

## **El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio, entre el eficientismo y la certeza de la pena**

The principle of opportunity in the adversarial criminal justice system, between efficientism and certainty of penalty

John Jairo Castro C.\*

### **Resumen**

*La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal, es una característica innovadora en la aplicación de la política criminal de nuestro Estado, entendido este como una facultad que le permite a la Fiscalía General de la Nación suspender, interrumpir o reanudar la persecución penal. Dicha oportunidad debe ser sometida ante el juez de garantías para que haga el control de legalidad. No es una facultad absoluta, pues la Fiscalía debe tener en cuenta la política criminal y las causales definidas en la ley para su aplicación. Es por eso que el presente trabajo busca aclarar inquietudes que se generan en esta materia, haciendo un estudio de la política criminal general y la de nuestro Estado, para luego poder determinar en qué casos se puede predicar su aplicación teniendo en cuenta que esta debe ir enfocada a evitar la imposición de penas innecesarias y orientar los mecanismos de administración de justicia para la investigación de conductas más lesivas.*

*Al respecto es importante tener en cuenta si con la inclusión de este principio en nuestro ordenamiento, se generan verdaderas garantías de aplicación de*

---

\* Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Actualmente abogado litigante y docente tiempo completo en la Universidad Cooperativa de Colombia en el área de Derecho Privado.

*justicia, y si de esta manera el derecho penal, como instrumento sancionador del Estado, responde de manera eficaz a una sociedad con problemáticas evidentemente graves que necesitan respuestas que generen soluciones y establezcan bases de justicia humana.*

### **Palabras clave**

*política criminal, Estado, acción penal, principio de legalidad, principio de oportunidad, aplicabilidad.*

### **Abstract**

*The incorporation of the principle of opportunity in criminal proceedings is an innovative feature in the implementation of the criminal policy of our state, understood as a power that allows the Attorney General's Office to suspend, interrupt or resume the prosecution. That opportunity must be submitted to the guarantees judge, who will make the legality control. It is not an absolute right, since the prosecution should consider criminal policy and the grounds defined by law to be applied. That is why this paper seeks to clarify concerns generated on this topic, making a study of general criminal policy and also of our state policy, and then to determine in which cases can establish their application considering that it must be focused to avoid unnecessary penalties and to guide justice mechanisms for investigating harmful behaviors.*

*In this regard it is important to consider if the inclusion of this principle in our system generates true guarantees of justice application and if in this way the criminal law as a sanction instrument of state, effectively responds to a society with obvious serious problems which need answers to generate solutions and to establish the basis of human justice.*

### **Key words**

*criminal policy, State, criminal action, principle of legality, principle of opportunity, applicability.*

*“La jurisprudencia es el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero”*

*Jeremias Bentham (1959)*

## Introducción

El presente artículo pretende poner de presente las inquietudes que la aplicación en ciertos casos, de un audaz y novedoso principio del nuevo procedimiento penal colombiano, suscita en un joven abogado que se ve especialmente atraído por esta rama del saber jurídico.

A lo largo de la historia muchas han sido las estrategias que ha diseñado el hombre para controlar la criminalidad, o, más bien, las conductas desviadas. Entre estas se cuentan desde los atentados **legales** contra la vida del sujeto activo del punible, pasando por su esclavización, hasta la moderna privación de la libertad, la cual no es menos que una herencia del Estado liberal clásico, en donde todo el sistema estatal y jurídico giraba en torno de este derecho de primera generación.

A este efecto sirve el derecho penal, que, como órgano de control social de carácter formal y de *ultima ratio*, tiene la misión de aplicar un castigo a aquellos ciudadanos que obren contra las prescripciones del Código Penal. Pero para que ello se pueda llevar a cabo tal como lo conocemos hoy en día, con los principios del debido proceso, la prohibición de tortura, la asistencia de un abogado, la contradicción de la prueba, el recurso de apelación de la sentencia, etc., han sido muchas las batallas y los esfuerzos intelectuales que han debido ponerse en marcha.

Uno de esos esfuerzos intelectuales y expresión de un deber civil, se lo debemos al maestro Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, quien con su obra *De los delitos y de las penas* (1994), haría un inmenso aporte a la cultura jurídico-penal moderna, sentando las bases de un derecho penal mínimo, de la racionalización y necesidad de las penas, del silogismo judicial y el voluntarismo legislativo, etc.

Nuestro país no es ajeno actualmente a esa necesidad global de enfrentar una delincuencia que cada día sorprende por sus nuevos métodos y alcances, fenómeno este que agobia los despachos judiciales y redundando en la inaplicación de muchos de los derechos del procesado.

Es en parte por ello que estamos en una transición respecto del procedimiento penal que rige en nuestro país. Procedimiento que a la luz de la doctrina más entendida es mucho más respetuoso de las garantías del procesado y más eficaz para la realización de una justicia material.

En la actualidad Colombia se enfrenta a un gran reto: dar aplicación a un nuevo sistema procesal penal. En efecto, el sistema penal con tendencia acusatoria contenido en la Ley 906 de 2004, trae consigo muchos cambios, uno de los cuales es la aplicación del principio de oportunidad en la persecución penal.

