

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, UNA VÍA SUBROGADA
A LA PRESCRIPCIÓN PENAL DE CARA A LA EXTINCIÓN
DE LA ACCIÓN PUNITIVA ESTATAL.**

Por:

ALEXANDER JARAMILLO BEDOYA

**Tesis de grado presentada como requisito para optar por
el título de Magister en Derecho Penal de la Universidad
EAFIT.**

Asesor de Tesis:

SEBASTIÁN NARANJO SERNA

UNIVERSIDAD EAFIT

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

MEDELLÍN, COLOMBIA

2019

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.	Pág. 03.
Problema a tratar.	Pág. 05.
Palabras Clave.	Pág. 05.
CAPÍTULO I: APROXIMACIONES.		
I. La persecución Penal.	Pág. 06.
II. Sistema Penal Acusatorio Colombiano.	Pág. 12.
A. Las Víctimas Dentro del proceso Penal Colombiano.	Pág. 19.
B. Formas de terminación del proceso Penal Colombiano	Pág. 27.
CAPÍTULO II: DEL TEMA A TRATAR.		
I. Acercamiento al principio de oportunidad.	Pág. 36.
II. Acercamiento a las causales de preclusión.	Pág. 41.
III. Relación intrínseca entre el principio de oportunidad y las causales de preclusión.	Pág. 48.
CAPÍTULO III: CON RELACIÓN A LOS CRITERIOS PROCESALES.	Pág. 68.
CAPÍTULO IV: CON RELACIÓN A LOS CRITERIOS DE CULPABILIDAD.	Pág. 72.
CAPÍTULO V: CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD.	Pág. 86.
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES GENERALES.	Pág. 98.
REFERENCIAS	Pág.103.

INTRODUCCIÓN.

“El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.”¹

Desde el acto legislativo 03 de 2002, se vertió en el discurso jurídico Penal Colombiano, el denominado sistema penal acusatorio, promesa de un nuevo referente de investigación y sanción punitiva Estatal, proponentes, desde el principio de legalidad, de una forma más eficiente, célere, y moderna de juzgar las conductas punibles, facultándose para el efecto de novedosos mecanismos que propenderían por el respeto de las garantías procesales, y los Derechos Fundamentales, tanto de procesados como de las víctimas. O por lo menos, era esa la expectativa razonable de los operadores jurídicos frente a tan robusto cambio en la sistematización de las prácticas que decantaban el Derecho Penal de la época, cambios que ciertamente no se hicieron demorar en la creación de nuevas estrategias en la resolución de las investigaciones penales, y que ciertamente aportaron relevantes ingredientes para la construcción de un Derecho Penal más acorde al avance teórico-dogmático y social de nuestra comunidad jurídica, y que de manera indiscutible presentaron una distinción entre la anterior – pero aún aplicada – Ley 600 de 2000 con respecto a la Ley 906 de 2004 encargada de contener lo sustancial de este novedoso modelo penal.

Sin embargo, indiferentemente de las consecuencias reales que hayan devenido en la aplicación de los principios rectores de la Ley 906 de 2004, de sus efectos negativos en la creación de nuevas tácticas para la punición de ciertas conductas jurídicamente relevantes, o la verdadera eficacia de cara al descongestionamiento no solo de Fiscalías y Juzgados, sino además de los diferentes calabozos en los cuales, de manera transitoria o permanente, son reclusos los ciudadanos procesados, lo cierto es que surgió una Institución Jurídica que de dársele las dimensiones correctas, encarnaría de manera enérgica los fines de celeridad,

¹ Ley 906 de 2004. **Artículo 323** Modificado por el Artículo 1 de Ley 1312 del 09 de Julio de 2009.

eficiencia, y aún más importantemente, el de Justicia, fines que si bien aparecen como elementos fundantes de gran mayoría de nuestra normas penales, ciertamente con la introducción de una acelerada interpretación de los mismos a través de las estrategias de la Política Criminal² (Sentencia C-936, 2010), han sido reducidos a la obtención de sentencias condenatorias como cara de su materialización.

Por otro lado, dispuso el Artículo 250 de Nuestra Constitución Política (Para fines de citación: Const. Pol) 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. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.”³

Por ello, es posible apreciar sin mayores impedimentos que incluso desde la regulación Constitucional se pretendió dotar de una capacidad extraordinaria a la Figura del Principio de Oportunidad, la capacidad para “suspender, interrumpir,” o “renunciar” a una persecución por parte del Estado que en principio sería forzosa e irrenunciable, otorgando la facultad de que operase precisamente, y valga la redundancia, la oportunidad de dar una solución diferente al de un engorroso proceso penal a una situación Jurídicamente relevante. Consideración esta que

² Sentencia C- 936 del 23 de noviembre de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva: “La noción de “política criminal” ha sido definida por la Corte, como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que: “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”. Así mismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma”.

³ CONST. POL. ARTÍCULO 250, modificado por el Artículo 02 del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002.

resulta pertinente en la medida en que desde la propia génesis que encarna dicha figura, su fin, no ha sido otro que el de racionalizar el ejercicio de la acción Punitiva, materializando los principios de proporcionalidad y necesidad que se deprecian del ejercicio legal y constitucional de la actividad Judicial, empero, en nuestro ordenamiento Jurídico la consagración normativa bajo la cual se expone el Principio de Oportunidad no solamente impide una aplicación sensata de dicha figura, sino que además tiende a ligar sus causales de manera evidente con las consagradas en el Artículo 331 del Código de Procedimiento Penal (Para fines de citación: CPP), y con mayor preocupación aun, arroja luces de una innecesidad en su aplicación de cara al principio de lesividad que rige en nuestro ordenamiento Penal.

En esa medida, pretenderá presentar este trabajo un análisis respecto de la aplicación del principio de oportunidad en Colombia en contraste con las causales de prescripción como modalidad de extinción de la acción Penal, ello para indagar sobre la posible identidad entre sus causales, como factor incidente en la inaplicación del Principio de Oportunidad.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Opera de manera independiente el principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio colombiano como una real causal de extinción de la acción penal o como una reafirmación legal de las causales de Preclusión?

PALABRAS CLAVE

Principio de oportunidad, Causales de extinción de la acción penal, Persecución Penal, Fiscalía, Estado social de Derecho, Código de Procedimiento Penal Colombiano, Código Penal Colombiano, Preclusión, Política criminal, Sistema penal acusatorio colombiano, Garantías procesales, Derechos Fundamentales,

CAPÍTULO I: APROXIMACIONES.

I. LA PERSECUCIÓN PENAL.

Desde la configuración misma de las primigenias sociedades humanas, el ejercicio de la actividad punitiva ha sido una de las características propias de la materialización de la autoridad y el poder, ello como manifestación del establecimiento de una comunidad; y muestra de ello, es que incluso desde los primeros brotes de sociedad, el castigo ha sido una expresión de la soberanía de una fuente de poder radicada en el seno de determinada colectividad, de manera tal que el mismo ha estado ligado de manera indiscutible a figuras que ostentan la capacidad de delimitar el castigo, antaño, figuras religiosas o monárquicas que representaban la voluntad de dios, y más recientemente, configuraciones Estatales que representan la voluntad del Pueblo.

Es así, como basta incluso con que un conjunto reducido de personas decida convivir en un mismo espacio geográfico y bajo un acuerdo más o menos consensuado, tácito o expreso, respecto a qué será aquello que esté permitido y qué estará prohibido, para que de manera inescindible surjan, dentro de esa misma comunidad, quienes estén llamados a los roles de persecución, juzgamiento y castigo de las conductas censuradas, siendo innegable en todo caso, que a partir del desarrollo del concepto de los Derechos Humanos, las sociedades modernas han concertado casi de manera global, que deben existir pautas del cómo, cuándo y por qué, ejercer esa capacidad punitiva concentrada en organismos de poder, en nuestro caso, dicho quién será el Estado. De ello, la Profesora Sandra Jazmín Juárez Hernández⁴, indicó:

“Castigo, cualquiera que sea la definición o el contexto en el que se utilice esta palabra, prácticamente toda la civilización occidental conoce lo que significa, a pesar de los diversos idiomas, de las culturas de cada región geográfica, de los aprendizajes, de las religiones, de las experiencias o de las edades de todos los individuos, se puede decir que todos los seres humanos conocen este concepto y sobre todo cómo se aplica. A lo largo de la historia, se han

⁴ Profesora de la Escuela Preparatoria No. 4 de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo -España.

construido diversos enfoques del conocimiento cuya principal finalidad es explicar la existencia humana, la divinidad, la razón, la moral, y más actualmente, la libertad; algunos de estos enfoques tratan de manera directa o indirecta el problema de la moralidad ligada al concepto de castigo.

Es difícil definir desde cuando el ser humano ha sido consciente de ello, pero si revisamos un poco la historia a través de las imágenes, de los mitos o las leyendas, de los códigos de conducta, etc. podemos percatarnos de que desde tiempos bastante remotos, el castigo ha formado parte de la convivencia social y de alguna forma se ha instaurado en la psique de los seres humanos, determinando su comportamiento y visión de lo que es aceptable y lo que no, o por lo menos de lo que puede ser público y lo que se mantiene en la esfera privada.”⁵ (Hernández, 2014).

Claro es, que si bien figuras como la religión, la moral, y la costumbre, suelen definir conductas prescritas para dicho ámbito de conducta, lo igualmente cierto, es que sólo el Derecho, a través de sus múltiples ramificaciones, es, de manera global - y dejando de lado las discusiones diferentes a la legalidad- el código de conducta social por excelencia, tanto así que quien se vea llamado a vivir dentro de una comunidad, deberá, en principio, respetar las pautas delimitadas por el derecho so pena de ser sometido a ciertas consecuencias jurídicas, otrora físico-jurídicas.

En concreto, resulta igualmente innegable que ha sido el Derecho Penal el que ha recibido un mayor enfoque y desarrollo de lo prohibitivo, siendo imperioso que, de manera previa, y respetando todos los criterios de elaboración normativa, defina qué está prohibido, cuándo y cómo se puede perseguir a quien incurrió en lo prohibido, y el cómo castigarlo de hallarlo responsable, ello quedó de manera tacita radicado desde el preámbulo de nuestra Constitución Política inclusive, la cual de manera dicente consagró: *“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y 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, dentro de un marco jurídico, democrático y*

⁵ “CULPA Y CASTIGO. UNA EXPLICACIÓN PSICOANALÍTICA”; Sandra Jazmín Juárez Hernández y otros; Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo Escuela Preparatoria No. 4 Vida Científica, Volumen 2 * No. 4 * julio 2014 Semestral. ISSN: 2007-4905.

participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:” Para más adelante expandirlo en el mismo cuerpo Constitucional en los Artículos: 6⁶, 24⁷, 28⁸, 29⁹, 34¹⁰, y en general, desarrollar dichos fines y métodos en su Códigos Penales y Procesales penales.

El castigo, es en entonces una constante social, un mecanismo casi inherente a la configuración misma de una comunidad organizada, y, por ende, será ese conglomerado de individuos, o aquellos que sean llamados a hablar en su representación, quienes definan a través de varias interdisciplinas aquello que es merecedor de castigo. En tanto resulta claro por lo ya antes expuesto, que será el castigo penal la sustancia principal del presente escrito, es permitente recordar que figuras jurídicas como la presunción de inocencia, la duda en favor del procesado, los fines preventivos y resocializadores de la Pena, la Dignidad Humana, el Derecho de defensa, el Juez imparcial, y en concreto todas las demás que puedan ser contenidas en un concepto lato de Debido Proceso, se han convertido en requisitos *sine qua non* de la pena, entendiendo la pena tanto como medio para un fin, en el sentido de que la pena se impone, dependiendo de la estructuración del ordenamiento jurídico donde nos concentremos, en mayor o en menor medida, orientado a alguno de los fines de la pena; y como fin, entendido como resultado final de un proceso adelantado con determinadas rigurosidades.

En tal orden de ideas, si bien no se procurará ahondar respecto a cuál ha sido el desarrollo de los fines de la pena, o a cuál de ellas se orienta más nuestro

⁶ **CONST. POL. ARTICULO 6.** *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.*

⁷ **CONST. POL. ARTICULO 24.** *Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.*

⁸ **CONST. POL. ARTICULO 28.** *Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.*

⁹ **CONST. POL. ARTICULO 29.** *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. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*

¹⁰ **CONST. POL. ARTICULO 34.** *Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.*

ordenamiento Jurídico Colombiano, pertinente es recordar que de manera expresa y sin lugar a mayores dilucidaciones, nuestro Código Penal (Para fines de citación: CP) (Ley 599 de 2.000) consagra:

“Artículo 4°. Funciones de la pena. *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.”

Lo anterior con la finalidad de no perder de vista que el proceso penal colombiano está orientado a la prevención General y Especial, positivas y negativas, destacando de la prevención especial, el fin resocializador de la pena, y matizando la disposición normativa con una máxima constitucional, concretamente el de protección al ser humano quien pese a portar – de manera ilustrativa – la marca condenado, sigue siendo, ante todo, ser humano. Y por otro lado, acertado o no, dimana de la disposición en mención, que es la pena de prisión la que permite dar aplicación a de las figuras jurídicas más relevantes de las sociedades modernas que no son otros que la reinserción del ciudadano condenado a la vida en sociedad, el no desconocimiento de su calidad de ser humano pese a la conducta punible por la cual fuese sentenciado, pero que en todo caso, dicho ser humano es merecedor de un castigo, y que dicho castigo, dada la conducta que realizó, es necesario; elementos sobre los cuales no podríamos considerar un proceso penal actual, o por lo menos un proceso penal legítimo que supere el mero castigo.

Retomando lo expuesto desde la parte más inicial de esta aproximación, el ejercicio del castigo es un acto de poder dirigido por el soberano – más modernamente- dentro de los términos de la legalidad, en tal sentido, es posible entender que la persecución de lo prohibido obedece a criterios de política preventiva, pero también represiva, y es por ello, que conforma parte de la denominada política criminal, la cual integra todas aquellas estrategias orientadas a la prevención y criminalización de las conductas punibles. En concreto, ha sido definida por la Comisión Asesora de Política Criminal como:

“(...) el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole (...).”¹¹ (Cubillos, y otros, 2015)

Ejemplificando tales respuestas en diferentes ámbitos como en el **social**: “ (...) cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito”, el **jurídico**: “(...) cuando se reforman las normas penales”, el **económico**: “(...) cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables”, el **cultural**: “(...) cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento (...)”, el **administrativo**: “(...) cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria”, o el **tecnológico**: “(...) cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”¹² (Cubillos, y otros, 2015)

Reseñado entonces que dentro de la Política Criminal cabe la persecución penal como manifestación de las “respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables”¹³ es que pese a lo evidente, la misma está radicada principalmente en cabeza del Estado, lo cual, dados los factores de competencia atribuidos por la Constitución Política y la Ley, de manera casi que inmediata se tiende a atribuir dicha aptitud exclusivamente a la Fiscalía, pues incluso señala nuestra Constitución que:

“Artículo 250. Modificado Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, artículo 2º. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que

¹¹ “¿QUÉ ES LA POLÍTICA CRIMINAL?”; Observatorio de Política Criminal Dirección de Política Criminal y Penitenciaria Ministerio de Justicia y del Derecho - Bogotá, D.C., septiembre de 2015.

¹² *Ibidem*

¹³ *Ibidem*.

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. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.”

Pese a lo anterior, es pertinente señalar, que la persecución penal entendida en un sentido más amplio, permitiría entender que este es un acto complejo que va más allá de la posibilidad de imputar, acusar, y pretender una sentencia condenatoria a través de un Juicio Oral, es decir, si bien nuestra constitución es clara en indicar que la competencia de perseguir las conductas jurídicamente reprochables recae principalmente en el ente acusador, lo cierto es también que la persecución no finiquita - ni tampoco empieza, valga mencionar- en tal acto, dado que, previa a la intervención del ente acusador, existen otros actos previos y posteriores de suma importancia a la hora de determinar; primero, qué conductas son las más tendientes a llegar a las instancias judiciales, y a ser consideradas más lesivas para los bienes jurídicos; segundo, quiénes dentro de la comunidad sometida a la soberanía Estatal serán más susceptibles de ser perseguidos penalmente; y finalmente, cómo tratar el problema del delito y el castigo frente a esa población que - valga agregar -, es veladamente definida con antelación.

Es así como la determinación, selección y justificación del qué, quién, cómo y cuándo, pese a tener una relevancia palmaria, es usualmente olvidada dentro del esquema de la persecución penal, y radicada casi que de manera exclusiva en cabeza de la Fiscalía que de manera innegable se tendrá que valer de instituciones como los Organismos de Control, u otras como la Policía, tanto de vigilancia y control, como aquellos que ejerzan labores Judiciales, para poder ejercer su rol constitucional, es decir, si bien la Ley Penal establece qué está prohibido, es inequívoco que de manera evidente serán estas otras personas quienes a diario en desarrollo de sus funciones serán quienes señalen al quién. Por lo anterior, parece más acertado sostener que la Política de Persecución Penal involucra: “(...) “a todas las Instituciones encargadas, Policía Nacional, Ministerio Público, Poder

*Judicial, Política Penitenciaria, ésta última comprende el conjunto de estrategias, principios y decisiones del Estado para organizar la gestión penitenciaria en congruencia con la naturaleza y los fines de la pena y a la vez la rehabilitación del delincuente y su incorporación de nuevo a la sociedad.*¹⁴ (Sanabria, Propuesta de Plan de Trabajo Institucional - Política de Persecución Penal, 2018); ello en tanto es más sensato reconocer que inclusive desde la labor diaria por ejemplo de los agentes de la Policía Nacional, la Persecución penal tiende a un grupo más concretado dentro de toda la población, y por ende, a un grupo determinado o determinable de conductas prohibidas; ello sin pretender señalar que nuestro ordenamiento jurídico se decante por un proceso penal meramente subjetivo, pero sí, mal haríamos en desconocer que por lo menos existe un patrón de caracterización de la población procesada que se fija a partir una pauta más o menos previsible, dependiendo del sector donde se indague, que arrojará de manera consecuente que ciertas conductas sean más o menos perseguidas penalmente que otras.

II. SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

El denominado sistema Penal acusatorio, es el término que comprendía en si la promesa de la transición de un sistema Penal plenamente Inquisitivo a uno de tendencia acusatoria, el cual, a su vez, propugnaría por priorizar su carácter de ultima ratio en nuestro ordenamiento jurídico, significando con ello un resalte de principios fundantes de la actividad Penal moderna como la presunción de inocencia (como oposición al Derecho Penal de autor), el debido proceso (comprendiendo conceptos como el Juez natural e imparcial, el derecho a la defensa, la libertad y la carga probatoria), la necesidad de lesión de bienes jurídicos a partir de la conducta prohibida (Principio de Lesividad), la necesidad y el merecimiento de la pena, la igualdad, y la distribución de competencias.

Así, para el 19 de diciembre del año 2002, el Congreso de la República expidió el Acto legislativo 03 de 2002, por medio del cual, se asignaron competencias de persecución penal – teniendo en consideración las apreciaciones hechas en el punto inmediatamente anterior - a la Fiscalía General de la Nación, y se ordenó la conformación de una comisión para que: **“ARTÍCULO 4. TRANSITORIO. (...)**

¹⁴ “PROPUESTA DE PLAN DE TRABAJO INSTITUCIONAL- POLÍTICA DE PERSECUCIÓN PENAL”; Nery Mauricio Miranda Sanabria; Proceso De Selección Y Nominación De Candidatos A Fiscal General De La República Y Fiscal General Adjunto (Período 2018-2023) – Honduras.

*presente a consideración del Congreso de la República (...), los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema y adelante el seguimiento de la implementación gradual del sistema.*¹⁵ Dando la bienvenida al ya señalado Proceso Penal acusatorio como figura innovadora del Derecho penal en nuestro Ordenamiento Jurídico, para posteriormente, ser expedida el 31 de Agosto de 2004, la Ley 906 de 2004, actual Código Procesal Penal, la cual revestía la promesa de brindar un trámite penal más célere, más acorde al Estado Social de Derecho, y en todo caso más eficiente, criterio claramente utilitarista que tiempo después permitiría la implementación a través de la Política Criminal de los llamados delitos de Peligro.

Pese a la conclusión positiva o negativa que pudiese extraerse de lo anterior, es claro, a partir de una lectura sistemática de nuestra normatividad penal (tanto Sustantiva como Procesal), que Colombia adoptó un modelo mixto entre el corte inquisitivo y acusatorio, del cual debe destacarse que un sistema penal con tendencia acusatoria-adversarial supone – por lo menos desde un punto de vista teórico - más garantías procesales como la igualdad en armas, el indubio pro reo, y la presunción de inocencia, por lo tanto, si bien el presente escrito no tendrá como propósito el cuestionar la benignidad o lesividad de la implementación de dicho sistema penal, era necesario resaltarlo, pues resulta pertinente en tanto no puede perderse de vista que nuestro sistema penal, pese a conservar ciertos rasgos del sistema inquisitivo, también ha adoptado las demás garantías tanto procesales como sustanciales del sistema acusatorio- adversarial, siendo ejemplo de las primeras (del sistema Inquisitivo) por ejemplo:

- I) La necesidad de que la Persecución Penal sea adelantada por parte del Estado, de la cual se ha señalado: *“El sistema procesal inquisitivo tiene origen en la necesidad que han tenido algunos Estados e Instituciones, de alcanzar un mayor fortalecimiento, a través de la persecución de todo aquello que pueda constituir un peligro para la sociedad y que pueda amenazar el rompimiento de aquellos organismos.”*¹⁶ (María Helena Ordoñez Gómez, 2003).
- II) La necesidad de asegurar el proceso ante la personalidad del procesado, aunque ello conlleve el ejercicio anticipado de la fuerza coercitiva del

¹⁵ ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002: Por el cual se reforma la Constitución Nacional.

¹⁶ “LA RESISTENCIA DEL SISTEMA PENAL INQUISITIVO. PERSPECTIVA HISTÓRICO – JURÍDICA”; María Helena Ordoñez Gómez y Diego Mauricio Cano Murillo. Universidad Pontificia Javeriana. Facultad de Ciencia Jurídicas, Departamento de Derecho Procesal. Bogotá D.C, 2003.

Estado sin mediación de una sentencia, realizadas, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, a través de figuras como las medidas de aseguramiento.¹⁷ (Martínez, 2009)

- III) El Non bis in ídem.
- IV) La doble instancia¹⁸ (Caballero, 2015);

Así, el proceso penal colombiano a partir de la Introducción del nuevo código Procesal Penal en el 2004, se vio a una división bipartita del proceso penal, la fase de investigación, y la fase del juzgamiento, cada una compuesta por diferentes actos procesales orientados a este sistema mixto acusatorio; la primera, esto es la fase de investigación, a su vez se encuentra subdividida en dos escenarios:

La **indagación**, en la cual son adelantados los actos investigativos tendientes a determinar, de manera primigenia, la existencia del delito, su probable autor, y la constatación de la existencia de elementos materiales probatorios que sirvan a estas dos primeras interrogantes, y la cual, se recuerda, inicia con la noticia criminal –De nuevo retomamos el concepto de la persecución penal, en el sentido de que el Estado se ha atribuido la capacidad y obligación de perseguir hechos que revistan características de una conducta punible- ;

Y la **investigación** formalmente considerada, que de manera sucinta, comprende, una vez determinada la existencia de un hecho con características de delito, y su probable autor, en la realización de todos aquellos actos orientados a la acreditación del hecho y de la responsabilidad del indiciado, ello principalmente – y en atención a

¹⁷ De las medidas de aseguramiento en el sistema inquisitivo puro: "EL PROCESO PENAL DE LA INQUISICIÓN: UN MODELO HISTÓRICO EN LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO PENAL"; Ana Vanessa Torrente Martínez. Revista jurídica de la Región de Murcia N° 41 del 2009. Páginas: 77 - 78: "El Inquisidor y el Fiscal solían ser juristas y no teólogos, lo cual determinaba que ante un determinado hecho no siempre tenían la capacidad suficiente para determinar si se trataba de un delito de heterodoxia o no. Para ello, el Fiscal se encargaba de recurrir a la opinión de los Calificadores o Consultores, externos expertos en teología. (...) Una vez que los Calificadores habían determinado que el hecho investigado constituía alguna forma de herejía, si se trataba de un delito grave el Fiscal solicitaba al Inquisidor a través de un acto denominado «clamorosa» la detención del sospechoso⁶⁷ [Citando: ESCUDERO, J.A.: op. cit; 2005]. Seguidamente, el Inquisidor ordenaba su detención y por tanto su inmediato ingreso en prisión, así como la confiscación de sus bienes (...) Una vez en prisión, el sospechoso estaba a disposición del Tribunal hasta que se procedía a su interrogatorio, pudiendo transcurrir hasta ese momento, semanas e incluso meses⁶⁹ [Citando: Jurisprudencia nacional de España y DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros: Derecho Procesal Penal, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, la Jurisprudencia (vid. STS de 11 de octubre de 1988)].

¹⁸ Del Recurso de reposición en el sistema inquisitivo puro: "ESTUDIO HISTÓRICO-JURÍDICO DE LA INQUISICIÓN: LA SENTENCIA INQUISITORIAL"; Mónica Agudo Caballero. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad de la Rioja, Curso académico 2014-2015; Páginas 58-59: "El sistema de apelación era un modo de impugnación similar al que tenemos en la actualidad. Se fundamentaba en un posible error judicial, que suponía la revisión de la causa por parte del órgano superior jerárquico, es decir, el Consejo, quien dictaba nueva sentencia, bien ratificando la anterior, bien emitiendo una diferente. La apelación conllevaba la suspensión de la jurisdicción del tribunal que había dictado la primera sentencia y la suspensión de la ejecución de dicha sentencia. Aunque se ha precisado que la revisión de las sentencias era algo habitual, es necesario añadir que esta revisión sólo alcanzaba a las sentencias interlocutorias, es decir, a aquellas que no ponían fin al proceso (...) Para que la apelación prosperara era necesario que el acusado adujera alguna causa o argumento que diera pie a la revisión. La apelación vana, ilegítima o falsa no era admitida (...)"

lo que anteriormente señalábamos respecto a que no solo el ente acusador es quien desarrolla el objeto de la persecución penal – llevado a cabo por los agentes de la Policía Judicial¹⁹, quienes a través de la recolección de elementos materiales probatorios, inspecciones al lugar de los hechos, la recolección de información a través de entrevistas, y todas aquellas otras pesquisas necesarias²⁰ que sirvan para la determinación del objeto a tratar en la subsiguiente etapa procesal. Cabe anotar además que varias de las formas de terminación anticipada del proceso penal se pueden vislumbrar a partir de estos primigenios actos, tales como el Archivo (Art. 79 CPP), la Preclusión (Art. 331 CPP) – sobre la cual necesariamente volveremos posteriormente-.

Sin embargo, de no acaecer una forma diferente de terminación del proceso, lo que sigue es dar el trámite ordinario del mismo, llevando ante los Jueces de Control de Garantías al ciudadano indiciado para que adquiera, a través de un acto procesal y jurídico, la calidad de imputado²¹, acto que, según se ha calificado – y quizás erradamente- es de mera comunicación que efectúa la Fiscalía como titular de la acción penal cuando a partir de “ *los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga.*”²², y de allí – sin desconocer la relevancia de la audiencia de Solicitud de Medida de Aseguramiento -, se da trámite a la segunda gran parte del proceso Penal que es la etapa de Juzgamiento, el cual, a su vez, empieza mediante la presentación del escrito de

¹⁹ Ley 906 de 2004. **Artículo 205.** Actividad de policía judicial en la indagación e investigación. "Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querrelas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia. ** Cuando deba practicarse examen médico-legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico-legal. ** Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación. ** En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control."

