

INSTITUCIONES PROCESALES PENALES CONSENSUALES

TOMO II

LA OPORTUNIDAD COMO PRINCIPIO COMPLEMENTARIO
DEL PROCESO PENAL

CARLOS ARTURO
GÓMEZ PAVAJEAU

CARLOS ANDRÉS
GUZMÁN DÍAZ

INSTITUCIONES PROCESALES PENALES CONSENSUALES

TOMO II

LA OPORTUNIDAD COMO PRINCIPIO
COMPLEMENTARIO DEL PROCESO PENAL

CUARTA EDICIÓN

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo

Instituciones procesales penales consensuales. Tomo II, La oportunidad como principio complementario del proceso penal / Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Carlos Andrés Guzmán Díaz. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020. — Cuarta edición
319 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 305-319)

ISBN: 9789587903492

1. Principio de oportunidad (Derecho penal) 2. Procedimiento penal 3. Sistema penal acusatorio 4. Derecho penal 5. Colombia — Derecho Constitucional I. Guzmán Díaz, Carlos Andrés II. , Universidad Externado de Colombia III. Título

343 SCDD 15

Catalogación en la fuente — Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Abril de 2020

ISBN 978-958-790-349-2

© 2020, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU
© 2020, CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ
© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Cuarta edición: mayo de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Robinson Quintero Ossa
Composición: David Alba
Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

| | |
|---|----|
| PRESENTACIÓN A LA TERCERA Y CUARTA EDICIONES | 13 |
| PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN | 15 |
| PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN | 17 |
| ESTUDIO PRELIMINAR | |
| En defensa y promoción del principio de oportunidad | 19 |
| INTRODUCCIÓN | 21 |
| 1. Falta de arraigo versus raigambre histórica | 23 |
| 1.1. El concepto de “turbación del orden social” y el artículo 143 de la Carta Política de 1886 | 23 |
| 1.1.1. Función de persecución de ilícitos penales | 23 |
| 1.1.2. Limitar dicha persecución | 25 |
| 1.2. El <i>impeachment</i> en las constituciones de 1886 y 1991 | 25 |
| 2. Excepcionalidad versus principios | 26 |
| 2.1. Gramaticalidad y lógica formal como criterios exclusivos y excluyentes. Su superación | 27 |
| 2.2. Principios fundantes y principios complementarios | 32 |
| 3. Cerramiento formal de las normas en el Estado liberal versus su apertura en el Estado social | 34 |
| 3.1. La cuadratura del silogismo judicial y su superación | 39 |
| 3.2. Normas principios y normas reglas | 39 |
| 3.3. Normas de textura abierta y política criminal | 42 |
| 4. Preceptos y sanciones negativas versus preceptos y sanciones positivas o estímulos | 44 |
| 5. La política criminal como homeostasis equilibradora entre el sistema individual y el social | 50 |
| 5.1. Justicia tradicional e impunidad versus formas alternativas de solución de conflictos | 51 |
| 5.2. Justicia tradicional y formal versus potenciación de la justicia material | 53 |
| 6. Comentarios a las propuestas de reforma de la Fiscalía General de la Nación. Propuestas normativas que mejoren el instituto | 57 |
| 6.1. Causales sustanciales del principio de oportunidad | 62 |
| 6.2. Causales procesales del principio de oportunidad | 68 |
| CONCLUSIONES | 68 |