El principio de oportunidad, tal como ha sido concebido para nuestro país, significa que el titular de la acción penal, es decir, la Fiscalía General de la Nación, puede “suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal” en los términos regulados por el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004, art. 323).

Antes de hacer referencia a los casos en que procede la aplicación de la oportunidad en la persecución penal, es necesario referenciar que doctrinalmente, este principio, tal como ha sido concebido para Colombia, tiene la forma de un principio reglado, a diferencia de lo que ocurre con los países anglosajones, como Estados Unidos, donde hay plena libertad para su ejercicio por parte del titular de la acción penal.

Como se ve, de lo anterior se puede interpretar que la aplicación del principio de oportunidad es una manifestación netamente política dentro del proceso penal. Y ello no tiene por qué sonar demasiado raro. Sobre todo por cuanto el derecho es hijo legítimo de la política, y el derecho penal, aún más: es el hijo más querido de la política.

En efecto, y sin ánimo de ofender particulares susceptibilidades, no es atrevido sostener que el nexo entre derecho penal y política es más fuerte que entre esta y otras ramas jurídicas. Ello por cuanto la aplicación de una sanción penal no es más que la causación de otra violencia a la violencia ya infligida por el agresor del bien jurídico tutelado, lo cual no puede interpretarse como menos que una decisión del resorte del “arte de gobernar”, en cabeza del legislativo.

Vistas así las cosas, no es raro que el artículo 321 del C.P.P. preceptúe que “La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la **política criminal** del Estado.”

No sobra clarificar que la política criminal es la respuesta que el Estado, en sus diferentes manifestaciones, da a la criminalidad, la cual deriva de su concepción filosófica, antropológica y jurídica del delito y su tratamiento.

Recapitulando, hasta el momento se tiene que la creciente criminalidad y ausencia de garantías penales para el procesado dentro de su enjuiciamiento, ha generado la necesidad de poner en marcha en Colombia un nuevo sistema procesal penal, más ágil y más garantista. Además, dicho sistema tiene mayores pretensiones de ser

eficiente y de convertirse en una herramienta para descongestionar los despachos judiciales y luchar contra la criminalidad. Como corolario de ello es que se ha incrustado dentro de la Ley 906 de 2004 el principio de oportunidad, el cual sin ser exclusivo del modelo acusatorio colombiano, busca suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en ciertos casos que están definidos en la misma ley.

No se desconoce que la discusión así planteada, entre polos contrapuestos (o en tensión) está aparentemente en dos planos distintos. Uno sería el filosófico-penal que alude al problema acerca de la certeza de la aplicación de una pena ante una infracción a la norma sustancial. Y otro sería el plano netamente procesal, en el que se faculta a la Fiscalía General de la Nación (o su delegado), para que deliberadamente “deje” de actuar en la persecución penal de una conducta delictiva.

No obstante lo anterior, ambas visiones del mismo problema tienen un punto en común que está en el plano filosófico: si bien es cierto que la certeza de la pena es fruto de una cavilación de tipo deductivo (propia de las especulaciones en que tuvo inicio la filosofía en general), su aplicabilidad trasciende esa perspectiva, tal como lo veremos luego. Y la “*suspensión, interrupción o renuncia*” a la persecución penal es un instituto que, aunque procesal, tiene honda raigambre en la finalidad de las penas y la razón de ser del derecho penal.

Sin embargo, ello no obsta para preguntarse si el derecho penal es la respuesta civilizada a la venganza privada sobre una agresión injustificada (o más técnicamente: sobre una agresión con una justificación atenuada o causal de justificación o inculpabilidad), ¿cómo es que la misma legislación contempla situaciones en las cuales ante la comprobada comisión de una conducta punible, dicha respuesta no se inicia o continúa sin que sea el juez quien lo determine en una sentencia absolutoria? ¿Y en cuáles casos ello ocurre?

Aplicando un mínimo de reflexión no ofrece dificultad la aceptación de la legitimidad de causales como la que prescribe que este principio opera “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” (C.P.P., art. 324, num. 7), o “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” (C.P.P., art. 324, num. 13).

Pero el tema se torna más problemático cuando lo que se enarbola como justificación para detener la persecución penal es un criterio más eficientista (C.P.P., art. 324, num. 13) como el de la colaboración que el interesado preste a las autoridades para

evitar la continuación del delito o se realicen otros, o contribuya a la desarticulación de bandas de delincuencia organizada (C.P.P., art. 324, num. 5), o igualmente cuando sirva como testigo principal de cargo para el enjuiciamiento de otros procesados (C.P.P., art. 324, num. 6).

Ello sin lugar a dudas resulta polémico. No puede explicarse de manera distinta que como una contradicción entre lo que se conoce como el principio de *certeza de la pena* y la *eficiencia del sistema*, por cuanto ante la comisión (verificada) de un ilícito, el consecuente de su antecedente –que es la pena– no se verifica, a costa de conseguir la judicialización de otras personas o la evitación de la consumación de otros delitos.

En efecto, la certeza de la pena y la eficiencia del sistema son asuntos respecto de los cuales es ingenuo pensar que se pueden aplicar en puridad haciendo una “*tabula rasa*”<sup>1</sup> de la teoría con desconocimiento de la práctica. Efectivamente, en el mundo real, ambos extremos no son más que hipotéticos, metas (o defectos) del sistema que sólo operan como una cuestión de grado y que sirven como criterios para su mejoramiento.