²⁰ Ley 906 de 2004. **Artículo 207.** Programa metodológico. Recibido el informe de que trata el artículo 205, el fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de la policía judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito, la ampliación del equipo investigativo. ** Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos. ** En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas. ** Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial.

²¹ Ley 906 de 2004. **Artículo 126.** Calificación. El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si esta ocurriere primero. A partir de la presentación de la acusación adquirirá la condición de acusado.

²² Ley 906 de 2004. **Artículo 287.** Situaciones que determinan la formulación de la imputación.

acusación (Ley 906 de 2004, Título I, Capítulos I, II y III.) ante los Jueces de Conocimiento, frente a quién la Fiscalía describirá - a quien hasta este punto ostentaba la condición de imputado- los hechos jurídicamente relevantes; la adecuación típica de la conducta investigada, y su intervención en la misma.

Dentro de esta etapa anterior, además, se presenta la posibilidad de discutir sobre la inimputabilidad del procesado; y se da el descubrimiento probatorio de la Fiscalía, lo cual permite la materialización del principio de contradicción, cual es eje medular del proceso penal moderno y que con mayor peso diferencia el sistema penal con tendencia inquisitiva al adversarial, o en nuestro caso, uno inquisitivo puro con uno mixto. De este acto jurídico puede señalarse que: *“(...) la esencia o finalidad principal del descubrimiento probatorio no es otra, que la materialización del componente “conocer” de uno de los principios probatorios más relevantes, el de contradicción.”*²³ (Andrea Catalina Lobo Romero, 2016). Este acto, enmarca, en principio, cuál será el debate probatorio que se discutirá en el trámite penal, y presenta la oportunidad al acusado de allanarse o no a los cargos de cara a lo comprometida que vea su responsabilidad a partir de los elementos materiales probatorios y demás elementos con vocación probatoria con la que cuente la Fiscalía hasta este punto.

Procesalmente hablando, una vez superada la audiencia de formulación de acusación, las partes (Defensa y Fiscalía) concurrirán a la audiencia Preparatoria (Ley 906 de 2004, Libro III, Título III, Capítulo I.) en la cual, solicitarán ante el Juez de Conocimiento el decreto de las pruebas que estimen pertinentes²⁴, conducentes, útiles y admisibles²⁵ para acreditar sus respectivas teorías del caso, o, en el caso de la Defensa, resistir la hipótesis acusatoria de la Fiscalía, - sin olvidar, que es el ente acusador quien realmente tiene la carga de probar en el desarrollo del Juicio Oral – . Acto seguido, se insiste, desde la óptica procesal, viene la etapa más

²³ "PSICOLOGÍA FORENSE EN EL PROCESO PENAL CON TENDENCIA ACUSATORIA"; Andrea Catalina Lobo Romero, Adriana Patricia Espinosa Becerra, Jazmín Andrea Guerrero Zapata, Víctor Hugo Ospina Vargas. Página 62.

²⁴ Ley 906 de 2004. **Artículo 375.** Pertinencia. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

²⁵ Ley 906 de 2004. **Artículo 359.** Exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba: Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba. ** Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello. ** Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios.

importante dentro del Proceso Penal con rasgos adversariales o acusatorios, que en concreto es el Juicio Oral; en este, las partes comenzarán presentando sus teorías del caso, que no es otra cosa que la pretensión que harán valer a lo largo del desarrollo del Juicio Oral y que comprende la acreditación de la existencia del hecho, la autoría del procesado, y su responsabilidad frente a esos hechos.

Una vez presentadas las hipótesis a desarrollar por cada una de las partes, se da inicio a la etapa probatoria, en la cual, aquellos elementos que en la audiencia inmediatamente anterior tenían solo vocación probatoria²⁶, pasan a descargar todo el contenido informativo que contienen a través de la práctica probatoria, bien sea a través de la rendición de testimonios, o bien como prueba documental, o como prueba de referencia, peritazgos y demás formas probatorias válidas para la incorporación de la información que contienen estos medios probatorios²⁷ al proceso, considerando además pertinente señalar que: *“De tal manera que los elementos recaudados por la fiscalía general de la Nación, previamente a la etapa del juicio oral, tienen el carácter de mera evidencia física o elementos materiales probatorios, pero no son una prueba propiamente dicha, por consiguiente es necesario determinar cual (SIC) es valor que se le da a los elementos materiales probatorio en la ley 906 (...)”* ²⁸ (Ramírez, 2014).

Concluida la práctica probatoria, las partes presentarán ante el Juez de conocimiento los alegatos conclusivos²⁹ en los cuales expondrán a partir de lo devenido en la práctica probatoria, cuál es su pretensión procesal. Concluido esto, el Juez emitirá el sentido del fallo (Ley 906 de 2004, Título IV, Capítulo V.), de nuevo,

²⁶ "LA EVIDENCIA FÍSICA Y LOS ELEMENTOS MATERIALES COMO SUSTENTO PROBATORIO EN LAS DECISIONES JUDICIALES"; Dagoberto Hernández Ramírez - Universidad Militar Nueva Granada; investigación para optar por el título de Magister en Derecho Procesal Penal. Página 12: "Vale la pena hacer la siguiente precisión terminológica: el material de convicción, la evidencia o material probatorio que tanto la Fiscalía como la defensa recaudan en el proceso de investigación, no se convierte en prueba sino a partir del momento en que son aceptadas por el juez de conocimiento. En el sistema penal modificado por el Acto Legislativo de 2002, la Fiscalía, en su investigación, ejercía la función principal de recaudar y practicar las pruebas que haría valer ante el juez de la causa, lo que implicaba que la resolución de acusación junto con el acervo probatorio que presentaba ante el funcionario jurisdiccional se convirtiera en el fundamento probatorio de la sentencia¹⁶ [Citando: COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 1194/05 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra]."

²⁷ Ley 906 de 2004. **Artículo 382.** Medios de conocimiento. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

²⁸ "LA EVIDENCIA FÍSICA Y LOS ELEMENTOS MATERIALES COMO SUSTENTO PROBATORIO EN LAS DECISIONES JUDICIALES"; Dagoberto Hernández Ramírez - Universidad Militar Nueva Granada; investigación para optar por el título de Magister en Derecho Procesal Penal. Página 12.

²⁹ Ley 906 de 2004. **Artículo 443.** Turnos para alegar. El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación. ** A continuación, se dará el uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y al Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado. ** Finalmente, la defensa, si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriere la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados.

fundándose a partir del producto final de la práctica probatoria, de allí, de haberse emitido sentido del fallo condenatorio, se correrá traslado a las partes e intervinientes (Representante de víctimas y Ministerio Público) para que se pronuncien sobre las características sociales, familiares y personales del ciudadano sentenciado, anunciando así si éste cuenta o no con antecedentes penales, o cualquier otra consideración que estimen relevante de cara a la determinación de la Pena y de los beneficios penales³⁰; y acto seguido, se dará lectura al fallo – Condenatorio o Absolutorio –, se les corre traslado de la palabra a las partes e intervinientes para que si a bien lo tienen interpongan los recursos a los que haya lugar³¹; y una vez ejecutoriada la Sentencia, de ser condenatoria, y de existir víctimas que se hayan visto perjudicadas con la conducta punible, las partes e intervinientes quedan facultadas para solicitar ante el Juez de Conocimiento el trámite del Incidente de Reparación Integral (Ley 906 de 2004, Título II, Capítulo IV.).

Lo recopilado en acápites precedentes, es en suma el trámite procesal que se recorre en nuestro ordenamiento jurídico de cara un proceso penal ordinario, que, se insiste, inicia en las audiencias preliminares, pasa a la etapa de formulación de acusación, y se desenvuelve en la etapa del Juicio Oral, concluyendo con la emisión de una Sentencia por parte de un Juez de Conocimiento. Empero, como se advirtió desde los inicios del presente escrito, incluso a partir de las más primigenia de las etapas procesales, y en el devenir de todo el proceso – considerado globalmente- se pueden presentar varias formas atípicas de concluirlo, entre ellas las ya advertidas: Archivo de la Indagación penal³² y la Solicitud de Preclusión (Ley 906 de 2004, Título VI). Así como también la aceptación voluntaria de los cargos

³⁰ Ley 906 de 2004. **Artículo 447.** Individualización de la pena y sentencia. Modificado por el art. 100, Ley 1395 de 2010 Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado. ** Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición. ** Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días calendario contados a partir de la terminación del juicio oral, en la cual incorporará la decisión que puso fin al incidente de reparación integral. ** Parágrafo. En el término indicado en el inciso anterior se emitirá la sentencia absolutoria.

³¹ Ley 906 de 2004. **Artículo 176.** Recursos ordinarios. Son recursos ordinarios la reposición y la apelación. ** Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia. ** La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria.

³² Ley 906 de 2004. **Artículo 79.** Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. ** Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.

atribuidos por la Fiscalía³³, la presentación de un preacuerdo entre Fiscalía y Defensa (Ley 906 de 2004, Libro III, Título II, Capítulo Único.) y el principio de oportunidad (Ley 906 de 2004, Título V), mismos sobre los cuales volveremos con posterioridad.

A. LAS VÍCTIMAS DENTRO DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO.

Siendo en este punto pertinente señalar que, a diferencia de un sistema inquisitivo puro, y pese a que aún en la actualidad se sigue sosteniendo el “Derecho” del Estado de perseguir conductas punibles³⁴ (Horta, 2016) como sinónimo de su obligación a ese mismo fin, lo cierto es que, el rol de las víctimas dentro del proceso penal Colombiano, ha venido cobrando especial relevancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, permitiéndosele pasar de ser un mero convidado al proceso penal, como espectador de la ocurrencia de los hechos y del trámite donde se definía la responsabilidad del procesado, a participar de manera activa inclusive en la consecución de los elementos materiales probatorios a practicar en juicio, sin desconocer que la práctica probatoria se desenvuelve por intermedio de la Fiscalía.

De tal renovada importancia, surge la necesidad de hallar una definición clara de quién puede entrar en este concepto y quién no, pues será en una medida más o menos razonable su definición lo que nos suministre su marco de acción dentro del proceso Penal, pues en la satisfacción de este principio básico de denominación surge principalmente la seriedad con la cual se tome el concepto de víctima, pues, en el contexto fáctico de nuestra compleja realidad social resulta muy sensato considerar como lo hace Reyes Mate que: *“(…) ni todo el que sufre es víctima ni todos los sufrimientos son del mismo orden. Si hablamos del sufrimiento plural, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que son diferentes y, en segundo, que ninguno puede dejarnos indiferente, al contrario. (...) Víctima es un concepto elástico en el que caben grados, por eso algunos hablan de víctimas primarias y secundarias.*

³³ Ley 906 de 2004. **Artículo 283.** *Aceptación por el imputado. La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga. *** Artículo 353. Aceptación total o parcial de los cargos. El imputado o acusado podrá aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos para efectos de lo aceptado. *** Artículo 368. Condiciones de validez de la manifestación. De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. Igualmente, preguntará al acusado o a su defensor si su aceptación de los cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la Fiscalía. ** De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad.*

³⁴ "LA PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL EN EL SISTEMA PENAL Y PENITENCIARIO COLOMBIANO"; Rafael Gómez Horta. Universidad Católica Luis Amigó; Summa Iuris 4(1), Páginas. 154-169.

(...)" Al contrario, la palabra de la víctima que puede hablar debe estar al servicio del silencio de quien no puede hablar. No hay que guardar silencio, pero hay que guardar al silencio. Por extensión son víctimas los familiares, pero no conviene perder de vista que su palabra no puede suplantar la significación objetiva de la víctima. Habría que añadir en este capítulo que la situación de todos aquellos que viven amenazados y extorsionados⁵⁹ es un tipo de sufrimiento." ³⁵ (Mate, 2006).

Como sostiene Reyes Mate, no todos los que se alegan víctimas, materialmente lo son, pues este simple hecho de establecer parámetros sensatos en la definición de quién es víctima, en gran medida definirá el tratamiento para con el individuo que se predique como tal, pues si bien, los casos difíciles donde una persona puede ostentar tanto la calidad de víctima como de victimario (víctimas grises) suelen tener más frecuencia dentro de nuestra realidad enmarcada en el conflicto armado³⁶ (Revista Semana, 2013), es igualmente claro que la necesidad de diferenciar de manera razonada la posibilidad de participación de quien se alegue víctima dentro del proceso penal, es de suma relevancia jurídica y social, pues acertado es indicar que: *"Mientras una antropología moral que pone en el centro de su discurso el blanco y el negro, a través de asumir como axioma la separación entre los campos de la víctima y el victimario, periferizando y aun ignorando del todo la existencia de los grises, corre el riesgo de volverse maniquea y peligrosamente polarizante; una antropología moral que pone en el centro las zonas grises de colapso de esos roles y periferiza el blanco y el negro, corre, a su vez, el riesgo simétrico de operar como un dispositivo de protección para los victimarios y de humillación y doble victimización para las víctimas."*³⁷ (Vásquez, 2007),

Apreciación relevante al caso, pues— y sin pretender ahondar en ello — nuestro ordenamiento penal consagra eventos como por ejemplo aquellos descritos en el Artículo 188D *Uso de menores de edad la comisión de delitos*" del Código Penal³⁸,

³⁵ "JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS Y RECONCILIACIÓN EN EL PAÍS VASCO"; Reyes Mate. Fundación Alternativas (Madrid- España). ISBN: 84-96653-19-6. Depósito Legal: M-33851-2006. Página 49.

³⁶ Al respecto: Revista Semana. Proyecto Víctimas: LEY DE VÍCTIMAS: EL GRAN DESAFÍO Las zonas grises: "En una guerra como la colombiana, a veces la frontera entre víctima y victimario es borrosa. ¿Se atreverá el país a tocar este tabú? ¿Cuándo será el momento adecuado? "

³⁷ "LAS VÍCTIMAS FRENTE A LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y LA REPARACIÓN EN COLOMBIA"; Guillermo Hoyos Vásquez -Universidad Pontificia Javeriana: Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar. Página 65.

³⁸ Ley 599 de 2000. **Artículo 188 D.** Adicionado por el art. 7, Ley 1453 de 2011. *Uso de menores de edad la comisión de delitos. El que induzca, facilite, utilice, constraña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constrañimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a diez y veinte (20) años. ** El consentimiento dado por el menor de 18 años no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal. **La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad si se trata de menor de 14 años de edad. ** La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad en los mismos eventos agravación del artículo 188 C."*

el denominado “ , en los que posiblemente, un adulto pueda concurrir con un menor de edad en la comisión de determinada conducta punible, y sin importar el grado de participación y culpabilidad en el injusto de este último, el primero siempre pasará a responder por un concurso de conductas punibles, ello, sin detenerse en mayores consideraciones respecto a asuntos tan trascendentes como los diferentes niveles de participación en el injusto tal como la inducción³⁹, la determinación⁴⁰, la Igualdad⁴¹, la culpabilidad⁴² que en últimas, deberían tener más para señalar que el simple fenómeno fáctico de que un adulto y un menor de edad participaron de en la comisión de un delito.

Por otro lado, es claro nuestro ordenamiento Jurídico cuando consagra los Derechos de las víctimas bajo el siguiente tenor:

“Artículo 11. Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;**
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;**
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;**

³⁹ Ley 599 de 2000. **Artículo 29.** Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. ** Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. ** También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado. ** El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

⁴⁰ Ley 599 de 2000. **Artículo 30.** Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice. ** Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. ** Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. ** Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

⁴¹ Ley 599 de 2000. **Artículo 7º.** Igualdad. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política.

⁴² Ley 599 de 2000. **Artículo 12.** Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;*
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;*
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;*
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, por un abogado que podrá ser designado de oficio.*
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;*
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.”*

Así, pese a la clara contradicción finalista del tipo penal referido en precedencia, la Alta Corporación Constitucional colombiana ha señalado: “No obstante, ello no significa que cualquier persona que alegue que tiene un interés en que se establezca la verdad y se haga justicia pueda constituirse en parte civil –aduciendo que el delito afecta a todos los miembros de la sociedad– ni que la ampliación de las posibilidades de participación a actores civiles interesados sólo en la verdad o la justicia pueda llegar a transformar el proceso penal en un instrumento de retaliación contra el procesado. Se requiere que haya un daño real, no necesariamente de contenido patrimonial, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso.⁵⁴ Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando este existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior

*significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial.*⁴³ (Sentencia C-228/02, 2002).

Es claro entonces a partir de lo reseñado que el rol de la víctima dentro del proceso penal adquiere una importancia palmaria respecto a la que solía tener de mero testigo o convidado dentro del proceso, empero, como ya se advirtió igualmente, el Estado sigue atribuyéndose la titularidad sobre el proceso penal y la necesidad de perseguir las conductas punibles, lo cual, de manera natural, desplaza el papel y la potestad que pudiese tener la víctima con respecto a la posibilidad de decidir la suerte del proceso, pues su capacidad para incidir, de manera extra procesal, realmente finaliza una vez pone en conocimiento de la Fiscalía la ocurrencia del hecho punible, en otras palabras, una víctima en Colombia deberá ser igualmente cautelosa al momento de denunciar el hecho dañino que ha sufrido, pues es claro que, salvo que su pretensión sea condenatoria, no habrá más suerte para el procesado que verse enfrentado a un proceso riguroso, agotador, usualmente prolongado en el tiempo, alentado en ocasiones por hostilidades mutuas entre la víctima y el victimario, con un palpable desconocimiento del derecho, que ciertamente estigmatiza⁴⁴ principalmente al encausado y subsidiariamente – con mayor peso en los delitos contra la libertad sexual – a la misma víctima,.

Aunado a lo anterior, debe ser claro además que las oportunidades con las que cuenta el procesado de terminar de manera anticipada el proceso, suelen ser, la aceptación voluntaria a cargos, o la celebración de un preacuerdo que conlleva al mismo desenlace condenatorio, pues si bien es cierto, el procesado puede participar de manera activa en la recolección de los elementos materiales probatorios que le ayuden a soportar a su Defensa técnica la hipótesis que resista la de la Fiscalía, tal situación no siempre es dable en tanto es ostensible que, la desigualdad en el acceso a los recursos económicos de los ciudadanos enfrentados al proceso penal,

⁴³ Sentencia C-228 del 03 de abril de 2002. Expediente: D-3672. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, y Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁴ Al respecto: "MARCANDO AL DELINCUENTE: ESTIGMATIZACIÓN, CASTIGO Y CUMPLIMIENTO DEL DERECHO"; Catalina Pérez Correa. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Sociales. Revista Mexicana de Sociología Vol. 72, N° 2, 2013: Cabe aclarar que no sólo el castigo penal, sino también el proceso penal (desde que se formula la acusación), tiene un componente de deshonra para el acusado. De acuerdo con Whitman (2003), hay un grado de contaminación involucrado en el proceso penal mismo. No es necesario, en este sentido, ser declarado culpable ante un tribunal competente para adquirir el estatus social de criminal y ser considerado riesgoso(a). El mero acto de ser señalado como sospechoso(o) normalmente supone parte de la carga del estatus de "criminal". Por ejemplo, tras un arresto frecuentemente vemos a los acusados exhibidos por las procuradurías en televisión y prensa como el resultado de su trabajo, no como el punto de partida de una investigación o proceso penal. Estos sujetos no han sido declarados culpables por ningún tribunal, posiblemente ni siquiera han sido acusados formalmente. Sin embargo, por el hecho de ser señalados públicamente como posibles responsables, se transmite el mensaje de que representan un riesgo para la sociedad.

suele implicar que la carga de representación de estas personas sea radicada en cabeza de la Defensoría Pública, cuyos servidores se ven igualmente encarados a la falta de personal, de recursos y el trámite de múltiples procesos penales en múltiples instancias que se agrava además con la paulatina implementación de las medidas de aseguramiento – en particular las de carácter intramural - (Ley 906 de 2004, Título IV, Capítulo III) que dificultan en suma que el imputado o acusado participe de manera realmente activa en el proceso que cursa en su contra.

Es incuestionable sin embargo que el rol de la víctima debe ser uno de los pilares centrales del debate en torno al proceso penal, no exclusivamente relegado a las formas de reparación económica del daño sufrido con ocasión del delito (incidente de reparación integral), ni al mero deseo en la emisión de una sentencia condenatoria, sino también, debe cobrar especial connotación, en tanto la víctima es indispensable en el esclarecimiento de los mismos hechos, la necesidad y el merecimiento de pena respecto al procesado, y otras realidades aún más complejas que la mera adecuación a la norma, siendo la víctima en nuestro proceso penal, desplazada de su conflicto para ser reemplazado por el ente acusador, quien de manera casi ineludible está ordenada para perseguir la condena del procesado.

Retomando a Reyes Mate, él plantea que: *“Para poder hacer justicia a las víctimas hay que precisar el tipo de daño que se les hace. Pues bien, a las víctimas se les hace un doble daño: Un daño material a sus personas y a la de los suyos. (...). Un daño político. (...) Le está negando su ser ciudadano, su derecho a la ciudadanía.”*⁴⁵ (Mate, 2006); postulando acto seguido que el daño personal es irreparable en sí mismo, por cuanto resulta imposible, y a manera de ejemplos propone que el devolver a la vida a quien ya falleció, o recuperar el tiempo que se vivió bajo amenaza, son eventualidades imposibles, sin embargo, señala que si bien el daño en sí no es reparable, si lo es hecho como acción injusta. Ya respecto al daño político Reyes Mate señala que existen dos tipos de daños posibles, uno en el sentido de negación de ciudadanía a la víctima y el otro como fractura social que ocasiona el hecho dañino, respecto al primero señala que la reparación a la víctima consiste en el reconocimiento social de la condición de ciudadano que le fuera arrebatado por el hecho nocivo e injusto, y que tal reconocimiento debe ser público y social, más que privado e institucional; y en cuanto a la fractura social, propone que se deben tratar tanto a la víctima como al victimario, propiciando espacios de

⁴⁵ "JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS Y RECONCILIACIÓN EN EL PAÍS VASCO"; Reyes Mate. *Fundación Alternativas (Madrid- España)*. ISBN: 84-96653-19-6. Depósito Legal: M-33851-2006. Página 23.

reconocimientos mutuos, en el cual se reafirme a la víctima como miembro valioso de la sociedad, y donde el victimario reconozca el daño cometido, en la palabras de Reyes: *“La reconciliación consiste en la sutura de esa fractura social y el doble reconocimiento (...).”*⁴⁶ (Mate, 2006).

Lo anterior, resulta pertinente para entender que la víctima, pese a su evidente importancia en el trámite penal, pierde cualquier atribución distinta a una pretensión condenatoria en cuanto el Estado, a través del ente acusador, le arrebató el conflicto entre ella y su victimario, para insistir ante el Juez de Conocimiento sobre la necesidad de emitir un reproche jurídico a través de una sentencia en contra del ciudadano procesado. Así, es que son realmente limitadas las posibilidades que tienen las víctimas de dar terminación anticipada al proceso penal, lo cual, atendiendo a la complejidad de las interacciones sociales, necesariamente debería llevarnos a cuestionarnos sobre las opciones de persecución penal que rondan en nuestro ordenamiento jurídico respecto a una serie de delitos donde el daño sobre la víctima no es más que uno presumido por la Ley, olvidando casi de manera consciente, que en ocasiones el trámite mismo del proceso penal supone también un daño incluso mayor que el de la conducta vista como prohibida.

Al respecto, se ha señalado que: *“(...), se cuestiona la precaria utilización de las salidas alternas,³⁷ toda vez que éstas son verdaderas medidas de racionalización de los recursos económicos y humanos del sistema de investigación y juzgamiento; asimismo, la limitación que ha impuesto el legislador a tales salidas alternativas con base en el populismo punitivo, que ha sido el motor impulsor de reformas al sistema penal, transformándolo, deformándolo y posiblemente desvirtuando los principios político-criminales que lo definen. Algunas de las normas a través de las cuales se han materializado tales transformaciones son: el artículo 199 de la Ley 1098 del año 2006 “Código de la Infancia y la Adolescencia”; la Ley 1121 del año 2006, “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo”; el artículo 2 de la Ley 1312 del año 2009, que modificó normas relacionadas con el principio de oportunidad y la Ley 1453 del año 2011, conocida como la ley de seguridad ciudadana.”*⁴⁷ (Diana Maite Bayona Aristizabal, 2017).

⁴⁶ *Ibidem*. Página 24.

⁴⁷ *"DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA"*; Diana Maite Bayona Aristizabal, Alejandro Gómez Jaramillo, Mateo Mejía Gallego, Víctor Hugo Ospina Vargas. Universidad Nacional Autónoma de México - Acta Sociológica Volumen 72. Páginas 71-94.

Tanto así, que explícitamente nuestro ordenamiento normativo procesal penal contempla lo siguiente relativo a la intervención de la víctima en el trámite penal:

“Artículo 137 CP. Intervención de las víctimas en la actuación penal. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

- 1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.*
- 2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.*
- 3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.*
- 4. (...)*
- 5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.*
- 6. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.*
- 7. Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.”*

De contera que, para el propósito del presente trabajo, sólo podremos tener en cuenta aquellas facultades del Ente acusador frente a las solicitudes de terminación anticipada del proceso penal, pues destaca a simple vista que quien en principio debería tener las mayores atribuciones para solicitar las mismas, normativamente se ve impedido para hacerlo.

B. FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO.

Como puede elucidarse hasta este punto, dentro del Proceso Penal existen, de manera sumamente resumida, dos tipos de formas de terminación del trámite penal, el primero, podría denominarse como ordinario, y el segundo, podría llamarse excepcional, ambos con sus particularidades procesalmente distinguibles, siendo por regla general más deseable una terminación anticipada del proceso, pues permite esta, entre otros, la celeridad procesal⁴⁸, la economía procesal, y la razonabilidad de la pena – sin ello implicar un desconocimiento flagrante de que igualmente aporta circunstancias que deben ser tratadas con mesurada cautela para asegurar el respeto de las garantías y derechos de los involucrados – principios medulares de todo el ordenamiento jurídico y de la actividad judicial.

Como se apuntó con antelación, las formas excepcionales de terminación del proceso contribuyen en su esencialidad a:

- **LA CELERIDAD**, que consiste, de manera sucinta, en dar trámite a las actuaciones de los funcionarios públicos de manera tal que sean realizados en el término más expedito posible sin desconocer los procedimientos y garantías definidos para el mismo, así mismo, puede sostenerse que: *“La celeridad bien puede observarse como uno de los requerimientos primordiales del debido proceso, pues tanto la sociedad como las personas intervinientes en el proceso esperan de la Rama Judicial la definición oportuna de sus peticiones para una convivencia pacífica, confiando en los jueces todas aquellas diferencias surgidas de las interrelaciones familiares, económicas, laborales, etc. O poniendo en sus manos el comportamiento individual de quienes atentan contra los derechos protegidos en última instancia por el Código Penal, destinatarios de una sanción privativa de la libertad o de carácter económico o limitativo del ejercicio de derechos, v. y*

⁴⁸ Destacable en todos los trámites Jurisdiccionales, particularmente a partir de los Artículos: 228 de la Constitución Política Nacional, 4 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 9 y 10 del Código Procesal Penal, 48 del Código Procesal del Trabajo, 2 del Código de Procedimiento Civil, 3 del Código de lo Contencioso Administrativo.