| | |
|--|-----|
| INSTITUCIONES PROCESALES PENALES CONSENSUALES | |
| La oportunidad como principio complementario del proceso penal | 71 |
| INTRODUCCIÓN | 73 |
| A. UBICACIÓN EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO | 77 |
| B. CONTEXTO SISTEMÁTICO-PROCESAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD | 87 |
| C. SU CARÁCTER DE “PRINCIPIO” Y SU UBICACIÓN EN LA TRAMA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES | 99 |
| D. MODELOS CONCEPTUALES ESPECÍFICOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD | 107 |
| 1. Sistema “abierto” del principio de oportunidad | 107 |
| 2. Sistema “cerrado” del principio de oportunidad | 110 |
| E. CRÍTICAS Y SOPORTES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA POLÍTICO-JURÍDICO | 113 |
| 1. Críticas desde el punto de vista político-jurídico | 113 |
| 2. Soportes político-jurídicos del principio de oportunidad | 114 |
| F. SOPORTES EMPÍRICOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD | 119 |
| G. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN PERSPECTIVA COMPARADA | 123 |
| 1. Recapitulación | 129 |
| H. DEL CONCEPTO “INTENSIVO” DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. LA “EXTENSIVIDAD” COMO CRITERIO DE MENOR IMPORTANCIA | 131 |
| 1. Concepto “sustancial riguroso o amplio” del principio de oportunidad | 131 |
| 2. Concepto “instrumental riguroso o amplio” del principio de oportunidad | 132 |
| 2.1. Desde el punto de vista procesal | 132 |
| 2.2. Desde el punto de vista probatorio | 133 |
| 2.3. El criterio de Ruiz Vadillo | 134 |
| I. FIGURAS “SEMEJANTES EN CONSECUENCIAS” QUE NO ALCANZAN A SER ABARCADAS POR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD | 135 |
| J. FIGURAS “APARENTEMENTE SEMEJANTES” NO CONSTITUTIVAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD | 137 |
| 1. Con alcance amplio | 137 |
| 2. Con alcance restringido | 138 |

| | |
|--|-----|
| K. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA | 141 |
| 1. El artículo 143 de la Constitución Política de 1886 | 141 |
| 2. Reforma Constitucional de 1978 | 142 |
| 3. El <i>impeachment</i> | 142 |
| 4. Terminación abreviada del proceso por sentencia anticipada o audiencia especial. Semejanzas y diferencias | 143 |
| 4.1. En cuanto a la filosofía general que las informa | 146 |
| 4.2. En cuanto a la filosofía particular que las informa | 148 |
| 4.3. Capacidad de culpabilidad del procesado | 148 |
| 4.4. En cuanto al procedimiento | 149 |
| 4.4.1. Oportunidad | 149 |
| 4.1.2. Iniciativa | 149 |
| 4.1.3. Procedencia | 149 |
| 4.1.4. Actitud del fiscal ante la solicitud | 150 |
| 4.1.5. Cuadernos en que se tramitan | 150 |
| 4.1.6. Intervinientes en la audiencia | 151 |
| 4.1.7. Contenido de las actas | 151 |
| 4.1.8. Actuación del juez | 152 |
| 5. El tratamiento del anónimo | 156 |
| 6. El estatuto de Roma | 157 |
| L. EL CAMINO HACIA LA ESTRUCTURACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD | 159 |
| I. Su conceptualización | 162 |
| I.1. En la formación de la norma | 164 |
| I.1.1. Comisión Constitucional Redactora | 164 |
| I.1.1.1. Desde el punto de vista sustancial | 164 |
| I.1.1.2. Desde el punto de vista procesal | 180 |
| I.2. La consagración legal | 184 |
| I.2.1. El proyecto de Ley del Código de Procedimiento Penal | 184 |
| I.2.2. Las variaciones en el trámite legislativo | 188 |
| M. TAXONOMÍA DE CAUSALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 906 DE 2004 | 199 |
| I. Causales sustanciales | 199 |
| I.1. Causales referidas a la consideración de un menor injusto | 200 |
| I.1.1. Antijuridicidad reducida | 200 |
| I.1.2. Mínima afectación del bien jurídico funcional | 203 |
| I.2. Causales referidas a una menor culpabilidad | 206 |
| I.2.1. Insignificancia en delitos culposos | 206 |
| I.2.2. Exceso en causales de justificación | 207 |
| I.2.3. Culpabilidad disminuida | 207 |
| I.3. Causales referidas exclusivamente a la necesidad de pena | 208 |
| I.3.1. Penal natural | 208 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 1.3.2. | Cuando la pena puede causar problemas sociales | 209 |
| 2. | Causales procesales | 212 |
| 2.1. | Causales que tienen que ver con intereses superiores a la justicia interna fundados en las <i>relaciones internacionales</i> , pero en las que se introducen correctivos en el marco de la justicia material | 214 |
| 2.2. | Causales en las que se constata que con la <i>reparación integral</i> se han cumplido los fines de verdad, justicia y reparación y decaiga el interés en actualizar las necesidades preventivas de la pena | 215 |
| 2.2.1. | Reparación en delitos de menor entidad | 215 |
| 2.2.2. | Justicia restaurativa en delitos de mediana intensidad | 216 |
| 2.2.3. | La reparación en casos de lesión menor a bienes jurídicos colectivos | 219 |
| 2.2.4. | Causales fundadas en un interés superior de la justicia interna en los eventos de delitos de difícil investigación o para hacer cesar los efectos antijurídicos permanentes de la conducta o conductas en el marco de la delincuencia organizada | 220 |
| 2.2.5. | Causales en las que se impone a la realización de la justicia interna un interés superior del Estado | 224 |
| N. | EL DEBIDO PROCESO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD | 227 |
| 1. | El tiempo procesal de su aplicación | 227 |
| 2. | Legitimidad para dar inicio a su aplicación | 230 |
| 3. | Los controles a su ejercicio | 234 |
| 3.1. | Controles a partir del señalamiento de causales | 238 |
| 3.2. | Controles a partir del señalamiento de derroteros por parte de la autoridad encargada de formular la política criminal del Estado | 241 |
| 3.3. | Controles a partir de la regulación que efectúa el Fiscal General de la Nación | 247 |
| 3.4. | Controles a partir de la intervención de la autoridad judicial competente en su aplicación | 248 |
| 3.5. | Controles por vía de principios aplicables por los organismos judiciales a cargo de tal labor según la ley | 250 |
| 3.5.1. | No es un mecanismo de descongestión | 251 |
| 3.5.2. | Debe buscar la prevalencia del derecho sustancial | 256 |
| 3.5.3. | Deben atenderse los derechos del procesado | 256 |
| 3.5.4. | Se deben considerar los intereses de la víctima | 263 |
| 3.5.5. | Opera el principio de lealtad y buena fe | 265 |
| 4. | Interrupción, suspensión y renuncia a la acción penal | 265 |