Aún así, es necesario poner el dedo en la llaga, a efectos de que la academia contribuya a construir<sup>2</sup> los eventos en que constitucional o políticamente –con la correspondiente reserva sobre si entre estos términos hay diferencia o no–<sup>3</sup> es aceptable cierto grado de impunidad en ciertos casos, en aras de ganar más para la sociedad desde otras ópticas.

El marqués de Beccaria escribía en el siglo XVIII aludiendo a la certeza de la aplicación de la pena, que:

No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males,

<sup>1</sup> En el sentido Baconiano del término: desconociendo que hay distorsiones desde la práctica, que afectan la materialización de la teoría.

<sup>2</sup> Al margen de la autoridad con que se impongan criterios desde la jurisprudencia o el mismo Reglamento para la aplicación del principio de oportunidad que adoptó la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución 6657 de Diciembre 30 de 2004.

<sup>3</sup> En el entendido de que la Constitución es nada menos que un “acuerdo político” entre los asociados, cuya función es extraer asuntos del debate. O en términos de Niklas Luhmann, “la reducción de la complejidad” existente en la sociedad.

aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres; y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza. (Beccaria, 1994, p. 72).

Las causales quinta y sexta contenidas en el art. 324 del C.P.P., rezan:

**Art. 324.-** El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

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.

Siendo ello así, un caso concreto en que veríamos la tensión planteada podría ser del siguiente tenor: un sujeto que tras formar parte de una banda de secuestradores, siendo él el encargado de conseguir información de los “secuestrables” –lo cual según la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ubica su responsabilidad a título de coautor–, es apresado por la policía. Hay que agregar que los restantes integrantes de la banda no fueron detenidos en el mismo operativo. El sujeto decide “colaborar con la justicia” mediante la delación de sus compañeros de ilícito, a lo cual la Fiscalía General de la Nación decide responder con la no iniciación de la persecución penal contra él, siempre que la información aportada sea esencial para desarticular la banda.

Como consecuencia de lo anterior, la acción penal se extingue a favor del investigado<sup>4</sup>. Surgen entonces los interrogantes: ¿Es acertado, a la luz de la constitución y una política criminal de corte garantista que este tipo de concesiones se hagan a favor de la eficiencia del sistema penal para sancionar los delitos?

<sup>4</sup> Se anota que, de conformidad con el art. 329 C.P.P.: “La decisión que prescinda de la persecución extinguirá 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”. Para el presente caso los efectos favorables solo se predicarían para el investigado que ha sido detenido en flagrancia, puesto que salta a la vista que en el delito de “secuestro” hay más que un *interés privado* transgredido. Es la legitimidad del Estado la que está en juego, en la medida en que se cuestiona su capacidad para proteger la libertad de sus ciudadanos.

Sin la pretensión de agotar el tema con en este artículo<sup>5</sup>, se dejarán planteadas unas cuestiones que deben tenerse en cuenta a la hora de poner en práctica el principio de oportunidad en la persecución penal. Ello en tanto la existencia y aplicación del plurimencionado principio dentro del ordenamiento jurídico no se cuestiona. Sería innecesario. Por eso, solo se intentará dejar planteadas unas inquietudes que presenta su aplicación, y también unas sugerencias que surgen del debate, a manera de respuestas a esas inquietudes.

## 2. La legitimidad política

Habíamos partido del punto según el cual el derecho penal es una forma civilizada y racional de canalizar la venganza de la sociedad contra aquellos que infringen el ordenamiento jurídico-penal vigente. Ello, obviamente sin descartar otras visiones que encuentran la finalidad del derecho penal –y más concretamente, de la pena– en la resocialización del delincuente, en la prevención general y especial, etc.; las cuales, como se verá después, no afectan el fondo de la contradicción que aquí se trata.

Si ello es así, se concluye, en principio, que no es legítimo, desde una política criminal propia de un Estado respetuoso de los bienes jurídicos que protege, que se sacrifique esa canalización de la venganza privada a través de la “*res pública*”, en aras de conseguir el orden social y la judicialización de otros delincuentes.

Es una transacción muy cuestionable, en el sentido de que el Estado se convierte en aliado de quien contraviene sus normas contra otros que todavía se mantienen en la clandestinidad. Y no es que se le reconozca al Estado como una persona titular de los bienes jurídicos que se protegen a través del derecho penal, sino que es la misma sociedad, depositario de cuyos intereses es el Estado, quien hará las correspondientes objeciones frente a una dudosa aplicación de este principio –se reitera, desde el ámbito político, más que jurídico–.

En palabras de Beccaria:

Algunos tribunales ofrecen impunidad al cómplice de un grave delito que descubriere a los otros. Este recurso tiene sus inconvenientes y sus ventajas.