*gr. las suspensiones de la patria potestad, del ejercicio del comercio y de la conducción de automotores.*⁴⁹ (Montoya).

- **LA ECONOMÍA PROCESAL**, que implica agotar en la menor cantidad posible los recursos de la actividad de la administración de Justicia consiguiendo los mayores resultados posibles. Fin puramente utilitarista que debe mirarse y aplicarse con cuidado, pues a partir de la práctica judicial actual, en particular la implementación cada vez mayor de los denominados delitos de peligro, y la preponderancia por la aplicación de las medidas de aseguramiento, fácilmente se desdibuja la línea que separa los resultados, entendidos como sentencias condenatorias (Supuesta muestra de la eficacia de los órganos de persecución y sanción penal), y resultados de un trámite célere (sin dilaciones injustificadas y bajo el respeto de todas las garantías del proceso). Nuestra jurisprudencia la define así: *“El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia.”*⁵⁰ (Sentencia C-037/98, 1998).
- **LA RAZONABILIDAD**, por su parte, es uno de los principios fundantes de toda la actividad Estatal, incluida de manera evidente la actividad Judicial, y consiste básicamente en que los actos de la administración –entendidos de manera amplia – deben estar orientados en la persecución de sus fines, a no desbordar de manera arbitraria el uso del poder, y en el caso en concreto que nos ocupa, implicaría que el Estado debe hacer un uso prudente del *ius puniendi*⁵¹ (Sandoval, 2016), para asegurar que la aplicación de la sanción penal siempre se vea justificada de cara a la conducta realizada por el

⁴⁹ "PROPUESTAS PARA AGILIZAR EL PROCEDIMIENTO PENAL EN COLOMBIA"; Luis Ángel Gallo Montoya. Departamento de Derecho Internacional OEA. Secretaría de Asuntos Jurídicos.

⁵⁰ Sentencia C-037 del 19 de febrero de 1998: Expediente D-1750. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

⁵¹ "EL IUS PUNIENDI DEL ESTADO Y LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"; Tommy Deza Sandoval. [Citando: Exp. N°00033-2007-PI/TC]: *“(“...el ius puniendi del Estado es entendido como la potestad “que se manifiesta en el aspecto coercitivo de las normas y, por otro, que es también objeto de la regulación de las mismas” [Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal Ed. Grijley, 2005, Lima], así, y siguiendo al mismo autor, “el ejercicio de su poder punitivo está determinado por las opciones sociales y políticas que haya adoptado en relación con la organización de la comunidad, en general. Por lo tanto, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general.”. En este sentido la persecución y sanción de conductas delictivas, en un Estado Social y Democrático de Derecho implica el diseño general de las políticas criminales las que no se agotan con la descripción típica de estos ilícitos sino también, entre otros, con la ejecución de la pena. Así, el ius puniendi del Estado funciona con sus limitaciones dentro de un marco penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la pena. En este sentido, nuestro ordenamiento Constitucional y las obligaciones internacionales será el punto de inicio para poder establecer los fines que el régimen penitenciario se ha propuesto lograr y los objetivos que en ella se ha trazado en la Constitución, así como cumplir con los deberes y obligaciones asumidas por el Estado...”)*

ciudadano procesado, de igual manera resulta pertinente entender que la Razonabilidad ve incorporado principios generales del debido proceso tales como la proporcionalidad, la necesidad y la idoneidad de la medida adoptada por el Estado en contra de la acción típica, podríamos indicar como lo señala incluso la Jurisprudencia extranjera que: *“(...) El principio de razonabilidad, surge del llamado “debido proceso sustantivo”, es decir, que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca. Cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada, por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad.”*⁵² (Colegio de Abogados(as) de Costa Rica, 2007).

Por lo cual, la razonabilidad dentro de nuestro ámbito implica reconocer que se trata con penas (decisiones limitativas de derechos) a personas humanas, exigiéndose en consecuencia como elementos indispensables los principios de **necesidad** que hace referencia a: *“la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación”*; de **idoneidad** convida a considerar la existencia de: *“otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión”*, y de **proporcionalidad** que compromete al operador a una: *“comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad.”* (Colegio de Abogados(as) de Costa Rica, 2007)

Lo anterior, a fin de considerar que por regla general dentro la praxis judicial conlleva un desgaste enorme de recursos y personal, de quienes, como igualmente ya de advirtió – por lo menos destacando a la Defensoría Pública⁵³ (Periódico El Heraldito, 2019), (Editorial Kavilando., 2018), (Periódico El Cronista, 2018) -, suelen contar con cada vez mayor cantidad de procesos en desbalance con las capacidades

⁵² "PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD"; Colegio de Abogados(as) de Costa Rica. Centro de Información Jurídica en Línea. Informe de Investigación CIJUL. Páginas 4 - 5.

⁵³ Entre otros: "Defensores públicos de Barranquilla se unen a paro nacional". El Heraldito. 2019; "Defensores Públicos se irán a paro por crisis en la Defensoría del Pueblo"; Periódico El Cronista. 2019; "Defensoría del Pueblo en Riesgo. Colombia"; Editorial Kavilando. 2018.

humanas reales para afrontar todas las implicaciones profesionales y personales que un trámite penal implica, esto, aunado a que, en nuestra realidad jurídica, ciertos asuntos esencialmente administrativos llevan a la dilación o entorpecimiento de los procesos penales, eventos tales como, y por citar un ejemplo, el cambio de los funcionarios a cargo del proceso, que conlleva situaciones nocivas de cara a la inmediación de la prueba, y que si bien dicho principio se trata casi de manera exclusiva en relación al Juez, lo cierto es que materialmente extraer del proceso penal a las partes que realmente se han visto empapadas de las minucias del caso en particular, trae serias consecuencias jurídicas al momento de estudiar la viabilidad de terminación de la causa por vías diferentes al proceso penal ordinario, o incluso incita a concurrir en las denominadas formas anticipadas (Allanamiento voluntario a cargos o Preacuerdo) con lo que se finiquita el proceso penal con una sentencia condenatoria y todas sus consecuencias, sin más miramientos que la aceptación a cargos.

Ahora bien, comprendiendo que las formas excepcionales del proceso dinamizan ciertas garantías de manera más enfocada que el proceso ordinario, es pertinente indicar que existe una forma excepcional de terminar el proceso que ninguna relación guarda con los principios anteriormente reseñados, esta forma es el denominado Vencimiento de Términos (Ley 906 de 2004: Artículo 317 N° 4, 5 y 6 Modificado por el art. 2, de Ley 1786 de 2016. Artículo 175 Modificado por el art. 49, de la Ley 1453 de 2011⁵⁴) que a diferencia de los que se enunciarán a continuación, tiene aplicación precisamente por la inacción por parte del Estado frente a la conducta punible, debiéndose terminar el proceso penal de cara a otras garantías como la Dignidad Humana, y la Presunción de inocencia, pero no como muestra de un proceso célere, y no dilatado.

Sin embargo, es claro que las figuras excepcionales de terminación del proceso penal que dan cuenta de una forma alterna y más deseable de terminar la causa penal – si sostenemos a la Pena como medio Jurídico para lograr la resocialización

⁵⁴ **Artículo 175. Duración de los procedimientos.** El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de noventa (90) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código. El término será de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados. La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación. La audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria. **Parágrafo.** La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años.

y reintegración del procesado con la sociedad -, serían: El principio de oportunidad, (Ley 906 de 2004 Artículo 66 Modificado por el art. 1, de la Ley 1826 de 2017⁵⁵); el Desistimiento de la querrela (Ley 906 de 2004 Artículo 76 Modificado por el art. 6, de la Ley 1826 de 2017⁵⁶); el Archivo (Ley 906 de 2004 Artículo 79⁵⁷); la Preclusión (Ley 906 de 2004, Título VI) institutos que confluyen procesalmente en la Extinción de la Acción Penal (Ley 906 de 2004 Artículo 77⁵⁸). Así las cosas, y en aras de evidenciar un marco general entre dichos institutos, es menester indicar:

Del **desistimiento de la querrela**, que es la forma de terminación del proceso más incluyente con respecto a las víctimas dentro del proceso penal, pues de manera cierta es el único instituto que dependerá de manera exclusiva de la voluntad de la víctima, al respecto ha señalado nuestra jurisprudencia nacional que: *“Una consecuencia natural de la querrela es la posibilidad que tiene la víctima de desistir el ejercicio de la acción penal, pues es lógico que si la ley le permite al sujeto pasivo del delito dar inicio al proceso penal, también le autorice terminarlo cuando lo considere pertinente. De ahí que, es cierto, que el único que puede desistir de la querrela es el querellante legítimo y que, en delitos cuya investigación se inicia de oficio, por regla general, no procede el desistimiento. (...).”*⁵⁹ (Sentencia C-425/08, 2008). Lo cual, denota – lo que con anterioridad habíamos abordado- un reconocimiento cada vez más preponderante de la importancia de la víctima dentro de la persecución penal, pues absurdo sería suponer lo contrario.

⁵⁵ **Artículo 66.** Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código. ** No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el 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 de control de garantías. ** Cuando se autorice la conversión de la acción penal pública a privada, y entre tanto esta perdure, la investigación y la acusación corresponderán al acusador privado en los términos de este código.

⁵⁶ **Artículo 76.** Desistimiento de la querrela. En cualquier momento de la actuación y antes del inicio de la audiencia de juicio oral, el querellante podrá manifestar verbalmente o por escrito su deseo de desistir de la acción penal. ** Si al momento de presentarse la solicitud no se hubiese presentado escrito de acusación, le corresponde a la Fiscalía verificar que ella sea voluntaria, libre e informada, antes de proceder a aceptarla y archivar las diligencias. ** Si se hubiere presentado escrito de acusación le corresponderá al juez de conocimiento, luego de escuchar el parecer de la Fiscalía, o del acusador privado, según sea el caso, determinar si acepta el desistimiento. ** En cualquier caso el desistimiento se hará extensivo a todos los autores o partícipes de la conducta punible investigada, y una vez aceptado no admitirá retractación.

⁵⁷ **Artículo 79.** Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. ** Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanuda mientras no se haya extinguido la acción penal.

⁵⁸ **Artículo 77.** Extinción. La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley.

⁵⁹ Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008. Expediente D-6948. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sin embargo, las zonas oscuras de nuestra realidad fáctica conllevan, como igualmente ya se señaló, a mirar con cautela este instituto, pues no es extraño a nuestro ámbito social y cultural, que intereses económicos o ilícitos, e inclusive emocionales, incidan en la alteración de procesos Judiciales, por lo cual, la benevolencia de este - como de todas las demás figuras de terminación excepcional del proceso penal-, demanda del operador jurídico, una valoración razonada y ponderada de cara al respeto de los bienes jurídicos de los involucrados en el trámite penal. Respecto a esta misma figura, es agregar que, los delitos querellables han sufrido amplia modificación normativa⁶⁰, siendo la más reciente la introducida por Ley 1826 de 2017 que delimitó dicho Artículo 74 CPP⁶¹. Por esto, la gama de delitos querellables es considerablemente amplia, y comprende en principio aquellos delitos que por regla general involucran a las partes de manera más directa, lo cual, de nuevo, incita – y sin olvidar que no es el tema del presente trabajo – a una preocupación razonable respecto a una posible indebida aplicación de dicho instituto para la terminación anticipada del proceso penal, el cual tiene desde su redacción normativa, efectos irretractables una vez sea aprobada por parte del Juez, lo cual, nos lleva así mismo a concluir que al ser objeto de valoración por parte de un Juez implicaría que tiene efectos de cosa juzgada ⁶² (Sentencia C-774/01, 2001).

⁶⁰ Modificado por el Artículo 4 de la Ley 1142 de 2007; Artículo 108 de la Ley 1453 de 2011; Artículo 5 Ley 1826 de 2017.

⁶¹ **“1.** Aquellas que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad, con excepción de: Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas (C. P. artículo 193); Divulgación y empleo de documentos reservados (C. P. artículo 194); Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (C. P. artículo 416); Revelación de secreto (C. P. artículo 418); Utilización de asunto sometido a secreto o reserva (C. P. artículo 419); Utilización indebida de información oficial privilegiada (C. P. artículo 420); Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (C. P. artículo 421); Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (C. P. artículo 431); Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (C. P. artículo 432). **** 2.** Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1° y 2°); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1°); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1°); parto o aborto preterintencional (C. P. artículo 118); lesiones personales culposas (C. P. artículo 120); omisión de socorro (C. P. artículo 131); violación a la libertad religiosa (C. P. artículo 201); injuria (C. P. artículo 220); calumnia (C. P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C. P. artículo 222); injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226); injurias recíprocas (C. P. artículo 227); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2°); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. artículo 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246 inciso 3°); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. artículo 248); abuso de confianza (C. P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. artículo 252); alzamiento de bienes (C. P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda (C. P. artículo 255); defraudación de fluidos (C. P. artículo 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. artículo 257); malversación y dilapidación de bienes (C. P. artículo 259); usurpación de tierras (C. P. artículo 261); usurpación de aguas (C. P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. artículo 264); daño en bien ajeno (C. P. artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P. artículo 305); falsa autoacusación (C. P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P. artículo 445); Violación de los derechos de reunión y asociación (C. P. artículo 200). **** Parágrafo.** No será necesario querrela para iniciar la acción penal respecto de casos de flagrancia o en los cuales el sujeto pasivo sea menor de edad, inimputable o se refieran a presuntas conductas punibles de violencia contra la mujer.”

⁶² Al respecto de la cosa Juzgada; Sentencia C-774 del 25 de Julio de 2001. Expediente D-3271. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.: “La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y, en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. (...) Al operar la cosa juzgada, no solamente se predicen los efectos procesales de la inmutabilidad y definitividad de la decisión, sino que igualmente se producen efectos sustanciales, consistentes en precisar con certeza la relación jurídica objeto de litigio.”

Por su parte del **Archivo**, habría que señalar que es una figura que opera dentro de nuestro ordenamiento Jurídico cuando la Fiscalía General de la Nación no logra constatar o la existencia del hecho, o de la ilicitud del mismo, y podría indicarse que: *“inicialmente se diría que, si en desarrollo de la etapa de indagación la Fiscalía determina que el hecho denunciado no existió en la realidad, debe ordenar el archivo de las diligencias. Y que también procede el archivo cuando constata que el hecho y las “circunstancias fácticas” demostradas no concuerdan con la descripción legal de una conducta delictiva, o sea, que el hecho escapa a la categoría de la tipicidad, en fin, que la conducta no se ajusta a un tipo penal.”*⁶³ (Jaimes, 2011).

De instituto podríamos señalar también que desde su estructuración normativa nos proponer un interrogante respecto a la aproximación procesal que existe entre esta figura, con algunas de las causales de preclusión de la acción penal, concretamente con las consagradas en los Numerales 3 y 4 del Art. 332 CPP, pues el Archivo, al igual que las causales de preclusión advertidas, proponen que procederán ambas cuando el hecho sea inexistente, o de existir, sea atípico, es decir, no reúna las características para considerarla una conducta típica que atente contra determinados bienes jurídicos⁶⁴ (Jaimes, 2011); siendo oportuno indicar que dadas las consecuencias jurídicas de uno y otro, será la preclusión, la forma más ideal para los intereses del ciudadano procesado, pues respecto al archivo debe recordarse que existe la posibilidad para la Fiscalía de retomar la persecución penal en contra del ciudadano, mientras que por su parte, al ser la preclusión decretada por un Juez de la República, tal posibilidad desaparece del ámbito jurídico pasando a ser un hecho amparado por la cosa Juzgada; complejidad procesal que difícilmente se ve superada a partir de la praxis judicial, pues lo cierto es que, ningún reproche podría hacerle al delegado Fiscal que opte por una u otra en caso de acaecer las circunstancias previstas por la Ley.

Como fue advertido con antelación, si bien la **prescripción de la acción penal** como forma de terminación anómala del proceso penal, en principio no se muestra

⁶³ "EL ARCHIVO DE LA ACTUACIÓN PENAL EN COLOMBIA"; Miguel Ángel Pedraza Jaimes. *Doctrina Procesal Penal*. 2011.

⁶⁴ Al respecto: EL ARCHIVO DE LA ACTUACIÓN PENAL EN COLOMBIA"; Miguel Ángel Pedraza Jaimes. *Doctrina Procesal Penal*. 2011: "Debido a la complejidad de la norma que regula el archivo de las diligencias, seguro que pueden presentarse diversas situaciones generadoras de confusión en el plano procesal, en atención a que los motivos de archivo, según el art. 79, se entiende que son la inexistencia del hecho y la atipicidad de la conducta. Empero, la "inexistencia del hecho investigado" y la "atipicidad del hecho investigado" también son concebidas legalmente como causales de preclusión, a términos de lo dispuesto en los numerales 3 y 4, respectivamente, del art. 332 del código procesal penal. Por lo tanto, resulta necesario e indispensable precisar los motivos que sirven al archivo de la actuación en perspectiva a los fines de la fase de indagación penal y a la dinámica misma del proceso penal acusatorio, máxime que de acuerdo con la jurisprudencia nacional es posible para la Fiscalía solicitar la preclusión sin haberse formulado imputación, es decir, pedir la preclusión desde la fase de indagación. Además, ello hace surgir el debate sobre la real procedencia del archivo en oposición a la necesaria procedencia de la preclusión, atendida la importancia para el proceso de cada una de estas decisiones".

estrictamente como manifestación de principios medulares del proceso tales como la celeridad y la economía procesal, también quedó advertido que su aplicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico conlleva la materialización de principios igualmente relevantes de cara a la presunción de inocencia y al debido proceso, sin los cuales el poder punitivo Estatal sería desbordado e ilegítimo.

Así, la prescripción puede ser entendida además de su faceta de instituto jurídico, como un derecho de los procesados a que, aun estando sometidos al *Ius Puniendi* Estatal en calidad de posible o probable autor o participe de una conducta punible, no se enfrenten de manera indeterminada en el tiempo a las consecuencias nocivas que conlleva incluso estar sujeto en calidad de imputado a una investigación penal, pues resulta innegable que entre otras consecuencias de índole individual, deviene para el procesado de cara a su convivencia habitual con la sociedad, un proceso de estigma escalonada que trasciende las esferas meramente legales, y se impregna en la humanidad de la persona procesada.

Por lo cual, resulta indispensable someter incluso la persecución de los delitos más atroces a una duración razonable que propenda materializar el principio de presunción de inocencia. Al respecto, señaló Emiro Sandoval Huertas⁶⁵ que: *“La prescripción de la pena, para decirlo en forma muy elemental, supone que trascurrido determinado espacio de tiempo sin que fuere ejecutada, cesa la obligación estatal de aplicarla. Por manera que se diferencia claramente de la prescripción de la acción por cuanto esta extingue en abstracto la punibilidad, es decir, independientemente de que el hecho fuese o no realmente delictivo y de que el procesado -si lo hubo- fuese efectivamente responsable; en cambio, la prescripción de la pena implica la extinción en concreto de la punibilidad, esto es, supone la previa existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada en la que se declara jurisdiccionalmente la comisión de una infracción y la responsabilidad penal de su autor₂”*.⁶⁶ (Huertas, 1982)

⁶⁵ Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

⁶⁶ "LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO"; Emiro Sandoval Huertas. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal N°14 (1982). Página 639.

Por otro lado, en la normatividad procesal penal, dicho evento jurídico es recogido en diversos artículos, siendo estos los Artículos 294⁶⁷, 175⁶⁸ CPP, que procesalmente regulan la aplicación de esta figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

De las causales de **preclusión** valga anticipar desde ya que se retomarán con un poco de más profundidad con posterioridad, sin embargo, no podrían olvidarse de cara a abordar las causales de terminación anticipada del proceso penal. Así entonces, téngase en consideración que las mismas se encuentran en principio reguladas a partir del Artículo 331 de la Ley 906 de 2004, concretamente bajo el siguiente tenor:

“Artículo 331. Preclusión. *En cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar.*

Artículo 332. Causales. *El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:*

- 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.*
- 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.*
- 3. Inexistencia del hecho investigado.*
- 4. Atipicidad del hecho investigado.*
- 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.*
- 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*

⁶⁷ **Artículo 294. Vencimiento del término.** *Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento. De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior. En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de sesenta (60) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando el juzgamiento de alguno de los delitos sea de competencia de los jueces penales del circuito especializado. Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al Juez de Conocimiento*

⁶⁸ **Artículo 175. Duración de los procedimientos.** *El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad, no podrá exceder de treinta (30) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código. La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación. La audiencia del juicio oral tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria.*

7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.

Parágrafo. *Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.”*

De modo tal que resalta a la luz de una simple lectura de la norma que, las causales 2, 4, 5, 6, y 7 quedarán excluidas de la etapa del Juzgamiento, que como ya se advirtió en un ítem anterior, inicia una vez culminada la audiencia preparatoria y tiene como finalidad verter al proceso la información contenida en los elementos materiales probatorios, y, por ende, en la praxis, salvo de acaecer una de las llamadas causales objetivas (1 y 3) resultaría inviable aplicar este instituto. Por otro lado, también debió advertirse del tenor de la norma, que existe cierta semejanza entre la disposición del Artículo 332 CPP de cara a otros Artículos del mismo cuerpo normativo, como es el caso – igualmente ya advertido - del Archivo frente a los numerales 3 y 4, y la prescripción frente al numeral 7.

Al respecto, ha sostenido nuestra jurisprudencia que: *“La preclusión de la investigación es un mecanismo procesal mediante el cual se da por terminado el proceso penal en forma anticipada a la sentencia, en tanto que se cumplen algunas de las causales señaladas expresamente por el legislador para el efecto. Es una figura usual de los procesos penales en los que el Estado es el titular de la acción penal y tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado. (...)”*⁶⁹ (Sentencia C-118/08, 2008).

CAPÍTULO II: DEL TEMA A TRATAR.

I. ACERCAMIENTO AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Del principio de oportunidad se han venido haciendo ya varias acotaciones preliminares, sin embargo, por estimarlo relevante para efectos del presente

⁶⁹ Sentencia C-118 Del 13 De febrero De 2018. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-6818

análisis, se translitera el contenido del Segundo Debate al Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 ante Cámara de Representantes por el cual se modifican los artículos 182, 184, 186, 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política que señala así:

“(...) d) La inclusión del principio de oportunidad

La reforma propone también incluir la figura conocida como principio de oportunidad, aunque, dicho sea de paso, en el actual régimen procesal penal, tenemos su aplicabilidad en forma incipiente, como, por ejemplo: las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, indemnización integral, desistimiento, transacción; o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o en la extinta figura de la audiencia especial.

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

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

El mencionado principio se concreta en una excepción al de legalidad, y funcionaría de una manera similar a como operan las figuras del plea guilty y el plea bargaining en el sistema anglosajón, donde la primera es la confesión y su efecto es evitar el juicio, y la segunda es la 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.

El principio de oportunidad también se ha introducido progresivamente en otros ordenamientos europeos distintos del anglosajón, que nos pueden servir de guía y ejemplo. Tal es el caso de Chile, Venezuela y siendo Alemania donde más detalladamente se consagra en su normatividad orgánica procesal penal; (...)”⁷⁰ (Cámara de Representantes, 2002)

⁷⁰ PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 237 DE 2002 (GACETA DEL CONGRESO N° 157 {10-05-02}).

Señalándose al respecto, entre otras, nuestra Jurisprudencia nacional cuando indica que: “(...) *“Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema.”* que además: *“La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta.”* Y exhortando vigorosamente a los funcionarios judiciales, en particular al ente acusador, a que se generen esfuerzos institucionales que den viabilidad a la aplicación de lo que se ha denominado como *“justicia mejor”*⁷¹ (Sentencia N° 29183., 2008)

Por otro lado, no puede perderse de vista que si bien es –teóricamente- novedoso, este Instituto jurídico, debe estar en sintonía con el cuerpo procesal vigente y aplicable dentro de nuestro ordenamiento procesal, así, nuestros Altos Tribunales han considerado como positivo la terminación excepcional del proceso penal, señalando al respecto que:

“(...) Así las cosas, teniendo en cuenta la estructura del proceso penal, la idea es que el mismo se finiquite de manera «anormal», es decir, a través de la «terminación anticipada», procurándose que ésta sea la vía que normalmente de fin a la actuación con sentencia condenatoria, ya que, se repite, la concepción filosófica que constitucional y legalmente sustentan el sistema, conduce a que así se culminen la mayoría de las actuaciones, pues no de otra manera se explicaría la razón por la cual se incluyeron los preacuerdos, las negociaciones e, incluso, el principio de oportunidad, institutos que, sin lugar a dudas, buscan, dentro del respeto de las garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes, la efectividad material de la administración de justicia dentro del marco propio de celeridad y economía”.
(Segunda Instancia 2018-00382 (088-2018), 2019)

Con este panorama general entonces, concretando, la figura del Principio de oportunidad, se encuentra recogido en los Artículos 321 y siguientes de la Ley 906 de 2004, definiendo sus causales en el Artículo 324, mismo que fuera modificado

⁷¹ Sentencia N° 29183 Del 18 de noviembre de 2008. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez.

inicialmente por el Artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, y posteriormente por el Artículo 40 de Ley 1474 de 2011, para quedar así:

“Artículo 324. Causales. *El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:*

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. Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-673 de 2005

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.

18. Cuando el autor o partícipe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado.

Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento.

El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas.

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 exceda de seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.*

Parágrafo 3°. *Declarado **INEXEQUIBLE** por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-095 de 2007*

II. ACERCAMIENTO A LAS CAUSALES DE PRECLUSIÓN

Sea lo primero indicar que la figura de la preclusión si bien de suma relevancia para nuestro ordenamiento jurídico contemporáneo, ha experimentado ciertos cambios relevantes dentro de nuestro sistema penal, así, anteriormente era recogido por el Artículo 39 de la Ley 600 del 2000 de la siguiente forma:

“ARTICULO 39. PRECLUSION DE LA INVESTIGACION Y CESACION DE PROCEDIMIENTO. *En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria.*

El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio.”

Para posteriormente ser variada en su implementación procesal, a partir de una aplicación del Artículo 02 del Acto Legislativo Acto Legislativo 3 de 2002 que rezó:

Artículo 2°. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 250. *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. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.*

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

(...)

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar

(...)"

Situación que pone de relieve una inicial y similar aplicación de la Preclusión dentro de la Ley 600 de 2000 con lo que actualmente conocemos como el Archivo, pasando entonces a partir de la promulgación del Acto Legislativo 3 de 2002, de ser un acto meramente dispositivo de la Fiscalía, a requerir el aval del Juez de conocimiento, situación que denota claramente el cambio de paradigma en la aplicación de esta forma anticipada de terminación del proceso Penal que la reviste, como ya lo señalamos, de una característica jurídico procesal de indiscutible importancia como lo es la cosa juzgada.