| | |
|--|-----|
| O. OTRAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA | 271 |
| 1. El principio de oportunidad en el Código de la Infancia y la Adolescencia | 271 |
| 2. El principio de oportunidad en el Decreto 4760/05 | 273 |
| P. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LOS INIMPUTABLES | 275 |
| 1. Causales sustanciales | 276 |
| 2. Causales procesales | 276 |
| 3. Obligaciones imponibles | 277 |
| Q. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL | 279 |
| R. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 1826 DE 2017 | 287 |
| DOCUMENTOS DE INTERÉS | 289 |
| REFERENCIAS | 305 |

PRESENTACIÓN A LA TERCERA Y CUARTA EDICIONES

La actualización de la tercera y cuarta ediciones estuvo a cargo de Carlos Guzmán Díaz. También, la recientemente publicada edición de *La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia* estuvo a cargo de mi discípulo, que viene continuando la puesta al día de mis trabajos sobre derecho procesal penal.

En esta edición se incluyen nueva bibliografía, jurisprudencia y los comentarios a la actual reforma al principio de oportunidad que cursa en el Congreso de la República, presentado por la Fiscalía General de la Nación.

Se incluye un estudio introductorio destinado a la discusión filosófico-jurídica.

Sobre quien me acompaña en la autoría, solo puedo decir que reitero lo que de él dije en el precitado *La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia*: a esta presentación sumo las palabras allí consignadas.

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Después de un año de publicarse la primera edición en la Casa de Estudio de la Procuraduría General de la Nación –institución en la cual me desempeñé como Viceprocurador General–, cuyo tiraje iba dirigido a los usuarios de la misma y dentro de los planes de capacitación y divulgación del Instituto de Estudios del Ministerio Público, nuestra universidad interna, presentamos al público en general como profesores, investigadores, estudiantes, servidores públicos y litigantes, esta segunda edición aumentada y actualizada.

Mantiene la estructura general ya utilizada en la primera edición, sin cambios estructurales en su composición, pero ahora introduciendo y comentando lo sucedido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, entre los meses que separan su primera presentación al público y esta nueva edición.

La Corte Constitucional mantiene, aparentemente, su visión expuesta en la edición anterior en torno a que el principio de oportunidad de aplicación excepcional y las causales deben ser definidas de manera expresa, clara, inequívoca y delimitada por el legislador. Decimos “aparentemente” por cuanto creemos que ello solo es posible afirmarlo en un plano meramente formal, puesto que, como se puede constatar de la lectura de las últimas sentencias citadas, lo cierto es que la jurisprudencia hace un enorme esfuerzo por aceptar la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados por el legislador, pero determinables por el juez.

