es libre) y de la sociedad (la sociedad es fruto de la relaciones de poder y necesidad).

- Feuerbach, parte del presupuesto de que el hombre es un ser funcional, que se mueve por instintos en busca del placer; la sociedad, es el producto del control de los impulsos humanos para el beneficio colectivo, a través de la moral, la cual no puede controlar los impulsos de algunos de ellos. La sociedad necesita una amenaza más fuerte que la moral, y esta es la amenaza penal. La función de la pena es ejercer



una coacción psicológica para inhibir los impulsos criminales de los hombres por miedo a la pena. La pena está dirigida a la sociedad, razón por la cual, debe ser pública y efectiva. Esta teoría de coacción psicológica, o de *prevención general negativa*, concluye que la pena, es una coacción psicológica dirigida a la sociedad, con el fin de evitar la comisión de delitos en el futuro por miedo a la sanción penal.

- Von Liszt, aunque parte de los presupuestos de los que parte Feuerbach, considera que la pena no se dirige a la sociedad (prevención general), sino que está dirigida al delincuente (*prevención especial*). La pena es un tratamiento que pretende evitar la reincidencia del delincuente en las conductas criminales, y su posible *resocialización*. Por tal motivo, Von Liszt, diferencia a los delincuentes en tres grupos: el ocasional, el profesional y el constitucional. La pena para el delincuente ocasional debe acabar con el elemento circunstancial, por tanto la pena debe ser leve con un tratamiento alternativo; para el delincuente profesional, la pena debe ser drástica pero limitada, para permitir la resocialización, por cuanto este se ha des-socializado; finalmente, para el delincuente constitucional, la pena debe ser la eliminación y el aislamiento, por cuanto no hay posibilidades de resocialización.

La polémica generada entre las teorías absolutas y las teorías relativas de la pena, evidencia que existe más de un fin de la pena ya que ninguna de las anteriormente mencionadas logró dar una explicación satisfactoria.

- La teoría dialéctica de la unión de Roxin, parte de consultar la realidad del derecho penal, es decir su función social. La función de la pena, está en íntima relación con el derecho penal. Se debe separar esencialmente dos momentos en relación con la pena. En un primer momento, el del establecimiento de la pena, a través de la creación de la norma penal. En este punto, la pena se dirige a toda la sociedad, cumplimiento la finalidad de prevención general positiva, enviando un mensaje simbólico de la vigencia de los valores establecidos que la norma pretende proteger, reforzando así, la vigencia del orden jurídico. En un segundo momento, en el de la aplicación concreta, la pena esta dirigida al delincuente; pretende la retribución del mal causado, dentro de los principios de proporcionalidad, utilidad y necesidad, evitar la reincidencia y propender por la resocialización del individuo.
- La teoría de la nueva retribución de Jakobs, parte de la prevención general positiva, ya que en un Estado de derecho, con un orden jurídico establecido, cada vez que se impone la pena se refuerza la vigencia de ese orden jurídico. La pena ejercita al ciudadano en la fidelidad al derecho, cada vez que se impone una pena, se sanciona al delincuente,

y se “premia” al ciudadano. La retribución no se da en términos de prevención especial (evitar reincidencia, resocialización), sino en criterios de función social, es decir, de mantener el orden jurídico.

Después de analizar de manera muy general las diferentes teorías de la pena, analizaremos como es entendida ésta en el ordenamiento penal colombiano.

El Código Penal Vigente, en materia de la pena, establece en su artículo 3º los principios de las sanciones penales de la siguiente manera: *“La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”*.

De lo estipulado anteriormente, se deduce que para que la pena tenga *“legitimidad en un Estado democrático, además de ser definida por la ley, ha de ser necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles, asunto éste que encuentra en Colombia apoyo constitucional en el artículo 2 de la Carta que entre otros fines asigna al Estado el de asegurar la “convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”<sup>41</sup>*.

---

<sup>41</sup> Ib ídem.

La proporcionalidad de la pena hace referencia a que debe haber una correspondencia entre la conducta delictiva, el daño social causado con ella y la pena impuesta, teniendo en cuenta todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar, incluyendo agravantes o atenuantes, lo que supone que la proporcionalidad establece los límites de la pena y la medida concreta de la misma. La proporcionalidad, debe ser establecida por el legislador al momento de crear la norma penal, y debe ser tenida en cuenta por el juez al momento de individualizar la pena.

La necesidad de la pena implica que esta sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de la sociedad, no solo evitando, por su poder disuasivo e intimidatorio, la futura comisión de delitos, sino también, ya cometidos, reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los bienes jurídicos tutelados, cumpliendo además con la función de reincorporar al autor de la conducta punible a la sociedad.