Por otro lado, también fue sentado ya en párrafos anteriores, que las causales de preclusión se encuentran consagradas en el Artículo 331 de la Ley 906 de 2004, y se da en siete casos que, se recuerda, son: “**1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal. 3. Inexistencia del hecho investigado. 4. Atipicidad del hecho investigado. 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado. 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.**” Y así mismo, quedó sentado que, durante la etapa del juzgamiento solo se podrá solicitar la preclusión por las causales 1 y 3 que son denominadas causales objetivas de preclusión⁷² (Ruíz, 2017), empero, recuérdese que fue destacado ese engranaje procesal interno dentro de la aplicación en la praxis de este instituto jurídico, por lo cual, no podría perderse de vista que, si bien no aparecen de manera expresamente descritas en el Artículo 332 del Código Procesal Penal, el Artículo 77 del mismo cuerpo normativo prevé causales claramente objetivas que darían lugar a la extinción de la acción penal, que es, por ejemplo:

“Artículo 77. Extinción. *La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley.*”

Situación que de cara a la práctica jurídica resulta innegable que finalmente desemboca en una aplicación de alguna de las causales de preclusión, tal como la del numeral 1, es decir, por imposibilidad de iniciar o continuar con la acción penal. Situación que, si es considerada además con lo ya dicho respecto al Artículo 332 CPP frente al caso del Archivo de cara a los numerales 3 y 4, y la prescripción frente al numeral 7 del Artículo inicialmente citado, no podríamos eludir en relación a la

⁷² “LA ACUSACIÓN EN COLOMBIA”; Ángela María Buitrago Ruíz. Págs. 20-21; Citando: Corte Suprema de Justicia. Recurso dentro del radicado 34382 segunda instancia del Tribunal de Tunja que negó una preclusión solicitada por la Fiscalía en investigación, 15 de septiembre de 2010, M. P.: Augusto Ibáñez: “el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 señala que en cualquier momento el fiscal puede solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación si no existe mérito para acusar. En sede de juicio se habilita, además, al Ministerio Público y a la defensa, para que eleven similar solicitud, pero por dos motivos únicamente: i) imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal (causal primera); ii) inexistencia del hecho investigado (causal tercera). El parágrafo del artículo 332 de la ley 906 de 2004 precisa: “Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1° y 3°, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”. La regla es clara: antes del juzgamiento es potestad exclusiva del fiscal reclamar la preclusión por la totalidad de las causales previstas en el artículo 332, facultad que en sede de juicio se extiende al Ministerio Público y a la defensa, aun cuando en forma restringida como viene de verse. (...)”

problemática que fue planteada como génesis del presente escrito, desde ya ilustra una dependencia de algunas de las causales de terminación del proceso penal con una aplicación de una, o algunas, de las causales de preclusión, esto es, en la práctica deberá argumentarse desde lo fáctico y lo jurídico necesariamente alguna de las situaciones descritas en el Artículo 332 CPP con la finalidad de que el proceso penal finalice de manera cierta posea la fuerza vinculante de la cosa Juzgada⁷³. (García, 2016).

Al respecto de las causales de preclusión podría señalarse como con acierto refiere Acosta (Bohórquez, 2018) ⁷⁴ que, la **Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal** aplica cuando: *“se evidencie que se está ante uno de los escenarios planteados en el artículo 82 del Código Penal y 77 del Código de Procedimiento Penal (prescripción, muerte del imputado etc.), y que: “esta causal se encuentra relacionada con el segundo elemento el cual está determinado por la posibilidad de conseguir una sentencia condenatoria.*

Por otro lado, que la **Existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el código penal**, hace referencia a cuando: *“se pueda demostrar que si bien ha existido una conducta investigada, la misma no tiene todos los elementos que solicita el artículo noveno del código penal, esto es una de las causales del artículo 32 del código penal (legítima defensa, error de tipo etc.); contrario sensu de lo que se pregona de la anterior causal, esta tiene directa relación con la imposibilidad de afirmar la existencia del delito, ya que las causales eximentes se muestran como un aspecto relativo de alguno de los elementos del delito (conducta, tipicidad, antijuricidad o culpabilidad).”*

⁷³ "PRECLUSIÓN, COSA JUZGADA Y SEGURIDAD JURÍDICA: A VUELTAS CON EL ARTÍCULO 400 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL"; Enrique Vallines García. Derecho, Justicia, Universidad Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016. Pág 7: No obstante, lo anterior, preclusión y cosa juzgada tienen innegables puntos de contacto. Ambas figuras jurídicas tienen un fundamento común, a saber: el principio de seguridad jurídica, sobre el que volveremos más adelante (véase epígrafe 4.1 de este trabajo). Y, en virtud de ese fundamento común, tanto la preclusión como la cosa juzgada determinan que haya cuestiones (las afectadas por la preclusión y las afectadas por la cosa juzgada) que ya no puedan hacerse valer ante los tribunales. 12 Pero hay, además, otros tres importantes puntos de contacto entre preclusión y cosa juzgada material. Y es que, aunque la mayoría de los poderes jurídico-procesales van precluyendo durante la tramitación del proceso (en virtud de las preclusiones “singulares”), cuando el proceso concluye con fuerza de cosa juzgada material: 1) los poderes jurídico-procesales que todavía existen precluyen en el momento del advenimiento de la cosa juzgada material (de manera que se produce una suerte de “suma preclusión” o “preclusión final”); 2) todas las preclusiones son objeto de “confirmación” por ese efecto de cosa juzgada material, lo que debe entenderse en el sentido de que los efectos ad extra de las preclusiones se consagran de manera definitiva y permanente; y 3) la alegación de cosa juzgada material sirve para hacer valer, en procesos distintos y posteriores al ya finalizado, aquellos efectos ad extra de las preclusiones “confirmadas”.

⁷⁴ "LA PRECLUSIÓN A PARTIR DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS"; Andrés Felipe Acosta Bohórquez. Revista Verba Iuris 13(39). Págs. 123-137. 2018.

De la **Inexistencia del hecho investigado** Acosta (Bohórquez, 2018) sostiene, como su propio nombre lo indica que, no debería existir reparo frente a que la conducta investigada y considerada delictual no existió en el mundo real, por ejemplo, cuando: *“se investigaba un aborto de una mujer que nunca estuvo embarazada, o un hurto de un bien que siempre estuvo en poder de su dueño etc.”*

Agregando de la **Atipicidad del hecho investigado** implica que, si bien existió el hecho, una vez adelantadas las pesquisas investigativas pertinentes, se arriba a la conclusión de que no se está frente a una conducta penalmente reprochable, es decir que: *“no presentan las características que permitan enmarcarla dentro de un tipo penal, luego “no encaja en una descripción legal bien porque no está descrita como delito o bien porque hace falta uno de los elementos del tipo penal”.* (González Gómez, 2015)

Por su parte, la **Ausencia de intervención del hecho imputado en el hecho investigado**, es igualmente dicente a partir de su calificativo normativo, pues de manera lógica implica que el sujeto pasivo del proceso penal realmente no tuvo actos u omisiones de autoría o participación dentro del punible investigado, señalando (Bohórquez, 2018) que ello se corresponde: *“en términos del proceso norteamericano podría determinarse como una coartada, v. gr. se comprueba que la persona a quien se le atribuye la autoría material de un homicidio, se encontraba en una conferencia fuera del país el día y a la hora de los hechos.*

De la **Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia** valga destacar que se fundamenta en el principio del in dubio pro reo en tanto es la pretensión acusatoria la que se tendrá que demostrar, mientras que la inocencia del procesado permanecerá – sin desconocer los alcances reales de esta figura – incólume hasta que el Juez de Conocimiento no emita una sentencia condenatoria debidamente motivada. Así: *“cuando es ostensible que una vez concluido el proceso investigativo realizado con base en el programa metodológico (art. 207 C.P.P), se queda en una situación, en la que se cuenta con un acervo insuficiente para buscar una condena, se invocara esta causal (...)”*

Con relativa relación a la causal anterior, del **Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del C.P.P** Acosta (Bohórquez,

2018) señala que *“Esta condición nos obligara a remitirnos a su vez a lo establecido en el artículo 175 del estatuto procesal para poder determinar el marco temporal para adelantar la fase de investigación formal.”*⁷⁵

De otro lado, merece la pena indicar además que no es gratuita la división procesal que realiza el precitado Artículo 332 CPP cuando indica que: **“Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.”** Situación que de cara a la legitimación para solicitar la aplicación de dicha figura lleva a concluir con pocas elucubraciones que, la Defensa del procesado, y la delegación del ministerio Público, solo podrán solicitar ante el Juez de Conocimiento la preclusión en la etapa de Juzgamiento y por dos causales muy específicas, limite que, según nuestra Jurisprudencia⁷⁶ (Sentencia C-118/08, 2008), se justifica en tanto permitir a la Defensa elevar solicitudes de esta naturaleza antes de la etapa de Juzgamiento, supondría una anticipación del descubrimiento probatorio.

Acosta (Bohórquez, 2018) resalta que si bien en otros ordenamientos jurídicos es posible encontrar institutos similares a la Preclusión, no radican bajo tal vocablo, ilustrando que:

En España, El capítulo segundo, del título XI, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la figura del sobreseimiento que se encuentra regulado así: **“Artículo 637. Procederá el sobreseimiento libre: 1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. 3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o**

⁷⁵ “LA PRECLUSIÓN A PARTIR DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS”; Andrés Felipe Acosta Bohórquez. Revista Verba Iuris 13(39). Págs. 123-137. 2018.

⁷⁶ “11. La separación de la investigación y el juzgamiento exige, de este modo, que la averiguación de los hechos, la identificación del investigado, la búsqueda de los elementos probatorios y evidencias que conduzcan a averiguar la verdad de lo sucedido y de la responsabilidad en la conducta delictiva, sean responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación. Por esta razón, es lógico que el legislador le hubiere encargado exclusivamente a esa entidad la función de presentar al juez los elementos de juicio necesarios para que éste resuelva su petición de preclusión de la investigación o de acusación al imputado. En otras palabras, la titularidad exclusiva del fiscal de la facultad para solicitar la preclusión de la investigación en la etapa de la averiguación, deriva de la lógica del sistema penal acusatorio consistente en la separación entre la investigación y el juzgamiento. 12. Refuerza el anterior argumento el hecho de que, como bien lo sostienen algunos de los intervinientes, la solicitud de preclusión de investigación requiere, en la mayoría de los casos, de la averiguación fáctica y de la valoración de evidencias o medios probatorios que, en caso de que la terminación del proceso sea solicitado por la defensa, conduciría al descubrimiento anticipado y al debate probatorio en una etapa ajena a ello, con lo cual se afectaría el debido proceso y se alteraría la estructura del sistema penal acusatorio, pues la etapa diseñada para la confrontación probatoria y para que todos los interesados en los resultados del proceso puedan participar a cabalidad en el debate es la fase del juzgamiento”

encubridores. (...) **Artículo 641.** *Procederá el sobreseimiento provisional: 1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores"*

Por su parte, en Argentina, el título V del Libro II del Código Procesal Penal Argentino de nuevo se refiere al sobreseimiento así: "**Artículo 334:** *El juez, en cualquier estado de la instrucción, podrá dictar el sobreseimiento, total o parcial, de oficio, o a pedido de parte, salvo el caso del artículo 336, inciso 1, en que procederá en cualquier estado del proceso. Artículo. 335. - El sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta. Artículo. 336. - El sobreseimiento procederá cuando: 1º) La acción penal se ha extinguido. 2º) El hecho investigado no se cometió. 3º) El hecho investigado no encuadra en una figura legal. 4º) El delito no fue cometido por el imputado. 5º) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria. En los incisos 2, 3, 4 y 5 el juez hará la declaración de que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado. Artículo. 337. - El sobreseimiento se dispondrá por auto fundado, en el que se analizarán las causales en el orden dispuesto en el artículo anterior, siempre que fuere posible. Será apelable en el término de tres (3) días por el ministerio fiscal, y la parte querellante, sin efecto suspensivo. Podrá serlo también por el imputado o su defensor cuando no se haya observado el orden que establece el artículo anterior, o cuando se le imponga a aquél una medida de seguridad. Artículo. 338. - Decretado el auto de sobreseimiento se ordenará la libertad del imputado, si estuviere detenido, se efectuarán las correspondientes comunicaciones al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, y si aquél fuere total, se archivará el expediente y las piezas de convicción que no corresponda restituir."*

En México, el Código Federal de Procedimientos Penales establece igualmente del sobreseimiento que: "**Artículo 298.- El sobreseimiento procederá en los casos siguientes: I.-** Cuando el Procurador General de la República confirme o formule conclusiones no acusatorias. **II.-** Cuando el Ministerio Público lo solicite, en el caso al que se refiere el artículo 138; **III.-** Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida. **IV.-** Cuando no se hubiere dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y aparezca que el hecho que motiva la averiguación no es delictuoso, o cuando estando agotada ésta se compruebe que no existió el hecho

delictuoso que la motivó. V.- Cuando, habiéndose decretado la libertad por desvanecimiento de datos, esté agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar nueva orden de aprehensión, o se esté en el caso previsto por la parte final del artículo 426; y VI. - Cuando esté plenamente comprobado que en favor del inculpado existe alguna causa eximente de responsabilidad. VII.- Cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado. VIII.- En cualquier otro caso que la ley señale; En los casos de sobreseimiento siempre será el juez el que decida si procede o no. En segunda instancia el sobreseimiento procederá, de oficio o a petición de parte, sólo en el caso de la fracción III de este artículo, o cuando alguna de las partes lo promueva exhibiendo pruebas supervenientes que acrediten la inocencia del encausado.”

Así entonces, es claro que de manera general la figura de la preclusión se enfoca, de manera muy sucinta, en la inexistencia del hecho, la antijuricidad de la conducta, la prescripción de la acción penal, y el vencimiento de los términos previstos en la Ley para adelantar determinadas etapas procesales; panorama que ciertamente como fue referido con antelación, debe mirarse con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y por ende, debe darse una complementación en la aplicación de las causales de preclusión con la demás normatividad penal aplicable al caso.

III. RELACIÓN INTRÍNSECA ENTRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LAS CAUSALES DE PRECLUSIÓN.

Recordemos entonces que, se ha reiterado de manera amplia como en nuestro ordenamiento jurídico penal existe una interacción constante y sutil, al menos para el tema que nos compete, jurídico – procesal, entre las causales excepcionales o anómalas de terminación del proceso penal. Así, si bien es cierto consagra frente al principio de oportunidad el Código Penal que será el Juez de Control de Garantías quien le dará el aval, en concreto así:

“Artículo 327 CPP. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano.

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

Es igualmente cierto que, en la práctica judicial, pareciera no bastar con el visto bueno de este Juez constitucional de cara a dar por terminada la causa penal adelantada en contra de alguna persona, ello, pues suele acudir a la figura de la preclusión para dotar del matiz de la cosa juzgada a la aplicación del principio de oportunidad, pues si bien, resulta claro además que ambas figuras son factibles de ser diferenciadas, en cuanto en la preclusión no existe mérito para proseguir con la causa penal, en la figura del principio de oportunidad sí existe por el contrario mérito suficiente de cara adelantar la causa, empero, en virtud de la Política Criminal, se faculta a la Fiscalía, se insiste, previa autorización de un Juez de Control de Garantías, para que, de considerarlo viable, interrumpa, suspenda, o renuncie a la persecución penal, en otras palabras, en la figura de la preclusión deberíamos aceptar que no existe ninguna razón para continuar con la investigación o el juzgamiento, en últimas, perseguir penalmente a un individuo, mientras que, en el principio de oportunidad sí. Empero, somos insistentes en que no es extraño que de cara a dotar de un tipo de “fuerza” a la decisión que se tome frente al Principio de Oportunidad, la Fiscalía, en desarrollo de su mandato legal, acude a la Preclusión, al respecto se ha dicho que:

“(…) una vez se da cumplimiento a los requisitos de existencia y validez jurídica, acatamiento que previamente es corroborado por Juez con función de garantías, al Juez con función de conocimiento solo le restaría avalarla. La causal invocada, se fundamenta en una remisión normativa a lo preceptuado en el artículo 77 del Código Procesal Penal: “...Artículo 77. Extinción. (...) Es precisamente en consideración a lo anterior, como los representantes del ente persecutor solicitan la preclusión fundamentada en la extinción de la acción

penal, que los imposibilitan para continuar con la misma, en cumplimiento de lo prescrito en el Artículo 78 del C.P.P, que, a su vez, fue respaldado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida dentro del radicado Nro. 39679”⁷⁷ (Montes, 2017)

Es por esto, que en principio, si bien resulta diáfano que ambas figuras jurídicas se mostrarían como autónomas pues su sustento es diferente, y la autoridad competente para decretarlo también, deben considerarse aspectos importantes como que frente al Principio de Oportunidad, se presente una diferencia tenue con respecto a las víctimas quienes en virtud del Artículo 136 del Código Procesal Penal⁷⁸, se les faculta el ser escuchadas de cara a dar aplicación a la citada figura jurídica. Así entonces: *“es claro que el Principio de Oportunidad no se tiene como una de las causales enlistadas en el artículo 332 de la ley 906 del año 2004, que faculta al Fiscal para solicitar la preclusión de la investigación, sino que de manera indirecta, se da aplicación a la causal primera de imposibilidad de continuar con la acción penal, que como se dijo, es sustentada en las causales de extinción de la acción penal.”*⁷⁹ (Montes, 2017), sin embargo, se es insistente en reiterar que no parecen bastar estas diferencias procesales y jurídicas para considerar como suficiente la validación del Principio de Oportunidad para dar terminado el proceso, de ello, da cuenta incluso la Jurisprudencia Nacional cuando indica que:

“Luego de que un juez de control de garantías imparte legalidad a la renuncia de la persecución penal, por virtud de la aplicación el principio de oportunidad, y esta determinación adquiere la firmeza del caso, bien por la no interposición de recursos o la decisión favorable de los mismos en segunda instancia, de conformidad con el parágrafo del artículo 326 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 4° de la Ley 1312 de 2009, el fiscal está en la obligación de solicitar el “archivo definitivo”⁸⁰

⁷⁷ "PRECLUSIÓN FUNDAMENTADA EN FALTA DE MÉRITO PARA ACUSAR POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD"; Lina Fernanda Aguirre Montes. Universidad de Manizales; 2017. Pág. 16.

⁷⁸ **Artículo 136. Derecho a recibir información.** A quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, la policía judicial y la Fiscalía General de la Nación le suministrarán información sobre: (...) **11.** La posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada tanto por la Fiscalía como por el juez de control de garantías, cuando haya lugar a ello.

⁷⁹ "PRECLUSIÓN FUNDAMENTADA EN FALTA DE MÉRITO PARA ACUSAR POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD"; Lina Fernanda Aguirre Montes. Universidad de Manizales; 2017. Pág. 21.

Esta figura, dentro del prurito técnico utilizado por la Ley 906 de 2004, solamente aparece citada como motivo para dar por terminada la actuación judicial a consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad y luego de que sea declarada la legalidad de la renuncia a la persecución penal. (...)

Ahora, si se trata de una causal de extinción, el artículo 78 de la misma obra, señala que, ante la presencia de la situación generadora de la extinción de la acción penal, es deber de la Fiscalía General de la Nación manifestarla al juez de conocimiento, demandando de éste la preclusión⁷⁷.”⁸¹ (Sentencia de Casación N° 30978, 2011)

Indicándose en la providencia ya referida que bastaría con la declaratoria del archivo definitivo por parte del Juez de control de garantías para suplir la carga necesaria de la Fiscalía de cara a la terminación del proceso penal, señalándose igualmente mediante la citación de la sentencia C-591 de 2005, que: *“En efecto, en los casos de ocurrencia de una causal de extinción de la acción, le corresponde a la Fiscalía solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación, salvo el caso de la aplicación del principio de oportunidad, que tiene unas reglas particulares definidas en el artículo 250 de la Constitución, que asignó su control de legalidad al juez de control de garantías y definió para el efecto unas reglas especiales en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004.” (subraya la Sala)⁸²*

Por ende, convalidado incluso por la Jurisprudencia Nacional es que es claro que de manera autónoma no procede, en los casos de extinción de la acción penal, como forma real de terminación excepcional del proceso penal, la simple solicitud, e incluso aprobación, de aplicación del Principio de Oportunidad, pues se insiste, deberá necesariamente remitirse ante el Juez de Conocimiento para que sea este quien declare terminada la causa vía Preclusión. Así entonces, incluso si hacemos un cotejo de cada una de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad, vemos incluso que varias de las mismas se relacionan en mayor o en menor medida, con alguna otra de las causales que deberían dar por terminado el proceso penal, por ello, veamos:

❖ **CAUSAL DEL ARTÍCULO 324 CPP (PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD).** *“1. Cuando se trate de delito sancionado con pena*

⁸¹ Sentencia de Casación N° 30978 Del 27 de julio de 2011. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

⁸² *Ibidem*.

*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.” (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

• OTRAS NORMAS APLICABLES AL PROCESO PENAL: “ARTÍCULO 82 LEY 906 DE 2004. Extinción de la acción penal. Son causales de extinción de la acción penal: (...) 7. La indemnización integral en los casos previstos en la ley.” Y “ARTÍCULO 42 LEY 600 DE 2000. Indemnización integral. En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado. (...) La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación por este motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores. Para el efecto, la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo.”

Recuérdese en este punto, que en nuestro Ordenamiento Jurídico penal tenemos de manera dual la vigencia de dos normas procesales penales, en principio, y la más reciente, la Ley 906 de 2004, y, por otro lado, la otrora Ley 600 de 2000. Como se expuso en los cuadros anteriores, frente al evento de la indemnización integral, se haya correspondencia en ambos códigos procedimentales, al respecto de la aplicación dual, ha señalado la Jurisprudencia que:

“17. Al sistematizar el entendimiento del Tribunal Supremo, el Constitucional señaló: De las anteriores providencias judiciales emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se desprende que para dicha Corporación i) la puesta en marcha gradual del sistema acusatorio de

acuerdo con el programa de implantación previsto en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 condujo a una situación particular, en la cual coexisten dos procedimientos distintos y excluyentes que se aplican en el país según la fecha y el lugar de comisión del delito (...); ii) Sin que ello signifique descartar la posibilidad de que ciertas normas procesales de efectos sustanciales consagradas en la Ley 906 de 2004 sean aplicadas en razón del principio de favorabilidad en las actuaciones penales que se rigen por la Ley 600 de 2000; iii) en punto al principio de favorabilidad la Ley 906 de 2004 podría ser aplicada con efectos retroactivos respecto de situaciones anteriores a su vigencia, a condición de que no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos; iv) con la anterior interpretación resulta igualmente protegido el derecho fundamental de igualdad de la personas ante la ley, pues todo aquél que se encuentre en la misma situación fáctica será acreedor a la misma consecuencia de derecho, lo cual opera tanto para quienes cometieron el delito antes de entrar en vigor la Ley 906 de 2004 en cualquier lugar del país, como para aquellos que delinquieron o delinican en vigencia de la referida normatividad, (...).”⁸³ (Interlocutorio de Segunda Instancia 2012-11836, 2014)

Sentándose por parte de la Corte Constitucional lo siguiente:

“El principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja duda al respecto. Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultraactividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Sobre este punto debe la Corte señalar que tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia

⁸³ Interlocutorio de Segunda Instancia con Radicación: 11001600002320121183601 Del 17 de marzo de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Poveda Perdomo.

alguna que permita un trato diferente para las normas procesales.”⁸⁴
(Sentencia C-592, 2005)

En consecuencia, es claro que, en nuestro ordenamiento penal, existe lo que se ha denominado como la Favorabilidad de doble vía, que, de manera muy resumida, consiste en la aplicación de preceptos posteriores a casos anteriores, y preceptos anteriores, a casos más recientes, aplicación que, como se pudo advertir de lo señalado por la Corte Constitucional es factible de dar incluso frente a normas procesales. Por ende es meridianamente clara la relación jurídico procesal que existe entre la Causal N° 01 del Artículo 24 CPP, con las consagradas como formas de extinción de la acción penal del Artículo 82 de la Ley 906 de 2004 y el Artículo 42 de la Ley 600 de 2000, situación, que en la praxis judicial, conlleva a que se solicite, en los casos en los que se da cuenta de la indemnización de la víctima, resáltese que solo frente a determinados delitos, la aplicación de la Preclusión por la Causal N° 01 del Artículo 332 CPP, esto es, por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

❖ **CAUSAL DEL ARTÍCULO 324 CPP (PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD):** “**2.** *Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.”. Y “**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.” (Subraya y negrilla fuera del texto original)**

• **OTRAS NORMAS APLICABLES AL PROCESO PENAL: ARTÍCULO 8° CP. PROHIBICIÓN DE DOBLE INCRIMINACIÓN.** *A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.”. Y “ARTICULO 29 CONST. POL. 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. Toda persona se presume inocente mientras no*

⁸⁴ Sentencia C-592 del 09 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis

se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

En la actualidad poco sorprendería causar el hablar del principio non bis in ídem, las garantías frente a los Derechos Humanos, y las propias del proceso penal de cara a referirnos al debido proceso, refiere la doctrina que:

“Ahora bien, esta prohibición en particular encuentra sustento en el art. 29 de la Constitución Política (en adelante Const. Pol.) que, al consagrar las garantías inherentes al debido proceso, plantea que quien sea sindicado tendrá derecho “a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Algunas de estas garantías, a su vez, se encuentran consagradas en dos instrumentos internacionales, que conforme a lo establecido en el art. 2 del C.P., también “hacen parte integral” de dicho texto⁵.

Este derecho es expresión del principio general denominado non bis in ídem⁶, postulado fundamental del ordenamiento jurídico que proscribe la imposición de dos sanciones por el mismo hecho y que tiene efectos tanto desde una perspectiva procesal como sustancial (...)

La existencia de estas dos perspectivas o vertientes del principio, implica que el mismo opera de dos formas diversas⁷ una, sustancial, impidiendo que se impongan dos sanciones con base en el mismo hecho, y otra, procesal, impidiendo que se inicien dos procesos o procedimientos simultáneos o sucesivos para enjuiciar y sancionar el mismo comportamiento. No obstante las diferencias, en cualquiera de sus vertientes requiere, para operar, la concurrencia de tres identidades: sujeto, objeto y fundamento⁸”⁸⁵ (Juan Oberto Sotomayor Acosta, 2017)

⁸⁵ "FUNDAMENTO Y ALCANCES DE LA PROHIBICIÓN DE DOBLE INCRIMINACIÓN DEL ART. 8 C.P."; Juan Oberto Sotomayor Acosta, y Mariana Toro Taborda. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal Vol. 13, No. 89, julio- diciembre 2017. Pág. 123-124.

Pronunciándose la Jurisprudencia de cara específicamente a la relación de la extradición con el principio precitado que:

“En esa línea, ha señalado la Sala de forma pacífica, que el principio de cosa juzgada opera, en materia de extradición, bajo las siguientes condiciones: [...] Si la persona que es solicitada en extradición ya ha sido juzgada por los mismos hechos que motivan la petición, se impone dar aplicación al principio de cosa juzgada penal, en su sentido negativo o excluyente, conforme a las previsiones normativas contenidas en las disposiciones citadas, que prohíben que una misma persona pueda ser enjuiciada dos veces por el mismo hecho. Tal prohibición sólo opera, desde luego, cuando se cumplen todos los presupuestos para declarar la existencia de la cosa juzgada penal, es decir, (i) cuando exista sentencia en firme o providencia que tenga su misma fuerza vinculante, también en firme, (ii) cuando la persona contra la cual se adelantó el proceso sea la misma que es solicitada en extradición, y (iii) cuando el hecho objeto de juzgamiento sea el mismo que motiva la solicitud de extradición. (...)