Paradigmático de ello son las sentencias C-988 de 2006 y C-095 de 2007, especialmente lo tratado en esta última, en la que se puede percibir que, así no lo reconozca expresamente la rectora de la jurisprudencia constitucional, tiende cada vez más a admitir un mayor poder de reconocimiento a fiscales y jueces en la operatividad del principio de oportunidad; esto es, a reconocer un mayor poder de discrecionalidad que se aparta cada vez más del mero proceso de subsunción de hechos en normas, forma de proceder propia del positivismo jurídico decimonónico y técnica de aplicación de la ley absolutamente incompatible con los desarrollos del principio de oportunidad.

Para constatar lo anterior, basta leer los salvamentos de voto de los magistrados Vargas Hernández y Sierra Porto, los cuales siguen los derroteros jurisprudenciales expuestos cuando se juzgó la constitucionalidad del numeral 16 del artículo 324 del C. de P. P., lo que significa, sin hesitación alguna, que la jurisprudencia constitucional última es más tolerante en el entendimiento del problema, pues si no fuera así, como lo advertimos en la

primera edición, la inmensa mayoría de causales de aplicación del principio de oportunidad tendrían que ser declaradas contrarias a la Carta Política (así Sánchez Herrera, 2007, p. 75).

Es más, al tenor de lo afirmado y dejando de lado las manifestaciones expresas de la Corte, creemos que los criterios materiales avanzan mucho más allá en el tratamiento del tema, que la utilización de ejemplos y eventos de aplicación del principio de oportunidad dan cuenta, o al menos dan pábulo, para entender la posibilidad de aplicación de causales supralegales del principio de oportunidad. Esto será particularmente abordado en una nueva edición.

Significa lo anterior que en muy poco tiempo se está produciendo una revisión de los criterios cerrados y rigurosos, a partir de los cuales los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional fijaron el sentido de tan importante instituto, por lo que el cabal entendimiento del principio de oportunidad como algo no excepcional y cuyo espíritu dinámico se cifra en la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados por el legislador, pero determinables por el funcionario judicial, se abren camino.

Sin duda alguna, hacia allá tendrá que reconducirse la jurisprudencia cuando se apreste a enjuiciar la constitucionalidad del principio de oportunidad consagrado por el nuevo *Código de la infancia y la adolescencia*, cuyo manejo y contenido, a partir de la normatividad internacional y de los claros mandatos constitucionales de aplicación directa e inmediata, reconoce unos poderes al funcionario judicial que no tienen parangón y antecedentes en nuestra cultura jurídica.

Ya doctrinalmente hemos ensayado una aproximación a la revolución normativa que comporta la puesta en vigencia de tan importante legislación, vertida en nuestro trabajo que lleva por título, en contraste con el que nos ocupa aquí, *La oportunidad como principio fundante del Proceso Penal de la Adolescencia*, recientemente publicado por esta misma casa editorial.

El Autor

PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN

Ha sido tradicional de nuestra casa editorial publicar estudios de diferentes temas, agrupándolos en colecciones, toda vez que ello muestra la orientación que desde el Instituto de Estudios del Ministerio Público le queremos imprimir a nuestros trabajos.

La Procuraduría General de la Nación, sus servidores y colaboradores externos aportan a la discusión jurídica del país y al derecho comparado importantes estudios, los cuales, cuando se trata de investigaciones jurídicas de relativa extensión en el ámbito personal, hemos decidido publicar en la Colección de Derecho Penal, siguiendo de alguna manera paralela la ya extensa serie de publicaciones bajo el nombre de Colección de Pensamiento Jurídico, más propicia a estudios monográficos y de poca extensión, en las que se expone, ante todo, opiniones jurídicas vinculadas con el derecho penal.

La primera publicación en esta nueva serie fue el libro *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, del insigne penalista alemán Claus Roxin, cuya traducción estuvo a cargo del doctor Óscar Julián Guerrero Peralta. El segundo libro de la serie, cuyos derechos editoriales fueron cedidos gentilmente por el Consejo Superior de la Judicatura, es el denominado *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, en el que se agrupan estudios de los reconocidos juristas y profesores Gerardo Barbosa Castillo, Óscar Julián Guerrero Peralta, José Urbano Martínez, Alejandro Aponte Cardona, Darío Bazzani Montoya y Rodrigo Uprimny Yepes sobre el recientemente implantado sistema acusatorio.

