

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CAUSAL N 15

SERGIO YEPES CORREA

**PROPUESTA DE TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO EN MAGISTER EN
DERECHO PENAL**

Director:

SEBASTIAN NARANJO SERNA

UNIVERSIDAD EAFIT

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

MEDELLIN

2015

Tabla de contenido

Introducción.

Principio de Oportunidad	4
1. Pena y Principio de legalidad	4
1.1 Pena.....	4
1.2 Principio de Legalidad.....	7
Excepciones al principio de legalidad, principio de oportunidad.....	9
2.1 Concepto del principio de oportunidad	9
3.El principio de oportunidad en Colombia.....	18
3.1 Aspecto Político criminal del principio de Oportunidad.....	18
3.2 Trámite y aplicación del principio de oportunidad.....	22
4. Análisis del artículo 324, causal Número 15, del Código Penal.....	25
4.1 Exceso en la causal de justificación.....	26
4.2. Legítima defensa.....	26
4.3 Estado de Necesidad.....	26
4.4 Menor valor jurídico o social explicable en la culpabilidad.....	29
Conclusiones.....	38
Bibliografía.....	41

El sistema penal colombiano, como tantos otros sistemas penales a nivel mundial entraron en crisis, esta crisis, como se detallará tiene consecuencia en la aplicación del principio de legalidad, pues lo que se busca es dar aplicación rotunda a dicho principio, para tratar, bajo este parámetro de controlar la delincuencia que azota el país. Sin embargo, está demostrado históricamente que ningún estado puede investigar y acusar a cada uno de los responsables de las conductas punibles que afectan a la ciudadanía en general, no sólo es imposible físicamente, sino inalcanzable como propuesta de control social para una mejor convivencia, pues la delincuencia en todas sus facetas, esto es, organizada y común, tiene su origen en políticas y sistemas económicos inequitativos que no permiten a los habitantes de un determinado territorio, recibir una amplia educación que brinde oportunidades continuas para mejorar la calidad de vida de los diferentes núcleos sociales que la conforman. Esta educación, en nuestro país, brilla por su ausencia y unida a la inequidad y corrupción rampante de los políticos tradicionales provenientes desde los tiempos de la colonia, arroja actualmente ese resultado delincencial tan alto e incontrolable que se presenta en nuestra sociedad.

William Ospina (2013), en su texto “Pa que se acabe la vaina”, introduce al lector en una radiografía pasada, presente y futura de los conflictos de nuestro país y el manejo que la clase política le ha dado a esos conflictos, conllevando ello a ese desbordamiento de la delincuencia:

Desde hace medio siglo, Colombia vive uno de los conflictos políticos más dramáticos del hemisferio occidental, con cientos de miles de muertos, millones de víctimas y de refugiados internos, millones de migrantes a otros países, y un creciente deterioro del orden institucional que se puede medir por la crisis de la justicia, los niveles escandalosos de corrupción, el número de congresistas y gobernantes que pasan directamente del poder a la celda, los índices de pobreza y miseria, la inseguridad, la delincuencia, el atraso de la infraestructura y la incapacidad de convertir la indudable

riqueza del territorio en algo que beneficie a las mayorías y garantice la prosperidad general. (Ospina, 2013, p 7).

Esas razones hacen que actualmente exista un cúmulo de procesos que vienen año tras año sin resolverse y atiborran fiscalías y juzgados penales, llevando a la congestión e impunidad del sistema, por lo que nuestros legisladores optaron, siguiendo las políticas norteamericanas trazadas a través del Plan Bush para las Américas – o Plan Colombia-según Shcünemann, (citado por Calle, 2005), por cambiar el modelo procesal penal y acoger un sistema acusatorio que permitiría a los operadores jurídicos acudir a fórmulas mucho más ágiles de resolución de conflictos – preacuerdos y negociaciones -, con los autores de las conductas punibles para hacerlos acreedores a beneficios y ventajas procesales que favorecieran sus intereses recibiendo sentencias condenatorias de manera ágil y rápida, e igualmente la aplicación de una figura tomada directamente del derecho anglosajón conocida como principio de oportunidad, el cual, a pesar de no haber sido introducido bajo las mismas condiciones de discrecionalidad que tienen los funcionarios en aquellas latitudes, pues en nuestro país se reglamentó bajo unas causales taxativas, si buscaba el mismo fin para el que fue creado y era la elección, bajo criterios de política criminal, de casos representativos que debían ser llevados a Juicio ante los jueces de la República.

Así, el principio de oportunidad, no buscaba otra situación diferente a la descongestión de la justicia penal, pero encontró como obstáculo, su exigente reglamentación y trámite procesal, con control del Juez de garantías en presencia de la víctima y el Ministerio Público quienes se pueden oponer a la pretensión de la fiscalía aportando pruebas en la misma audiencia. Ello, dificulta su aplicación convirtiendo ciertas causales en inaplicables, máxime, si se tiene en cuenta, como en la causal¹⁵ objeto de estudio elementos normativos que quedan al arbitrio de interpretación del operador jurídico, pues no existe jurisprudencia que trace el camino para determinar con certeza el

significado de términos como “desproporción significativa de un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad” cuando se habla de un exceso en la causal de justificación, ni tampoco delimita criterios puntuales en tal sentido.

El planteamiento del presente escrito va dirigido a cuatro temas centrales, el primero, el porqué del principio de oportunidad en la legislación colombiana indicando como fundamento de su existencia, la crisis del principio de legalidad y la pena; el segundo a las pautas de aplicación de dicho principio en nuestro sistema procesal penal y el manejo que da la fiscalía al mismo, el tercero abordará la causal número 15, cuyo desarrollo, permitirá conocer el sentido y significado de cada elemento normativo que la conforma a fin de que el operador judicial tenga las pautas que lo lleven a determinar en qué casos de afectación de derechos colectivos se puede dar aplicación y, por último, un apartado de problematizaciones del concepto para concluir si es aplicable la misma tal y como está consagrada en la ley procesal o existen otras posibles soluciones jurídicas.

Pretendo así, desarrollar un tema que ha sido abordado en múltiples ocasiones por diferentes autores, pero desde una perspectiva dogmática diferente a la planteada, dado que me concretaré en la causal 15 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 con la finalidad de demostrar, que a pesar de ser el principio de oportunidad un instrumento diseñado para descongestionar la justicia, dicha norma procesal queda como simple letra muerta, pues existen otros mecanismos jurídicos procesales entregados tanto por el código adjetivo como sustantivo para resolver los casos que se presentan .

Principio de oportunidad

1. Pena y Principio de legalidad

1.1 La Pena.

Para empezar es necesario indicar que la discusión principal en cuanto al castigo gira en torno a la potestad del Estado para ejecutarlo como único legitimado en el monopolio de la fuerza. De allí entonces surgen dos teorías.

Teoría abolicionista, que busca acabar con el derecho penal, “precisamente porque se coloca de parte de quien sufre el coste de la penas y no del lado del poder “punitivo” (Ferrajoli, 1997, p.252). Esta teoría ha tenido el mérito de favorecer según el mismo autor:

La autonomía de la criminología crítica que suscita sus investigaciones acerca de los orígenes culturales y sociales de la desviación y de la relatividad histórica y política de los intereses penalmente protegidos, y de contrarrestar por todo ello, quizás en mayor medida que cualquier otra orientación teórica, el latente legitimismo moral de las doctrinas dominantes. (p.252).

Deslegitima el derecho penal desde un punto de vista radicalmente externo, por lo que denuncian no sólo su arbitrariedad, sino además el sufrimiento que ocasiona a los ciudadanos, retando con base en ello, a ofrecer réplicas convincentes al desafío que pregona su abolición y mostrando no sólo que la suma total de sus costes cuyo resultado es inferior a las ventajas que proporciona, sino también que lo mismo puede decirse de cada una de las penas, así como de sus prohibiciones y de las técnicas efectivas de la indagación, por lo que sus seguidores consideran que el derecho penal no

es el mecanismo que permite solucionar los conflictos interpersonales dado, como se insiste en que el sufrimiento causado es mayor que su beneficio social.

Teoría justificacionista retribucionista, que se subdivide en dos, las absolutas y las relativas, siendo la primera de ellas según Ferrajoli, (1997).