<sup>5</sup> Además, se parte de una hipótesis con un caso como el planteado, puesto que se reconoce que los asuntos extremos sirven para poner de manifiesto con mayor sencillez, las dificultades teóricas que se presentan en las minucias. Ello no implica, sin embargo, el desconocimiento de la complejidad de la actuación judicial en la realidad, la cual, sin duda, tendrá frente a sus ojos, casos de no tanta trascendencia social, en los cuales se puede ser más proclive a la aceptación del principio de oportunidad en aras de lograr la eficiencia del sistema penal para interrumpir las acciones delictivas y juzgar a los responsables.



Los inconvenientes son que la nación autoriza la traición, detestable aún entre los malvados; porque siempre son menos fatales a una sociedad los delitos de valor que los de vileza, por cuanto el primero no es frecuente, y con sólo una fuerza benéfica que lo dirija conspirará al bien público; pero la segunda es más común y contagiosa, y siempre se reconcentra en sí misma. Además de esto, el tribunal hace ver la propia incertidumbre y la flaqueza de la ley, que implora el socorro de quien la ofende. Las ventajas son evitar delitos importantes, y que siendo manifiestos los efectos y ocultos los autores atemoricen el pueblo. (1994, p. 99)

Sin embargo se reconoce que, de un lado, el eficientismo, o la aplicación de la pena sin ninguna otra consideración sobre su efecto favorable en la delincuencia social, aparte del castigo a quien delinque, son extremos fácticamente irrealizables, su aplicación es solo cuestión de grado. De otro lado, se reconoce que en las sociedades modernas el fenómeno de la criminalidad reviste especiales características que obligan a los Estados a hacer uso de otro tipo de técnicas distintas al puro y simple uso de la fuerza para enfrentarlo, por lo cual deviene legítima la pretensión de sacrificar la certeza de la pena siempre que lo que se gane sea de mayor valor que lo perdido. Es cierto que en ello hay cierto grado de subjetividad, a lo cual deberá responderse por parte del Estado con la formulación de una política criminal seria que extraiga muchas de estas cuestiones del espacio de la discusión política. En otras palabras, el vacío acerca de cuándo es legítimo sacrificar la aplicación efectiva de la pena en aras de conseguir el enjuiciamiento de otros delitos más dañosos para la sociedad, solo puede ser llenado por una apropiada política criminal.

Para evitar la relación inversa<sup>6</sup>, se deduce que este acuerdo entre la Fiscalía y el investigado no puede convertirse en la regla general, sino que debe mantenerse como la excepción, puesto que de lo contrario, pasaríamos de un sistema sustantivo penal que ofrece rebajas y subrogados penales por buen comportamiento, estudio, trabajo, etc., a uno adjetivo penal que por vía de la delación acorte el camino hacia la impunidad, con el consecuente aumento de la ilegitimidad del sistema en la ciudadanía, al percibir menos castigos para quienes infringen la ley penal.

Agregado a lo anterior, hay que anotar que al aplicar este principio estamos ante la existencia cierta de un delito, no se está dejando de buscar la sanción penal por parte de la Fiscalía con fundamento en la duda probatoria (aplicación del “*favor rei*”) o la inexistencia del punible. Es más, también la puesta en marcha de este principio difiere de los preacuerdos entre la Fiscalía y el investigado, ya que en

<sup>6</sup> Es decir aquella según la cual la certeza de la aplicación de la pena contra quien comete el delito comporte perder –se reitera, en términos de una política criminal democrática- más que lo que se busca ganar.

este último evento se acepta la comisión del ilícito, solo que se premia al procesado con una rebaja de pena por no desgastar el aparato de justicia en la comprobación de una conducta que, *ab initio* éste acepta haber cometido.

No obstante lo anterior, se resaltan en principio, dos circunstancias que controlan la aplicación anómala de este principio: a) la intervención judicial en el control que se hace de la oportunidad / inoportunidad para iniciar o continuar la persecución penal, y b) el hecho de que existan circunstancias determinadas en la ley, que habilitan al titular de la acción penal para proceder a la aplicación de la oportunidad. La primera de ellas, si bien es cierto que aumenta los controles a la Fiscalía, evitando la arbitrariedad, comporta una judicialización de una actividad netamente política<sup>7</sup>, para cuya intervención, el juez debe tener muy en claro los principios que iluminan la política criminal del Estado y –no sobra recordarlo– los derechos fundamentales que son límite a toda actuación estatal.

Un tercer control para la aplicación de este principio<sup>8</sup>, está en la estrategia que actualmente usa la Fiscalía. Se trata de la aplicación del principio de oportunidad, pero de la mano de los preacuerdos. Es decir, que dada la posibilidad de interrumpir la acción penal, lo que actualmente se usa es hacer uso de esa interrupción, y no inmediatamente de la renuncia de la acción, hasta tanto se compruebe la efectiva colaboración del procesado para evitar otros delitos, la delación de miembros de bandas de delincuencia organizada o su participación como testigo de cargo en otra causa; y si ello se verifica, entonces se procede a preacordar una pena. O sea que a cambio de su colaboración con la justicia, se negocia la pena descartando un agravante o algo similar, lo que redundaría en la aplicación de una sanción, pero menor de la que le correspondería según la ley sustantiva, a cambio de su ayuda. En últimas, en virtud de este método, la decisión de la Fiscalía para el caso del detenido miembro de nuestra hipotética

<sup>7</sup> Es en este punto donde se encuentra una armonía aceptable entre lo judicial y lo político. Dos ámbitos que desde la teoría política tienen esferas de acción muy diferentes. Aquél: la sujeción irrestricta a la ley –o, más genéricamente al derecho–, y este: la discusión de lo que se convertirá en norma jurídica. Al efecto hay que recordar que, según Karl Schmitt (quien al decir del ilustre jurista Dr. Carlos Gaviria Díaz, es más recomendable en lo jurídico que en lo político), “la excesiva judicialización de la guerra no conduce más que a la guerrerización de la justicia.”