En esta oportunidad publicamos el trabajo *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, tercer volumen de la Colección Derecho Penal, cuyo autor es el doctor Carlos Gómez Pavajeau, Viceprocurador General de la Nación y profesor de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN
Procurador General de la Nación

ESTUDIO PRELIMINAR

*En defensa y promoción del principio de oportunidad**

El siglo XXI amaneció con vientos de cambio en el sistema procesal penal.

Sendas reformas constitucional –Acto Legislativo 02 de 2003– y legislativa –Ley 906 de 2004–, seguidas de múltiples modificaciones, han permitido afirmar que en Colombia rige un Sistema Procesal Penal Acusatorio, o al menos, si se quiere con mayor precisión, un sistema procesal regido por el “principio acusatorio” o mixto con tendencia acusatoria.

En el espíritu de los sistemas procesales de corte acusatorio se encuentra el principio dispositivo, según el cual, en manos de quien ejerce los atributos de accionar procesalmente se encuentra el poder de decidir seguir o no adelante con la acción penal, con fuerte influjo de criterios político-criminales, anclados en una visión sopesada en la conveniencia y oportunidad.

La regla general en los sistemas de corte acusatorio estriba en que la forma normal de terminar los procesos descansa bien en decisiones previas que archivan o suspenden los trámites procesales por anticipado o a través de mecanismos que concluyen con sentencia condenatoria, pero a través de procesos abreviados que *per saltum* eliminan etapas procesales intermedias y aun básicas.

Poder de disposición de la acción y principio de oportunidad, van de la mano. No obstante, se dirá con mayor precisión, existe un principio de oportunidad en sentido amplio –*todos los mecanismos que ralentizan la legalidad estricta y formal y el debido proceso en sentido literal*– y otro principio de oportunidad en sentido estricto.

El principio de oportunidad en sentido amplio se constituye en el motor de impulso y la fuente material de creación de la eficacia, eficiencia y efectividad, con miras a la celeridad de los sistemas procesales modernos.

El principio de oportunidad en sentido estricto coincide con la expresión que como tal utiliza nuestra Carta Política y la Ley 906 de 2004, esto es, un mecanismo de conveniencia y oportunidad centrado en razones político-criminales a través del cual, bien por razones procesales o sustanciales, se suspende el procedimiento a prueba durante un tiempo determinado, durante el cual el procesado debe cumplir con ciertas obligaciones, vencido el

* Publicado en *Balance crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio* (GÓMEZ PAVAJEAU, 2016a).

mismo –si ha cumplido cabalmente con ellas– se terminará el procedimiento y archivará la actuación o, en su defecto, se activará el proceso penal ordinario.

Cumple el principio de oportunidad en sentido estricto, en nuestro ordenamiento jurídico, el papel de válvula de escape-equilibrio para el buen funcionamiento del sistema procesal, pues se estima, con datos suficientemente conocidos y aceptados, que aquel que no descargue sus estadísticas en un mínimo de un 90 % de los casos que deben ser judicializados, esto es, llevados con acusación ante los jueces para el trámite del juicio oral, tiende a colapsarse.

En Colombia la aplicación del principio de oportunidad en sentido estricto no alcanza los niveles del 1 % –según reciente estudio (Borrero Ramírez, 2015a), la Corporación Excelencia en la Justicia la ha estimado en un 0,06 %–, lo que implica que, siendo el mecanismo alternativo de solución de conflictos más ambicioso del sistema, prácticamente no se utiliza y a ello sin duda debe atribuirse una de las causas por las cuales se estima colapsado o al borde del colapso el sistema procesal penal.

En el mismo estudio se dice que

varias son las posibles explicaciones que pueden darse, (i) la falta de una regulación clara sobre su aplicación; (ii) la complejidad técnica que requiere su uso para la interpretación de las causales aplicables definidas en la ley; (iii) los excesivos trámites al interior del ente acusador para su procedencia; (iv) la cultura legal vigente en los funcionarios de la Fiscalía, según la cual el éxito de la investigación es la sentencia condenatoria –únicamente y sin diferenciación del delito del que se trate–; y (v), la carencia de una política criminal clara que guíe su aplicación (Borrero Ramírez, 2015a, pp. 42-43).