Aquellas que conciben la pena como fin en sí mismo, es decir, como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito justificada por su valor axiológico intrínseco, por consiguiente no un medio, y menos aún un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento (p.253).

Las relativas, por su parte, son todas las doctrinas utilitaristas, que consideran y justifican la pena sólo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos, siendo fundamental para ella la prevención especial y general, positiva a través de la corrección del delincuente o de la integración de sus asociados y negativa, mediante la neutralización del primero o la intimidación de los segundos.

Según nuestra legislación y siguiendo los parámetros del principio de legalidad, todo hecho cometido por un sujeto que constituya una conducta punible debe ser investigado. Como consecuencia de ello el autor será sancionado con una pena que impone el estado a través de un juez con el fin de proteger bienes jurídicos, buscando una convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad a quienes con la pena se les envía un mensaje de prevención especial y general, y de esta manera, la corrección que se atribuye a la pena, la neutralización del reo, la integración de éste a la sociedad y la intimidación a fin de disuadir a los ciudadanos mediante el ejemplo de la amenaza de la sanción (Ferrajoli, 1997).

Así mismo este autor señala, teniendo como referencia el aspecto filosófico de la pena, y las tesis expuestas por Kant y Hegel, que la primera de ellas se atribuye como “retribución ética, justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y del castigo que consiguientemente se le inflige” (Ferrajoli, 1997) y la segunda, como “una retribución ética, justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden legal violado” (Ferrajoli, 1997).

Kant (citado por Maglioni, 2009), además define la pena como:

Una necesidad ética, un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y el sentido de la misma es la retribución de la culpabilidad y con la aplicación de una compensación justa se agota el contenido de la misma. Esta sanción se impone al delincuente porque ha quebrantado una norma, considerar cualquier otro fin punitivo atentaría contra la dignidad de la persona y la reduciría a la condición de un objeto (p.263).

Colorario de lo anterior, la pena parte de una teoría absoluta en cuanto “en forma imperativa y categórica todo hecho en apariencia delictivo debía traducirse necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal” (Maglioni, 2009) conforme lo anterior, la pena, como se señaló, conseguiría esa retribución del daño ocasionado protegiendo de esta manera a la sociedad.

Por su parte Grocio, (citado por Ferrajoli, 1997), indica, dentro de la teoría de la justificación utilitarista de la pena, que debe perseguir utilidades futuras, como es la enmienda del delincuente y la prevención de los delitos mediante el ejemplo, según Hobbes (citado por Ferrajoli, 1997):

Al amenazar con penas, en polémicas con el retribucionismo vengativo, no hay que preocuparse del mal ya pasado, sino del bien futuro: es decir, no es lícito infligir penas si no es con el fin de corregir el pecador o de mejorar a los demás con la advertencia de la pena infligida. (p.260).

Locke (citado por Ferrajoli, 1997) entre otros, la define como:

Un mal negocio para el ofensor, tal como para darle motivo de arrepentirse y disuadir a los demás de hacer lo mismo (...) ello lleva a determinar que se impone esa concepción utilitarista del derecho penal y el conjunto de principios y garantías reivindicando como principios el derecho natural: La estricta legalidad, dice, es el carácter subsiguiente de la pena, la lesividad, la exterioridad y la culpabilidad de la acción criminal, la jurisdiccionalidad y la carga de la prueba (p.260).

1.2 Principio de Legalidad.

El principio de legalidad según Ferrajoli (1997) tiene dos aristas la primera denominada como principio de mera legalidad expresado, según él, en el axioma “*nulla poena, nullum crimen sine lege*” como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes o positivamente existentes, las cuales tiene en efecto para el jurista el valor de una regla meta-científica, que se limita a exigir que los presupuestos de las penas estén establecidos de antemano por un acto legislativo y la segunda arista denominada principio de estricta legalidad:

(...) Cuya función garantista reside en el hecho de que los delitos estén predeterminados por la ley de manera taxativa, sin reenvío (aunque sea legal) a parámetros extra-legales, a fin de que sean determinados por el Juez mediante aserciones refutables y no mediante juicios de valor autónomos, que exige además, que la ley penal esté dotada de referencias empíricas para que sea posible su aplicación en propósitos verificables, lo que presupone, por el contrario todas las demás garantías – las penales o sustanciales de la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad y las procesales o instrumentales de la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho de defensa (p.376).

La crisis del principio de legalidad, describe una radiografía aplicable en un todo a nuestro país y permite demostrar, además, la crisis de la pena y para sustentarlo, aún más, basta con indicar un estudio realizado por la Fiscalía General de la Nación, que sirvió como fundamento a la introducción en el nuevo régimen procesal penal de la figura procesal del principio de oportunidad, a través de la cual se atacaría la descongestión judicial y carcelaria, el estudio señaló:

(...) De acuerdo con estadísticas de la Dirección Nacional de Fiscalías, en el año 2000 ingresaron a la Fiscalía por asignación 589.403 investigaciones previas, salieron 605.563 y quedó un acumulado de 308.575 para el mes de enero siguiente; para el año 2001, ingresaron 747.427 (158.024, más que el año anterior, equivalente al 26.81%), salieron 659.180 y, pese a que se superó el número de asuntos despachados en la antecedente anualidad, quedó un acumulado de 396.396 (87.821 más equivalente al 22.15%); para el año 2002 ingresaron 913.911, lo cual significa un aumento de 165.789 (22.18%) salieron 822.550, es decir, se evacuaron 163.370 asuntos más que el año anterior, pero, a pesar del trabajo significativo, ya se computa un acumulado de 484.651 (88.255 más que el año anterior, que equivale al 22.26%) (...) (Fiscalía General de la Nación, 2007, p. 26).

Igualmente, aunque la pena impuesta da visos de seguridad por cuanto el autor es castigado en muchas oportunidades con prisión, llevando ello un mensaje de prevención general, la criminalidad desborda el sistema judicial y carcelario, por lo que se hace necesario implementar otro tipo de figuras jurídicas que ayuden a descongestionar ambos sistemas, ejemplo es el aumento del mínimo de la pena para acceder a la prisión domiciliaria o para obtener la libertad condicional; o con figuras de descongestión que privilegian cantidad de casos resueltos sobre la calidad jurídica de las decisiones.

El principio de oportunidad entonces, trata de soliviar aquella carga buscando servir de soporte a los funcionarios judiciales para terminar cientos de procesos bajo las causales taxativamente señaladas y presentar ante la Judicatura sólo aquellos casos relevantes y de connotación social y

nacional que deben ser investigados, bajo la exigencia que impone el principio de legalidad, contra los máximos responsables de los hechos.

2. Excepciones al principio de legalidad.

2.1 Concepto del Principio de Oportunidad.

Es importante para comenzar, hacer referencia a Winfried Hassemer, jurista alemán quien desde el año 1988 elaboró un detallado estudio del principio de oportunidad, figura procesal novedosa para dicho sistema jurídico regido por el principio de legalidad estricta. En su documento publicado en la revista *Jueces Para la Democracia*, hizo un completo análisis de las implicaciones normativas que existen en el modelo acusatorio de cara a la política criminal, los principios de legalidad, oportunidad y conveniencia. Este análisis es importante, porque hizo comparaciones jurídicas entre los principios de legalidad y oportunidad, demostrando las ventajas de cada uno de ellos en el contexto de la justicia penal, el primero proveniente de la legislación alemana y el segundo de la anglosajona que como “excepción relativa” a esa legalidad a partir de la vigencia en nuestro país de la reforma al sistema procesal penal con tendencia acusatoria debía ser implementado.

Hassemer (1988), indica sobre las consideraciones de política criminal, principio de legalidad y principio de oportunidad, que el primero de ellos, está basado en la constitución política y por tanto supone que el proceso penal debe aplicarse tal y como el derecho material lo dispone, es decir, una legalidad jurídico-material. Por ello, dice, una implementación selectiva de los casos a fin de darle aplicación al principio de oportunidad, daría lugar a un debilitamiento de la legalidad a largo plazo,

trayendo esa implementación desigualdad en el proceso penal, además de una repercusión negativa en el sistema jurídico criminal en su conjunto, dado que el ciudadano alberga que esa expectativa sancionadora de las normas penales se traslade a la realidad y sea castigado quien afecta bienes jurídicos tutelados y de no ser así, ello conllevaría a que se transmita una sensación de desigualdad, inconsecuencia y desilusión (p. 9).