<sup>8</sup> Sobre este punto en particular agradezco el valioso aporte del Dr. José A. Alava Vitery, quien, en su condición de fiscal, y, por lo tanto, conocedor de la práctica en el interior del ente acusador, fue quien me ilustró sobre esta forma de aplicación del principio de oportunidad conjuntamente con los preacuerdos. Posteriormente, y analizado el punto en concreto, se encontró que dicha práctica no implica la negación de la tensión aquí planteada, sino una alternativa media, bastante creativa y prudente adoptada voluntariamente por la Fiscalía y no con fuerza de ley, pero que no descarta el problema de fondo de la intervención discrecional del poder Ejecutivo, cuasi sujeta a las contingencias políticas del momento, en virtud del principio de oportunidad, en un asunto que filosóficamente y tradicionalmente ha estado en cabeza de la rama judicial: la absolución o condena de un procesado por una conducta delictiva.

banda de secuestradores, no sería la de impunidad absoluta a través de la renuncia a la acción penal, sino la imposición de una pena menor en virtud de su ayuda. Pero, se reitera, el ejemplo fue en principio, algo abultado, precisamente para mostrar las posibilidades que el texto de la ley otorga de no aplicarse conjuntamente con una política criminal adecuada.

De esta estrategia cabe mencionar primeramente, que no corresponde al cumplimiento de mandato “legal” alguno, sino que su adopción se da por vía de Directivas expedidas por la Administración del ente acusador, por lo que depende de la concepción que ella tenga sobre el delito en general, o un delito, o una clase de delitos en particular. Es decir que, se reitera lo dicho: la puerta queda abierta para la intromisión de las “contingencias políticas” dentro de la actuación penal con el simple cambio de una directiva. La posición del Fiscal General de la Nación o el Gobierno de turno, sobre un punto en particular puede cambiar y repercutir en el tratamiento de casos como el planteado, sin necesidad de consultar con el Legislativo como órgano de expresión democrática o de la “política criminal”<sup>9</sup> adoptada.

Obviamente hay que decir que esta posición actualmente adoptada es sana, prudente. Se diría que es un punto intermedio razonable en la tensión entre la eficiencia del sistema y la certeza de la pena. Pero ello no acaba “in extenso” con la dificultad: la posibilidad para que ello cambie según el criterio político de turno sobre un delito en particular, continúa viva. La apreciación se mantiene.

Ergo, si el Código de Procedimiento Penal remite a la política criminal del Estado como criterio a seguir para aplicar y controlar la aplicación del principio de oportunidad, es necesario tener en cuenta la recurrida crítica que hace el medio académico e incluso el judicial, de que Colombia no tiene una política criminal seria que se aplique al tratamiento de las conductas delictivas.

Sin embargo, el hecho de que no exista una “política criminal seria” no implica que, al ser ella la respuesta efectiva que el Estado da al fenómeno de la delincuencia, la cual deriva de su concepción del delito, la política criminal practicada actualmente no se pueda analizar: en el plano filosófico sobre la concepción del delito y de su tratamiento, tanto el poder legislativo como el judicial dejan ver en sus actuaciones una concepción peligrosista del delincuente, lo cual se manifiesta en la configuración

<sup>9</sup> No sobra recordar aquí que la “intervención política” a que se alude refiere a las “contingencias políticas” y hasta “partidistas” que rodean nuestra democracia, y difiere ostensiblemente de lo que se denomina “política criminal”, la cual es un concepto académico de respuesta social y estatal conjunta ante el fenómeno criminal, pero que deriva de estudios serios y posturas filosóficas sobre el punto, lo que no necesariamente está presente en los planteamientos de un gobierno de turno.

de tipos penales de peligro presunto<sup>10</sup> y el uso en exceso por parte de la jurisprudencia de los dispositivos amplificadores del tipo penal, el fenómeno de la coautoría, etc.

Todo ello deja entrever que la política criminal que el estado colombiano está poniendo en práctica es de un corte funcionalista que admite una lógica extrasistémica dentro de la lógica intrasistémica legalista propia del derecho penal.

Si ello es así, agregado a que el principio de oportunidad es una puerta abierta para la intromisión de lo netamente político en la esfera de lo que normalmente se entiende como la aplicación técnica de lo jurídico, se tiene que esos criterios de política criminal con que se avala esa intervención política son netamente funcionalistas.

Como una primera conclusión se tiene que de no formularse una política criminal concordante con la Constitución y un modelo garantista de derecho penal, con la participación de la ciudadanía y la academia, se corre el gravísimo riesgo de permitir que el sistema acusatorio se vea permeado por una excesiva intromisión del ejecutivo de turno y su visión del delito dentro de la actividad judicial.