Ya en otro documento se había señalado por la misma institución que

esta baja utilización tiene su origen en las limitaciones que incluye la Ley 906 de 2004 para la procedencia de la figura, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha reiterado su carácter excepcional; pero también en la inadecuada reglamentación al interior de la entidad, que obliga a que en la mayoría de los casos la decisión no pueda ser tomada por el fiscal al que se le asignó la noticia criminal, sino por un fiscal delegado ante el Tribunal, el Vicefiscal General o el Fiscal General de la Nación (Borrero Ramírez, 2015b, pp. 16-17).

Unas dificultades son de tipo administrativo y el Fiscal General de la Nación tiene las herramientas jurídicas necesarias para solventarlas. Otras provienen del diseño normativo y de su consideración como mecanismo excepcional.

Prejuicios y sofismas distractores conspiran contra el principio de oportunidad en sentido estricto—en adelante simplemente “principio de oportunidad”—, siendo deber de quienes se ocupan de estas disciplinas develar su existencia, en aras de concientizar a la opinión y a las consciencias jurídicas nacionales de los graves errores que se están cometiendo, los que impactan en forma negativa en el funcionamiento del sistema, estado de cosas que es urgente superar si se quiere que la justicia funcione apropiada y adecuadamente.

I. FALTA DE ARRAIGO VERSUS RAIGAMBRE HISTÓRICA

Se piensa que el principio de oportunidad ha caído en paracaídas en nuestro medio judicial, sin antecedentes institucionales y, sobre todo, sin fundamento histórico.

Todo lo contrario. Si bien de alguna manera lo anterior puede ser afirmado desde la perspectiva del sistema legal, no ocurre así en el campo constitucional, toda vez que en nuestras Cartas Políticas de 1886 y 1991, el espíritu del principio de oportunidad campea en instituciones de la más alta jerarquía.

I. I. EL CONCEPTO DE “TURBACIÓN DEL ORDEN SOCIAL” Y EL ARTÍCULO 143 DE LA CARTA POLÍTICA DE 1886

El artículo 143 de la Constitución Nacional de 1886, dentro del Título XIV del Ministerio Público, le otorgaba como función constitucional a sus “funcionarios” *“perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social”*.

Dos importantes, función y criterio constitucionales, se desprenden de dicho texto, muy a pesar de que, en su sentido genuino, su espíritu fue desconocido.

I. I. I. FUNCIÓN DE PERSECUCIÓN DE ILÍCITOS PENALES

Del texto transcrito se desprende de manera clara que el Ministerio Público tenía funciones de persecución penal, esto es, de investigar ilícitos penales, procesar a sus autores y partícipes y acusar ante los jueces competentes a los infractores de la ley penal y contravencional en todos los órdenes y niveles.

Tal función, entre otras, decía el artículo 142, será ejercida “bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás funcionarios que designe la ley”.

Esto es, de forma análoga a como se distribuyen las funciones judiciales, de manera correlativa cumplía sus funciones de persecución penal el Ministerio Público, que operaba como órgano formalmente independiente de los jueces, aun cuando también del ejecutivo, pero bajo su suprema dirección.

Se confirma lo anterior si se estudia la segunda función encomendada al Procurador General de la Nación por el artículo 145, en el que se lee que le corresponde: “Acusar ante la Corte Suprema a los funcionarios cuyo juzgamiento corresponda a esta Corporación”. Pero también ante los demás jueces, toda vez que la función tercera consistía en que debía “cuidar de que los demás funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su encargo”, pues en efecto, el artículo 151 establecía los fueros a cargo de la alta corporación y el artículo 153 señalaba que “para facilitar a los pueblos la pronta administración de justicia, se dividirá el territorio nacional en Distritos Judiciales, y en cada Distrito habrá un Tribunal Superior, cuya composición y atribuciones determinará la ley”, al igual que sucedía con los juzgados inferiores, rezaba su artículo 156.