El principio de legalidad, interpretado entonces, con base en el autor, se representa como ese trato igualitario a todos los ciudadanos, puesto que busca que se aplique el derecho penal de la misma manera para todos los coasociados. El principio de oportunidad, en cambio, no puede excluir, con seguridad, el que el poder social (político, financiero, personal) determine la aplicación de las normas penales y con ello lesione el mandato de la igualdad de trato.

Hassemer (1988), continúa haciendo un análisis bastante relevante de ambos principios, indicando que el de oportunidad pone en peligro el principio de la división de los poderes en aquellos casos en que la autoridad encargada de investigar puede decidir acerca de los hechos a perseguir y cuáles no, y aunque la libertad de los delincuentes es cosa de los jueces, la actividad de investigar debe llenar los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para probar la responsabilidad del inculcado a fin de preparar el proceso judicial que en un caso determinado se presentará o se terminará por principio de oportunidad. Por ello, el significado de la división de los poderes para el derecho penal consiste en que el ejecutivo debe dejar al poder judicial el juicio sobre la punibilidad de determinado comportamiento y cómo la justicia debe resolverlo.

Otra de las consideraciones, indica que el principio de oportunidad atenta contra la publicidad en el proceso penal. La fase sumarial, se sustrae casi por completo a la publicidad, y no puede ser de

otra manera, puesto que cuantas más decisiones normativas sobre la publicidad recaigan en la fase de la instrucción, más padece este principio en la aplicación del derecho, ello por cuanto personas con poder económico o político van a querer “arreglar” el proceso en esta fase sumarial y por otro lado, el ente investigador tiende en los casos delicados a realizar arreglos discretos con los implicados en el hecho.

Una conclusión parcial del texto, permite definir que las razones en favor del principio de legalidad son contundentes, y ellas residen, en ese ámbito de la justicia en la aplicación del derecho.

El principio de oportunidad, posee unas razones en su favor fortalecidas en la medida en que se entienda que el derecho penal está orientado hacia unas consecuencias jurídicas, es decir, esas razones se fortalecen en cuanto se demuestre efectividad en su aplicación y sus razones son varias en comparación con los argumentos en favor del principio de legalidad.

1. Es imposible la aplicación estricta de la ley bajo el criterio del principio de legalidad, pues en ningún caso se plasma el derecho penal material en la realidad, más bien cada norma tiene una zona gris y esa zona varía en función del tipo penal, ejemplo: el homicidio con dolo y el hurto calificado, por tanto no puede hablarse de aplicación igualitaria ni completa del derecho penal.

2. El proceso penal y el derecho procesal penal no son meramente una prolongación del derecho penal material sino que más bien sirven, no sólo a la realización de las normas jurídico-penales -conforme a la idea del principio de legalidad que les subyace-, sino que además tienen sus propias metas ellas son "derecho constitucional aplicado". El proceso penal no está obligado a depurar la "verdad material" sino más bien, a la averiguación de una “verdad con forma de justicia”. Las ideas acerca de

la relación entre el derecho penal material y el derecho procesal penal tal y como se entienden por el principio de legalidad, estarían, por tanto, superadas.

3. Haciendo un análisis desde el punto de vista económico y político, el texto refiere que es imposible obligar a las autoridades encargadas de la investigación a esclarecer todos los delitos que llegan a su conocimiento, pues los recursos materiales y personales siempre serán insuficientes. Debido a ello, el ente investigador debe concentrar sus esfuerzos de manera selectiva, lo que también es ordenado por el legislador, buscando así, perseguir intensamente unas conductas establecidas, tratando con indulgencia otras y otro pequeño grupo no serán perseguidas. Además, debe marcar las pautas para que a través de unos criterios de selección se limite la persecución en unos casos, como puede ser cuando se trate de delitos catalogados como bagatelas, o se puede prescindir de la persecución penal por unas razones determinadas o si esa persecución no puede conducir a una pena conforme a los lineamientos jurídicos.

4. Además de lo anterior, político-criminalmente hablando debe tenerse una gran visión del derecho penal y aplicar en el momento de la instrucción aquellas herramientas jurídicas que otorga el derecho penal material, sin esperar a llegar a un juicio, esas herramientas podrían ser aplicadas para unos casos determinados. Tomando como referencia nuestro sistema judicial, la conciliación y la mediación, serían dos ejemplos de terminación del proceso, de manera que ante la expectativa de aplicación de ellas el proceso penal terminaría antes de iniciar o llegar siquiera a un juicio.

5. Refiere Hassemer (1988) que para alivianar la carga de los Tribunales – en nuestro casos jueces – debe tenerse en cuenta la posibilidad de acortar el proceso, además de otorgar al ente instructor posibilidad de desistir de los procesos en delitos de “hasta mediana gravedad”, sin que ello signifique

que el Estado se abstenga de aplicar unas consecuencias jurídicas pues ya dejarían de ser delitos bagatela, consecuencias que pueden convertirse en una reparación del mal causado, pago de cantidades, el restablecimiento del derecho afectado, etc. Ahora bien, debido a que esta sanción se dirige a alguien no culpable, pues no será presentado ante los Jueces, debe cumplirse con todos los elementos de la conducta punible, como son tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sustentando lo anterior en el contenido del artículo 6 de la Convención Europea para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, e indicando que el imputado deberá estar de acuerdo con dicho procedimiento, el cual debe ser avalado por un Juez competente.

Reflejadas así algunas ideas, sobre legalidad versus oportunidad, Hassemer (1988), presenta unas conclusiones, las cuales son válidas para nuestro sistema jurídico, dado que allí se demuestra la mezcla entre una estricta legalidad y lo novedoso del principio de oportunidad, veamos:

1. Los principios de legalidad y oportunidad referidos a la persecución penal, hacen hincapié en distintas partes de la idea de derecho: La legalidad recalca en la justicia y la oportunidad en la finalidad, esto es efectividad e inteligencia política. Una opción político-criminal debería, por tanto, tener en cuenta que la justicia es la meta, pero que la finalidad es la condición restrictiva para alcanzar la meta. Expresado sucintamente sería: Tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica en la actualidad) sea necesario (p.10).

2. El principio de legalidad podría ser encuadrado bajo unas teorías penales absolutas, sin embargo, confrontado con el principio de oportunidad, nos encontramos aquí ante una figura de teorías relativas. El principio de legalidad, como ya se expuso defiende la igualdad de todos ante la ley y el automatismo en la aplicación de las que estén vigentes, así como la justa compensación y castigo del

hecho. El principio de oportunidad defiende la ponderación en el caso concreto, y la consideración de las eventuales particularidades de cada hecho, así como una inteligente orientación hacia las consecuencias. Dado lo anterior, el principio de legalidad, se define como una figura de derecho clásica y el de oportunidad una figura procesal moderna (p.10).

3. El principio de oportunidad sirve igualmente para descongestionar la justicia penal, a parte de la aplicación de los mecanismos jurídico-materiales que se pueden aprovechar en aquellos casos no merecedores de pena y de los procedimientos cortos y sumarios que deben existir con la participación del imputado (p. 11).

4. Mientras el principio de oportunidad se justifique en el marco de un cálculo de utilidades deberá preguntarse críticamente por el concepto de “beneficio” y “perjuicio”. En opinión de Hassemer (1988):

(...) Es injustificado, político-criminalmente, e irracional, pretender únicamente el beneficio inmediato (por ejemplo, la desarticulación de un grupo terrorista) y pasar por alto los perjuicios que a largo plazo proporciona una aplicación del derecho conforme a una regulación de oportunidad. Quien desprecia delitos graves por cálculos estratégicos de índole criminalístico o de política, no sólo daña la justicia sino también perturba extraordinariamente la confianza de la población en la igualdad del derecho penal, y sin esta confianza, no puede sobrevivir la administración de justicia (...) (p.11)

5. Mientras un derecho penal albergue supuestos de oportunidad, el respeto al Estado de derecho por parte del procedimiento, dependerá de si los casos están determinados con absoluta precisión. Las

reglas de oportunidad vagamente formuladas, destruyen por completo el principio de legalidad. La persecución penal oportunista se extiende entonces de forma epidémica: Las decisiones de las autoridades instructoras de no perseguir un delito no pueden controlarse eficazmente y, por tanto, no pueden limitarse (p. 11).