El segundo límite, que es el de las causales taxativamente señaladas en el Código de Procedimiento Penal, en las cuales es viable la aplicación del principio objeto de este artículo, nos remite a un recorte de las facultades de la Fiscalía, que, dada la particular visión del delito que la generalidad de la clase política tiene en nuestro país, deviene en un límite aceptable, en la medida en que no se equipara a su aplicación totalmente facultativa, tal como si opera, por ejemplo en Estados Unidos. Sin contar además, con que según el artículo 328 C.P.P. uno de los intereses por tener en cuenta por parte del fiscal para aplicar la oportunidad, es también el de las víctimas<sup>11</sup>.

Por demás, no sobra aclarar que una política criminal garantista tiene como finalidad la reconstrucción de una verdad procesal con base en unas normas sustantivas que incluyan hechos verificables y no valores susceptibles de una calificación arbitraria

<sup>10</sup> V.gr: delito de amenaza, concierto para delinquir, porte ilegal de armas, y en general todos aquellos que comportan la visión de que el derecho penal es una herramienta para prevenir el delito sancionando las etapas del iter criminis que no comportan violación material a bien jurídico alguno.

<sup>11</sup> C.P.P., "Art. 328.- 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." Ello significa que si bien debe "oír" a las víctimas, ello no implica que su voz sea de obligatorio acatamiento como partes en el proceso, máxime cuando el mismo art. 327 C.P.P. preceptúa que contra la decisión de control judicial acerca de la aplicación del principio de oportunidad no procede recurso alguno. La cosa juzgada se surte sólo con la petición de la fiscalía y la aprobación judicial.

por parte del juez (Ferrajoli, 1995). Como se ve, ello comporta unas garantías irrenunciables para el procesado, por comprometer el orden público, hecho que, en manera alguna puede confundirse con un ánimo en la teoría penal garantista para generar impunidad.

Efectivamente, la teoría del garantismo, al propugnar por la certeza y racionalidad de las decisiones judiciales no admite (o al menos no con mucho agrado), espacios demasiado amplios de discrecionalidad para el juez. Lo que se ve entonces es que el principio de oportunidad abre un espacio para la inaplicación cuasidiscrecional de la pena a favor del procesado, o la negociación de la misma, que, si bien es cierto tiene su iniciativa en la Fiscalía, que es parte del ejecutivo, en el sistema colombiano requiere un aval judicial.

Nuevamente es pertinente traer a la modernidad las ideas que ya habían rondado la mente del gran maestro Beccaria:

A medida que las penas son más dulces la clemencia y el perdón son menos necesarios. ¡Dichosa aquella nación en que fuesen funestos! Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debería ser excluida en una perfecta legislación, donde las penas fuesen suaves y el método de juzgar arreglado y corriente. Parecerá esta verdad dura a los que viven en el desorden del sistema criminal en que los perdones y las gracias son necesarias a proporción de lo absurdo de las leyes y de la atrocidad de las sentencias. Esta es la más bella prerrogativa del trono, y éste el atributo más apetecible de la soberanía, y ésta es la tácita desaprobación que los benéficos dispensadores de la felicidad pública dan a un código que, con todas las imperfecciones, tiene en su favor la preocupación de los siglos, el voluminoso y arbitrario atavío de infinitos comentadores, el grave aparato de las formalidades eternas, y el apego de los más astutos habladores y menos temidos semidoctos. Pero considérese que la clemencia es virtud de legislador, no del ejecutor de las leyes; que debe resplandecer en el código, no en los juicios particulares; que hacer ver a los hombres la posibilidad de perdonar los delitos, y que la pena no es necesaria consecuencia suya, es fomentar el halago de la impunidad, y manifestar que pudiéndose perdonar, las sentencias no perdonadas son más bien violencias de la fuerza que providencias de la justicia.

No se dice de ninguna manera que en la aplicación de una pena “X” y no una pena “Y” para el homicidio, o en la aplicación de una pena “A” y no una pena “B” para el secuestro, haya una suerte de racionalidad natural que implique retribución exacta entre el daño o puesta en peligro del bien jurídico y la sanción a que se somete al delincuente. Ello sería absurdo. Es obvio que detrás de cada

pena hay una arbitrariedad que no tiene explicación dentro de lo estrictamente racional. El asunto de fondo no es el respeto irrestricto por lo que diga la “ley sustantiva penal”, sino el respeto en las directivas del Ejecutivo, por lo que, en forma de ley, es trasunto de un debate democrático en un escenario pluralista de representación social como es el Congreso de la República. En su esencia es un debate de teoría política.

Queda planteado entonces, que la certeza de la pena, más que un problema meramente teórico o del método deductivo<sup>12</sup> acerca de la prevención general, la resocialización del delincuente, o la venganza pública contra quien comete el delito, es un asunto que compromete la base de la legitimidad del sistema penal frente a los ciudadanos.

## **2. La constitucionalidad de las causales quinta y sexta**

En el plano de la legitimidad constitucional de ciertos aspectos de la aplicación del principio de oportunidad, tenemos que aludir a las siguientes dificultades que se nos ponen de presente: una primera puede verse más fácilmente haciendo una adición al ejemplo antes planteado.