Para la Corte no existe duda, de que cuando el gobierno decide renunciar al juzgamiento de una persona reclamada en extradición, se activa el principio del non bis in ídem que trae como consecuencia la imposibilidad de iniciar, en Colombia, de forma posterior a la emisión de sentencia - condenatoria o absolutoria - en el extranjero, procesos sobre los mismos hechos y en contra de las mismas personas”⁸⁶ (Sentencia de Casación SP 4235- 2017, 2017)

Por lo anterior, resulta meridianamente claro entonces que poco o nada aportarían los Numerales 02 y 03 del Artículo 324 CPP, si es claro que en virtud el principio Non bis in ídem, no resultaría legítimo perseguir al encausado pues, si en virtud de los mismos se ha emitido sentencia condenatoria en su contra, en un país foráneo, e incluso si nos encontramos aún en la fase de Juzgamiento y se da la extradición, poco podríamos discutir que el evento fácilmente cabría, en virtud de la cosa Juzgada ,en el primer caso, y tanto en ambos supuestos en virtud del citado principio, ante la posibilidad, de nuevo, de recurrir a la Preclusión por la Causal N° 01 del Artículo 332 CPP, esto es, por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

⁸⁶ Sentencia de Casación N° 45072 Del 23 de marzo de 2017. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar.

❖ **CAUSAL DEL ARTÍCULO 324 CPP (PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD):** “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.” (Subraya y negrilla fuera del texto original).

• **OTRAS NORMAS APLICABLES AL PROCESO PENAL:** “Artículo 82 CP. Extinción de la acción penal. Son causales de extinción de la acción penal: (...) 2. El desistimiento.”.

Frente a esta causal, podríamos comenzar indicando que, si bien es cierto, el texto normativo señala de manera expresa el “evitar que continúe el delito o que se realicen otros” es inequívoco, de cara al procedimiento penal determinar de manera más concreta frente a qué tipo de conducta delictiva nos encontramos, y frente a qué momento jurídico – fáctico nos referimos, pues diferenciar entre la consumación, y los efectos del agotamiento del comportamiento delictivo, resulta imperioso para determinar el alcance de este causal del Principio de Oportunidad, así, ha indicado la Jurisprudencia que:

“Las consecuencias del delito pueden extenderse más allá de su consumación (...) de ahí que en el derecho comparado se establezca la diferencia entre “delitos permanentes” y los “efectos permanentes del delito”, para resaltar que la primera categoría atañe a la consumación y, la segunda, al agotamiento¹. En tal sentido, la Sala ha precisado que:

Dentro de las fases del recorrido criminal la consumación difiere del agotamiento, en tanto la primera apunta a la ejecución de todos los elementos del tipo penal, mientras que la última está relacionada con alcanzar aquella especial finalidad que como ingrediente subjetivo traen determinadas descripciones, supuestos en los cuales, por exigencia legal, la conducta se considera típica simplemente con la ejecución del comportamiento previsto, siempre que se realice con el propósito específico, pero sin que interese si éste se obtiene. Alcanzar tal meta ni niega ni

*umenta la tipicidad, simplemente refiere al agotamiento del delito. (...)."*⁸⁷
(Sentencia de Casación SP 3631-2018, 2018).

Por ello, no a la ligera bastaría con indicar que se debe evitar que se continúe el delito o se produzcan otros, pues si hacemos referencia al vocablo delito estaríamos abarcando dos situaciones en tiempo y modo por mucho diferentes, por lo cual, si hablásemos de evitar los efectos del delito ejecutado, que, respecto a ciertos tipos penales dentro de nuestro ordenamiento penal, como lo es el Fraude procesal⁸⁸, que pueden generar unos efectos dilatados en el tiempo tal como el error inducido en el funcionario público, evidentemente nos encontraríamos ante una novedad presentada por el Principio de Oportunidad, pues permitiría que, del procesado asistir en la terminación de dichos efectos diferidos, podría beneficiársele con el principio de oportunidad.

Pese a ello, consideración contraria llevaría predicar que el vocablo "delito" referido por la causal citada se refiera a la consumación del delito como parece indicarlo el aparte de "(...) o que se realicen otros" pues ello, de cara a la comisión de la conducta punible permite cuestionar la voluntariedad en la interrupción del delito por parte del procesado como aplicación de la causal del principio de oportunidad, situación que remite por necesario entonces a la figura del desistimiento, frente al cual resulta pertinente indicar que:

"Además de los dos eventos anteriormente señalados, valga recordar, tentativa y consumación, es posible que el resultado típico no se produzca por circunstancias propias a la voluntad del mismo autor que con su conducta previa creó un riesgo jurídicamente desaprobado para el respectivo bien jurídico. en este otro supuesto se reconoce por parte de la doctrina y la jurisprudencia la configuración del fenómeno jurídico del desistimiento de consumir la conducta punible, cuyo principal efecto –como ya se manifestó– será la impunidad con respecto al delito por el cual se desiste. "La institución o la figura jurídica del desistimiento o del retroceso en la consumación de la conducta punible, se presenta cuando el agente, a pesar de haber dado comienzo a los actos de ejecución –esto es, aquellos que demarcan o

⁸⁷ Sentencia de Casación SP3631-2018, con radicación: N° 53066 del 29 de agosto de 2018. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar.

⁸⁸ "Artículo 453 CP. Fraude procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión (...), multa (...) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (...)."

delimitan el campo entre lo que está permitido y lo que está prohibido en materia penal, y con los cuales el delito está ya tentado—, voluntariamente, por sí mismo, impide que se produzca el resultado en un comienzo querido, para lo cual basta con la simple o mera interrupción de su propósito criminal en el caso de la tentativa simple o inacabada, ora mediante un hacer que contrarreste, anule o enerve lo realizado en tratándose de la denominada tentativa concluida o acabada”⁸⁹ (Moreno, 2016).

Por ende, entonces, hablar de quien impide la comisión del delito, nos remite de manera lógica, desde la perspectiva de su comisión, a quien intervenga en su realización, esto es, independientemente de la naturaleza de su contribución (autoría o participación), quien evita la continuación de la comisión del delito que se le atribuye, necesariamente será un actor dentro del mismo, ello, si bien es algo evidente, es importante al momento de considerar los motivos subjetivos, y externos, que dieran ocasión a su intención de evitar la comisión de la conducta punible, pues dependerá de la postura que se asuma frente a largo debate doctrinal de cara a categorizar normativa o psicológicamente la voluntariedad del desistimiento⁹⁰ (Moreno, 2016) que se acepte o no frente a cada caso en concreto que se está evitando la continuación.

Se insiste, pues nada traduce el mero vocablo “delito” ante la complejidad de conducta y resultado que revisten una serie amplia de delitos, y por ende, resultaría viable considerar, que si estamos frente a un evento de desistimiento, en tanto se ha evitado la comisión de la conducta punible, resultaría factible acudir a la Preclusión por la Causal N° 03 o 04 del Artículo 332 CPP, esto es, por Inexistencia o Atipicidad del hecho investigado, en tanto su realización se supeditó a la interrupción emanada por el procesado.

⁸⁹ "DE NUEVO SOBRE EL DESISTIMIENTO EN DERECHO PENAL. A PROPÓSITO DE LAS CUATRO REGLAS SOBRE LA VOLUNTARIEDAD DE RESTREPO RAMOS"; Diego Araque Moreno. Universidad el Externado de Colombia - Revista Derecho Penal y Criminología Vol. XXXVII - número 103, julio-diciembre de 2016. Pág. 04.

⁹⁰ "DE NUEVO SOBRE EL DESISTIMIENTO EN DERECHO PENAL. A PROPÓSITO DE LAS CUATRO REGLAS SOBRE LA VOLUNTARIEDAD DE RESTREPO RAMOS"; Diego Araque Moreno. Universidad el Externado de Colombia - Revista Derecho Penal y Criminología Vol. XXXVII - número 103, julio-diciembre de 2016. Pág. 06-07.: "para la solución de este tipo de problemas se han elaborado distintas teorías. la discusión se suscita entre las teorías psicológicas y las normativas. para las primeras la voluntariedad del desistimiento está condicionada a la autonomía o decisión propia del autor¹¹ [Citando: adhieren a una teoría psicológica, entre otros, JESCHECK, HANS-HEINRICH WEIGEND, THOMAS (2002, pp. 584-585); y MAURACH, GÖSSELY ZIPF (1995, p. 106), en Alemania. En Colombia parten de esta posición VELÁSQUEZ V., FERNANDO (2009, p. 971); GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO (2003, pp. 1206-1207); Fernández CARRASQUILLA, JUAN (2012, pp. 776-777); y CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL (2001, pp. 70-71)], (...) Para las segundas, valga señalar las teorías normativas, el asunto depende de criterios de valoración o interpretación del suceso en sí mismo con miras a determinar el requisito de la voluntariedad examinado desde el criterio de retorno a la legalidad o al camino del Derecho y, por consiguiente, el respectivo examen del caso concreto a partir del tema de la necesidad de pena"

❖ **CAUSAL DEL ARTÍCULO 324 CPP (PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD):**

“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.” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

- **OTRAS NORMAS APLICABLES AL PROCESO PENAL: “ARTÍCULO 3° CP. PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES.** *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.”*, **“ARTÍCULO 4° CP. FUNCIONES DE LA PENA.** *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.”*. Y en concreto: **“ARTÍCULO 34. DE LAS PENAS.** *Las penas que se pueden imponer con arreglo a éste código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales. En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.”*

Respecto a esta causal, nos insertamos en la discusión la necesidad y el merecimiento de pena pues como aduce Jakobs: “(...) de hecho, en muchos casos la pena es innecesaria; un ciudadano que quita la vida a otro por falta de cuidado frecuentemente sufrirá más por ese hecho que por la poena forensis que le corresponda.”⁹¹ (Jakobs, 1992) es decir, nos introducimos en la discusión de la denominada Pena Natural de la cual, podríamos indicar que:

⁹¹ “EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD”; Günther Jakobs. ADPCP, Tomo XLV Fascículo III, 1992, pp. 1051 - 1083.

“cabría una definición positiva de “poena naturalis”. Algo así como: cualquiera de las consecuencias lesivas que sufre el agente por azar (de modo fortuito) como efecto (imprevisible e inevitable) de su actuación. Pero 1 Charles BAUDELAIRE, Lo irreparable, (Poema LIV de Las flores del mal, 1861) también podría optarse por una definición negativa (e impropia) de “poena naturalis”: a saber, cualquiera de las consecuencias aflictivas para el agente de algún modo reconducibles a su hecho delictivo y que no pueden denominarse “poena forensis””⁹² (Sánchez, 2014)

Es así como, de manera independiente a la discusión de si la pena natural es un problema de la culpabilidad⁹³, o si más bien pareciese ser un asunto de la legalidad, proporcionalidad y racionalidad⁹⁴ de la labor judicial al momento de imponer o determinar si es necesario imponer la pena, lo cierto es que, de cara al tema que hemos venido tratando, rayaría negativamente la aludida causal de aplicación del principio de oportunidad con las disposiciones fundamentales del Derecho penal, cual sea la necesidad y el merecimiento de las penas.

Así, se ha distinguido ambas figuras jurídicas en tanto la primera expresa que en el caso en concreto no existe un medio más eficaz y más benigno que imponer un castigo sobre la humanidad del procesado de cara reprochar, lo que, por merecimiento de pena, es decir, la desaprobación por haber incurrido en el injusto penal, le merece al procesado (Peña, 1991), y por ende, resultaría contrario a los

⁹² "¿PUEDE CONSIDERARSE EL REMORDIMIENTO UNA "POENA NATURALIS"?"; Jesús-María Silva Sánchez. Editorial InDret Penal, marzo 2014.

⁹³ "EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO CONCEPTO POLÍTICO CRIMINAL DENTRO UN ESTADO DE DERECHO, SOCIAL Y DEMOCRÁTICO"; Sandro Montes Huapaya. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Pág. 11: Un concepto amplio o político criminal resulta más adecuado cuando se trata de fijar los límites al ius puniendi estatal 66 [Citando: Sostiene GARCIA-PABLOS, que el concepto «lato» o «político criminal», resulta más adecuado cuando se alude a los límites del ius puniendi. El sentido amplio expresa el conjunto de presupuestos necesarios para poder «culpar» a alguien por el evento que motiva la pena (presupuestos que, naturalmente, afectan a todos los requisitos del concepto de delito). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, op. cit., p. 391.], siempre orientado a la prevención. Orientación política que por sí sola no tiene más límites que la consecución de sus fines. Indudablemente, estos límites no sólo los puede establecer lo que en doctrina tradicional se reconoce como principio de culpabilidad: el dolo y la culpa, de la que como hemos sostenido, nos parece más coherente designarla como "principio de responsabilidad subjetiva". Habrá que considerar este concepto como un componente más del concepto político criminal del principio de culpabilidad, y agregar otros que constituyen, en su conjunto, los presupuestos necesarios para poder culpar a alguien y atribuirle una pena. Es decir, se trata de admitir en aquel concepto general, además del dolo y la culpa, aquellos presupuestos que se derivan del concepto jurídico penal de culpabilidad, como el de fundamentar la pena, individualizar la pena y limitar la pena, así como de aquellos otros presupuestos que determinan por qué se opera de forma diferente ante circunstancias diferentes los casos de inimputabilidad, de los que obra en error de prohibición o en estado de necesidad exculpante.

⁹⁴ "EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA Y LA PENA NATURAL COMO CAUSALES DE EXIMICIÓN O REDUCCIÓN DEL CASTIGO PENAL": Andrés Heim y Alejandro C. Toledo. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Pág. 04 -05: En este sentido, superado el utilitarismo benthamiano en cuanto ensayaba un cálculo de costes y beneficios provenientes del delito, el principio nulla poena sine necessitate, con la ulterior finalidad utilitarista proveniente de la prevención de las penas extra-legales y excesivas, impone la consideración de la persona del reo, de conformidad con el segundo principio kantiano de la moral, que conmina a considerar al hombre no como un medio, sino como un fin en sí mismo. Y resulta por eso un argumento no sólo pertinente, sino decisivo e incondicionado a favor de la humanidad de las penas, en el sentido de que toda pena cualitativa y cuantitativamente superflua, por ser mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más aflictivas para el reo, puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona 24 [Citando: Cfr. Ferrajoli, Luigi, op. cit., pág. 396.] A la par de ello, si la actividad del Estado, para estar imbuida de utilidad social, debe ser encaminada en la búsqueda del bien común, resulta inaceptable la imposición de pena por parte de un magistrado allí cuando la misma está desprovista de este carácter. No debe pasarse por alto que una sanción estatal sin utilidad, constituye un acto irracional, dotado de una hostilidad y crueldad inusitadas, que no se condice con los estándares de mínima intervención y última ratio que deben regir el funcionamiento del sistema penal en un Estado de Derecho."

principios medulares del Proceso Penal imponer una sanción a quien no la merece o cuando, como en el evento en particular, mereciéndola, no es necesario dado el daño que por la misma ha sufrido el actor.

Igualmente, de manera evidentemente expresa, señala el Artículo 34 CP que en los eventos de delitos culposos y sin penas privativas de la libertad: *“cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.”* Sin embargo, pese a que no es el objeto propio del presente trabajo el entrar a controvertir la labor legislativa, con lo expuesto hasta este punto, debería ser claro que tal situación no ha de circunscribirse de manera exclusiva a conductas punibles sin penas privativas de la libertad, ello por cuanto sería totalmente contrario a la finalidad del Derecho penal, perseguir conductas que, pese a que sean sancionadas con penas privativas de la libertad – sin perder de vista el paulatino incremento punitivo ya expuesto - de cara al respeto de la Dignidad Humana y demás hechos, resulten, de imponerse una pena, en una doble transgresión de la humanidad del procesado, esto es en palabras más simples, que no resultaría legítimo penar a quien ya fue castigado por propia conducta culposa, pues se traduciría ello en desproporción del Derecho Penal.

Así entonces, creo que sin problemas podríamos concluir que no habría siquiera necesidad de iniciar la persecución penal en contra de quien, por citar un ejemplo, agotado de un turno médico claramente extenuante, se dirige a su casa y a causa su agotamiento, en un micro sueño, pierde el control del automóvil donde se movilizaba, y termina insertándolo en la sala de su propia casa, y siendo aún más terribles, supongamos que en la sala se encontraban su pareja e hijos quienes mueren en el acto. Frente a ello, de aplicar literalmente la norma no podríamos hablar que no hay necesidad de activar el ordenamiento penal, puesto que el homicidio culposo tiene prevista, para el momento de este escrito, una pena mínima de prisión de dos años, sin embargo, es claro que imponer una sanción de esta índole o de cualquiera, sería sino un acto inhumano que solo buscaría amedrentar a otros, pero que como forma de ejercicio punitivo, no sería ni razonable, ni proporcional, y por ende, no sería legítimo.

❖ **CAUSAL DEL ARTÍCULO 324 CPP (PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD).**

“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.” (Subraya y negrilla fuera del texto original), Y “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.” (Subraya y negrilla fuera del texto original).

- **OTRAS NORMAS APLICABLES AL PROCESO PENAL: “ARTICULO 29 CONST. POL.** 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. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”, “**ARTÍCULO 3° CP. PRINCIPIOS DE LAS**

SANCIONES PENALES. *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.*”, “**ARTÍCULO 4° CP. FUNCIONES DE LA PENA.** *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.*”, “**ARTÍCULO 82 LEY 906 DE 2004. Extinción de la acción penal.** *Son causales de extinción de la acción penal: (...) 7. La indemnización integral en los casos previstos en la ley.*”, Y “**ARTÍCULO 42 LEY 600 DE 200. Indemnización integral.** *En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado. (...) La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación por este motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores. Para el efecto, la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo.*”

Frente al numeral 10, podrían ciertamente presentarse las mismas consideraciones elevadas de cara a los principios del non bis in ídem y de merecimiento y necesidad pena, pues de la mera literalidad de dicha causal se desprende que, o la conducta, en principio punible, ya fue, castigada por la Jurisdicción Disciplinaria, y por ende, o de cara a la naturaleza del daño antijurídico que causó, no es, dependiendo de cada caso en concreto, o necesario la imposición de la pena, o merecido el reproche Penal, de tales eventos se ha señalado que:

“Según una opinión muy extendida, el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente

intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe acarrear un castigo, mientras que la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo. Así p. ej., Bloy propone entender el concepto de merecimiento de pena bajo el enfoque del (des)valor ético-social y jurídico y, por el contrario, la necesidad de pena atendiendo al aspecto de la adecuación de la punición desde puntos de vista preventivos⁶ deduce el merecimiento de pena de la existencia de un menoscabo suficientemente importante de un bien jurídico merecedor de protección, pero opina que la necesidad de pena presupone además la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la protección juridicopenal . Por el contrario, Günther toma como punto de partida la necesidad de pena («exigencia de pena» : «Strafbedürfnis») para proponer luego restricciones mediante el merecimiento de pena (= proporcionalidad) : por exigencia de pena o exigencia de protección penal entiende, conforme al pensamiento de la subsidiariedad, que una pena es necesaria si no existe ningún otro medio eficaz menos lesivo ; sin embargo, a pesar de la existencia de necesidad de pena, una conducta puede no ser merecedora de ella cuando -y porque- una pena significaría una reacción desproporcionadamente grave frente a la misma⁸. Así pues, de acuerdo con la concepción de Günther, el merecimiento de pena supondría un límite adicional a la exigencia o necesidad de pena.»⁹⁵ (Peña, 1991).

Por otro lado, respecto a las Causales 11,12,13 y 15 parece ser también evidente que, si bien, no procedería invocar el principio non bis in ídem, no habría mucha dificultad al advertir que, si el bien objeto de daño, bien sea material o Jurídico presentaba tan poco valor económico o social que sería más costoso el imponer la pena al procesado, necesariamente nos estamos refiriendo a criterios de Merecimiento y Necesidad de pena.

Frente a la Causal 14 cabría agregar además las mismas consideraciones expuestas de cara a la indemnización de la víctima, por ende, podría darse igual que en los precitados numerales frente a cada una de las cuales que ya se expusieron, las mismas conclusiones, que no serían otras, que la consagración innecesaria de estas cuales, que deriva necesariamente, como se ha expuesto de

⁹⁵ "LA RELACIÓN DEL MERECIMIENTO DE PENA Y DE LA NECESIDAD DE PENA CON LA ESTRUCTURA DEL DELITO"; Diego Manuel Luzón Peña. Ponencia presentada en el "coloquio internacional para um sistema de direito penal europeu"; Coímbra – portugal, 1991.

manera altamente reiterada, en la aplicación de la preclusión bien por la Causal N° 01 o la N° 04 del Artículo 332 CPP, esto es, por Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal o Atipicidad del hecho investigado, en tanto su realización se supeditó a la interrupción emanada por el procesado.

❖ **CAUSAL DEL ARTÍCULO 324 CPP (PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD).**

“18. Cuando el autor o partícipe en los casos de cohecho formulare la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado.” (Subraya y negrilla fuera del texto original).

- **OTRAS NORMAS APLICABLES AL PROCESO PENAL:** *“Artículo 82 CP. Extinción de la acción penal. Son causales de extinción de la acción penal: (...) 2. El desistimiento.”* **“ARTÍCULO 82 LEY 906 DE 2004. Extinción de la acción penal. Son causales de extinción de la acción penal: (...) 7. La indemnización integral en los casos previstos en la ley.”** Y, **“ARTÍCULO 42 LEY 600 DE 200. Indemnización integral. En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado. (...) La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación por este motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores. Para el efecto, la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo.”**

Frente a esta causal poco podría agregarse que ya no fuese abordado frente a otras causales, pues de nuevo, la literalidad de la misma, arroja luces sobre , primero, el

fenómeno jurídico del Desistimiento, sobre el cual ya se advirtió, en tanto no es el objeto propio del presente trabajo, independientemente de donde se ubique su debate en la culpabilidad o en los principios del Derecho Penal, se da cuando el actor involucrado en la conducta punible, realice actos tendientes a evitar la comisión de la conducta punible, empero, este caso particularmente frente al cohecho.

Por otro lado, la aplicación de la de la figura de la indemnización integral como causal de extinción de la acción penal, que, de manera insistente se señala, necesariamente lleva a dar aplicación a Causal N° 01 o 03 o 04 del Artículo 332 CPP, esto es, por Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, o por Inexistencia o Atipicidad del hecho investigado.

Ahora bien, pese a la recopilación precedente, normativa y procesalmente hablando, carecería de sentido entrar en discusiones jurídico – procesales cuando, de manera tajante, y de interpretación conjunta, señala el Código de Procedimiento Penal actual (Ley 906 de 2004) que:

“Artículo 77. Extinción. La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley.

Artículo 78. Trámite de la extinción. La ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal deberá ser manifestada por la Fiscalía General de la Nación. La Fiscalía deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión.” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Empero, resulta pertinente la anterior compilación comparativa para evidenciar el por qué, en el caso en concreto del Principio de Oportunidad, resulta, casi que de manera tácita, obligatoria la remisión a las causales de preclusión, y por ende, se evidencia la subrogación del Principio de Oportunidad a la Preclusión, que por mucho, arroja como consecuencias jurídicas necesarias, un desconocimiento tajante de los principios advertidos a lo largo del presente trabajo, concreta y particularmente, los atinentes a un proceso célere que con economía procesal,

permita llegar a soluciones rápidas que no rayen con la presunción de inocencia, y la prohibición de doble incriminación o sanción por hechos similares, dotándose, de manear quizás errada, a la figura del principio de oportunidad, con reales falencias jurídicas que en lugar de brindarle la autonomía que merece, y que permitiría el fin para el que se creó, la limita al proveído del Juez de Conocimiento, quién casi que por encima del Juez de Control de Garantías que ya realizó un estudio fáctico y procesal de los hechos, concluyó mérito suficiente para dar aplicación a una figura penal que ciertamente, de haberse estructurado mejor, daría frutos en nuestro ordenamiento Jurídico penal.

CAPÍTULO III: CON RELACIÓN A LOS CRITERIOS PROCESALES.

Ahora bien, como ha quedado expuesto en el tema inmediatamente anterior, es posible relacionar el principio de oportunidad con determinados institutos aplicables al proceso penal, lo que nos debería indicar sin mayor esfuerzo que existe una interrelación jurídico-procesal en nuestro ordenamiento penal que, de cara exclusiva al tema objeto a tratar en el presente escrito, nos lleva a considerar una situación de inminente relevancia, tal como es que el principio de oportunidad parece ser una pobre e innecesaria reafirmación de diferentes institutos jurídicos que llevarían a dar la terminación del proceso, que haría factible – y en todo caso mejor- acudir a estas figuras ya existentes dentro de nuestro proceso pena, ello con la finalidad de dar un mejor fin a la causa a la que se somete al procesado.

En todo caso, es igualmente necesario mencionar que legítimamente el Estado puede acudir a la configuración de mecanismos jurídicos de cara a dar por terminación excepcional el proceso penal, hecho que, como se ha procurado ilustrar, dinamiza de manera positiva los fines de la persecución penal si se aplican de manera razonable y cautelosa, empero, de presentarse como innovaciones en el campo de lo jurídico cuando en realidad no lo son, implica una aplicación confusa por parte de los operadores jurídicos que, en cumplimiento de sus roles de partes enfrentadas, buscarán llevar a buen fin sus propias pretensiones. Sin embargo, podríamos coincidir en señalar que: *“Un sistema procesal penal moderno debe cumplir la doble función de brindar al poder estatal medios idóneos para averiguar la verdad y asegurar la administración de justicia, garantizándole al individuo, al mismo tiempo, el respeto de su dignidad humana y la preservación de sus derechos*

*fundamentales.*⁹⁶ (Vásquez R. A., 1992) y que en tal orden de ideas, aquellos medios idóneos para ejercitar el ius puniendi que resulten sin embargo garantistas y respetuosos de los derechos humanos, deben fundarse en razones más allá del mismo orden procesal de cara no constituirse en medios circulares de legitimación del castigo que últimas decantaría un Derecho Penal autoritario e indeseable.

Por esto, y si bien se abordará con posterioridad, debemos indicar desde ya – y pese a lo evidente – que serán los principios del Derecho que estén encaminados al reconocimiento y guarda de la calidad de humanos, los que deberían fundamentar la creación de institutos jurídicos como el que hoy nos compete analizar, y si bien podrían presentarse álgidas discusiones doctrinales respecto a qué principios fundamentan el núcleo legítimo de la persecución penal, deberíamos estar de acuerdo en que los principios son pautas generales, que por su naturaleza deben ser abstractas y que son parte innegable de todo ordenamiento jurídico, y en concreto, podríamos más o menos convenir en que en un Estado Social de Derecho, dichos principios son la dignidad humana, la libertad, el debido proceso, y la presunción de inocencia, pues son estos *“la huella de la historia, el resultado de la lucha; son decantación histórica; constituyen una ética de los mínimos para la convivencia pacífica y para la manutención del Estado de Derecho. (...) conducen al anhelado “derecho penal justo”. Son normas que en relación con el resto del ordenamiento procesal penal tienen una fuerza positiva (lo nutren del valor elegido) y una fuerza negativa (excluyen la aplicación de los preceptos subordinados que se contraponen al texto rector o al valor que esta encarna)*.⁹⁷ (Vásquez R. A., 1992)

No perdiendo de vista entonces que el Ordenamiento Jurídico debe abastecerse tanto de medios idóneos para perseguir penalmente las conductas que resulten lesivas, y que esa persecución debe orientarse por una determinada amalgama de principios encaminados al respeto de los Derechos que como sociedad hemos reconocido, es que podemos abordar sin mayor impedimento que en razón de esos medios que buscan ejercer la capacidad sancionatoria penal del Estado, es que deben estructurarse también ciertas estrategias que aseguren que esa persecución penal no sea impráctica o inalcanzable, pues considerar que toda conducta factible de ser penalmente perseguida deberá agotarse mediante el trámite penal ordinario

⁹⁶ “A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y NORMAS RECTORAS DEL NUEVO ESTATUTO PROCESAL PENAL (DECRETO 2700 DE 1991 - NOV. 30)”; Ramiro Alonso Marín Vásquez. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal N°58 (1992). Pág. 504.