6. Ante la aplicación del principio de oportunidad, existen otros mecanismos de limitar ese peligro para el Estado de derecho, y esos mecanismos no son otros que la participación de un Tribunal competente, según Hassemer (1998), en nuestro caso la participación del Juez de Control de Garantías, permitiendo ello establecer una instancia de control de la decisión y así aminorar esas objeciones que se plantean en cuanto a la escogencia por parte del Ente investigador de los casos en los cuales se dará aplicación a la figura procesal. Igualmente, debe sustentarse jurídicamente la decisión de no juzgar a un ciudadano, pues de esta manera aquél continuará siendo inocente, dado que no hay un juicio condenatorio en su contra y de contera los demás asociados pueden comprobar las razones de la decisión de no juzgamiento (p. 11).

7. La relación entre legalidad-oportunidad en la persecución penal de las conductas, depende, según el autor, de la ética de los Tribunales y Jueces, reforzado en esa confianza que exista de parte de los asociados en la aplicación del derecho, pues el principio de legalidad, según él es muy débil para implementarse totalmente en la persecución de todas las conductas punibles y el de oportunidad tiene muchas aristas oportunistas que lo convierten en inestable e incontrolable, lo que puede llevar a reclamaciones y suspicacias sino se posee esa confianza en la aplicación del derecho.

Buscando descongestionar la justicia penal, resolver los casos más importantes y de relevancia nacional a fin de evitar que conductas delictivas de impacto quedaran en la impunidad ya sea por el fenómeno de la prescripción o por la habilidad de muchos litigantes en crear las dudas

probatorias que favorecen a los imputados o acusados obteniendo su absolución, se buscó un nuevo paradigma procesal penal que ciñéndose a nuestra tradición jurídica permitiera dar aplicación al principio de legalidad, pero también a que, con base en criterios de utilidad y necesidad se pudiera evaluar en qué casos la Fiscalía debía desplegar todo su andamiaje humano y físico para identificar a los responsables del hecho.

Varios pronunciamientos de juristas y periodistas dan a conocer que en el ámbito penal el Estado es incapaz de adelantar y terminar las investigaciones que a diario recibe, (Mata Colorado, 2014) y (Mendoza Diago, 2014), ese lastre se presenta en nuestra justicia de antaño e igualmente de manera actual, tal y como lo señala uno de los artículos periodísticos sobre la impunidad, la cual, según la Corte Suprema de Justicia, bordea el 97% de los casos (Colombiano, 2014), lo que ha conllevado a que de manera práctica, bordeando incluso el prevaricato por omisión, los funcionarios públicos crean tácitamente, de acuerdo a su criterio personal y jurídico, unas hipótesis delictivas que pierden aplicación de la persecución penal, abandonando en los anaqueles de los despachos las noticias criminales que consideran producirán un desgaste innecesario del sistema y más bien, enfocar sus esfuerzos en resolver casos de mayor connotación social local o nacional.

En Reunión de la comisión redactora constitucional, creada por el Acto legislativo 003 de 2002 que debatió la creación del principio de oportunidad, buscando darle celeridad a los procesos penales, se hizo un análisis de las causales taxativas que se incluirían en la norma procesal penal para su aplicación. Allí, se discutieron temas relativos a las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, función de la pena, así como el principio de insignificancia y la antijuridicidad material, de igual manera que su contenido jurídico.

Con esos planteamientos y teniendo presente que nuestro país no acogió el principio de oportunidad bajo el sistema de discrecionalidad total, como se regula en los Estados Unidos, sino

más bien, el sistema reglado de los países continental europeos, que exigen la intervención de la víctima, imputado o acusado, así como el control judicial automático del juez, es que la Corte Constitucional en la Sentencia C-095 de 2007 continuó con su pronunciamiento en la decisión, señalando que el Fiscal Delegado, tiene la facultad de determinar la aplicación del principio de oportunidad y las consecuencias de ello es la interrupción, la renuncia o la suspensión de la acción, a la vez que se debe de constatar el respeto por las garantías de los procesados y de las víctimas bajo la figura del control jurisdiccional de legalidad.

Deteniéndonos entonces en lo que conllevó el surgimiento del principio de oportunidad, implementado a través de la reforma constitucional y legal, y luego de exponer la crisis del principio de legalidad, de la pena como respuesta social y el concepto de una justicia penal más pragmática, es necesario entrar a analizar el punto de vista de la política criminal del Estado y como opera el principio de oportunidad.

3. Principio de oportunidad en Colombia

3.1 Aspecto político criminal del principio de oportunidad

Según Baratta (año 1997), política criminal desde su concepto unívoco es definida como “la finalidad de controlar la criminalidad, es decir, reducir el número de infracciones delictivas” (p. 78), y bajo los presupuestos de la victimología por él estudiados, la política criminal se ocupa:

En particular por las necesidades de la víctima, de su ambiente social y de la sociedad, el campo de acción de la política criminal se extiende (por lo menos potencialmente) hacia el control de las consecuencias del crimen, además de su prevención (p. 80).

El artículo 321 del Código de Procedimiento Penal (Ley 599, 2000) señala expresamente: “La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la *política criminal* del Estado” norma que replica la disposición constitucional descrita en el artículo 250 la cual impone como imperativo a la Fiscalía General de la Nación el principio de legalidad, con la excepción de aquellos casos en que se vaya a aplicar el principio de oportunidad dentro del marco de la política criminal del Estado.

La Sentencia C-936 de 2010 que analizó la constitucionalidad de los artículos 2, párrafo 3 y 17 de la Ley 1312 de 2009 permite acercarnos a una definición de lo que para nuestra Corte Constitucional es política criminal; 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 (p. 51).

La jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010 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 “...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 (p. 52).

La Corte señala igualmente:

Entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de “política criminal”, (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal. Así mismo ha reconocido esta Corporación que las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo de la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica (p. 2).

Como lo resalta el máximo tribunal constitucional y se aprecia en nuestra tradición jurídica, la política criminal de nuestro país viaja al vaivén de las circunstancias históricas criminalizando y descriminalizando conductas, concediendo beneficios a los procesados o negándolos en un determinado periodo y según los grupos criminales dominantes de la población, obligando al Estado a crear unas respuestas acordes con las necesidades de protección de la comunidad, esa protección ha dado pie para que se flexibilicen los requisitos al momento de imponer medidas de aseguramiento de detención preventiva, así como sentencias condenatorias que disponen la prisión de los procesados, igualmente, permitió que se introdujeran al sistema penal un tipo de conductas llamadas de peligro

abstracto que llevan a adelantar las barreras de protección de los bienes jurídicos, según Hassemer (1991).

La forma de los delitos de peligro abstracto facilita enormemente la utilización del derecho penal. Si se renuncia a la comprobación de la lesión, ya no es necesario atender a la relación de causalidad. Lo único que debe mostrarse es la peligrosidad de la acción, peligrosidad que no depende de la comprobación del juez, sino que aparece el motivo por el cual se criminalizó. La tarea del juez resulta así aligerada (...)” (p.242).

Lo anterior redundaría en que a menores requisitos para castigar, menores las posibilidades para defenderse, e igualmente, menor espacio de interpretación le queda al juez cuando debe aplicar en un determinado supuesto fáctico esas normas penales abstractas, según el mismo autor, conllevando ello a que el derecho penal deje de ser *ultima ratio*.

Como conclusión entonces, tenemos que una política criminal del Estado, corresponde a la creación de aquellos mecanismos que buscan criminalizar, cuando es necesario, ejercer el control de una parte de la población brindando para ello opciones legítimas, como es la aplicación del principio de oportunidad, representando según la Fiscalía General de la Nación (2010) Principio de Oportunidad, bases conceptuales para su aplicación:

Un mecanismo de terminación de la actuación penal, orientado a enfocar los recursos de la administración de justicia, incentivar la auto composición del conflicto, facilitar la colaboración de imputados y acusados para combatir la delincuencia organizada, y evitar la imposición de penas innecesarias.