Supongamos que hay otra persona en similares circunstancias a la del integrante de la banda de secuestradores a que referimos anteriormente. Pero con la diferencia de que este nuevo procesado no puede aportar información eficaz para poner fin a otra actividad delictiva o para atrapar a sus compañeros del ilícito. Todos ellos se han fugado sin dejar rastro alguno.

En este evento es innegable que existen dos sujetos: uno afortunado y otro no tanto. Surge entonces la pregunta: ¿no será que nuestro segundo sujeto “ejemplo” puede alegar una violación a su derecho a la igualdad por no otorgársele el mismo beneficio por parte de la Fiscalía de renunciar a su persecución penal?

En apariencia se puede deducir a simple vista que sí. Sin embargo, y sin perjuicio de que ello implique o no la variación de esta primera respuesta afirmativa, el problema tiene un calado más profundo. El sistema acusatorio, tal como fue concebido para Colombia, necesitó de una reforma constitucional para dotar a la Fiscalía de los elementos jurídicos necesarios para adelantar su nuevo papel<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> En el sentido de que sin verificación empírica con métodos de las ciencias exactas, sobre si la pena cumple o no la finalidad para la cual es empleada.

<sup>13</sup> Se alude al acto legislativo 03 de 2002, por medio del cual la Constitución Nacional dio cabido a otras funciones para la Fiscalía y se posibilitó la puesta en marcha del sistema penal acusatorio.

Teniendo ello en cuenta, y con la tesis reiterada de la Corte Constitucional en el sentido de que la Constitución Nacional es un todo armónico que debe interpretarse como tal sin que unos artículos de ella primen sobre los otros, no se puede ya concluir tan fácilmente que con la aplicación de un principio consagrado constitucionalmente se viole otro principio del mismo rango<sup>14</sup>.

Sin embargo, y dado que una de las ventajas de la academia es poder desacatar aun los más avezados argumentos de autoridad, nos permitiremos por el momento retornar a nuestro ejemplo para deducir que más allá de las cavilaciones que se hagan en el plano teórico para armonizar los artículos en pugna (art. 13 sobre igualdad y 250 sobre potestad de la Fiscalía para aplicar el principio de oportunidad), en la materialidad sí se puede dar una vulneración o amenaza cierta al derecho a la igualdad.

El segundo sujeto “ejemplo” a que hemos venido aludiendo está siendo objeto de un trato “diferente” a aquel que se le brinda a quien con la delación colabora con la justicia. Ello a todas luces se define como un trato que no es “igual” para ambos procesados.

Para valorar el principio de la igualdad ante la ley penal, la Corte Constitucional (1998) ha dicho:

El Legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, **pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos**, en la medida en que unos y otros **se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad** que atiendan una valoración objetiva de **elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros**. La consecuencia obvia y lógica de lo anterior, es que el tratamiento penitenciario de los condenados por delitos de mayor entidad y gravedad, sea más severo que el dado a las conductas de menor gravedad. (Negrillas fuera del texto original)

De lo anterior se deriva que en materia penal, el trato “diferenciado”, “inequitativo”, “desigualitario” tenga un matiz especial que alude a la razonabilidad y

<sup>14</sup> Ver art 13 de la Constitución Nacional. También los arts. 250 y 251 con la observación de que fueron reformados por el Acto Legislativo 03 de 2002.

proporcionalidad de los criterios con base en los cuales se toman decisiones distintas frente al mismo caso. Y ello, tal como hasta ahora lo ha sostenido la Corte, se determina con base en elementos **jurídicos**, tales como la gravedad de la conducta, la afectación al bien jurídico, el grado de culpabilidad, etc., mas no de **contingencias políticas**.

Como corolario de lo anterior se puede deducir que, si bien en términos estrictamente técnicos, con una decisión como la que se pone como ejemplo no se vulnera el derecho a la igualdad<sup>15</sup>, éste si alcanza a verse menoscabado seriamente en el plano de la realidad.

Una segunda dificultad, aparte de la planteada desde la óptica de los derechos fundamentales, se da en el plano de la teoría del garantismo, lo cual también es abordado por el propio Ferrajoli.

La crítica del estado ético es uno de los muchos aspectos que asume la crítica tantas veces retomada de la confusión entre moral y derecho, a través de los que pasa la salvaguarda del principio de estricta legalidad, en definitiva, el valor de la certeza, valor fundamental en la defensa del ciudadano frente a los poderes arbitrarios que encuentran su espacio natural en la definición no taxativa de los delitos, en la flexibilidad de las penas, en el poder dispositivo, no cognoscitivo, del juez.