La utilidad de la pena *“supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia, o en el regreso a la ley del talión”*<sup>42</sup>, es decir, la utilización del poder del Estado, como un instrumento de violencia y venganza institucional con respecto al individuo.

---

<sup>42</sup> Ib ídem.

Por su parte, el artículo 4º del Código Penal, respecto de las funciones de la pena estipula que: *“la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”*.

El anterior artículo solo nos puede llevar a la conclusión, de que el Código Penal, en materia de las funciones de la pena, no se adscribió a ninguna teoría, o más bien, que lo hizo a todas, lo que implica un serio inconveniente para la interpretación de las normas que regulan esta materia.

## CAPITULO IV

### EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

#### 4.1. Concepto

El principio de oportunidad “es la facultad otorgada a la Fiscalía para renunciar al ejercicio de la acción penal, pudiendo también interrumpirla o suspenderla”<sup>43</sup>, teniendo en cuenta los principios de transparencia, celeridad, eficacia y economía judicial.

El principio de oportunidad “representa la no obligatoriedad de la instauración de una penal estatal ante determinados supuestos establecidos directamente en la ley, es la autorización para disponer de la acción penal cuando se cumplan dichos supuestos”<sup>44</sup>.

Según Roxin, el principio de oportunidad es “la contraposición teórica al de legalidad, mediante la que se autoriza al fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo, archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito”<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Martínez, L.E. (2006). *Principio de Oportunidad*. Bogotá: Nueva Jurídica.

<sup>44</sup> Perdomo, J.F. (2005). *Los Principios de Legalidad y Oportunidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

<sup>45</sup> Armenta, T. (1991). *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.

El principio de oportunidad, reconocido en múltiples ordenamientos penales del mundo, se basa en el presupuesto de que existe suficiente mérito para acusar por razones fácticas y jurídicas, y además que existen razones de oportunidad para no perseguir penalmente una determinada conducta. Se trata pues, de una excepción al principio de obligatoriedad en la persecución penal.

En torno al principio de oportunidad, en relación con el principio de legalidad, estudiado en el capítulo segundo de este trabajo, se han tenido dos concepciones.

Una primera concepción, que entiende el principio de oportunidad como la antítesis del principio de legalidad, por cuanto el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio. El principio de legalidad implica que *“todos los ciudadanos sean tratados por igual, el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, a que exista seguridad jurídica”*<sup>46</sup>. Por lo tanto, no puede ser potestad de las autoridades encargadas de adelantar la persecución penal, la decisión de quien debe ser castigado en cada caso. Así pues, *“el inicio del proceso, o la continuación del mismo, no es asunto del que puedan disponer libremente el fiscal, el juez o la víctima”*<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

<sup>47</sup> Cordon, F. (2002). *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Navarra: Aranzadi.

Una segunda concepción entiende el principio de oportunidad como una manifestación del principio de legalidad. Consiste en que el legislador regula dicho principio, y al hacer parte del ordenamiento jurídico, el fiscal puede aplicarlo, siguiendo las causales que se encuentren consagradas en la ley.

La doctrina ha esgrimido diversos argumentos a favor de la aplicación del principio de oportunidad, entre los cuales sobresalen: permite reaccionar de forma proporcional a la falta de interés público en la persecución de ciertos delitos con escasa lesión social; estimula la pronta reparación de las víctimas; evita los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad; favorece el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, de aquellos que son considerados de mínima lesión social.<sup>48</sup>

## **4.2. Modelos de Aplicación**

Existen tres grandes modelos para la aplicación del principio de oportunidad. El modelo de libre oportunidad, el cual se aplica en el sistema anglosajón, en el cual el fiscal negocia con el acusado sin estar sujeto a ningún tipo de criterio que lo limite; el modelo de oportunidad

---

<sup>48</sup> Armenta, T. (1991). *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias. Maier, J (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.



facultativa, en el cual se establecen unos criterios de carácter general para la aplicación del principio de oportunidad, dejándole a la Fiscalía un amplio margen para decidir si acoge o no dicho principio en el caso específico; y el modelo de oportunidad reglado, en el cual el Legislador, establece criterios detallados para que el Fiscal se abstenga de ejercer, interrumpa o suspenda la acción penal.

A continuación analizaremos los dos modelos más importantes, el modelo de libre aplicación y el sistema de oportunidad reglada.

#### **4.2.1. Modelo de Libre Aplicación**

El sistema anglosajón utiliza el modelo de libre oportunidad, en este sistema, los fiscales federales son funcionarios del poder ejecutivo que dependen directamente del Fiscal General o *Attorney General*, quien establece las pautas básicas que orientan a sus subalternos en la persecución de delito y responde políticamente por las actuaciones del órgano de investigación. Por lo tanto, dentro de la Fiscalía hay una organización jerárquica, en donde los subalternos rinden cuentas directamente al Fiscal General, en quien recae toda la responsabilidad por el funcionamiento adecuado de este órgano.