Los funcionarios del Ministerio Público asociados con la administración de justicia tomaban el nombre de “Fiscales”, lo que evoca la función de persecución y acusación en el proceso penal, esto es, de la parte requirente que acciona ante los jueces de la República, lo que queda sugerido con la expresión final del artículo 142, según la cual “La Cámara de Representantes ejerce determinadas funciones fiscales”. Se confirma lo anterior con las atribuciones de juzgamiento penales y contravencionales diferidas al Senado y a la Cámara de Representantes por los artículos 97 y 102, numerales 4 y 5. Explícitamente no se consagra allí un sistema acusatorio penal, empero, de la letra de la ley y su interpretación armónica y sistemática, si es mucho más factible comprender que como mínimo allí se dispuso el “*principio acusatorio*” que implica clara y evidente división de roles procesales; lo que conocimos por mucho tiempo como sistema inquisitivo o mixto con tendencia inquisitiva.

1.1.2. LIMITAR DICHA PERSECUCIÓN

La función de persecución de ilícitos penales –delitos y contravenciones– no era ilimitada, meramente formalizada y dependía de criterios sustanciales como la “turbación del orden social”, esto es, la convivencia y paz ciudadana entendidas sustantivamente en términos de cantidad y cualidad.

Si el espíritu genuino de la Carta de 1886 daba pábulo para el entendimiento de un sistema procesal caracterizado por el “principio acusatorio” y el ejercicio de la acción penal tenía límites cuantitativos y cualitativos, surge evidente el principio de oportunidad, expresado en la discrecionalidad motivada de perseguir o acusar en aquellos eventos que tuvieran relevancia social.

1.2. EL IMPEACHMENT EN LAS CONSTITUCIONES DE 1886 Y 1991

Ya se evidenció que los artículos 97 y 102 de la Constitución de 1886 asignaban las funciones de persecución, acusación penal, juzgamiento y emisión de sentencia a la Cámara de Representantes y el Senado –respectivamente– cuando de aforados penales se trataba, siendo las primeras presupuestos procesales de la tercera y cuarta, sin las cuales resultaría un imposible jurídico activarlas.

Esa separación es absoluta. No aparece ninguna norma que autorice en el Título x sobre “Disposiciones comunes a ambas Cámaras y a los miembros de ellas” para abordar los temas penales de manera conjunta. La regla es la sucesividad y sin excepción se niega el paralelismo en su funcionamiento dicotómico.

Tal tradición, en términos generales, se conservó en las normas originales de la Carta Política de 1991. La función dicotómica en cabeza de cada Cámara se mantiene (artículos 141 y 142 y solo en casos excepcionales para funciones administrativas, electorales y legislativas sesionan conjuntamente) y cada una de ellas ejerce independiente y autónomamente funciones de persecución penal y acusación –Cámara de Representantes (artículo 178 numerales 3, 4 y 5)– y juzgamiento y dictación de sentencia –Senado (artículos 174 y 175)–, con lo que emerge con claridad meridiana el “principio acusatorio” fundado en criterios de requisición por parte de la primera ante la segunda.

En fin, sin más ni más, de manera diamantina se concreta la idea según la cual “*sin acusación no hay juez*”. Pero, complementariamente, la jurisprudencia

de la Corte Constitucional ha aclarado que si bien las funciones de una y otra cámara son judiciales (sentencias C-222 de 1996 y C-245 de 1996), los criterios utilizados para el ejercicio de sus funciones se anclan en facultades discrecionales –“conveniencia y oportunidad”– guiados por la política (sentencia SU-047 de 1999), ancladas en lo dispuesto en el artículo 185 de la Carta Política de 1991, según el cual “los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo”.

Un primer prejuicio queda desmitificado. El principio de oportunidad se funda en serios, significativos e importantes antecedentes constitucionales. Hace parte de nuestras más caras tradiciones de la justicia con raigambre constitucional.

2. EXCEPCIONALIDAD VERSUS PRINCIPIOS

Se ha venido sosteniendo, acriticamente y sin reparar siquiera en lo gramatical-literal, que el principio de oportunidad es una excepción, lo cual solo lo encontramos en la letra de la ley (artículo 322 de la Ley 906 de 2004), pero no en la de la Carta Política (artículo 250 inciso 1).

La expresión utilizada por el constituyente es la de “salvo”, no la de “excepción”. El legislador tiene el poder configurador para desarrollar el principio de oportunidad, sin que esté determinado por la idea de excepcionalidad.