Abordaremos a continuación, los temas correspondientes al trámite para su aplicación, los requisitos de la causal; la definición de la desproporción como un menor valor jurídico y

social explicable en el ámbito de la culpabilidad; cuando este se realiza excediendo una causal de justificación; se indicará si existen otros mecanismos jurídicos diferentes al principio de oportunidad para resolver los casos, bajo la causal Nro. 15.

Conforme lo anterior, se pretende, una solución práctica y útil al sistema único de las penas, a fin de evolucionar en este campo para evitar que toda aquella conducta delictiva tenga que terminar con un castigo físico en contra del ser humano, al ser privado de su libertad de locomoción por la afectación de bienes jurídicos tutelados, y en cambio, sopesar su actuar bajo otra lectura menos drástica que conlleve a solucionar su caso de una manera poco perjudicial para sus intereses. Además, el principio de oportunidad como instrumento de política criminal busca principalmente la descongestión de la justicia penal, tratando en lo posible de llevar a juicio, sólo aquellos casos relevantes para la sociedad, los cuales al terminar con sentencias condenatorias, ya sea por acuerdos con la Fiscalía o luego de un juicio, permitirán enviar unos claros mensajes de eficacia de la justicia en nuestro país, situación que hasta ahora no se observa dado el desconocimiento de la figura por parte de los operadores jurídicos.

El principio de oportunidad, como se indicó es un instrumento jurídico reglado, esto es, sólo se puede aplicar bajo las condiciones procesales señaladas en la norma adjetiva, y siguiendo así la tradición anglosajona de donde proviene y del derecho continental europeo, es por lo que se implementó en nuestro país como excepción a la legalidad bajo ese tipo de discrecionalidad conforme lo destaca el artículo 324 del C. de P. Penal, reuniendo allí las 18 causales en que se aplicará, entre ellas la Causal número 15, que se presenta en los casos en los que la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable dentro el ámbito de la culpabilidad.

3.2 Trámite y aplicación del principio de oportunidad

No se ahondará mucho en la parte procesal, pues ello no es objeto de este artículo, sin embargo, es necesario hacer referencia a ella, de manera sucinta para que se tenga una información completa sobre el manejo técnico de la figura jurídica. Para dar aplicación al principio de oportunidad, cuya competencia es exclusiva de la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en su potestad constitucional derivada del artículo 250 de la Carta magna, el funcionario público debe:

- (i) conocer adecuadamente el caso a partir de los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida; (ii), establecer la procedencia de alguna de las causales de aplicación del Principio de Oportunidad (jurídica, fáctica y probatoriamente); (iii) precisar la modalidad de aplicación del Principio de Oportunidad (renuncia, suspensión o interrupción); (iv) velar por la protección de los derechos de la víctima y garantizar su participación en el proceso de aplicación del Principio de Oportunidad; (v) determinar la competencia al interior de la Fiscalía General de la Nación para la aplicación del Principio de Oportunidad; (vi) adelantar el trámite regulado al interior de la Fiscalía General de la Nación, bien cuando el fiscal del caso puede aplicar directamente el Principio de Oportunidad o cuando dicha decisión debe ser tomada por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial; (vii) agotar el trámite ante el Equipo de Principio de Oportunidad, y (viii) solicitar y participar en la audiencia de control ante el juez de garantías. (Bedoya, Díaz y Vanegas, 2010, p.27).

Por lo que a continuación se pasará a desarrollar algunos de los anteriores numerales, veamos:

Ese conocimiento del caso, descrito en el primer numeral, implica el conocimiento de lo fáctico, lo probatorio - elementos mínimos de prueba para demostrar la conducta punible - y lo jurídico - tipicidad antijuridicidad, culpabilidad, autoría y participación-, especificando, además, los perjuicios materiales y morales, así como el lucro cesante, el daño emergente y las circunstancias que atenúan el juicio de reproche, lo que redundará en un mecanismo de protección de la presunción de inocencia.

Una vez conocido completamente lo anterior, ello permitirá determinar la procedencia de la causal de aplicación del principio de oportunidad, lo cual ayuda al Fiscal para demarcar la norma sustantiva violada, así como a determinar si hubo o no lesividad en el bien jurídicamente tutelado. Respecto de la causal Nro. 15, es necesario demostrar a través de los elementos materiales de prueba, cuando se presenta el exceso en una causal justificante y cuando es de menor relevancia social. Determinado ello, y siguiendo los derroteros trazados por el artículo 325 del Código de Procedimiento Penal, regla general del procedimiento de suspensión a prueba, se analiza si opera la interrupción o renuncia, de acuerdo a la causal esgrimida, así como a los acuerdos llegados con los imputados, su defensor y las víctimas, acudiendo luego ante el Juez de Garantías para su control jurisdiccional.

Ahora, para proteger y garantizar la transparencia de la aplicación del principio de oportunidad en toda su extensión la ley exige que deba acudir al control jurisdiccional tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional en Sentencia C-979/2005 la cual concluyó que el control del Juez procede frente a cualquier modalidad del Principio de Oportunidad. Al respecto debe tenerse en cuenta que la Resolución 3884 del 27 de julio de 2009 ajustó la reglamentación del trámite al interior de la Fiscalía General de la Nación a lo decidido por la Corte Constitucional, para lo cual modificó las Resoluciones

del Fiscal General números 6657 y 6658 de 2004 en el sentido de “ Adicionar el artículo 8° de la Resolución 0-6657 del 30 de diciembre de 2004, así: el control judicial en la aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 tendrá lugar en la renuncia, suspensión e interrupción de la persecución penal (Fiscalía General, 2009).

4. Análisis del artículo 324, causal Número 15.

Ahora bien, continuando con lo anteriormente señalado y después de conocer los orígenes del principio de oportunidad, así como la competencia y circunstancias procesales en que puede ser aplicado, se pasará a analizar la causal número 15, objeto de estudio.

Art. 324. El Principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

La causal quince invocada como principio de oportunidad, establece entre otros aspectos lo siguiente: “cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable dentro el ámbito de la culpabilidad”; pues bien, el estudio de esta causal tal cual se aludió en el planteamiento del problema, nos permite colegir sin hesitación alguna, que en el principio de oportunidad que se decanta en dicha causal, se han incluido aspectos que están resueltos por el derecho sustantivo, desde esta perspectiva analizaremos que tan práctico resulta aplicar el principio de oportunidad en estos casos, cuando la ley sustancial los tiene resueltos desde otra práctica legal.

Por ello analizaremos si en esta causal quince, modificada por la Ley 1312 de 2009, guarda coherencia con la finalidad prevista en el art. 321 de la ley 906 de 2004, su alcance, campo de aplicación e incidencia, es decir, si realmente es útil esta causal, puesto que la misma parece no tener

valor en la práctica al estar resuelta bajo otro mecanismo legal, (Art. 32 C. Penal Colombiano), lo que determina posiblemente un obstáculo para su aplicación.

Se hace menester analizar qué tipo de comportamientos entran en el ámbito del exceso de la causal de justificación, si los delitos culposos solamente desde la imputación subjetiva que de alguna manera ya están comprendidos dentro de las causales 7 y 12 ó como resolver el problema de los excesos en los delitos dolosos, o culposos, causal en la que es necesario estudiar, el concepto de exceso en la justificante, que el exceso se derive de una desproporción, y que esa desproporción signifique un menor valor jurídico social explicable en la culpabilidad.

Además se debe analizar adicionalmente si ese principio de oportunidad decantado en la causal quince, *per se*, encuentra solución normativa y por ende deviene en simbólica su aplicación.

4.1 Exceso en la causal de justificantes:

Para hablar de exceso en la justificante, necesariamente han de considerarse la existencia de unos límites, los cuales han sido delineados por la jurisprudencia y la doctrina. A título enunciativo se relacionan algunas de esas conclusiones:

4.2 Legítima Defensa:

- Debe existir una agresión, la cual tendrá que ser: actual o inminente; injusta y real.
- Debe existir la necesidad de defenderse; la defensa ha de ser proporcional a la agresión, que no hubiese sido provocada..

4.3 Estado de Necesidad:

- Debe existir un riesgo o un peligro; el riesgo debe ser actual o inminente, se actúa para proteger un derecho propio o ajeno, el mal del que se pretende resguardar no ha de ser evitable

por otro procedimiento menos perjudicial, debe causar, con el actuar, un mal menor o igual, no debe ser causado por el agente, no ha de ser afrontado por un deber jurídico.