Debe tenerse en cuenta que la Fiscalía tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal y lo ejerce con gran discrecionalidad e independencia de los Tribunales.

En el procedimiento penal anglosajón, los juicios se adelantan ante un jurado, dirigido por un juez imparcial que asiste como espectador al debate contradictorio celebrado entre las partes. Sin embargo en la mayoría de los casos no se llega al juicio oral.

En este sistema, solamente el 10% de los casos terminan en un juicio, por lo tanto, el principio de oportunidad constituye la regla y se traduce en las figuras del *plea guilty* (confesión dirigida a evitar el juicio) y del *plea bargaining* (negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión para reducir o variar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado).

El *plea guilty* consiste en la declaración de culpabilidad, una confesión del investigado, renunciando a los derechos constitucionales de no declarar contra si mismo y a ser juzgado por un juez o un jurado. El *plea guilty* puede ser voluntario (cuando la culpabilidad es evidente), inducido (cuando reporta algún beneficio – se prevea una pena mayor) o negociado (cuando se logra un acuerdo con el Fiscal).

El *plea bargaining* consiste en un acuerdo previo a la iniciación del juicio, en el cual el fiscal aplica algún beneficio al acusado, una rebaja de la pena, o la anulación de cargos. Este acuerdo, es informado al juez en la audiencia previa al juicio (*arraignment*) posterior al acta de acusación, en el momento en el que el juez le pregunta al acusado si se declara inocente o culpable (*pleading*). Sin embargo, si el acusado se declara inocente, se continúa con el juicio, sin tener en cuenta el acuerdo previo.

Si el acusado se declara culpable, el juez verifica el cumplimiento de determinados requisitos: que la declaración sea voluntaria, que lo haga conociendo los hechos por los que se le acusa, los cargos contra él formulados, las penas que se piden y sus límites así como los derechos constitucionales a los que renuncia. Finalmente, establece la fecha para la sentencia, en la cual impone la pena.

Esta forma de justicia negociada, ha sido utilizada desde los primeros tiempos, de manera tal que el acusado podía ser condenado con base en su confesión al reconocer que él había cometido los hechos que se le imputaban, lo que permitía no llegar a juicio. Esta era la peculiaridad, distinguía el sistema anglosajón del continental, ya que en este último, la confesión no implicaba la no celebración de un juicio. Obviamente, en la actualidad, la confesión puede llevar a la sentencia anticipada.

Las facultades que tiene el fiscal durante la negociación parecen ser casi ilimitadas en relación con la disminución de reducir la pena, o de sustituirla o incluso de cambiar los cargos por otros distintos o por una recomendación en la sentencia. Esta situación hace que algunos, especialmente quienes se encuentran adscritos al sistema continental europeo, vean en este sistema peligros como el de falsas confesiones sin las garantías de un juicio.

Sin embargo existen múltiples ventajas para todos los intervinientes. El acusado puede evitar el juicio conseguir una pena más leve y de manera más rápida y según el caso evitar una condena. La Fiscalía logra la condena sin problemas de pruebas, evitando riesgos de absoluciones, además esta agilidad, le permite reducir la cantidad de procesos que maneja, evitando la acumulación de procesos. El Estado, cumple sus fines de manera eficiente, por cuanto administra justicia con mayor celeridad. Recordemos lo que nos decía Beccaria, más vale una pena próxima al delito, así sea corta, que una pena larga, pero que se imponga después de un largo periodo de tiempo.

#### **4.2.2. Modelo de Oportunidad Reglada**

El modelo de oportunidad reglada, surge de la incursión del modelo de oportunidad aplicada en el sistema continental europeo, que por estar basado en el principio de legalidad, implica, según la mayoría de los

doctrinantes, la reglamentación estricta de las causales en las que este debe ser aplicado.

En la mayoría de países en los que opera este sistema, la Fiscalía hace parte de la rama judicial, por tal razón, su actividad, no puede estar orientada a las exigencias de la administración, sino que se encuentra vinculada a los valores jurídicos.

Por tal razón, la Fiscalía puede decidir suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, cuando la investigación conduzca, con cierto grado de probabilidad, al resultado de que el sindicado cometió un delito, por las causales establecidas en el ordenamiento jurídico.