⁹⁷ A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y NORMAS RECTORAS DEL NUEVO ESTATUTO PROCESAL PENAL (DECRETO 2700 DE 1991 - NOV. 30)”; Ramiro Alonso Marín Vásquez. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal N°58 (1992). Pág. 505.

implicaría en consecuencia un atiborramiento de las instituciones de la administración de Justicia, y por otro lado, como sostiene Vásquez, el sistema penal involucra: “(...) el reconocimiento de la corresponsabilidad de la sociedad en la génesis del delito; todo derecho penal delata la precariedad del sistema social para solucionar sus propios males y conflictos, y esta realidad ha de contar para que se le estructure de una manera menos mesiánica y pretenciosa (...).”⁹⁸ (Vásquez R. A., 1992).

Siguiendo esta idea, y tomando en particular las ya ampliamente citadas causales que avalarían la aplicación del principio de oportunidad, podríamos destacar como muestras de estas estrategias desarrolladas por el Estado de cara no agotar el sistema penal, las contempladas en los numerales 1, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 14 y 18⁹⁹, esto en tanto es posible advertir de cada una de ellas motivos eminentemente procesales que estarían dentro de la órbita del legislador que lo faculta para decidir cuándo será indeseable adelantar un trámite penal. Así, por ejemplo:

- Del numeral **1**, tenemos como factores que desvelan dicha causal como eminentemente procesal el que: “(...) se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años” y que “se haya reparado integralmente a la víctima (...)”;
- Del numeral **4**, podríamos señalar que: “Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible”.

⁹⁸ “A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y NORMAS RECTORAS DEL NUEVO ESTATUTO PROCESAL PENAL (DECRETO 2700 DE 1991 - NOV. 30)”; Ramiro Alonso Marín Vásquez. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal N°58 (1992). Pág. 509.

⁹⁹ **Artículo 324 CPP:** “(...) **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.” (...) **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. (...) **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. (...) **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”. (...) **18.** Cuando el autor o participe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado.”.

- Del numeral **5**, podemos destacar que: *“Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar” o “aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada (...)”*.
- Del numeral **6**, tenemos que: *“(...) el imputado sirva como testigo (...)”*
- Del numeral **8**, del numeral **9**, y del numeral **18**, poco podría destacarse en la medida en que todo su contenido está netamente fundamentado en aspectos procesales como la procedencia del otorgamiento de determinado beneficio, que el adelantamiento de la causa penal arroje consecuencias indeseables para el Estado, o que el procesado se sirva directamente para tramitar el proceso en su contra o contra otras personas.
- Del numeral **10**, destacamos: *“(...) la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios”*.
- Del numeral **14**, tenemos como factores lo enmarcan como eminentemente procesal el que: *“(...) se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse”*.

Como se pudo destacar entonces, las anteriores causales que darían viabilidad al Principio de Oportunidad, además de ser relacionables con otros instrumentos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, están claramente motivadas por fines procesales que permiten, dentro del trámite adelantado contra el mismo procesado, o contra otros, desarrollar determinadas finalidades que son legítimamente deseadas, pero que en sí mismas, poca relación directa tienen con los fines benignos para con el procesado con la que se pretendió anunciar el principio de Oportunidad, es decir, las ya aludidas causales no guardan un fin inmediato con la humanización de la pena o de la persecución, pero sí, con fines de procedimiento como la desarticulación de bandas, la prevención negativa del delito, el cumplimiento del fin indemnizatorio del proceso, o el otorgamiento de determinado beneficio en pro de la colaboración del procesado para finiquitar su causa penal u otras que pudieran eventualmente existir.

En consecuencia, se evidencia entonces que por lo menos la mitad de las oportunidades de dar aplicación al principio de oportunidad, están motivadas esencialmente por fines que, en teoría, deberían ser procurados por el Estado en desarrollo del proceso penal, pero que, finalmente son enmascaradas bajo la apariencia de un desarrollo en pro del ser humano que se ve sometido a la persecución penal cuando en realidad no lo son.

CAPÍTULO IV: CON RELACIÓN A LOS CRITERIOS DE CULPABILIDAD.

Superado el primer nivel de categorización de las causales de aplicabilidad del Principio de Oportunidad, proseguimos analizando las causales remanentes, considerando pertinente introducir en esta oportunidad aquellos que en mayor o en menor medida tocan, sin consideración sustancial alguna, el tema de la culpabilidad, destacando entonces que, si bien no se ahondará en las múltiples discusiones que se han suscitado en torno a la culpabilidad por superar la finalidad del presente trabajo, sí se procurará señalar frente los numerales 13 y 17¹⁰⁰ del ya citado Artículo 324 CP el por qué tratan de manera superficial la culpabilidad desligándola de las dimensiones que meritan, y que, entre otras consecuencias, a diferencia de lo propuesto dentro del Principio de Oportunidad, lo que deberían llevarnos es a concluir que en determinadas causas penales no existe razón alguna para emitir un reproche jurídico – penal, o ni siquiera adelantarlo.

Por esto, se adelanta que existe cierto consenso en los factores que determinarán el sí y el cuánto de la pena, siendo estos: “*la gravedad del hecho (intensidad del contenido del injusto y de la materialización del resultado, el modo de ejecución de la acción y los medios empleados,*”¹⁰¹ (Jiménez, 2016) entre otros como la existencia de antecedentes penales que – para bien o para mal – se han abordado desde la óptica de la peligrosidad del sujeto pasivo de la persecución penal, que en concreto suman para aquel análisis al que está llamado el Juez de Concomiendo en la valoración de la pena razonable y justa a imponer al procesado, que no son

¹⁰⁰ **Artículo 324 CPP:** “(...) **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. (...) **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.”

¹⁰¹ “PELIGROSIDAD CRIMINAL E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”; Emiliano Borja Jiménez. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal Vol. 12 N°87 (2016). Pág. 126-127.

más que elementos estructurados desde la constatación del injusto culpable, y que de manera innegable, permearon de determinada forma la realización de la conducta que se pretende reprochar. Expuesto esto, y pasando al tema que se pretende abordar en este capítulo se debe indicar que: *“la específica culpabilidad del autor en relación con ese concreto hecho (mayor o menor grado de imprudencia, de la intensidad del dolo o de la exigibilidad de otro comportamiento); y, finalmente, la mayor o menor necesidad preventivo especial dirigida a la resocialización o reeducación del reo 7. (...) obliga al juez a justificar en la sentencia el grado y la extensión de la sanción impuesta en los supuestos en los que tenga arbitrio para ello”*¹⁰² (Jiménez, 2016).

Así entonces deberá recordarse además que la concepción de la culpabilidad ha pasado por varias transformaciones a lo largo de la historia¹⁰³ (Valbuena, 1990) que han determinado cómo y cuándo se valorará este aspecto en la evaluación de la conducta y el sujeto activo de la misma, ello de cara a considerar estructurado o no, lo que hoy se conoce como injusto penal culpable. Empero es igualmente necesario recordar que la Política Criminal (desde su faceta de Derecho Penal) se erige sobre un fundamento innegable, cual sea que ésta está orientada a la regulación de conductas humanas que por mucho resultan – en su gran mayoría – imposibles de prever, y que apuntan generalmente a las respuestas que como seres humanos le damos al entorno, entendiendo este último, como todas aquellas circunstancias en las que se desenvuelve a diario el ser humano (tanto internas como externas) y que motivan la conducta en una u otra dirección.

Al respecto, podríamos sostener entonces que, el principio de culpabilidad, en el ámbito estrictamente jurídico – penal, es el reproche hecho a un ser humano, quien, actuando en ese ámbito extenso de posibilidades que le da su libertad, desarrolla

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ Al respecto: *“EN FAVOR DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: UN PUNTO DE VISTA PERSONAL”*; Francisco Valbuena. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal N°50 (1990). Págs. 465: *“(...) La escuela clásica italiana, como heredera de la doctrina "aristotélico-tomista", encontró tal fundamento en el concepto de libre albedrío. Por su parte, la escuela positiva de FERRI, heredera del positivismo comtiano, encontraría por completo imposible que la "sociología criminal" se fundara en un concepto tan etéreo y metafísico, y por tanto propuso la "responsabilidad legal" como único fundamento "científico" de la responsabilidad y la pena. Mientras tanto, en Alemania se gestaba uno de los más grandes movimientos en el derecho penal: la dogmática juridicopenal. Su principal cometido fue formular un esquema general del delito, y se estructuraron entonces las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ubicando los elementos objetivos en los dos primeros (injusto) y los elementos subjetivos en el último, al que definieron como "relación psicológica entre el autor y el hecho". Pero pronto, con el advenimiento del neokantismo y su filosofía de los valores, esquema causalista se derrumbó al encontrar que también el tipo tenía elementos subjetivos y que en la culpabilidad había algo más que una mera relación psicológica, pues también debían considerarse en ella aspectos valorativos, axiológicos como la "exigibilidad de la conducta". Fue entonces cuando la culpabilidad empezó a entenderse como un "juicio de reproche" que se dirige al autor por no haber actuado conforme al derecho habiendo podido hacerlo. Esta concepción, que se conoce como "culpabilidad normativa", sería reforzada con la aparición de la escuela finalista que, al trasladar el dolo y la culpa al tipo, dejaría a la culpabilidad como un puro juicio normativo (...)"*

un comportamiento indeseable y reprochable penalmente dentro del ordenamiento jurídico en el que se suscriba pese a estar en capacidad de hacer lo contrario, esto es, la persecución penal es la respuesta institucional del Estado a quien pudiendo actuar conforme a Derecho no lo hace.

Así entonces, de cara a dar claridad, los presupuestos sobre los cuales podríamos cimentar el juicio de culpabilidad serían, la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta, es decir entender que existe un mandato legal que le pide de realizar o no realizar determinado comportamiento; y la capacidad de autodeterminarse con esa comprensión, que no es otra cosa que el sujeto activo de la conducta se encuentre física y psicológicamente facultado de acatar ese mandato legal, y por el contrario, no podríamos señalar que alguien es responsable penalmente cuando no reúne estos dos requisitos. Frente a este aspecto, nuestro ordenamiento Jurídico consagra lo siguiente:

“Artículo 32 CP. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

- 1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.***
- 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.***
- 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.***
- 4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.***

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

- 5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.***
- 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.***

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.

9. Se obre impulsado por miedo insuperable.

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.

Artículo 33. Inimputabilidad. *Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.”*

Siendo pertinente traer a colación lo referido por Mir Puig cuando indica que:

“(...) no cabrá considerar constitutivo de delito ningún hecho que no sea posible o no sea necesario evitar mediante la motivación normativa (ámbito de la antijuridicidad). Pero tampoco cabrá reputar delictivo un hecho cuando, pese a subsistir la necesidad y posibilidad de intentar su prevención, no sea lícito castigarlo en atención a las anormales circunstancias en que lo realiza su autor (ámbito de la culpabilidad). Los tres pilares del planteamiento efectuado posibilidad, necesidad y licitud se fundan en la función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho. Los dos primeros, porque la función de prevención que corresponde al Derecho penal, en este modelo de Estado, pierde su fundamento cuando deja de ser posible o necesaria, ya que la prevención sólo se justifica políticamente por su necesidad para la protección de la sociedad (...)”¹⁰⁴ (Puig, 1982)

Hechas estas consideraciones previas, y volviendo al tema de las causales consagradas en los numerales 13 y 17 del Artículo 324 CPP, podemos advertir entonces que, frente al Numeral 13 cuando propone que habrá aplicación al Principio de Oportunidad: *“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. (...)”* realmente está proponiendo una discusión eminentemente intrascendental – y casi contradictoria - de cara a la constatación de lo que ya hemos referido como injusto culpable, esto porque en palabras quizás menos técnicas, podríamos explicar ese numeral como que se podrá solicitar la aplicación del Principio de Oportunidad cuando la respuesta institucional del Estado no sea necesaria, lo cual en últimas se tornaría en una contradicción jurídica en la medida en que estaríamos diciendo que no existe mérito, atendiendo a la culpabilidad, de siquiera iniciar la persecución penal, pero la vamos a sostener hasta que por lo menos tres operadores jurídicos diferentes consideren lo mismo.

Lo anterior, porque en la praxis judicial implicaría entonces: Primero, cargar a una unidad Fiscal con más carpetas de las que ya tiene, entorpeciendo la oportuna resolución de los demás procesos (en la medida en que el Fiscal deberá agendarse de cara a las diligencias investigativas y Judiciales, estructurar un argumento para proseguir, suspender, o solicitar la terminación de determinada actuación penal);

¹⁰⁴ *“FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO”;* Santiago Mir Puig. Editorial BOSCH, Barcelona. Pág. 47.

segundo, dotarlo del poder de que desde su arbitrio considere si el actor de la conducta merece o no reproche penal (pues no existe procedimiento establecido de cara a determinar la culpabilidad); tercero, que, si considera que no merece reproche por su conducta, proceda a solicitar una audiencia ante un Juez de Control de Garantías que fácilmente y dada la congestión de algunos Despachos Judiciales puede tardar meses, mismo Juez que de nuevo se dota de capacidad para que considere si el procesado merece o no sanción (Hecho que ya rayaría con la presunción de inocencia); Cuarto, si el Juez de Control de Garantías coincide con el Fiscal, decretará la aplicación al principio de Oportunidad; Quinto, para dotar de fuerza de cosa juzgada el Fiscal radicará ante el Juez de Conocimiento la solicitud de preclusión; y Sexto, si El Juez de Conocimiento es célere, decretará la preclusión en otros tantos meses dado que su agenda está colmada.

Todo esto, que, si bien de manera resumida se ve como un proceso corto, en la realidad en la que se circunscribe la práctica, fácilmente puede tomar varios meses e inclusive años, en los cuales el ciudadano procesado se ve sometido a las consecuencias nocivas de ser perseguido por parte del Estado, y el Estado por otra parte, malgasta tiempo y recursos en perseguir una conducta que en últimas desde un análisis de la culpabilidad resulta intrascendente, congestionando de paso por lo menos tres instancias judiciales que de no verse ligadas a tan innecesaria causal, bien pudieron ahondar en esfuerzos respecto a eventos que realmente lo meritaban. Y por otro lado, esta situación realmente llevaría a desconocer la finalidad del Derecho penal en un Estado Social de Derecho, pues no resulta deseable, si se sostiene la libertad individual y el respeto de la Dignidad Humana, el pretender prevenir o castigar a quien, como en el caso particular, actúa con una culpabilidad intrascendente, ello porque como lo sostiene Mir Puig: “(...) *la culpabilidad no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de culpabilidad.*”¹⁰⁵ (Puig, 1982)

Por otro lado, frente a la Causal del Numeral 17 que se refiera a: “*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.*” Cabrían destacar que se refiere a diversos momentos ampliamente tratados por la doctrina, la primera, es la presencia de un justificante

¹⁰⁵ “FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO”; Santiago Mir Puig. Editorial BOSCH, Barcelona. Pág. 47.

durante la realización de la conducta, la segunda, es que se desborde en esa justificante, y tercero, que ese desbordamiento corresponda a una situación analizable desde la óptica de la culpabilidad. Así pues, entendiendo que no es el propósito de este escrito el entrar en el debate de cuáles son causales de inculpabilidad y cuáles de exculpación, partiremos de la base general de que si bien ambas son de naturaleza jurídicas diferenciable, ambas parten del punto focal de que la responsabilidad penal ha de desaparecer bien por incumplimiento de la antijuricidad como requisito en la constatación del injusto, o bien por frustración del juicio de culpabilidad.

Es por esto que debemos partir entonces de entender que dentro de nuestro ordenamiento Jurídico nos moveremos respecto de esta causal del “exceso en la justificante” en lo que el Artículo 32 CP ha reunido cuando: “**3.** Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal. **4.** Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. (...) **5.** Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. **6.** Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. (...) **7.** Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.”,

Empero, sería factible en esta discusión proponer desde ya que existen dos principios medulares de los cuales se desprende todo el análisis y constatación de los elementos del injusto culpable, cuales son la culpabilidad (entendida como responsabilidad), y la lesividad, frente a estos se ha indicado que la culpabilidad: “puede ser definido como la exigencia constitucional que se le hace al derecho penal de que éste sólo condene a un individuo si en él ha concurrido la personalización de una pena (o sea la efectiva corroboración de propiedad del hecho que impide castigar la realización de conductas ajenas), la responsabilidad por sus actos (con lo que se niega la posibilidad de penalizar a alguien por su forma de ser, carácter o creencias), la completa y satisfactoria aserción de la imputación objetiva, la garantía de una adecuada imputación subjetiva (en sus modalidades dolosa, culposa o preterintencional) y finalmente, la verificación de culpabilidad como categoría dogmática (imputación personal o individual), por haber actuado con conocimiento de la antijuricidad, siendo imputable y bajo el cáliz de exigibilidad de otra conducta

en perfecto estado de motivación normativa."¹⁰⁶ (Mejía, 2012); Y frente a la lesividad que es: *"la efectiva alteración de estabilidad del bien jurídico, su destrucción total o real fractura de los componentes esenciales que hacen de dicho bien jurídico un concepto comunicacional activable y realizativo de la dignidad humana"*¹⁰⁷ (Mejía, 2012).

En este orden de ideas, aparece como palmariamente claro que la disminución punitiva consagrada en la precitada norma se sustenta en consecuencia en el reconocimiento de la Ley penal de la existencia de una circunstancia que permite el despliegue de una conducta en principio punible, por lo cual, entendido este aspecto en la motivación del ordenamiento jurídico es que deberíamos, como aspecto accesorio, considerar también que la aplicación de esta causal (el exceso en la justificante) no se limitará solamente a los ya referidos numerales del Artículo 32 CP, sino en todos aquellos eventos donde la norma arroje claros signos de permisividad, que por mucho es diferente a la atipicidad, es decir, considerar que el comportamiento puede ser considerado prohibido, pero que a luz de la particularidad del caso en concreto, se va a entender permitida. Este argumento, sirve para considerar que el espectro de aplicabilidad de la causal 17 del Artículo 324 CPP es más extensa que lo que a primera vista podría parecer, y de ello, se desprende su relevancia, en la medida en que serán una gran gama de posibilidades las que quepan en este causal de aplicabilidad del principio de oportunidad.

Aunado a lo anterior, recuérdese que se anunciaba como segundo elemento destacable en la valoración de esta causal, que se dé un desbordamiento de la conducta justificada. Por ello, resulta necesario indicar respecto de las tipologías en el exceso, de cara, se insiste, a la culpabilidad, que, podríamos hacer varios tipos de diferenciación, la primera netamente estructural que nos lleva a diferenciar el exceso desde dos perspectivas, la primera, que se refiere a un exceso intensivo, que en palabras cortas es la sobredimensión de la conducta justifica; y la segunda, se refiere al exceso extensivo que, igualmente de manera sucinta, se refiere es a un desbordamiento de la actualidad del a conducta justifica.

¹⁰⁶ "ANTI JURIDICIDAD Y EXCESO EN LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN (UN ANÁLISIS DECONSTRUCTIVO Y ANCLADO EN LA PERSPECTIVA RELACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS)"; José María Peláez Mejía. *Universidad Libre Cúcuta - Academia & Derecho. N° 5 (2012). Pág. 111.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

En otras palabras, una primera distinción en el exceso nos pone frente a un evento eminentemente sustancial, cual es que la conducta justificada se desmide de lo que razonablemente puede ser considerado justificado, y lo otro, un evento evidentemente cronológico que limita el comportamiento justificado a un marco determinable de tiempo donde fuera de este, ya no podría considerarse justificada la conducta.

Otra clasificación posible del exceso, es la que propone la doctrina desde un punto de vista de la tipicidad, conceptuaría el exceso como doloso, culposo, inculpable o atípico, al respecto, y por pertinente téngase que: *“aun cuando la conducta punible guarda unidad inescindible con la parte del comportamiento que es justificado, la acción u omisión se evalúan independientemente. Por ello será el exceso doloso «cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar». (...), será el exceso culposo «cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo». Pero, por el contrario, el exceso será inculpable cuando esa conducta sea producida por una situación que genere le inexigibilidad de otra conducta; es decir, por las denominadas causas asténicas como el miedo insuperable (...), o en virtud de un error de prohibición que al suprimir el conocimiento de la antijuridicidad dejará inane el injusto, pero eliminará la culpabilidad. Finalmente, «si el exceso se debe a fuerza mayor o caso fortuito, la acción será atípica, pues estas circunstancias excluyen el dolo del tipo¹⁵»¹⁰⁸* (Mejía, 2012), lo cual, sentaría entonces bases para predicar que es posible que el exceso, se dé por una situación atinente a la culpabilidad.

Sin perder de vista lo anterior, podemos continuar con al tercer y último elemento que se refiere, se recuerda, a que el exceso sea representativo en la culpabilidad. Frente a este aspecto, podríamos sostener de manera general que:

¹⁰⁸ "ANTI JURIDICIDAD Y EXCESO EN LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN (UN ANÁLISIS DECONSTRUCTIVO Y ANCLADO EN LA PERSPECTIVA RELACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS)"; José María Peláez Mejía. Universidad Libre Cúcuta - Academia & Derecho. N° 5 (2012). Pág. 114.

“(...) el exceso en la reacción defensiva puede ser consciente y voluntario, deberse a miedo, terror u otra alteración emocional análoga, obedecer a una apreciación errónea de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión y, por último, encontrar su origen en un error sobre los límites normativos de la exigente (...)”¹⁰⁹ (Muñiz, 1992)

Y así mismo que:

“No cabe duda que cuando el mal causado es mayor no es posible justificar la acción necesaria. Sencillamente, porque la ponderación de intereses en juego no califica de preponderantes a los aportados por aquella. Mas esto significa, solamente, que no se dan en su totalidad los elementos exigidos por la ley para justificar la conducta. Ello no cierra el paso automáticamente a la justificación incompleta. Antes bien, lo lógico será su apreciación, siempre y cuando el resto de elementos presentes puedan hacer disminuir considerablemente el desvalor jurídico-penal expresado en el injusto típico. La cuestión no puede resolverse mediante un pronunciamiento apriorístico sobre el carácter esencial o inesencial del requisito de la causa de justificación (80)”¹¹⁰ (Muñiz, 1992)

Lo anterior, con la finalidad de señalar que, en aquellos eventos de excesos intensivo en alguna de las causales de justificación, habrán de realizarse valoraciones ulteriores más allá que la mera constatación de un *checklist* de los requisitos formales para dar aplicación a esta figura jurídica, pues es igualmente claro que las causas de justificación transmutan lo que en otras circunstancias sería una conducta penalmente reprochable, en una conducta lítica a la luz del ordenamiento jurídico; entendiendo esta variación desde la óptica de lo penal, en la medida en que es, como ya se dijo, un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de que en el amplio espectro de libertad humana, existirán ciertas conductas que de cara a unas particularidades en concreto, no serán tan indeseables social y jurídicamente como otras similares donde falten estas ya aludidas circunstancias.

¹⁰⁹ "FUNDAMENTO, ALCANCE Y FUNCIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN INCOMPLETAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL"; José Manuel Valle Muñiz. Universidad de la Rioja, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 45 (1992). Págs.568.

¹¹⁰ "FUNDAMENTO, ALCANCE Y FUNCIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN INCOMPLETAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL"; José Manuel Valle Muñiz. Universidad de la Rioja, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 45 (1992). Págs.594.

Así pues, resulta claro que, dentro de esta amalgama de posibilidades de justificación de la conducta, existirán otras que desde lo fáctico – sin desconocer que en el debate jurídico también se presentan grandes discusiones– no alcanzan, pese a reunir algunos de los requisitos para constituirse como formas enteras de justificación, a ser precisamente tenidas como formas completas o perfectas, y son estas las denominadas formas incompletas de justificación. Esto es, existen ciertas conductas que arrojarían vistos de Justificación, pero que, por faltarle, o por excederse en un punto – por el momento fáctico-, no dan lugar a declarar lícita la conducta, lo que, a su vez, se contrasta con las formas perfectas de justificación, que no son otras que las que, sin mayores problemas, encajarían en la descripción de la norma. Teniendo esto de presente, resulta innegable que de una discusión centrada en estas formas imperfectas sugiere planteamientos relevantes y necesarios a valorar al momento de una declaratoria de responsabilidad penal, pues dada su naturaleza trasladan al fallador a un estudio del aspecto de la antijuricidad (que disminuye el desvalor del injusto típico) pero para nada descarta la urgencia de un pronunciamiento sobre la culpabilidad. Al respecto Muñiz señaló:

“Las causas de justificación afirman la licitud de la conducta en la medida en que el ordenamiento jurídico valora como preponderantes los intereses que a su amparo se tutelan, frente a la realización de un hecho típico. Su forma incompleta, entonces, dentro del mismo juicio de antijuricidad disminuye el desvalor del injusto típico, precisamente porque se aprecian argumentos justificantes, desde luego insuficientes para declarar la licitud de la conducta, pero claramente idóneos para proceder a su graduación valorativa. Lógicamente, esta graduación del desvalor del injusto típico que se produce en el seno del juicio de antijuricidad, es el presupuesto material de la reducción de pena (...) Lo que no es óbice, claro está, para declarar la exclusión de la responsabilidad criminal cuando se entiendan concurrentes factores determinantes para la negación de la culpabilidad, o para la disminución hasta el límite de su irrelevancia penal. Asimismo, una disminución parcial de la culpabilidad deberá tener un reflejo autónomo en la determinación de la pena, apreciándose junto a la justificación incompleta la atenuante correspondiente.”¹¹¹ (Muñiz, 1992)

¹¹¹ "FUNDAMENTO, ALCANCE Y FUNCIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN INCOMPLETAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL"; José Manuel Valle Muñiz. Universidad de la Rioja, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 45 (1992). Págs.607.

Teniendo de base lo anterior, y retomado la causal 17 del Artículo 324 CPP, es que debemos anotar que cuando dicho numeral pone énfasis en que el exceso de la conducta justificante sea representativo de la culpa, hace referencia necesariamente a lo que expone Muñiz como la posibilidad de “*declarar la exclusión de la responsabilidad criminal cuando se entiendan concurrentes factores determinantes para la negación de la culpabilidad*”¹¹², lo que en últimas significa, como se ha pretendido mostrar en el presente escrito, que de nuevo el Principio de Oportunidad, contrario a mostrarse innovador del ordenamiento jurídico penal, lo que realmente es una redundancia procesal innecesaria, pues difícilmente podríamos negar que aquellas situaciones donde el exceso intensivo se dé por razones que excluirían la culpa, debería darse por concluida la persecución penal. Razones estas como el miedo o demás alteraciones emocionales similares que darían a entender, razonablemente sustentadas, que el sujeto que de no haberse excedido estaría amparado por una causal justificación perfecta, no podía en ese momento determinar por completo la orientación de su conducta, y que precisamente esa incapacidad psicológica o ánimo a determinarse por el mandato legal, es lo que configura la causal incompleta de justificación.