El conocimiento de dichos límites resulta necesario para establecer si una persona ha incurrido en un exceso en la justificante, sin perjuicio de que el desbordamiento de los mismos pueda enmarcarse en otra conducta punible o tenga otro tipo de respuesta desde el punto de vista dogmático, en todo caso para hablar del exceso, previamente ha debido existir un espacio de legitimidad en la defensa o en el estado de necesidad, por ello se ha precisado que la disposición cobija a la persona que al realizar una conducta típica desborda las exigencias legales en virtud de las que puede, en principio, invocar la justificante; en otras palabras, cuando el agente, encontrándose en un comienzo dentro de los linderos propios de una de las justas causas contempladas en los susodichos numerales del Art. 32, se extralimita, automáticamente pierde el derecho a ampararse en ellas, y la conducta realizada es antijurídica y culpable, a no ser, que en este último caso, concurra otra eximente de responsabilidad.

No obstante, esta situación no pasa inadvertida para el legislador, quien consciente de ello prevé un tratamiento especial para el excedido, que difiere del otorgado a la persona que en ningún momento ha pisado los linderos propios de la justificante, ello es apenas obvio, pues en los casos de exceso el grado de injusto es menor, lo que, en cumplimiento de los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad, se traduce en menor grado de culpabilidad, y a su vez en un menor grado de exigibilidad y por ende en punibilidad, sea que el agente haya obrado de manera consciente o inconsciente, en una situación de error o no, éste parece ser el fundamento dogmático de la institución; pues, desde el punto de vista político-criminal, responde a las particulares condiciones sociopolíticas del país, lo que explica la extensión de la formulación a todas las causas de justificación, sin las restricciones propias de otras legislaciones.

Si la persona se extralimita superando los límites legales por mediar una apreciación errónea de su parte, se configura error sobre los límites, y conduce al error de prohibición.

Para poder hablar de exceso es indispensable que el acto en un determinado momento se encuentre dentro de los límites propios de la respectiva justificante; es decir, se debe reunir las exigencias de cualquiera de las causales, pues de lo contrario no se entendería que el tenor del texto dijese “exceda los límites”.

Lo anterior podría suceder siguiendo la doctrina en cita, como en aquel caso en que el autor le bastaba con disparar sobre las piernas del agresor para rechazar el ataque, y, sin embargo, le da muerte al lesionado más de lo racionalmente necesario, o cuando se sobrepasan los límites temporales como cuando el agredido, no obstante haber controlado el ataque del enemigo que yace herido en el suelo procede a dispararle por dos veces más.

La desproporción es la equivalencia entre la agresión ilegítima y la reacción justa, pues, la reacción puede ir tan lejos, como sea necesaria para la defensa real de la agresión, pero no más allá de lo que sea absolutamente necesario para ello.

De acuerdo con la autorizada doctrina, la proporcionalidad puede analizarse desde dos perspectivas: desde la equivalencia de los medios o desde la equivalencia de los bienes jurídicos colisionantes en abstracto, como en el caso de una mujer que da muerte a quien pretende accederla carnalmente mediante violencia, desde esta última perspectiva, se afirma, que cuándo el bien jurídico sacrificado es de menor entidad, puede haber una causal de justificación, pero cuando son bienes equivalentes se trata de una causal de exculpación o inculpabilidad, como ocurre en el caso de dos naufragos asidos a una tabla procuran salvar su propia existencia frente a la del otro.

El exceso tratándose de la legítima defensa, puede consistir en la sobre valoración de la agresión o la necesidad de la defensa bien sea porque estime como grave una agresión que no lo es, ya porque valorando esa agresión en su justa medida, se estime como única alternativa para remover el peligro que genera esa agresión, una sobre dimensionada necesidad de defensa.

Incluso también ha de considerarse una desproporción en la reacción, como quien repele a un ofensivo insultador con un arma de fuego.

4.4 Menor valor jurídico o social explicable en la culpabilidad:

El texto de la causal quince, modificada por la Ley 1312 de 2009, indica que no cualquier exceso en las causales de justificación conduce a su aplicación. Para ello, es menester que, “la desproporción signifique un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad”. En otras palabras, el desequilibrio en la respuesta defensiva o de salvaguarda tiene que encontrar sustento en una reducción del juicio de exigibilidad.

Como se explicó anteriormente, la culpabilidad es considerada en el marco de la legislación actual como un juicio de reproche que se realiza en contra de una persona por no haberse comportado conforme de él se esperaba. Ese reproche puede anularse por razón de una inexigibilidad de un comportamiento ajustado a derecho (por miedo o insuperable coacción ajena), por una incapacidad de comprensión del injusto y de determinarse de acuerdo con ella (por inimputabilidad), o cuando no hay conciencia de ilicitud (por un error de prohibición invencible). Cuando uno de tales elementos se aminora, sin tener la entidad suficiente para excluir la culpabilidad, puede considerarse reducida la reprochabilidad.

Si el exceso encuentra una relación, por ejemplo, con el miedo o temor intenso, una situación de trastorno mental que no se exonera, en una situación de ignorancia o marginalidad, no inculpante, puede resultar procedente la aplicación del principio de oportunidad. Es por ello que se ha afirmado que quien se excede se comporta culpablemente, aunque puede serlo de manera reducida:

El legislador renuncia sin embargo a la punición porque la misma no resulta exigida por necesidades de prevención especial, ni prevención general. La culpabilidad (reducida) del sujeto se puede deducir sin más de que la turbación, el miedo o el pánico no fundamentan por regla general un trastorno profundo de la consciencia, si lo hiciera sería superfluo. También la falta de necesidad preventiva de punición es fácil de explicar: quien infringe la ley solo porque ha sido víctima de una agresión antijurídica se caracteriza por una pusilanimidad especialmente asustadizo en un ciudadano socialmente integrado que no precisa de intervención preventiva especial. Y así mismo tampoco está indicada la punición por razones de prevención general, pues un delito de debilidad de tal índole no exhorta tampoco en caso de impunidad a la imitación, y no comporta tampoco una conmoción de la paz jurídica, porque el sujeto es originalmente agredido y el agresor mismo es la mayoría de las veces culpable de rebasamiento del límite.

Pero tales comportamientos, valga iterar, el miedo insuperable, el estado de ira e intenso dolor, los excesos cuando se trata de legítima defensa o estado de necesidad, al igual que el error de prohibición e incluso la inimputabilidad, son resueltos por la norma sustancial contemplados en los artículos 32 y 33 del Código Penal Colombiano.

Esta causal recoge un importante requerimiento de la doctrina, en tanto algunas conductas delictivas frente a las cuales en principio podría proceder una sentencia condenatoria por tratarse de una conducta que reviste las categorías de delito, esto es, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sin embargo, ésta última categoría – culpabilidad- se ve disminuida en un juicio de menor reproche de la

conducta, por estar frente a una causal de justificación pero en exceso de la misma, lo que nos llevaría a inferir que en la aplicación de los principios dogmáticos se debe permitir la no imposición de pena, ya que la imposición de una sanción condenatoria sería innecesaria.

Sobre la teoría del Error de prohibición expone lo siguiente:

No obra culpablemente quien no está en condiciones de comprender la antijuridicidad de su hacer, esto es, quien actúa con la posibilidad de conocer su ilicitud formal y materialmente concebida, sea porque suponga que su comportamiento no constituye injusto (representación equivocada), sea porque no piense en absoluto en el injusto (ausencia de representación); por ello, cuando el agente no sabe ni puede saber que su conducta contradice los mandatos y las prohibiciones contenidas en las normas jurídicas, no se puede emitir en su contra un juicio de exigibilidad. (Velázquez, 2004. P.405).