Doctrinariamente estas causales genéricas se pueden agrupar en cuatro grandes grupos, sin perjuicio de las particularidades de cada ordenamiento jurídico: causales relacionadas con la ocurrencia del hecho, causales relacionadas con el autor del hecho, causales basadas en la relación entre el delincuente y su víctima, y causales basadas en el interés general

#### **Causales relacionadas con la ocurrencia del hecho**

- Carácter mínimo de la infracción.
- Culpabilidad leve del infractor.
- Contribución mínima al delito (en casos de participación criminal).

- Delitos de menor entidad en conexidad con otro de mayor gravedad (cuando se estima suficiente la pena del delito principal).
- Antigüedad de la infracción (proximidad a la prescripción).
- Delito fruto de un conflicto ideológico o social.

#### **Causales relacionadas con el autor del hecho**

- Delincuente primario.
- Edad juvenil o senil.
- Infractor – víctima.
- Salud precaria.
- Cambio positivo de comportamiento tras una infracción menor.
- Conveniencia de aplicar una medida rehabilitadora que reemplace a la pena.
- Sumisión a un tratamiento desintoxicador, cuando el delito se cometió bajo el influjo del alcohol o de drogas.

#### **Causales basadas en la relación entre el delincuente y su víctima**

- Parentesco próximo.
- Reparación voluntaria del daño.
- Restitución de la cosa.
- Delito provocado por la víctima.

### **Causales basadas en el interés general**

- Falta de interés del Estado (como por ejemplo en relación con los delitos políticos).
- Falta de interés Nacional en el castigo (como cuando son entregados a otra jurisdicción como la Corte Penal Internacional).
- Injusticia obvia.
- Falta de contribución significativa para promover el respeto a la ley.

### **4.3. Principio de Oportunidad en Colombia**

Uno de los antecedentes en Colombia de la aplicación del principio de oportunidad se dio en relación con los juicios adelantados ante el Congreso. En su oportunidad, la Corte Constitucional aceptó el principio de oportunidad de la siguiente manera: *“... es posible que el Congreso se abstenga de formular acusación por razones de conveniencia, en aquellos casos en que la ponderación de bienes jurídicos constitucionales le permita concluir que resulta más benéfico para la estabilidad institucional una exoneración de responsabilidad, que un juicio de consecuencias imprevisibles”*<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Colombia, Corte Constitucional (2001), “Sentencia SU-062”, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sin embargo, el principio de oportunidad es un principio de rasgo constitucional que se implantó en Colombia a partir del Acto Legislativo 3 de 2002, que modificó varias normas constitucionales, con ocasión de la adopción del Sistema Penal Acusatorio.

De la exposición de motivos por los cuales se modificaron los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política, por medio del Acto Legislativo 2 de 2003, los cuales quedaron plasmados en el Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 de la Cámara de Representantes, el legislador señaló en su momento los siguientes en relación con el principio de oportunidad:

- Se trata de un principio que se viene aplicando “en forma larvada”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial.
- Existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica.



- Constituye una excepción al principio de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal.
  
- Ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema americano constituye la regla y se traduce en las figuras del *plea guilty* o confesión dirigida a evitar el juicio, y del *plea bargaining*, es decir, negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado.
  
- Es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades.
  
- Bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.

De los debates que antecedieron la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002, en lo que concierne al principio de oportunidad, evidencia que la inclusión del mismo en la Constitución se justificaba por cuanto:

- Existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica.
- Se descongestiona y racionaliza la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social.
- Los modelos acusatorios americano y europeo consagran dicho principio, aunque la fórmula adoptada no responde exactamente a ninguno de ellos por cuanto el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo sino que tiene que acudir ante el juez de control de garantías e invocar alguna de las causales expresamente señaladas en la ley.
- En el caso de reparación integral de las víctimas, no se justifica seguir adelante con la acción penal, en especial, en delitos de contenido económico.

En el Acto Legislativo 03 de 2002 se dispuso que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por una de las siguientes vías: denuncia, petición especial, querrela o de oficio, *“siempre y cuando medien*

*suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo*". En consecuencia, a la Fiscalía no podrá suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción 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"*.

En tal sentido, el principio de oportunidad presenta las siguientes características:

- Es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal.
- Las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca.
- Debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado.
- Su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

El artículo 250 de la Constitución Política, establece que *“la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”*.

De acuerdo con lo anterior, el principio de oportunidad establecido constitucionalmente, constituye una excepción al principio de persecución penal, y por ende conforma una unidad con el principio de legalidad. El principio de oportunidad es una expresión de una finalidad político-criminal, que no puede entenderse como contraria a la legalidad.

El Título V del Libro II del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) regula lo relacionado con el principio de oportunidad. El artículo 324 establece las causales por las cuales la Fiscalía puede dar aplicación al principio de oportunidad:

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga

bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.

7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la

genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

16. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.

17. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

Parágrafo 1°. En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que excedan seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

Parágrafo 3°. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.



El control judicial en la aplicación del principio de oportunidad es obligatorio y automático, lo efectúa el juez de control de garantías, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación a dicho principio, siempre que con la aplicación se extinga la acción penal.

Para tal efecto, se lleva a cabo una audiencia en la que la víctima<sup>50</sup> y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez debe tomar una decisión de plano verificando que no se haya comprometido la presunción de inocencia y verificando la existencia un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

Por último, respecto de los efectos de la aplicación del principio de oportunidad, el artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, si se da aplicación al principio de oportunidad en la cual se prescinda de la persecución, se extingue la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

---

<sup>50</sup> El artículo 328 del Código de Procedimiento Penal establece que *“en la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación”*.

#### **4.4. El Principio de Oportunidad en el Ámbito Internacional.**

Las primeras aplicaciones de criterios de oportunidad en ordenamientos jurídicos del sistema continental europeo, se dieron en Alemania y España, los cuales reformaron sus ordenamientos, la primera en 1987 y la segunda en 1988 y 1994, con el fin de fortalecer o ampliar el ámbito de aplicación de instituciones de esta naturaleza ya existentes en sus normas penales. En países como Portugal (1987) e Italia (1988), se introdujeron figuras de justicia consensual, criterios de oportunidad y compactación de procesos.

En Latinoamérica, siguiendo los pasos de los países europeos, Perú (1990), Chile (1997, 2000 y 2008), Colombia (2002), Bolivia (1999) y Ecuador (2001), entre otros, introdujeron criterios de oportunidad, justicia consensual y procesos abreviados. Si bien, los argumentos esgrimidos para la instauración de dichos criterios se centran en el argumento de la mínima intervención del derecho penal y de la economía procesal, es evidente que todos ellos, tienen sistemas de investigación e impartición de justicia penal, congestionados y saturados.

A continuación analizaremos como opera el principio de oportunidad en algunos ordenamientos jurídicos.

#### 4.4.1. Alemania

El ordenamiento jurídico alemán, está enmarcado dentro del sistema continental europeo, y se adscribe al modelo de aplicación del principio de oportunidad en forma reglada.

En Alemania, la normatividad procesal penal, establecida en los artículos 153 y 154 del *Strafprozeßordnung* determina las siguientes causales para dar aplicación al principio de oportunidad: cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal, cuando se opongan intereses estatales prioritarios, en los delitos de acción privada y cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo<sup>51</sup>.

En el primer grupo podríamos ubicar la denominada pequeña criminalidad o de escasa reprochabilidad. En estos casos, el Fiscal está facultado para decretar el archivo cuando concurren los dos requisitos: escasa culpabilidad y falta de interés público en la persecución. Esta decisión, debe ser confirmada por un juez, salvo que concurren además otros tres requisitos, en cuyo caso no es necesaria la intervención del Juez: tratarse de un delito contra la propiedad, haber producido escasos daños y ser castigado con la pena mínima.

---

<sup>51</sup> Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

En el segundo grupo, si la Fiscalía considera que el adelantamiento del proceso generaría el peligro de una grave desventaja para el Estado o se opusiera a la persecución otros intereses públicos (generales o de una comunidad) superiores, este órgano puede acordar el archivo de las actuaciones, disminuir las penas o sustituirlas por imposiciones o mandatos.

En los delitos perseguibles mediante acción privada el Estado pone de manifiesto su desinterés en hacerse cargo de su persecución ya que no puede obligarse a los particulares a perseguir dichos delitos, como consecuencia del interés del legislador en su privatización porque carecen de interés público para la ley. Sin embargo, si a pesar de tratarse de uno de estos delitos privados, el Fiscal vislumbrara la existencia de un interés público en su persecución, podrá incoar la acción penal e iniciar el proceso o intervenir en el ya incoado por el particular, pasando entonces este a ocupar la posición de actor accesorio. Y es en este escenario, en donde se puede dar aplicación al principio de oportunidad.

En el último grupo, cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo, el principio de oportunidad puede ser aplicado, si en determinados delitos de escasa relevancia (pena privativa de libertad inferior a un año) se plantea una cuestión prejudicial ante otro orden jurisdiccional civil o administrativo y es resuelta en el plazo señalado por el Fiscal.

#### 4.4.2. Italia

En Italia, el Ministerio Público está ubicado en el marco de la Magistratura, independiente del poder ejecutivo, con autonomía de cualquier otro poder y sin que rijan los principios de jerarquía y de unidad de actuación. El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal mediante el ejercicio de la acusación obligatoria, manifestación del principio de legalidad procesal.