A modo de ejemplo, y quizás en palabras coloquiales, poco podríamos dudar que estaríamos ante una causal de justificación si una persona esgrime un arma de fuego contra quien momentos antes valiéndose de otra arma de fuego pretendía hurtarle. Sin embargo, serias necesidades de reflexión demandarían considerar eventos tales como que, una persona se aventura en un sector que no conoce de primera mano, pero cuya reputación es precedida por alta tasa de homicidios, aun así, pasando por determinado sector despoblado, se topa con un individuo quien dadas sus características morfológicas y la velocidad a la que aproxima, le resultan altamente amenazantes, así, una vez a una corta distancia, el individuo amenazante le grita al primer sujeto que se despoje de sus pertenencias, empero el primer individuo, lleno de temor, y usando la cercanía de este otro individuo, saca la navaja que suele usar en su profesión, y le realiza un corte letal a quien se proponía hurtarlo.

O ante un evento como que, un individuo se moviliza por su propio barrio donde se topa con una persona del mismo lugar, que presenta una personalidad que

¹¹² *Ibidem.*

propende a las riñas y el conflicto, y quien de manera directa le lanza amenazas de muerte, a lo cual, el primer individuo, saca su arma de fuego (supongamos que amparada por salvo conducto), y le efectúa un disparo no letal, que logra inicialmente doblegar a quien lo amenazaba, sin embargo, con plena convicción de que posteriormente este amenazante individuo se vengaría de su familia en tanto lo conoce, acciona una vez más el arma de fuego ocasionándole la muerte a quien ya había doblegado.

U otra situación tomada del ejemplo clásico, un naufrago que, de cara a asegurar la estabilidad de su balsa, o la suficiencia de los suministros, se ve forzado a escoger entre la prioridad a su vida o la de otro naufrago quien busca exactamente los mismos recursos, no bastando ninguno de los dos para soportar a ambos. Sin embargo, supongamos el mismo contexto donde el sujeto A, mata al sujeto B, pues tras tres días de naufragio está convencido que de no hacerlo se acabarían las provisiones y ambos morirán, sin embargo, posteriormente se percata que los suministros eran más bastos de lo que a simple vista aparentaban.

Así entonces, múltiples serían los ejemplos que podríamos proponer donde es claro que el aspecto de la culpabilidad no resulta accesorio sino eminentemente trascendental, pese a que estemos principalmente tratando un aspecto de la antijuricidad cual sean las causales de justificación, siendo el propósito a destacar de cada uno de estos breves casos, que el exceso intensivo no obedeció precisamente a la ausencia de uno de los requisitos para considerar que se está ante una justificante completa, sino a una valoración alterada por un aspecto de la culpabilidad, que en concreto llevo al exceso, y ello implicaría, si somos consecuentes con postular al Derecho Penal como ultima ratio, a considerar que eventualmente, y dependiendo de cada caso en concreto, estamos ante un evento de exclusión de la responsabilidad que versa sobre un ítem punitivo, y por ende, no existiría ni mérito ni necesidad de castigo, o de persecución penal siquiera en contra de un individuo que no se pudo determinar, en el momento concreto frente a la exigencia de la norma, o que por otro lado, debería aplicársele una rebaja coherente con la conducta que desplegó motivado en un apreciación alterada. De esto se ha dicho que:

“La falta de algún presupuesto de la justificación puede tener su causa, también, en un estado de miedo, terror, pánico u otra alteración emocional

análoga. Estas hipótesis afectan a la culpabilidad del sujeto y deben resolverse del siguiente modo: si alcanzan a la exclusión de la culpabilidad se eximirá de responsabilidad criminal, aplicando, normalmente, el miedo insuperable; cuando el efecto se reduzca a la constatación de una menor culpabilidad, cabe la posibilidad de que nos encontremos ante una causa incompleta de exculpación, ante una exculpación incompleta análoga, o bien ante la atenuante genérica (...). En todos estos supuestos, junto a la disminución de injusto producto de la presencia de los elementos esenciales de una causa de justificación, se aprecia una disminución, mayor o menor, de culpabilidad. La doble disminución de injusto y culpabilidad debe tener repercusión autónoma en la determinación de la pena. Así, no existen problemas dogmáticos para acumular a los efectos atentatorios de la justificación incompleta, los propios de la misma naturaleza de la exculpación incompleta, la incompleta análoga o la atenuante genérica”¹¹³ (Muñiz, 1992)

Sin embargo, esto no es tampoco un descubrimiento novedoso, pues nadie podría soportar, más allá de meras elucubraciones, cómo reaccionará, qué o qué no hará cuando sea sometido a una determinada motivación de su entorno que lo lleve, de manera casi que inmediata, a tomar decisiones extra jurídicas, esto es en palabras más coloquiales, nadie que esté siendo amenazado por una banda de asaltantes armados se pondrá a pensar en las causales para predicar una legítima defensa, ni si su actuar estará o no amparado por el Derecho, sino que, de manera instintiva reaccionará a esta situación procurando preservar sus bienes o Derechos, o los de los terceros que lo rodean. Es por esto, que podría ser errado el imponer límites de valoración a en términos de hombre medio en todos los supuestos posibles, pues es evidente que, si bien habrá entornos donde más o menos las personas podrían responder en determinada dirección, es igualmente cierto el “hombre medio” es una ficción interpretativa que debería suponer una ayuda al juez, pero que en todo caso, en más de una ocasión, ciertamente se quedaría corto al explicar la complejidad de la mente del ser humano, y por ende, si estamos ante un evento de “*menor valor jurídico o social*” explicado en esa condición humana altamente imprevisible y reactiva ante el entorno que lo rodea, ni siquiera deberíamos considerar iniciar una persecución penal con todo lo que ello lleva.

¹¹³ "FUNDAMENTO, ALCANCE Y FUNCIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN INCOMPLETAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL"; José Manuel Valle Muñiz. Universidad de la Rioja, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 45 (1992). Págs.608.

CAPÍTULO V: CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

Con lo que se ha venido exponiendo hasta este punto, resultaría meridianamente claro que “nuestro Principio de Oportunidad” presenta considerables insuficiencias de cara a considerarlo como un verdadero avance jurídico en materia penal, más aún cuando como se expuso con antelación, diversas causales que permiten aplicarla dentro de nuestro ordenamiento jurídico se ven, o estrechamente ligadas a otras figuras jurídico-procesales por mucho más benignas, o desde su consagración normativa, presentan una discrecionalidad patente en los funcionarios llamados a decretarla, tanto así, que básicamente dependerá de la filiación con una u otra teoría dogmática lo que definirá la suerte de si se busca o no beneficiar a un ciudadano con esta figura, debiéndose igualmente recordar en este punto que, en la prácticas de la denominada política criminal, debemos reconocer que no es el ente fiscal quien de manera exclusiva – y material - realiza el proceso de persecución de las conductas punibles, y por ende, como igualmente fue advertido ya con antelación, no es contrario a la realidad que por razones de logística administrativa, la Policía Nacional centra y desconcentra la presencia de efectivos uniformados en determinadas sectores de la ciudad donde con mayor o menor probabilidad se esperan hallar determinadas conductas punibles.

Lo anterior no resulta gratuito en la medida en que son precisamente estos actores usualmente olvidados de la política criminal (en su modalidad de persecución penal) los que en realidad enmarcan las aplicaciones reales de los institutos jurídicos como el que ahora analizamos, y por esto, es que mal haríamos si desligásemos por completo las consideraciones teóricas de aplicabilidad de figuras tan relevantes dentro de nuestro ordenamiento penal como son las de formas de terminación excepcional de los procesos penales, de las situaciones fácticas que precisamente están llamadas a regular. Siendo oportuno recordar que pese que las llamadas formas excepcionales de terminación del proceso se muestran en principio medularmente útiles para fines de trámite como la celeridad y la economía procesal, son estas verdaderas figuras de materialización de relevantes principios penales como la dignidad humana y el debido proceso, y es precisamente por ello que no debería perderse de vista que el proceso penal está encaminado – independientemente de la línea dogmática que se adopte frente al fin del Derecho Penal – a través de institutos y prácticas, a orientar en determinado sentido la conducta humana en sociedad.

Es por todo esto que en tanto esa capacidad es muestra de la cesión de una proporción de libertad que fue otorgada por los ciudadanos como contraprestación al Estado, es que debe ser reglado, razonable, y en ningún caso debería consentirse que fuese desmedido, pues la capacidad Estatal de orientar la conducta humana a partir de la aplicación del poder punitivo debe estar precedida del respeto de determinadas pautas o principios reguladores de dicha actividad, pues lo contrario sería un atropello contra la humanidad de quién se ve sometido a la persecución que el mismo Estado se ha ideado, y que lo faculta para castigar a quien ha incurrido en la conducta que – con razón o sin razón – se ha considerado como dañina dentro de determinado ordenamiento jurídico.

Por otro lado, si bien no es el objeto principal a tratar en el presente escrito, es pertinente advertir que como postura orientadora de las apreciaciones que se siguen, que se estimará acertadas las consideraciones relativas a la finalidad del Derecho penal expuestas por Ferrajoli en la conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid el 13 de noviembre de 2008 que propone que: *“la tutela de bienes jurídicos concretos identifica el fin y al mismo tiempo una condicio sine qua non de la intervención penal, y por ello un límite al poder punitivo”* ¹¹⁴ (Ferrajoli, 2012), pues aquellas doctrinas orientadas a sostener que el Derecho penal está encaminado a una especie de autoconservación del propio sistema u orden jurídico: *“es una doctrina prescriptiva inevitablemente autoritaria, idónea para legitimar la ausencia de límites al poder punitivo. Además, el funcionalismo luhmaniano, y sobre todo su aplicación al Derecho penal, no es nada más que una versión sociológica del viejo estatalismo ético: la idea de la primacía del Estado, o si se prefiere del sistema social, sobre las personas, concebidas como subsistemas cuya tutela se admite sólo si es funcional a la conservación del sistema y por ello claramente inidónea para imponer límites a la potestad punitiva del Estado.”* ¹¹⁵ (Ferrajoli, 2012).

En esta medida, considerando que es la protección a bienes jurídicos lo que motiva y legitima la aplicación del Derecho penal en un Estado Social de Derecho, y que

¹¹⁴ “EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO GARANTÍA PENAL”; Luigi Ferrajoli. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal Vol. 08. N°79 (2012). Pág. 104.

¹¹⁵ *Ibidem*.

en todo caso los sujetos pasivos de la acción penal son seres humanos, es que, debemos señalar que el marco actual de principio de oportunidad aplicable a nuestro ordenamiento jurídico es sino incompatible con uno de esos principios cardinales de la capacidad punitiva Estatal, cual es el principio de lesividad, pues como se procurará ilustrar a continuación, amplia gama de sus causales de aplicación revisten lo que podríamos llamar como “méritos para no castigar”, es decir, considerando que igualmente se advirtió que una de las diferencias principales entre el precitado instituto jurídico con el de la preclusión, es que en el Principio de Oportunidad, por su consagración normativa, existiría razones para continuar con la acción penal, lo cierto es que si se mira con detalle las ya ampliamente referidas causales, podemos advertir que realmente no se sule con este principio que pocas palabras nos remite de nuevo a la consideración inicial respecto a que es la vulneración de bienes jurídicos lo que faculta al Estado a ejercer la persecución penal, y por ende, el reproche jurídico – penal a través de la pena.

Así las cosas, ciertas notas preliminares son necesarias de cara a soportar la anterior conclusión, siendo la primera que ciertamente si nos referimos a una vulneración de determinado bien jurídico por parte de una persona a quien conoceremos como procesado, empíricamente nos referiremos necesariamente el despliegue de un comportamiento apto para lograr tal vulneración, pues como lo sostiene Ferrajoli: “(...) *la lesión de un bien así no puede provenir sino de un comportamiento; es decir, de un hecho que se encuentre en una relación de causalidad con tal lesión, la cual consiste en un daño o en un peligro materialmente identificable. De esto se deriva un principio fundamental del garantismo penal: el principio de la inderogabilidad del hecho, expresando por la máxima nulla poena sine crimine, en virtud de la cual no se puede ser castigado por lo que se es, sino solamente por lo que se hace*” ¹¹⁶ (Ferrajoli, 2012) categorización que advierte entonces que el Derecho Penal está orientado a perseguir conductas dañinas y no sujetos peligrosos, pues de ser lo contrario, o validar la persecución de agentes peligrosos, nos encontraríamos ante la dificultad de estar ante un Derecho Penal, o concretamente un Estado sin límites punitivos, pues pese a sonar reiterativo, la política criminal (en su modalidad de persecución penal) se ejecuta por actores humanos que en mayor o menor medida se encuentran condicionados a sus propias posturas.

¹¹⁶ “EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO GARANTÍA PENAL”; Luigi Ferrajoli. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal Vol. 08. N°79 (2012). Pág. 110.

Continuando entonces, si entendemos que lo que se ha de castigar es un comportamiento, debemos concluir también que no puede ser éste cualquiera que dentro de la esfera de libertad ejerzan las personas, pues ello no sería sensato desde un punto de vista garantista de la libertades individuales, ni tampoco sería deseable desde un punto de vista eminentemente pragmático dado que desbordaría por mucho las capacidades de cualquier institución el perseguir todo tipo de interacción entre por lo menos dos personas. Así entonces: *“es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios: el de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aún correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro”*¹¹⁷ (Ferrajoli, 2012), precisión de indiscutible relevancia para el objeto de lo que se pretenderá señalar, pues de no haber lesión, o que pese a existir una lesión ésta no sea de relevante entidad, ciertamente – si sostenemos que el Derecho Penal es ultima ratio y que se encarga de las conductas más dañinas – deberemos concluir que la intervención del Estado dentro de esa esfera conductual es innecesaria, e inclusive ilegítima, pues sostener la separación axiológica entre el Derecho y la moral, implica el reconocimiento de las libertades que no supongan mayor menoscabo para los derechos de terceros.

Al respecto, la legislación italiana en el Decreto Legislativo N° 274 del 28 agosto 2000, en su Capítulo V, Artículo 34 consagra la: *“Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto”* (lo que podría traducirse como “Exclusión del procedimiento en casos de particular tenueza del hecho.”) definiendo respecto de la tenuidad del hecho que: *“1. El hecho es de particular tenuidad cuando, con respecto al interés protegido, la naturaleza exigua del daño o peligro que se deriva de él, así como su naturaleza ocasional y el grado de culpa, no justifican el ejercicio del enjuiciamiento penal, también teniendo en cuenta el perjuicio que el curso posterior del proceso puede aportar a las necesidades de trabajo, estudio, familia o salud de la persona bajo investigación o del acusado.”*¹¹⁸ Consagración que por

¹¹⁷ “EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO GARANTÍA PENAL”; Luigi Ferrajoli. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal Vol. 08. N°79 (2012). Pág. 111.

¹¹⁸ “1. Il fatto e' di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne e' derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento puo' recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato.”

mucho aporta relevantes consideraciones de cara a la lesividad de la conducta encarada con el procedimiento penal, destacando, como se ha venido sosteniendo, la primacía del reconocimiento de la calidad de ser humano que debe tener el procesado inclusive aunque se vea enfrentado a la persecución penal, pues tal norma, como se pudo observar, en su parte final invita a considerar los innegables perjuicios que sobre la persona recaen incluso desde la etapa de la investigación penal.

Frente a este mismo Artículo, se ha pronunciado la profesora Caterina Pongiluppi indicando que: *“(...) en efecto, no se trata aquí de la inofensividad del hecho, sino de una ofensividad “escasa”, es decir, que supera los umbrales de la relevancia penal “en abstracto”, pero que “en concreto” demuestra ser de un nivel “mínimo”². No obstante la “común ratio equitativa” que los sostiene, los dos institutos (inofensividad y exigüidad) no pueden ser sobrepuestos: de cualquier manera que se la entienda (...) la ofensividad tiene que ver, en efecto, con el plano cualitativo de la existencia del delito; la exigüidad es por el contrario el carácter que se predica de un ilícito, perfecto en todos sus elementos constitutivos, pero cuya relevancia penal no alcanza el umbral de la necesidad de la pena³. (...) la ofensividad y la exigüidad tienen que ver con ámbitos de relevancia diferentes, estando la una ligada a consideraciones de tipo “valorativo”, y la otra a una perspectiva funcionalista-teleológica, que mira a la persistencia en el caso concreto de la finalidad punitiva subyacente a la previsión del ilícito⁵”¹¹⁹ (Pongiluppi, 2011) Haciendo entonces la dualidad que se proponía, de un evento jurídicamente irrelevante para el Derecho Penal, o que, pese a su posibilidad de ser fácticamente enmarcado en algún tipo penal, el daño que efectivamente causó – sobre un bien jurídico evidentemente - lo torna en una de esas conductas que llamábamos con “méritos para no castigar”.*

No es lo anterior un criterio para la introducción de valores ajenos a la labor del Juez al momento de decidir frente a determinado comportamiento jurídicamente punible, como serían por ejemplo las apreciaciones respecto las condiciones de vida del procesado para el momento de ejecución de su conducta, pero sí, entender que incluso dentro de la amalgama de posibilidad fácticas existirán conductas más o menos lesivas pese a encuadrarse en el mismo tipo penal, presupone un límite claro a la capacidad sancionatoria del Estado que demandaría – como mínimo – tener

¹¹⁹ “EL CONCEPTO DE “EXIGÜIDAD” DEL DELITO: PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y POLÍTICO CRIMINALES”; Caterina Pongiluppi. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal Vol. 07. N°77 (2011). Pág. 132-134.

presente que por demás éstas son parte de la innegable naturaleza del ser humano, y así, se afincaría la necesidad de interpretar las conductas tenidas como delito a la luz de exigencias realmente preventivas, que como consecuencia necesaria lleva a hacer una análisis con más profundidad, y por mucho más garantista, de los Derechos Humanos, del merecimiento y de la necesidad de pena (Pongiluppi, 2011).

Englobando los planteamientos anteriormente expuestos hasta este punto, deberíamos estar capacidad de concluir sin mayor elucubración que, allí donde la conducta realizada por el sujeto pasivo de la acción penal sea de tan poca importancia en relación con la finalidad de protección de determinado bien jurídico, o allí donde la realización de esa misma conducta presuponga un daño aun mayor para el procesado de perseguirlo penalmente, o donde la misma conducta arroje mayores males para el encausado que para el bien jurídico, son eventos que de manera inequívoca deberían llevarnos a replantearnos la necesidad de emitir un reproche jurídico-penal en contra del sujeto activo de la conducta, pues si entendemos que el Derecho Penal, y en consecuencia, la persecución penal, está orientada a la protección de bienes jurídicos en la medida en que materializa los derechos que como seres humanos hemos convenido tener, no podríamos legítimamente sostener que pasando sobre cualquier razonabilidad de castigo, debemos perseguir todas las conductas que arrojen vistas de punibles.

Lo anterior, en la medida en que una desmesurada sanción de lo prohibido sería incluso más indeseable en una sociedad fundada sobre el principio de libertad, que una completa inacción de la persecución penal, pues innegable es que tanto el respeto de las prohibiciones penales, como el incumplimiento de las mismas, están enmarcadas en ese dinamismo humano que implica tanto la incapacidad de proveer sin lugar a yerros respuestas enmarcadas en el estricto cumplimiento de la norma, como la sentada diferenciación entre la realidad en la que se desenvuelve el hecho que de manera, más o menos exitosa, intenta reconstruir de manera procesal el trámite penal, es decir, no es insensato ni presupone un abandono de la generalidad de la norma el reconocer que habrán casos más o menos similares pero nunca iguales, pues las motivaciones, e inclusive las consecuencias de las conductas humanas difícilmente pueden abarcarse un código penal, y en esa medida es que se debe hacer un llamado a la razonabilidad al intensivo afán de persecución que como se ha venido insistiendo, suelen, en nuestra realidad social, sostenerse sobre una muy determinable población.

Abordando entonces lo concreto del Principio de Oportunidad, las causales que consideramos podrían ir en contra vía de este medular principio, esto es, el principio de lesividad, serían los consagrados en los Numerales 1, 7, 10, 11, 12, 13, 14 y 15¹²⁰ del Artículo 324 CPP, esto porque veamos:

- Del numeral **1**, el factor relacionado con la lesividad resulta claro en el apartado de que: *“(...) pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.”*
- Del numeral **4** el factor relacionado con la lesividad es el referente a que: *“(...) 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”*
- Del numeral **7**, podríamos señalar que: *“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.”*
- Del numeral **10**, destacamos: *“Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa (...)”*

¹²⁰ **Artículo 324 CPP:** *“(...) 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. (...) 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. (...) 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.”*

- Del numeral **11**: *“(...) que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.”*
- Por su parte del numeral **12**, tenemos que: *“(...) los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.”*
- Del numeral **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.”*
- Del numeral **14**, podríamos apuntar a que: *“Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre (...)”*.
- Y por último del numeral **15**, el factor relacionado con la lesividad en que: *“(...) la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, (...)”*

Como se debió observar, cada uno de estos numerales destaca hechos inequívocamente relacionables con el principio de lesividad, esto por cuanto como se procuró sentar hasta este punto, la persecución penal debe tener una finalidad más allá de su propia validación, en el sentido de que un sistema jurídico que soporte sus sanciones penales como legitimadoras del mismo ordenamiento jurídico, innegablemente dará pie a la constitución de poderes absolutos e indeseables en cabeza del Estado, que contrario a su deber para con las personas que cohabitan bajo el espectro jurídico de su capacidad punitiva, estará encaminado a la reafirmación del poder del castigo, y en esas medida, cada agenda política usará como a bien lo tenga el discurso de lo prohibido para así enmascarar con una aparente punibilidad, hechos que realmente no se perseguirán, y convalidar – sin perder de vista el debate que se suscita al respecto – el denominado populismo punitivo¹²¹ (Cindy Paola Cotes Murgas, 2011-2012) como motores de una campaña eminentemente política.

¹²¹ Al respecto: "POPULISMO PUNITIVO: INCIDENCIA ACTUAL EN EL CONTEXTO LEGISLATIVO COLOMBIANO"; Cindy Paola Cotes Murgas, y Andrés Fuentes Lacouture. Universidad el Norte Barranquilla, Actualidad Jurídica, edición 3 y 4. Págs. 66-67: "De manera general, siguiendo lo planteado por Newburn y Jones (2005, p. 78), se pueden extraer tres mensajes6 político-electorales claves sobre la política criminal: a) los temas criminales tienen potencial para ser cuestiones centrales en los debates políticos; b) los gobernantes o políticos tienen que

Sin perder de vista entonces estas cortas consideraciones preliminares, debemos indicar que Hassemer desde la óptica del principio de legalidad propone una disquisición importante frente al principio de oportunidad, considerando pertinente destacar conclusiones de tan significativo peso como que:

“(...) A un sistema penal moderno y orientado hacia las consecuencias no debería parecerle evidente el tener que llevar a cabo un proceso penal, aun cuando los perjuicios políticos sean mayores que los beneficios (fiat iustitia, pereat mundus). A esta filosofía se le correspondería la suspensión del proceso, especialmente en los “delitos políticos”, justamente cuando el llevar a cabo el proceso tuviese graves desventajas para el Estado (...).”¹²² (Hassemer, 1988)

O que:

“(...) El principio de oportunidad es apreciado frecuentemente por su efecto descriminalizador. Esto resulta en principio correcto: aparta tempranamente hechos sospechosos del proceso penal. Pero se debe tener en cuenta que no se trata en su totalidad de hechos punibles (...) y se debe considerar especialmente que el principio de oportunidad no es el instrumento adecuado para la descriminalización; esto le corresponde más bien al derecho penal material. Resulta teóricamente contrario al sistema y políticamente un engaño al público el proclamar públicamente la criminalización en los códigos penales (p.ej. el ilícito de bagatela) y excluirlos clandestinamente en el proceso penal: cuanto más se oriente el derecho penal material hacia los principios de proporcionalidad y de la fragmentariedad, menos motivos habría para un proceso penal oportunista”¹²³ (Hassemer, 1988)

demostrar a cualquier costa que son duros contra el crimen; y, c) aunque las propuestas político-criminales de los partidos políticos contengan soluciones welfaristas, éstas no deben aparecer como parte de la política criminal cuyo discurso debe centrarse en la dureza contra el crimen. En suma, estos mensajes argumentan que cualquier debate político-criminal edificado bajo la racionalidad debe dar paso a los mensajes simbólicos y meramente retóricos.”

¹²² “LA PERSECUCIÓN PENAL: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD”; Winfried Hassemer. Realizado en el marco del Symposium Internacional hacia una nueva Justicia Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, del 2 al 6 de mayo de 1988. Pág. 18.

¹²³ “LA PERSECUCIÓN PENAL: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD”; Winfried Hassemer. Realizado en el marco del Symposium Internacional hacia una nueva Justicia Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, del 2 al 6 de mayo de 1988. Pág. 19.

Afirmaciones que condensan el grueso de lo que se ha pretendido ilustrar hasta este momento y que, si bien Hassemer propone que hay que postular de manera crítica la aplicación del principio de oportunidad (en tanto lo concibe como un medio eminentemente utilitarista) pues para él resulta: *“político-criminalmente injustificado e irracional el contemplar la utilidad inmediata (p.ej., la destrucción de un grupo de terroristas) y pasar por alto el daño a largo plazo que tal regulación del principio de oportunidad puede ocasionar a la administración de justicia penal.”*¹²⁴ (Hassemer, 1988), podríamos arribar a una conclusión incluso más básica y esencial, como es que no resulta deseable ni legítimo que en un ordenamiento jurídico donde las personas han otorgado parte de su libertad al Estado, para que así éste tenga la capacidad de sancionar determinadas conductas, de manera caprichosa y empecinada ese mismo Estado use, de manera desproporcionada, esa facultad que le ha sido otorgada para suplir agendas políticas o un discurso vacío de protección, pues en últimas, perseguir penalmente conductas no lesivas, o inclusive mínimamente lesivas, para los bienes jurídicos, implica un uso exagerado de la ius puniendi, pues es inequívoco que aunque en la práctica el procesado pueda resultar absuelto, en la realidad social en la que nos enmarcamos el solo hecho de haber estado vinculado como indiciado en un proceso penal, repercutirá gravemente sobre su vida individual, familiar y social.

Empero, debemos considerar igualmente que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico la ausencia de lesividad no está incluida como causal de preclusión, así como tampoco como causal de ausencia de responsabilidad, situación que de manera aparente generaría un vacío legal que dejaría maniatado al operador jurídico que pretenda argüir esta situación ante cualquier tribunal, sin embargo, es claro que el principio de lesividad es un juicio de desvalor sobre el injusto, lo cual, por mandato legal del Artículo 11 CP¹²⁵ presupone analizar la antijuricidad formal como material, esto último traducible en que el daño ocasionado con la conducta realizada por el actor, sea real y además de real, *“(...) lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado (...)”*¹²⁶, al respecto:

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ **Artículo 11 CP.** *“Antijuricidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.”*

¹²⁶ *Ibidem*

“Así pues, en una primera instancia se puede determinar la asimilación del principio de lesividad con la antijuridicidad estipulada por el artículo 11 del Código penal, la inscripción directa de la ofensividad es clara en la disposición jurídica, lo que lleva a pensar que la lesión es una especie de la antijuridicidad. Al respecto, la antijuridicidad se compone de dos elementos reconocidos por la jurisprudencia y la academia, el material y el formal⁷; frente al primero se ha venido considerando que acoge los postulados de lesividad”

Sin embargo, existen razones ulteriores (como que el principio de lesividad es un verdadero límite al poder punitivo del Estado), para considerar que la lesividad como un evento de suficiente peso que debería llevar a la terminación de la persecución penal, o inclusive a su no iniciación, esto, porque incluso – y pese a no ser la postura que se adopta en el presente escrito – en teorías funcionalistas como la sostenida por Jakobs, podríamos arribar a la conclusión anterior, es decir que no debería siquiera iniciarse la persecución penal, en tanto, si la conducta prohibida amenaza o vulnera la vigencia del Derecho penal, podríamos ubicar la lesividad en la tipicidad de la conducta, pues si la finalidad de la persecución penal no sería otra que mantener el artificio institucional que se auto-fundamenta en sí mismo, o lo que se denomina el orden jurídico y social, es claro que una conducta que carezca de lesividad, necesariamente no deberá ser perseguida penalmente en tanto de entrada se descarta de la estructura básica de un tipo penal, que llevaría, como efecto práctico procesal, la posibilidad de solicitar la preclusión por la atipicidad de la conducta.