El texto legal emplea la expresión “error (...) de la ilicitud de su conducta” (Art. 32, numeral 11, incisos 1° y 2°) para referirse tanto al error invencible como vencible de prohibición; en el primer caso, “no habrá lugar a responsabilidad penal (...)”, dice el encabezado del artículo 32, mientras que en el segundo se atenúa obligatoriamente la pena en la mitad, con lo que se atempera los rigores de la original concepción welzeliana, o teoría estricta de la culpabilidad, que solo considera la disminuyente a título facultativo [...] Así mismo, haciendo concesiones a la teoría limitada de la culpabilidad y solo para efectos de punición –sin que esto obligue al intérprete a asumir la teoría de los elementos negativos del tipo–, el artículo 32, numeral 10, inciso 1° y 2°, asimila el error sobre la ocurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho. (Error de tipo permisivo) al error de tipo, y dispone que si es invencible no hay responsabilidad y que, si es vencible el agente responderá por la realización del comportamiento culposo en caso de que éste haya sido previsto: “se obre con error invencible [...] 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” (Velázquez, 2004. p. 410).

Conforme con lo anterior está claro para la ley penal, que esta modalidad de error indirecto al error de tipo es sólo para efectos de punición, acogiendo el legislador la teoría limitada de la culpabilidad en éste ámbito sin ocuparse de las demás modalidades de error de prohibición.

Ahora bien, es importante hacer alusión a los referentes teóricos doctrinarios encaminados a establecer las causales de justificación por el miedo insuperable tanto en la inculpabilidad como de la legítima defensa, entre otros aspectos relevantes, (Varona. 2000. p. 76) precisó lo siguiente:

La concepción de miedo insuperable como una causa de inculpabilidad es, sin duda, mayoritaria dentro de la doctrina penal en nuestro país. Los autores, para defenderla, se apoyan principalmente en los dos siguientes argumentos:

- a) El fundamento del miedo insuperable debe situarse en las dificultades motivacionales de la persona o en un terreno subjetivo; y estas cuestiones son propias de la categoría de la culpabilidad (p.76).
- b) El fundamento de la eximente de miedo insuperable radica en el principio de inexigibilidad de otra conducta, y este principio pertenece o desempeña su papel en el reducido ámbito de la culpabilidad” (p. 76).

Sobre el miedo insuperable como eximente de culpabilidad, (Varona, 2000. p. 76) llegó a la siguiente conclusión:

Todo ello llevaría, a mi entender, a situar la eximente de miedo insuperable en la categoría de la culpabilidad, porque el fundamento de esta eximente, situado en el principio de inexigibilidad implica

precisamente, tal y como defendí en el capítulo anterior, una apelación a consideraciones propias de la perspectiva personal del conflicto; la persona que obra en miedo insuperable está en definitiva dando mayor peso a unos determinados intereses porque éstos le pertenecen a él mismo o a personas por las que siente una especial vinculación. El núcleo de los principio de razonabilidad o exigibilidad radica en la idea de que para decidir un determinado conflicto de intereses se ha de tener en cuenta la perspectiva personal del afectado por el conflicto (esto es, se ha (sic) considerar que el conflicto le afecta a él mismo); y por ello las eximentes fundadas en éste principio pertenecen a mi entender, a la culpabilidad.

De lo anterior se puede colegir, que la eximente de miedo insuperable debe situarse en la categoría de la culpabilidad, constituyéndose en una razón suficiente para eximir la pena por vía del derecho sustancial, en (Varona, 2000. p. 76) encontramos:

“Así por ejemplo en la legítima defensa consideraciones de inexigibilidad se encuentran presentes, según doctrina y jurisprudencia mayoritaria, en la configuración el requisito de la razonabilidad del medio defensivo; pues, para valorar la reacción defensiva, debe también tenerse en cuenta la perspectiva de la persona que se defiende de una agresión antijurídica... Igualmente, en el estado de necesidad, por lo que respecta al requisito de la posibilidad de adoptar otras medidas antes que la lesión de bienes jurídicos ajenos; se admite aquí también el papel del principio de inexigibilidad. Ello, es acorde con la idea de que para valorar la subsidiaridad de la acción en estado de necesidad debe tenerse en cuenta la concreta situación de la persona implicada en el conflicto [...]. Así en la eximente de la legítima defensa, lo que justifica la conducta no es la necesidad o racionalidad de la defensa, sino la existencia de una agresión antijurídica frente a la que el ordenamiento penal, otorga al afectado el derecho de defenderse... Igualmente en el estado de necesidad, lo que justifica la acción necesaria no es la inexistencia de medios alternativos para eludir

el peligro, sino la prevalencia de uno de los intereses en conflicto; limitándose aquí las consideraciones de exigibilidad a tener en cuenta la perspectiva del implicado en el conflicto (Varona, 2000 p.123).

Ahora bien, frente al problema de determinar el papel que pueda cumplir en el ámbito de la antijuridicidad el criterio de exigibilidad, o lo que en otras palabras sería indagar cuándo y cómo se encuentra tal principio presente en ésta categoría, podríamos afirmar que tal situación se determina al entenderse por la propia naturaleza del principio de inexigibilidad, dado que la base de este principio reside en el valor que se asigna en la resolución de un conflicto de intereses, frente a la perspectiva de la persona implicada en él, quien desempeñará un papel en la antijuridicidad cuando sea necesario tener en cuenta, también en esta categoría, la perspectiva de la persona afectada por el conflicto que se defiende de una agresión antijurídica. Igual tratamiento se puede aplicar en el estado de necesidad, en lo que respecta al requisito de la posibilidad de adoptar otras medidas antes que la lesión.

En relación con las causales de justificación como la legítima defensa y estado de necesidad exculpante, ha precisado (Claus Roxin 1997) sobre ese particular lo siguiente:

Los efectos de las causas de justificación. Una acción que esté amparada por una causa de justificación es en todo caso conforme a Derecho. Por ello, nunca cabe legítima defensa, que presupone una agresión antijurídica, contra una causa de justificación.

Aparte de esto, las causas de justificación conceden también derechos de intromisión; es decir, que el afectado no sólo ha de renunciar a una legítima defensa contra la actuación del legitimado, sino que también tiene que soportarla de modo general [...] sin poder invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos.

No obstante, en algunos casos habrá que admitir una excepción —aunque se dará raras veces en la práctica— en causas de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras, cuando alguien posea un conocimiento especial sobre la verdadera situación de hecho que prive de su fundamento a la actuación justificada.

Porque el estado de necesidad no presupone una agresión antijurídica, sino un peligro que no se pueda contrarrestar de otro modo.

Lo infrecuente de tales posibilidades de defensa no se debe sólo a que por regla general no estarán presentes personas con dicho conocimiento especial, sino sobre todo a que el sujeto que conoce mejor la situación naturalmente lo primero que tendrá que hacer es aclararle la situación fáctica real a la persona dispuesta a ayudar, y tras ello en la mayoría de los casos no procederá ya la propia causa de justificación (Roxin 1997 p.602).

En ese orden de ideas, en toda justificación por legítima defensa deben operar conjuntamente los principios de protección individual y de prevailecimiento del derecho, en cuyo efecto las diversas necesidades del prevailecimiento del derecho, influyen de modo distinto en la configuración de las facultades de protección.

En relación con el exceso en la causal de justificación, cuando se presente ésta con dolo la respuesta adecuada es generar el reproche reduciendo la culpabilidad, de ahí que ese exceso, permita darle trámite al principio de oportunidad, dado que es un presupuesto de la teoría limitada de la culpabilidad donde se debe responder con una disminución de la pena en algunos eventos.

En efecto, el exceso en la justificante se puede afirmar cuando haya un desbordamiento en los límites propios de la causal de la justificación respectiva, y es precisamente dentro de estos límites donde se debe analizar en cada caso los elementos fácticos o síquicos presentes para poder afirmar o

no éste exceso y su menor valor jurídico social, aspecto éste que encuentra solución para algunos casos en la Ley 906 de 2004 por vía de la figura referida en el párrafo precedente.

Es por ello que la Ley 906 de 2004 consciente del menor grado de injusto presente en el exceso en la justificante consagra un tratamiento privilegiado para la persona que por lo menos de alguna forma ha actuado dentro de los parámetros de una causal de justificación, lo que en primer momento explicaría la procedencia del principio de oportunidad. El exceso puede ser consciente, inconsciente, doloso o imprudente, esto es, ante el ataque antijurídico, el que se defiende “legítimamente” puede reconocer perfectamente que está actuando por fuera de los límites de la legítima defensa, lo que significa, como se advirtió en precedencia, que el código llama la atención acerca de la equivalencia de este reproche con el que se haga por una conducta imprudente.