En la década de los ochenta, el legislador italiano, decidió tomar medidas legales de despenalización de determinadas conductas y de creación de ilícitos administrativos para después pasar a la regulación de un tipo de proceso denominado “*pateggiamento*”, estipulado en el artículo 444 del *Codice di Procedura Penale*.

Este procedimiento establece que antes de que se de apertura al juicio oral, el Ministerio Fiscal y el imputado no reincidente pueden llegar a un acuerdo para solicitar al juez que de por terminado el proceso y que se sustituya la pena de prisión por otra de libertad controlada o de multa, extendiéndose a supuestos de criminalidad de mediana gravedad, siendo aplicable por tanto, a la mayor parte de los delitos. De esta forma, la solicitud puede provenir tanto del imputado como del Ministerio Público, conjuntamente, o bien de uno con el consentimiento del otro (*richiesta*), determinándose la naturaleza y la duración de la sanción a aplicar.

#### 4.4.3. Chile

El artículo 170 del Código Procesal Penal chileno establece el principio de oportunidad de la siguiente manera: *“Los fiscales del Ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones...”*

El principio de oportunidad en Chile, se estipuló de manera genérica, a aquellos delitos que no afecten el interés público. Los doctrinantes chilenos, acuerdan en afirmar que no vale el esfuerzo la persecución penal de hechos que pudiendo constituir delitos, comprometen en un grado muy leve el interés público (por ejemplo, el caso de los denominados delitos de bagatela).

Se exige que la decisión del Fiscal debe ser motivada, y comunicada al juez de garantía, quién a su vez, notificará a los intervinientes, entre ellos a la víctima, quién deberá ser oída en sus planteamientos y puntos de vista frente al caso y su destino.

## PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

### **Validez del sistema de oportunidad reglado en Colombia**

En los ordenamientos jurídicos de las sociedades modernas, el principio de oportunidad se presenta como un elemento para responder ante la creciente necesidad de dar rápida respuesta a un número cada vez mayor y más complejo de conflictos. La justicia negociada, debe ser una herramienta que conlleve a simplificar la operatividad y hacer más eficiente el procedimiento procesal penal.

La demanda de justicia en Colombia, especialmente en el ámbito penal es cada vez mayor, la congestión de los despachos judiciales es una muestra de ello, de tal manera, que la puesta en vigencia del sistema acusatorio, no ha llenado las expectativas, aunque en algunos casos y en algunos distritos judiciales, haya producido algunos resultados, y haya habido procesos resueltos expeditamente.

Recordemos que como lo dijo la Corte Constitucional en su momento, el objetivo de la instauración del sistema penal acusatorio, es disminuir la cantidad de procesos que se lleven a juicio: *un examen sistémico de la reforma al proceso penal colombiano evidencia que la actividad investigativa Fiscalía General de la Nación se encamina a la consecución de los siguientes fines ...el recurso, dentro del marco estricto*

de la ley, a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de oportunidad, de tal suerte que, al igual que sucede en el modelo americano, **sólo una pequeña parte de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral, aproximadamente un 10%, con el fin de no congestionar el sistema penal**<sup>52</sup>.

Analicemos algunas cifras ofrecidas por la Fiscalía correspondiente a los años 2007 y 2008, para establecer si se ha cumplido este objetivo. Inicialmente haremos referencia a las estadísticas de los procesos regulados por la Ley 600 de 2000. Para el año 2007 la Fiscalía empezó con un acumulado de 457.090 procesos, sea en investigación previa o en instrucción, entraron un total de 461.303 procesos y se evacuaron 588.102, quedando pendientes para 2008 un total de 331.612 procesos. Del total de evacuados, tan solo 5.052 lo hicieron por sentencia anticipada. Para el año 2008, ingresaron 223.754 procesos, siendo evacuados 307.310, quedando pendientes un total de 236.443 procesos.

Esta cifra poco alentadora, se empeora con las cifras de los procesos adelantados bajo la Ley 906 de 2004. Recordemos que el sistema acusatorio oral se instauró en el país de manera gradual, por tal razón, solamente estudiaremos las cifras de los distritos judiciales de la Fase I, es decir de Armenia, Manizales, Pereira y Bogotá, por cuanto en

---

<sup>52</sup> Colombia, Corte Constitucional (2005), "Sentencia C-591", M.P. Clara Inés Vargas.



ellos se adelantan procesos bajos esta ley desde el 1 de enero de 2005. El año 2007 inició con 80.989 procesos acumulados, entraron 166.432, se evacuaron 103.224, quedando pendientes un total de 158.798, de los cuales 153.820 se encuentran en indagación, 1.646 en investigación y 3.332 en juicio. De las 166.800 *noticias criminis*, se evacuaron 2.464 (1,48%) por aplicación del principio de oportunidad, 10.400 (6,23%) con sentencia con aceptación de cargos y 2.312 (1,39%) con sentencia con preacuerdo, para un total de 15.716 (9,09%).