Sobre la bifurcación expuesta anteriormente, se ha dicho que:

“Mojica y Suarez, (...), refleja desde la posición de teóricos penales el enfrentamiento que ha resultado considerar la ausencia de lesividad entre atipicidad y antijuridicidad material: “Uno de los elementos más controversiales de la tipicidad (Conde, 2007) es la “lesividad” y esto por cuanto la exigencia de lesividad de la conducta (lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídicamente tutelado) tiene las más variadas posturas doctrinales: según la doctrina mayoritaria es un tema de antijuridicidad material (Luzón, 2012, p. 148); Mir Puig (2003, p. 13) considera que es un

tema de tipicidad objetiva y se encuentra situada al interior de la imputación objetiva. (...) (2016; P33)¹²⁷ (Freyman Ernesto Solano Silva, 2017)

Por otro lado, tendríamos la denominada tipicidad conglobante que asume Zaffaroni en las siguientes palabras:

“3. La tipicidad conglobante cumple su función reductora verificando que exista un conflicto {conflictividad}, lo que implica una lesividad objetivamente imputable a un agente (dominabilidad). Por decirlo de otro modo: mediante la función conglobante del tipo objetivo se establece la existencia misma del conflicto, que para ser tal requiere comprobar tanto su lesividad como su pertenencia a un agente. Los conflictos penalizados sólo son concebibles cuando importan lesiones a otro (...) que se producen en la interacción humana, de modo que no existe conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco la hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien. (...)”¹²⁸ (Zaffaroni, 2002)

En consecuencia, tendríamos por el momento tres posibles soluciones al problema planteado, en la primera, ubicaríamos al principio de Lesividad dentro de la antijuricidad material, el segundo, ubicaríamos dicho principio en la tipicidad, y un tercero que desde una tipicidad amplia implicaría que, aunque la lesividad se enmarque en el plano de la antijuricidad, sus efectos vendrían a consolidarse en la atipicidad de la conducta. A lo cual, si bien es cierto implicará formas diversas de abordar el principio de oportunidad, en lo relativo al principio de oportunidad, nos llevaría a declarar una conclusión que ya a este punto resultaría altamente repetitiva, pero que no es otros que, la innecesaridad de ejercitar el poder punitivo en contra de una persona porque, independientemente de la postura dogmática que se asuma respecto de la ubicación de la lesividad, como propone Zaffaroni, y entendiéndola de una manera más general: “ (...) *La elaboración dogmática del concepto de tipo, enmarcada en una general empresa reductora del poder punitivo, no puede construir un tipo objetivo al sólo efecto de proveer la base para el dolo en el tipo subjetivo, porque se reduciría a una creación al servicio de la simetría teórica,*

¹²⁷ "CONFIGURACIÓN DE LA AUSENCIA DE LESIVIDAD DE LA CONDUCTA PUNIBLE."; Freyman Ernesto Solano Silva, Gerson Orlando Romero Suarez, Giovanni Eduardo Bermejo Rivas. Universidad Libre Cúcuta. Pág. 19-20.

¹²⁸ "DERECHO PENAL: PARTE GENERAL"; Eugenio Raul Zaffaroni. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar. Pág. 584.

*desentendiéndose de la misión política de acotar el ejercicio del poder punitivo y de descartar el que importa un grado intolerable de irracionalidad. Por ello, la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir sólo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo, toda vez que de no existir la conflictividad como carácter del pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo (art. 19 CN)."*¹²⁹ (Zaffaroni, 2002)

Postura que no es contraria a la configuración más básica de un ordenamiento jurídico que se considere respetuoso de las libertades y Derechos de los seres humanos que procura regular, y así, independientemente de la vía que decidamos defender, poco podríamos discutir que el Derecho Penal, solo puede prescribir aquellas conductas que lesionen bienes Jurídicos, que esa lesión no puede ser cualquiera que se realice dentro de la esfera de libertad de una persona, y que si se ha de iniciar una persecución contra esa conducta, deben hacerse muy cautelosas consideraciones de cara a las consecuencias jurídicas y materiales de la persecución penal¹³⁰. (Ricardo Alonso Mojica Jaimes, 2016)

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES GENERALES.

Considerando entonces lo anteriormente expuesto, esto es, la conexidad interna jurídico – procesal que existe en nuestro ordenamiento jurídico, en el caso en concreto, frente a las diferentes formas de terminación del proceso penal; que en la praxis judicial lo habitual es una remisión a la figura de la preclusión dados los

¹²⁹ "DERECHO PENAL: PARTE GENERAL"; Eugenio Raul Zaffaroni. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar. Pág. 483.

¹³⁰ Al respecto: "EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LA AUSENCIA DE LESIVIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO"; Ricardo Alonso Mojica Jaimes, Margy Liliانا Suárez Correa. Universidad Militar de Nueva Granada, 2016. Pág. 35: "Dentro de este espacio vale la pena aclarar que el concepto de lesividad tiene una concepción ambivalente dentro del derecho penal, el primero, sobre el cual no hicimos referencia en esta ocasión a fondo, pero de él se desprende gran parte de la teoría del delito, es el principio de lesividad, que constituye a su vez uno de los llamados límites materiales al jus puniendi, es decir, un llamado al legislador para que entre todas las conductas que no están tipificadas aún, solo pueda tipificar aquellas que lesionen bienes jurídicamente tutelados, es decir, lesionen derechos reconocidos a la humanidad en la Constitución. La segunda acepción que tiene el término lesividad dentro del derecho penal, es el que se entiende como uno de los elementos a analizar cuando se efectúa el análisis de una conducta dentro de la teoría del delito, particularmente se hace en la llamada criminalización secundaria, es decir, aquella que desarrolla el juez en el adecuamiento de la conducta materia del caso de juzgamiento y la norma penal; en este caso el análisis consta en evidenciar si efectivamente hubo una lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, caso en el que la respuesta sea negativo, no existirá delito en seguimiento de dicha lógica. La ubicación de este elemento dentro de las distintas categorías dogmáticas del delito (comúnmente en la tipicidad o la antijuridicidad) ha suscitado algunas discusiones; no es el propósito de esta investigación desarrollar todos los conceptos de lesividad que se han tenido a lo largo del desarrollo doctrinario, pero sí se puede decir que en la recepción internacional como nacional se ha adoptado que la lesión al bien jurídicamente tutelado hace parte de la descripción típica (Puig, 2002), debido a que si el derecho penal solo puede tipificar conductas que lesionen bienes jurídicamente tutelados a través del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (Velázquez, 2009), la tipicidad, entendida como descripción de la conducta, debe describir esta vulneración para el cumplimiento del principio de estricta tipicidad (Roxin, 1997)."

efectos ventajosos en comparación a otras formas anormales de terminación del proceso como por ejemplo el Archivo; que las formas inusuales de culminación anticipada de la causa penal tiene por excelencia una matiz de fines procesales benéficos como la celeridad y la economía procesal; que el papel de la víctima resulta está en auge de cara al adelantamiento de los trámites penales; y que la gran mayoría de causales de aplicación del Principio de Oportunidad son redundancia innecesarias que a lo sumo rayan con principios medulares del ordenamiento penal. Es que podríamos concluir:

Primero: Nuestro ordenamiento penal actual se ha visto decantado a una aplicación cada vez más preponderante de las figuras de terminación anticipada del proceso, ello, como quedó atrás expuesto, no sólo implicaría formas favorables en términos procesales de tiempo, sino que, dependiendo de la figura que se aplique, también presupone una aplicación más favorable del Derecho Penal con respecto a los ciudadanos procesados que decidan, o que sean beneficiados, con una u otra figura de terminación anticipada del proceso.

Segundo: Así mismo, el rol de las víctimas dentro de la actuación penal ha cobrado especial relevancia en el devenir práctico de la realización de cada una de las etapas del proceso penal, así, inclusive desde la fase de indagación, se le han dado oportunidades para que participe de manera activa en el proceso que, si bien no ha sido desligado del todo del cuerpo Estatal, evidentemente ha dado pasos importantes a otorgarle a quien realmente, en la generalidad de los casos, se ha visto vulnerada con la conducta delictiva, la oportunidad de que tome las riendas de la causa penal, muestra clara de ello es la Ley N°1826 del 12 de Enero del Año 2017, Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado.

Tercero: Si bien cada forma de terminación anticipada del proceso penal se contrae a una determinada aplicación procesal, esto es, existen unos parámetros reglados para su aplicación y procedencia, es posible observar un engranaje complejo que demanda del operador jurídico remitirse a elementos normativos más allá del instituto jurídico al cual se ha de referir de cara a hacer procedente su solicitud, es decir, no bastaría, a modo de ejemplo, señalar que estamos ante un evento de vencimiento de términos del Artículo 294 del Código Procesal Penal, sin necesariamente entrar a debatir ante el Juez la aplicación del Numeral 07 del

Artículo 332 del mismo cuerpo normativo, lo cual, eventualmente podría entenderse como un nexo procesal infranqueable por el cual, el Juez deberá en últimas, no resolver en virtud del Artículo inicialmente citado que es en si es lo que llena de contenido la solicitud, sino, resolver de cara a uno de los eventos que permiten solicitar ante su Despacho la aplicación de la preclusión de la investigación penal.

Cuarto: Entendido entonces que existe un engranaje por lo menos procesal entre algunas de las diferentes formas de terminación del proceso penal, aunando ello a la innegable y paulatina integración de la víctima al proceso penal, no es de extrañar la insistencia en la integración de figuras como el principio de oportunidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que, como ya fue anunciado en acápites anteriores, palpablemente se ve orientado cada vez más a incentivar la aplicación de las formas pre-negociables de terminación de la actuación penal, esto es, la terminación vía preacuerdo de las causas penales, y muestra de ello, son los constantes incrementos punitivos de los diferentes tipos penales, que, más allá de la discusión sobre la efectividad de estas medidas, es claro que, en términos de economía procesal y celeridad serán las formas pre-negociables más deseables frente a las formas ordinarias que suponen de entrada un desgaste del cuerpo de administración de justicia, y demás consecuencias negativas para el procesado. *“La negociación de la pena va a plantearse como una alternativa que permite realizar una economía procesal en la medida en que evita los costos de un juicio con todas sus etapas ordinarias y una ganancia de tiempo y eficiencia en la administración de justicia.”*¹³¹ (MEJIA, 2012).

Quinto: Es claro que el principio de oportunidad dentro de nuestro procedimiento penal no opera de manera independiente de la figura de la Preclusión, pues como quedó sentado, solo la declaratoria de preclusión impartida por parte de un Juez de Conocimiento daría lugar a considerar que la causa penal se ha extinguido con fuerza de cosa Juzgada, pues a partir de la literalidad de las normas, y la Jurisprudencia que ha abordado el caso, podemos observar que necesariamente quien pretenda terminar el proceso penal vía principio de oportunidad, necesariamente deberá remitirse a las causales de preclusión.

¹³¹ "PARÁGRAFO DEL ART. 57 DE LA LEY 1453 DE 2011 ANALIZADO BAJO LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, FAVORABILIDAD E IGUALDAD"; Magda Yurani Herrera Reyes y Claudia Paola Osorio Mejía. Universidad Militar Nueva Granada - Facultad de Derecho Posgrado en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Penal Militar; Bogotá D.C. 2012. Pág. 16.

Sexto: Por otro lado, supongamos por un momento que el Principio de Oportunidad no es una recopilación innecesaria de otros institutos jurídicos, y supongamos también que todas sus causales son autónomas y que aplican de manera única dentro de nuestro ordenamiento jurídico, situación no por mucho mejor, pues como se procuró ilustrar, la gran mayoría de las causales del Artículo 324 CPP (1,4,7,10,11,12,13,14,15,17) resultarían indeseables dentro de un Estado Social de Derecho, esto por cuanto rayarían negativamente con principios de tan importante relevancia dentro del proceso penal como el principio de lesividad, el merecimiento y necesidad de pena, pues no puede perderse de vista ni por un segundo que tanto los sujetos pasivos como activos de la persecución penal son seres humanos impulsados por sutiles motivaciones, y así entonces como indica Hassemer: “ (...) *la mezcla de legalidad y oportunidad depende de la ética de las autoridades y de los tribunales, del control a través del público y de la confianza de la población en la administración de la justicia penal. Esto podrá ser una opción para el proyecto, es decir la prescripción de una persecución penal orientada estrictamente al principio de legalidad.*”¹³² (Hassemer, 1988)

Séptimo: Y, por último, quizás con poca medida en la conclusión, el principio de oportunidad es altamente intrascendental, innecesario y hasta contradictorio con máximas de las garantías y Derechos de los seres humanos, decantándose por fines principalmente utilitaristas que en nada materializan la justificación con la que se sentó el principio de Oportunidad en nuestro ordenamiento Jurídico, esto es, la consagración de formas más humanas de perseguir penalmente. Así, no tiene sentido preguntarse por los beneficios que de cara al respeto de la Dignidad humana podría arrojar este instituto, pues claramente pocos trae, pero sí, tal situación debería llevarnos a una aplicación crítica de estos institutos y más aún, a la permisividad con la que consentimos como figuras realmente novedosas institutos que realmente no lo son, y que por el contrario, se sirven de desconocer eventos como la lesividad de la conducta: (...) *En síntesis: no tiene sentido preguntarse por la imputación objetiva de un pragma que no es lesivo, pero un pragma lesivo que no sea imputable a alguien como agente no será conflictivo sino accidental. Por tanto, la conflictividad exige que haya lesión y sujeto imputado. No se trata de una lesión (conflicto) y un sujeto (agente) de la imputación, sino que cuando falta cualquiera de ambos no hay conflicto, porque lesión y pertenencia son elementos*

¹³² "LA PERSECUCIÓN PENAL: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD"; Winfried Hassemer. Realizado en el marco del Symposium Internacional hacia una nueva Justicia Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, del 2 al 6 de mayo de 1988. Pág. 21.

esenciales de éste. Una acción y un resultado no lesivo sólo constituyen un pragma jurídicamente indiferente; y una acción y un resultado lesivo, pero no imputable objetivamente a alguien sólo constituyen un accidente. (...) La lesividad se comprueba constatando la afectación (por daño o por peligro) del bien jurídico en forma significativa, pero también constatando que se trata de un bien jurídico, o sea, que su afectación está prohibida por la norma, lo que no sucede cuando otras normas recortan o limitan el alcance prohibitivo de la norma deducida del sentido semántico del tipo aislado. (...).¹³³ (Zaffaroni, 2002)

¹³³ "DERECHO PENAL: PARTE GENERAL"; Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar. Pág. 584.

REFERENCIAS

1. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DEL 13 DE JUNIO DE 1991.**
2. **LEY 906 DE 2004 POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.** Congreso de la República de Colombia.
3. **LEY 600 DE 2000 POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.** Congreso de la República de Colombia.
4. **LEY 599 DE 2000 POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO PENAL.** Congreso de la República de Colombia.
5. **"SENTENCIA C-936 DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 2010".** Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8131.
6. **"CULPA Y CASTIGO. UNA EXPLICACIÓN PSICOANALÍTICA".** - Sandra Jazmín Juárez Hernández; Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo Escuela Preparatoria No. 4 Vida Científica, Volumen 2 * No. 4 * julio 2014 Semestral. ISSN: 2007-4905.
7. **"¿QUÉ ES LA POLÍTICA CRIMINAL?"**; Observatorio de Política Criminal Dirección de Política Criminal y Penitenciaria Ministerio de Justicia y del Derecho - Bogotá, D.C., septiembre de 2015.
8. **"PROPUESTA DE PLAN DE TRABAJO INSTITUCIONAL- POLÍTICA DE PERSECUCIÓN PENAL"**; Nery Mauricio Miranda Sanabria; Proceso De Selección Y Nominación De Candidatos A Fiscal General De La República Y Fiscal General Adjunto (Período 2018-2023) – Honduras.
9. **"LA RESISTENCIA DEL SISTEMA PENAL INQUISITIVO. PERSPECTIVA HISTÓRICO – JURÍDICA"**; María Helena Ordoñez Gómez y Diego Mauricio Cano Murillo. Universidad Pontificia Javeriana. Facultad de Ciencia Jurídicas, Departamento de Derecho Procesal. Bogotá D.C, 2003.
10. **"ESTUDIO HISTÓRICO-JURÍDICO DE LA INQUISICIÓN: LA SENTENCIA INQUISITORIAL"**; Mónica Agudo Caballero. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad de la Rioja, Curso académico 2014-2015; Páginas 58-59.
11. **"EL PROCESO PENAL DE LA INQUISICIÓN: UN MODELO HISTÓRICO EN LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO PENAL"**; Ana Vanessa Torrente

Martínez. Revista jurídica de la Región de Murcia N° 41 del 2009. Páginas: 77 – 78.

12. **"LA EVIDENCIA FÍSICA Y LOS ELEMENTOS MATERIALES COMO SUSTENTO PROBATORIO EN LAS DECISIONES JUDICIALES"**; Dagoberto Hernández Ramírez - Universidad Militar Nueva Granada; investigación para optar por el título de Magister en Derecho Procesal Penal. Página 12.
13. **"DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA"**; Diana Maite Bayona Aristizábal, Alejandro Gómez Jaramillo, Mateo Mejía Gallego, Víctor Hugo Ospina Vargas. Universidad Nacional Autónoma de México - Acta Sociológica Volumen 72. Páginas 71-94.
14. **"LA PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL EN EL SISTEMA PENAL Y PENITENCIARIO COLOMBIANO"**; Rafael Gómez Horta. Universidad Católica Luis Amigó; Summa Iuris 4(1), Páginas. 154-169.
15. **"MARCANDO AL DELINCUENTE: ESTIGMATIZACIÓN, CASTIGO Y CUMPLIMIENTO DEL DERECHO"**; Catalina Pérez Correa. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Sociales. Revista Mexicana de Sociología Vol. 72, N° 2, 2013.
16. **"PROPUESTAS PARA AGILIZAR EL PROCEDIMIENTO PENAL EN COLOMBIA"**; Luis Ángel Gallo Montoya. Departamento de Derecho Internacional OEA. Secretaría de Asuntos Jurídicos.
17. **"EL IUS PUNIENDI DEL ESTADO Y LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"**; Tommy Deza Sandoval. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Perú. Miraflores Lima, Perú. 2016.
18. **"PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD"**; Colegio de Abogados(as) de Costa Rica. Centro de Información Jurídica en Línea. Informe de Investigación CIJUL. Páginas 4 - 5.
19. **"DEFENSORES PÚBLICOS DE BARRANQUILLA SE UNEN A PARO NACIONAL"**. El Heraldo. 2019.
20. **"DEFENSORES PÚBLICOS SE IRÁN A PARO POR CRISIS EN LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO"**; Periódico El Cronista. 2019.
21. **"DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN RIESGO. COLOMBIA"**; Editorial Kavilando. 2018.

22. **"LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO"**; Emiro Sandoval Huertas. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal N°14 (1982). Página 639.
23. **"SENTENCIA C-118 DEL 13 DE FEBRERO DE 2018"**. Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-6818.
24. **"SENTENCIA C-425 DEL 30 DE ABRIL DE 2008"**. Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-6948.
25. **ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002: POR EL CUAL SE REFORMA LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**. Congreso de la República de Colombia. Diciembre 19 de 2002.
26. **"SENTENCIA C-774 DEL 25 DE JULIO DE 2001"**. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-3271.
27. **"EL ARCHIVO DE LA ACTUACIÓN PENAL EN COLOMBIA"**; Miguel Ángel Pedraza Jaimes. Doctrina Procesal Penal. 2011.
28. **"PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 237 DE 2002 CÁMARA POR EL CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 182, 184, 186, 234, 235, 250 Y 251 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA."**; Cámara de Representantes, Congreso de la República de Colombia. Gaceta del congreso n° 157 (10-05-02).
29. **"SENTENCIA N° 29183 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008"**. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; magistrado ponente: José Leónidas Bustos Martínez.
30. **"SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA CON RADICADO: 2018-00382 DEL 28 DE FEBRERO DE 2019"**. Tribunal superior de Medellín - sala de decisión Penal; Magistrado ponente: Santiago Apráez Villota.
31. **"PARÁGRAFO DEL ART. 57 DE LA LEY 1453 DE 2011 ANALIZADO BAJO LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, FAVORABILIDAD E IGUALDAD"**; Magda Yurani Herrera Reyes y Claudia Paola Osorio Mejía. Universidad Militar Nueva Granada - Facultad de Derecho Posgrado en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Penal Militar; Bogotá D.C. 2012.
32. **"LA ACUSACIÓN EN COLOMBIA"**; Ángela María Buitrago Ruíz. revista derecho penal N°93; Universidad Externado de Colombia; Julio 2017.

33. **"PRECLUSIÓN, COSA JUZGADA Y SEGURIDAD JURÍDICA: A VUELTAS CON EL ARTÍCULO 400 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL"**; Enrique Vallines García. Derecho, Justicia, Universidad Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos, Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid, 2016.
34. **"LA PRECLUSIÓN A PARTIR DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS"**; Andrés Felipe Acosta Bohórquez. Revista Verba Iuris 13(39). Págs. 123-137. 2018.
35. **"PRECLUSIÓN FUNDAMENTADA EN FALTA DE MÉRITO PARA ACUSAR POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD"**; Lina Fernanda Aguirre Montes. Universidad de Manizales; 2017.
36. **"SENTENCIA N° 30978 DEL 27 DE JULIO DE 2011"**. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.
37. **"INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA CON RADICACIÓN: 11001600002320121183601 DEL 17 DE MARZO DE 2014"** Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente: Alberto Poveda Perdomo.
38. **"SENTENCIA C-592 DEL 09 DE JUNIO DE 2005"**. Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Álvaro Tofur Galvis. Expediente D-5412.
39. **"FUNDAMENTO Y ALCANCES DE LA PROHIBICIÓN DE DOBLE INCRIMINACIÓN DEL ART. 8 C.P"**; Juan Oberto Sotomayor Acosta, y Mariana Toro Taborda. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal Vol. 13, No. 89, julio-- diciembre 2017.
40. **"SENTENCIA N° SP 4235-2017 DEL 23 DE MARZO DE 2017"**. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Magistrada ponente: Patricia Salazar Cuellar.
41. **"SENTENCIA N° SP 3631-2018 DEL 29 DE AGOSTO DE 2018"**. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Magistrada ponente: Patricia Salazar Cuellar.
42. **"DE NUEVO SOBRE EL DESISTIMIENTO EN DERECHO PENAL. A PROPÓSITO DE LAS CUATRO REGLAS SOBRE LA VOLUNTARIEDAD DE RESTREPO RAMOS"**; Diego Araque Moreno. Universidad el Externado de Colombia - Revista Derecho Penal y Criminología Vol. XXXVII - número 103, julio-diciembre de 2016.
43. **"¿PUEDE CONSIDERARSE EL REMORDIMIENTO UNA "POENA NATURALIS"?"**; Jesús-María Silva Sánchez. Editorial InDret Penal, marzo 2014.

44. **"EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD"**; Günther Jakobs. ADPCP, Tomo XLV Fascículo III, 1992, pág. 1051 - 1083.
45. **"EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO CONCEPTO POLÍTICO CRIMINAL DENTRO UN ESTADO DE DERECHO, SOCIAL Y DEMOCRÁTICO"**; Sandro Montes Huapaya. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Pág. 11.
46. **"EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA Y LA PENA NATURAL COMO CAUSALES DE EXIMICIÓN O REDUCCIÓN DEL CASTIGO PENAL"**: Andrés Heim y Alejandro C. Toledo. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Pág. 04 -05.
47. **"LA RELACIÓN DEL MERECIMIENTO DE PENA Y DE LA NECESIDAD DE PENA CON LA ESTRUCTURA DEL DELITO"**; Diego Manuel Luzón Peña. Ponencia presentada en el "coloquio internacional para um sistema de direito penal europeu"; Coímbra – portugal,1991.
48. **"A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y NORMAS RECTORAS DEL NUEVO ESTATUTO PROCESAL PENAL (DECRETO 2700 DE 1991 - NOV. 30)"**; Ramiro Alonso Marín Vásquez. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal N°58 (1992). Págs. 504 -517.
49. **"PELIGROSIDAD CRIMINAL E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA"**; Emiliano Borja Jiménez. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal Vol. 12 N°87 (2016). Pág. 126-127.
50. **"EN FAVOR DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: UN PUNTO DE VISTA PERSONAL"**; Francisco Valbuena. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal N°50 (1990). Págs. 465-478.
51. **"ANTI JURIDICIDAD Y EXCESO EN LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN (UN ANÁLISIS DECONSTRUCTIVO Y ANCLADO EN LA PERSPECTIVA RELACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS)"**; José María Peláez Mejía. Universidad Libre Cúcuta - Academia & Derecho. N° 5 (2012). Pág. 105-120.
52. **"FUNDAMENTO, ALCANCE Y FUNCIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN INCOMPLETAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL"**; José Manuel Valle Muñiz. Universidad de la Rioja, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 45 (1992). Págs. 562 – 612.
53. **"EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO GARANTÍA PENAL"**; Luigi Ferrajoli. Universidad EAFIT - nuevo foro penal Vol. 08. N°79 (2012). Pág. 104.

54. **"EL CONCEPTO DE "EXIGÜIDAD" DEL DELITO: PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y POLÍTICO CRIMINALES"**; Caterina Pongiluppi. Universidad EAFIT - Nuevo Foro Penal Vol. 07. N°77 (2011). Pág. 132-134.
55. **"POPULISMO PUNITIVO: INCIDENCIA ACTUAL EN EL CONTEXTO LEGISLATIVO COLOMBIANO"**; Cindy Paola Cotes Murgas, y Andrés Fuentes Lacouture. Universidad el Norte Barranquilla, Actualidad Jurídica Edición 3 y 4. Págs. 64-70.
56. **"LA PERSECUCIÓN PENAL: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD"**; Winfried Hassemer. Realizado en el marco del Symposium Internacional hacia una nueva Justicia Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, del 2 al 6 de mayo de 1988. Págs. 13-21.
57. **"CONFIGURACIÓN DE LA AUSENCIA DE LESIVIDAD DE LA CONDUCTA PUNIBLE."**; Freyman Ernesto Solano Silva, Gerson Orlando Romero Suarez, Giovanni Eduardo Bermejo Rivas. Universidad Libre Cúcuta – Hipótesis Libre. N° 17 (2017). Pág. 01-31.
58. **"DERECHO PENAL: PARTE GENERAL"**; Eugenio Raul Zaffaroni. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar. Págs. 483-507.
59. **"EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LA AUSENCIA DE LESIVIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO"**; Ricardo Alonso Mojica Jaimes, Margy Liliana Suárez Correa. Universidad Militar de Nueva Granada, 2016. Pág. 07-52.