En cuanto a la constitución de dicha causal, desde la comisión constitucional redactora del proyecto del Código de Procedimiento Penal, se planteó la estructura en los siguientes términos:

Gómez Pavajeau explicó que los casos de exceso doloso tenían otra respuesta en el entendido que si el exceso era doloso sin amparo en ninguna situación motivacional, simplemente se rebajaba por lo objetivo del exceso y por lo objetivo del principio de la causal, pero que si se daba como consecuencia de una injusta agresión o de un miedo la rebaja sería por la ira y en atención a ello precisó que no se tenía ninguna rebaja por culpa y en ese sentido era que se había construido la causal. Agrego que el exceso doloso si debía ser castigado (Acta 030).

Ahora bien, para comprender íntegramente la causal 15 del artículo 324, objeto de estudio, es necesario entrar a descomponerla, señalando que la misma posee elementos estructurales los cuales deben ser definidos a fin de determinar en qué casos se aplica la misma y en cuáles no. Dichos elementos estructurales de la causal son los siguientes:

- El concepto de exceso en la justificante.
- Que tal desproporción signifique un menor valor jurídico y social explicable en la culpabilidad.

En cuanto al exceso en la justificante, existen algunos planteamientos a esta causal y criterios que doctrinaria y jurisprudencialmente se han fijado para analizar los excesos en las mismas. Tanto en el código de 1936, como en el decreto Ley 100 de 1980, el legislador diferenció entre causales de inculpabilidad, y de justificación; frente al Código Penal de 2000 se ha enunciado reiteradamente que se trata de una normativa de catálogo dogmático abierto, no anclado a una forma del pensamiento penal determinada, de tal suerte que en el Art. 32 incorpora de manera general las fórmulas de ausencia de responsabilidad (inacción, atipicidad, justificación e inculpabilidad), dejando a la doctrina y la jurisprudencia su ubicación en la teoría del delito.

Buena parte de la doctrina nacional (incluso foránea), se inclina por reconocer como causales de justificación, la legítima defensa y el estado de necesidad entre otras. – artículo 32 del Código de las penas. Al distinguir aquellos comportamientos que son promovidos por el Estado, consentidos por la víctima o socialmente adecuados, de los que simplemente son tolerados atendiendo especiales circunstancias derivadas de la defensa de derechos o peligros inminentes, cuya consecuencia es la de negar el carácter antijurídico a una conducta estimada como típica.

Conclusión:

Ante la crisis del principio de legalidad y de la pena, y siguiendo las pautas trazadas por la política criminal del Estado, surge el principio de oportunidad como una figura procesal que permitiría al ser aplicada bajo los parámetros constitucionales y legales descongestionar de procesos los despachos judiciales y de presos las cárceles en Colombia, conclusión que parece utópica dada la rigurosidad de la reglamentación y controles existente.

En Colombia, ante el cambio de regulación procesal se enfrentaron los principios de legalidad y oportunidad, el primero de ellos, siguiendo las pautas trazadas por el derecho penal alemán, exige la aplicación estricta, el segundo, como figura “moderna” que se incluye en nuestro sistema y proviene del derecho anglosajón que permite, bajo el ropaje de un derecho pragmático, utilitarista y la relación costo-beneficio, escoger los casos relevantes que deben ser llevados a juicio ante los Jueces de la República para su presentación. Lo que demuestra, que el Estado siguiendo la política criminal trazada, claudica en adelantar la persecución penal por criterios de conveniencia, pues es mucho más favorable y beneficioso renunciar a una persecución penal que adelantar juicios por casos poco representativos.

En Colombia el exceso de las causales de justificación (por ejemplo, legítima defensa o estado de necesidad), genera una circunstancia que incide en la culpabilidad (juicio de reproche), por ello, puede considerarse la posibilidad de dar aplicación de la causal quince de principio de oportunidad, en algunos eventos, dado que ahí si hay la culpabilidad pero con pena atenuada.

Caso contrario para algunos de los planteamientos jurídicos regulados en el Código Penal Colombiano, en el Art. 32, cuando refiere como causales de ausencia de responsabilidad entre otras, el obrar 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 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 ni tenga el deber jurídico de afrontarlo, que se obre en insuperable coacción ajena o impulsado por miedo insuperable, o se obre bajo las causales del error sea de tipo o prohibición.

El principio de oportunidad, bajo la causal quince, se encuentra vinculado íntegramente al criterio de los excesos en las causales de justificación, si tal desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable desde la culpabilidad, es decir, que no solo tiene cabida la valoración desde la culpabilidad, sino además desde la tipicidad y antijuridicidad.

Dado que como se acotó en precedencia las causas propias de ausencia de responsabilidad diferentes al exceso, resuelven el problema jurídico dando trámite a la preclusión de la investigación, por ausencia de los elementos estructurantes de la conducta punible ya reseñados, resultando inane aplicar la figura del principio de oportunidad, pues tal acontecer jurídico en esos eventos, se encuentra resuelto por el derecho sustancial.

Por ello se puede colegir que la causal quince encuentra solución normativa para algunos eventos en el art. 32 del C. Penal Colombiano, por las vías antes referidas, ya que el principio de oportunidad es dable cuando realmente se esté en presencia de una conducta punible atenuada que implique necesidad de la pena

Incluso pragmáticamente, según datos estadísticos de la Fiscalía General de la Nación, tal causal no se ha aplicado dentro del nuevo sistema procesal penal, por encontrar solución práctica en normas penales vigentes.

El principio de oportunidad no es un concepto residual, si lo que regula el principio de oportunidad ya se encuentra consagrado en el derecho sustancial a través de mecanismos legales, debe ser primero la configuración de una causal de justificación por parte del derecho sustancial o de inculpabilidad por razones de inexigibilidad y no debe acudir al principio de oportunidad, si no existen las categorías del injusto penal no se estructura el delito, y por esa razón debe solucionarse el problema por la vía del mecanismo de la preclusión en alguna de sus causales, es decir, si se resuelve a través de la dogmática, para qué invocar el principio de oportunidad, salvo en los eventos ya reseñados.

Bibliografía

Baratta, Alessandro, *Delito y Seguridad de los habitantes, Programa sistema Penal y Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Unión Europea 1.995.

Bedoya Sierra, Luis Fernando, Guzmán Díaz, Carlos Andres, Vanegas Peña, Claudia Patricia, *Principio de oportunidad, bases conceptuales para su aplicación*. Medellín, Editorial Oficina de divulgación y prensa Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2010.

Calle, Armando, *Acerca de la reforma procesal penal, una primera aproximación, en revista Nuevo Foro Penal*, Nro 67, Medellín, 2005.

Diez Ripolles, José Luis, *El Bien Jurídico protegido, un derecho penal garantiasta, Dialnet- El Bien Jurídico Protegido en el Derecho Penal Garantista- Ponencia Congreso Internacional*, Buenos Aires, 1997.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

Gaceta del Congreso No. 339 de julio 23 de 2003, *Proyecto de Ley Estatutaria No.01 de 2003*,
Cámara de Representantes, disponible en
<http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>, consultada el 10 de abril de 2014.

Hassemer, Winfried. *Persecución penal, legalidad y oportunidad. Jueces para la democracia información y debate*, revista No. 4, Madrid, año 1988.

Hassemer, Winfried, *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*, Conferencia en la UAB, marzo, 1991

Jakobs, Günther. *Derecho Penal - Parte General* -. Madrid, Marcial Pons - Ediciones Jurídicas, 1997.

Jakobs, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Editorial Madrid, Marcial Pons.- Ediciones Jurídicas, año 1997.

M.P. Jaime Córdoba Triviño Sentencia C-979/2005, Corte Constitucional, 26 de septiembre de 2005.

M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, Corte Constitucional.

M.P. Manuel José Cepeda Espinosa Sentencia C-095 de 2007, Corte Constitucional, 14 Febrero de 2007.

M.P. Luis Ernesto Vargas Silva Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010, Corte Constitucional.

Roxin, Claus, *Derecho penal parte general tomo I fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Ciudad, Madrid, Editorial Civitas. Año 1997.

Varona Gómez, Daniel, *El Miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Granada, Editorial Comares. Año 2000.

Zaffaroni, Eugenio Raul, *Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, año 2001.