De lo anterior se colige, que el principio de oportunidad, no ha sido un mecanismo que haya sido utilizado por la Fiscalía de manera generalizada, por cuanto solo un 1,48 % de las *noticias criminis* del año 2007 fueron evacuadas aplicándolo. Es evidente, que tan importante mecanismo se encuentra subutilizado, debido, y ese es el objeto de este trabajo, a que un mecanismo de justicia negociada, que busca la celeridad en los procesos y la descongestión judicial, no puede ser regulado de manera tan estricta como sucede en el ordenamiento jurídico colombiano.

### **Sistema de oportunidad libre en Colombia**

Colombia es un Estado social y democrático de derecho, por lo tanto le corresponde un derecho penal liberal, que busque alejar al ciudadano del derecho penal. La tendencia en materia de política criminal

de las sociedades modernas es la de descriminalizar el mayor número de conductas dada la naturaleza de *ultima ratio* del derecho penal. No obstante este argumento, la ineficiencia y lentitud de los sistemas procesales, han hecho que los legisladores alrededor del mundo, adhieran a sus ordenamientos, figuras de justicia negociada como lo son el principio de oportunidad.

El Estado social y democrático de derecho le atribuye al derecho penal una función de impulso, por lo tanto, la sanción penal debe ser concebida como instrumento de progreso para el desarrollo y mejoramiento del orden social. No se puede entender la sanción penal como la simple retribución por el daño causado.

El Estado como ente jurídico, es un organismo creado para perseguir determinados fines, que son en realidad su razón de ser. Esencialmente consiste en la búsqueda del "*bien común*", como factor cohesionante de los distintos niveles que integran la sociedad.

La esencia del bien común lo constituye la paz. Si la felicidad es el fin del Estado, la paz constituye un elemento esencial para lograr ese fin, por cuanto sin paz, la sociedad sería más aparente que efectiva, pues su unidad moral estaría internamente desgarrada, y una sociedad aparente nunca podrá brindarle a sus miembros la felicidad, razón de ser de su existencia. Pero la paz nunca podrá fundarse en la ausencia de justicia.

La paz se basa precisamente en la idea de justicia y en el respeto de los derechos fundamentales. Y se debe entender la justicia entendida en sus tres niveles: la verdad, la justicia propiamente dicha y la reparación de las víctimas. El Estado debe velar para que estos tres elementos estén presentes en todas sus actuaciones y especialmente en todas las actuaciones judiciales.

Pero la justicia, como principio y derecho constitucional fundamental, se ve seriamente afectada, cuando el ciudadano no tiene acceso a la administración de justicia. Esto no solo se presenta cuando se le imposibilita al ciudadano interponer una denuncia penal, también, cuando el trámite que se le da a la misma es lento e ineficiente. El nivel de impunidad en nuestro país, es superior al 90%. El derecho penal se deslegitima cada vez mas ante los ciudadanos.

En el mejor de los casos, cuando se adelanta el proceso y hay condena, la pena no cumple ninguna función, distinta a la de retribución. En un sistema penal como el colombiano, la pena no sirve para prevenir, sino exclusivamente para castigar. Esto es el retorno a los inicios de la dogmática penal, un par de siglos atrás.

Necesitamos entonces adoptar las medidas necesarias para lograr un tránsito efectivo hacia la eficiente administración de justicia, condición necesaria para alcanzar la paz. Pero debemos entender, que en muchas

ocasiones debe prevalecer el interés general, sin perjuicio de los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean efectivamente reparadas.

El principio de oportunidad en sus diferentes modelos, es un mecanismo que ha resultado efectivo en varios ordenamientos jurídicos, sin embargo, parece ser que en nuestro país el modelo adoptado no ha arrojado resultados satisfactorios.

Existen tres modelos de aplicación del principio de oportunidad, de los cuales sobresalen el de libre oportunidad y el de oportunidad reglada. El segundo, es el aplicado en el ordenamiento jurídico colombiano, en el cual se establece taxativamente los casos en los cuales puede ser aplicado. Como hemos visto, este principio ha sido poco utilizado en relación con la cantidad de procesos que se adelantan en nuestro país. Menos del 1,5 % de las investigaciones adelantadas por la Fiscalía, concluyen con la aplicación del principio de oportunidad. Y evidenciamos, que cada vez se acumula un mayor número de procesos en los anaqueles de nuestro ente investigador.

El planteamiento de este trabajo, finalmente, es el de establecer en Colombia, un sistema de libre oportunidad, en el que el Estado, por razones de interés general, se abstenga de iniciar, interrumpa o suspenda

la acción penal, sin mas limitantes que los principios constitucionales establecidos.