“Las páginas dedicadas a la demolición de las doctrinas que por diverso título y en distinta medida podríamos llamar por antítesis oscurantistas y de las instituciones que contravienen los principios de un derecho penal garantista - entre ellas, contestadas con particular insistencia, las medidas de seguridad, la prisión preventiva, toda suerte de pactos entre el juez y el imputado- no son menos incisivas que las dedicadas a la construcción del edificio. (Ferrajoli, 1995 p. 18, 19)

Y continúa:

...Baste pensar en las normas sobre el secreto incluso dentro de la fase de las investigaciones; o en las normas que permiten la “lectura” de actuaciones sumariales en el juicio oral; o, peor, en aquella forma de subordinación legalmente autorizada que consiste en solicitar, junto con el ofrecimiento de reducciones de penas, el interés subjetivo de los imputados en hacer

<sup>15</sup> Se reitera, por cuanto el procedimiento a favor del investigado “delator” es avalado por la propia Constitución Nacional, con lo cual su aplicación no puede ser “inconstitucional” en el sentido de afectar el derecho a la igualdad.



declaraciones acusatorias, o, en todo caso, en pactar sobre el contenido de sus imputaciones (Ferrajoli, 1995 p. 61)

Emplear criterios por parte de la Fiscalía como el de poder desarticular otros grupos delictivos, evitar que se cometan otros punibles, o se pueda usar un procesado como testigo en otra causa, para aplicar el principio de oportunidad, son criterios absolutamente fuera de lo estrictamente dogmático penal. Remiten a objetos de debate público que ponen al derecho penal a obrar “en función de” otros objetivos o valores, que no por ser constitucionales, dejan de ser extrasistémicos frente al derecho penal<sup>16</sup>.

Si ello es así, cabe concluir que el efecto conseguido con la aplicación de este principio del nuevo sistema penal acusatorio es la autorización, desde la Constitución misma para que unos criterios políticos<sup>17</sup> –y por ello muy contingentes– incursionen en el ámbito legal<sup>18</sup> del derecho penal y con ello se abra la puerta para que se erosione el derecho fundamental a la igualdad de algunos procesados.

Aunado a lo anterior, si se entiende que con la comisión de un delito queda radicado en las víctimas un derecho a acceder a la justicia, y que ésta no sólo se limita a lo formal, sino también abarca lo sustancial, es decir el cumplimiento de la norma que impone la sanción, su derecho también se ve reducido a una mínima expresión en casos como el planteado.

Si bien es cierto que, redimensionando el problema, casos como el que nos sirve pedagógicamente no serán todos los que se den en la práctica, si es cierto que dada la alta tasa de criminalidad organizada en nuestro país, se verán en numerosas ocasiones, lo cual, como es costumbre en nuestro país, no se tomará como una dificultad estructural del sistema, sino como otros más de los “errores de nuestros administradores de justicia” que tanto dan de qué hablar a los medios de comunicación.

### 3. Conclusión

Es demasiado ingenuo pensar que por comportar la aplicación del principio de oportunidad, serias dificultades en la práctica, es por ello conveniente desechar su

<sup>16</sup> Léase el derecho penal garantista que limita el poder judicial al máximo a la sola aplicación de la ley.

<sup>17</sup> Entiéndase el término como la práctica muy propia de Colombia que se hace de él. No exactamente en el sentido griego del “arte de gobernar”.

<sup>18</sup> Según la teoría piramidal del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen, la cual da en el rango legal un espacio menor de discrecionalidad para su aplicador que en el rango Constitucional; precisamente por la “textura abierta” de estas últimas normas, en contraste con la ley u otras normas jurídicas de inferior categoría.

utilidad. Constitucionalmente ya está consagrado y el modelo está marchando en todo el país.

La transformación que implica la puesta en marcha del principio de oportunidad en el marco del nuevo sistema procesal penal, nos pone frente a un doble reto: lograr la eficiencia del sistema, pero sin sacrificar en mayor medida los derechos fundamentales de las víctimas del delito y de otros procesados en similares circunstancias a los beneficiados de la oportunidad en la persecución penal; así como también mantener la aplicación de este principio como una excepción para no abrir una puerta ancha que dé paso a la impunidad.

La actual estrategia de ligar la aplicación del principio de oportunidad (entiéndase en su faceta de interrupción de la acción penal) a los preacuerdos, es algo muy sano y que dirime en principio la tensión. Pero no deja del todo tranquilo al ciudadano que quiere seguridad jurídica, por no tener fuerza de ley, estando con ello alejada del debate público y democráticamente representativo, y estar sometida, por el contrario, a las contingencias políticas del momento, que influyen en la visión del delito y respuesta a él, que tiene el Ejecutivo.

Por eso, la aplicación del principio de oportunidad, para que no corra el riesgo de poner en peligro la legitimidad del sistema penal, basada en la aplicación cierta de las penas, tiene que pasar por la formulación previa de una política criminal de corte garantista (mas no débil o anarquista) y democrática, que involucre a todos los estamentos del poder estatal, la ciudadanía en general, y, sobre todo a la academia, para que con la guía de ésta última se avance con paso seguro hacia el cambio para un derecho penal que cumpla su papel sancionador y de respuesta civilizada a la criminalidad.

### Lista de Referencias

- Beccaria, C. (1994). *De los delitos y de las penas*. Barcelona: Altaya. 199 p.
- Bentham, J. (1959). *Tratado de las pruebas judiciales*. 2 vols. M. Osorio (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-592*. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. 991 p.
- Nuevo Código de Procedimiento Penal. (2004). Ley 906 de 2004.
- Orozco, I. & Gómez, J. G. (1997). *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. 486 p.