Parece ser, que el principal obstáculo a nivel constitucional, es la supuesta contrariedad con el principio de legalidad. Pero no hay tal. En el orden constitucional, el artículo 250 establece que el principio de oportunidad se debe aplicar en los casos que establezca la ley. Es decir, que si el legislador, en este caso en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, decide ampliar el espectro de aplicación, esta ampliación no seria inconstitucional, por ende se respetaría el principio de legalidad. En el mismo sentido se predicaría del principio de persecución penal.

Otro problema se centra en la dogmática penal en la prohibición de indeterminación en materia penal. Consideramos que este tampoco es un elemento contradictorio con el principio de oportunidad. La prohibición indeterminación implica que no pueden existir delitos ni sanciones indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). En este caso, el principio de oportunidad, siempre obra a favor del individuo quien adelantó una conducta que puede terminar con una condena, pero que por razones de interés general no requiere su persecución. En ese orden de ideas, las normas penales que favorable podrían tener un margen de indeterminación, por que su finalidad es la de beneficiar al individuo, sin perjuicio de que las conductas prohibidas y sus sanciones estén plenamente determinadas.

La naturaleza del principio de oportunidad, sigue siendo excepcional, es decir, prima el principio de persecución penal, pero la aplicación del primero, sin limitantes específicas, sería un elemento significativo en la lucha contra la impunidad en nuestro país, así como una herramienta para la descongestión judicial. En cada caso específico, el operador judicial, en este caso el Fiscal, debe ponderar los principios y derechos constitucionales al momento de aplicar el principio de oportunidad. Está claro que debe mantenerse siempre el control por parte de un juez de garantías.

La aplicación del principio de oportunidad libre, debe basarse en la obligación estatal de prevenir los atentados contra los derechos humanos, de investigarlos, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas. Igualmente en el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y a la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales, así como los derechos de las víctimas, sus familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad.

En este sentido el Corte Constitucional ha manifestado: *“A partir de la consagración constitucional y legal del principio de oportunidad, no se trata de abrir posibilidades incontroladas para que el fiscal deje de investigar o de acusar a su talante, de pronto movido por intereses egoístas o ajenos a la política criminal del Estado, sino de entender que*

*cada conducta delictiva y cada imputado pueden presentar rasgos propios, cuya complejidad psíquica y social exige una valoración, que no puede hacerse mediante una mera interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas. Por ello, una respuesta proporcionada a las características de cada caso requeriría un cierto margen de discrecionalidad que obra a favor de la comunidad y de los ciudadanos y no propiamente de quien ostenta el poder punitivo*<sup>53</sup>.

Por todo lo anterior, la propuesta final, es que se implante el modelo de libre oportunidad en Colombia, modificando el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004, para que quede estipulado de la siguiente manera.

*Artículo 324. Procedencia del principio de oportunidad.- El principio de oportunidad se aplicara cuando se tratara de un hecho que no comprometiére gravemente el interés general y en concordancia con la política criminal del Estado. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma.*

---

<sup>53</sup> Colombia, Corte Constitucional (2005), “Sentencia C-673”, M.P. Clara Inés Vargas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Araujo, J. (1996). Teoría de la Constitución. Bogotá: Ecoe.
  
- Armenta, T. (1991). Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
  
- Cadena, R (2002). Principios de Prueba en Materia Penal. Bogotá: Nueva Jurídica.
  
- Carrasquilla, J.F. (1998). Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
  
- Carta de las Naciones Unidas.
  
- Córdón, F. (2002). Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Navarra: Aranzadi.
  
- De Aquino, T, Summa Teologica.
  
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.



- Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
  
- Echeverry, A. (2002). Teoría Constitucional y Ciencia Política (6ª. Ed.). Bogotá: Librería del Profesional.
  
- Grosso, M.S. (2007). El Concepto del Delito en el Código Penal. Bogotá: Ibáñez.
  
- Kant, I. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres.
  
- Maier, J (2003). Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto.
  
- Martínez, L.E. (2006). Principio de Oportunidad. Bogotá: Nueva Jurídica.
  
- Naranjo, V. (1997). Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá: Temis.
  
- Perdomo, J.F. (2005). Los Principios de Legalidad y Oportunidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
  
- Pérez, A. (1964). Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución (5ª Ed.). Madrid: Tecnos.

- Pérez, A.O. (1994). Introducción al Derecho Penal. Bogotá: Forum Pacis.
- Roxin, C. (2000). Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sayagues, E. (1952). Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo: Depalma.
- Velásquez, F (2007). Manual de Derecho Penal – Parte General. Medellín: Comlibros.