Los principios se caracterizan por cuanto tienen carácter de normas abiertas, en las cuales no se enumeran “exhaustivamente los hechos en presencia de los cuales se produce la consecuencia jurídica correspondiente”, caso contrario a las normas reglas o de detalle, en las cuales sí se enumeran “exhaustivamente los hechos en presencia de los cuales se produce la consecuencia jurídica que ella misma dispone”. Así las cosas, los principios generan normas abiertas, en las que las situaciones y relaciones reguladas son meramente ejemplificativas, mientras que las reglas son normas cerradas, su enumeración es taxativa (Guastini, 2014a, p. 187).

La interpretación constitucional del principio de oportunidad no puede reducirse a simplismos absurdos o a reduccionismos gramaticales. Hay que buscar en la esencia de la Carta Política, sin que sea válido, sin más ni más, enfrentar legalidad con principio de oportunidad. Las normas constitucionales no se repelen ni se contradicen y es deber de la correcta hermenéutica

interpretarlas, armonizarlas y sistematizarlas: “El juez se limita a valorar la *justicia* de las consecuencias de la aplicación de uno u otro principio en el caso concreto”, pues no existen jerarquías fijas y permanentes entre ellos (Guastini, 2010, pp. 228 y ss.; Guastini, 2014b, pp. 112 y ss.).

Los principios, especialmente cuando son constitucionales y por ende positivizados, son ideas maduradas por la conciencia jurídica en tanto que “normas particularmente importantes” que proclaman un valor y prescriben el perseguimiento de objetivos en forma categórica, cuya característica de comprensión es abierta, sin supuestos de hecho o muy limitadamente presentes. Son normas genéricas y ello hace que sea “susceptible de ser aplicada de modos diversos”, con expresión clara en la interpretación y aplicación del derecho; las interferencias o superposiciones que se presenten entre principios deben ser sometidas a “operaciones de balanceo, armonización, especificación y concretización de los principios relevantes” (Pino, 2014, pp. 105 y ss., particularmente p. 147).

Afirmar que el principio de oportunidad es una excepción constituye en una verdadera aberración lógica, una verdadera *contridictio in adjecto*, pues lo que tiene alcances generales no puede ser particular sin violar los principios de identidad y no contradicción. Significaría, no solo que lo anule otro principio, sino que se auto anule por oscuro e incomprensible, haciéndose inaplicable (lo que abriría el camino a las decisiones en equidad, según el artículo 5 de la Ley 153 de 1887).

Algunas pautas nos servirán para entroncar dicha interpretación, adecuada y apropiadamente, a los tiempos modernos:

2.1. GRAMATICALIDAD Y LÓGICA FORMAL COMO CRITERIOS EXCLUSIVOS Y EXCLUYENTES. SU SUPERACIÓN

Se afirma que “el Estado de Derecho liberal burgués se caracterizó, por un lado, por un conjunto de normas emanadas por el legislador (claras y autoevidentes, sin espacio para la interpretación) y, por otro lado, por un modelo de juez libre de condicionamientos y sometido a la ley”, un intérprete que “estaba separado en el tiempo en su dimensión histórica” (Magaldi, 2007, p. 107).

Las palabras de la ley y su sentido literal-gramatical son el ámbito del juez “boca de la ley”, aquel homúnculo ideal creado en el Estado liberal para

rendir culto a la separación absoluta y dogmática de los poderes públicos, en la que el legislativo, ejecutivo y judicial no podían injerirse entre sí¹. “El juez recibe la ley de manos del legislador y debe aplicarla en cualquier caso, la considere buena, regular o mala” (véase Oderigo, 1959, p. 13), moderna forma de recrear el duro refranero romano según el cual, “*dura lex, sed lex*” y “*dura lex, sed servanda*” (véase Mans Puigarnau, 1979, p. 283).

Para el más crudo positivismo jurídico, “todo conocimiento científico implica una *tipología* o, en términos más genéricos, una *categorización*”; se demanda en él todo un desarrollo de “esquemas ideales o de *modelos*” representativos de la realidad, los cuales forman estructuras y clasificaciones, en las que se prefigura normativamente la conducta lícita o ilícita (Reale, 1979, pp. 63-64). El juez subsume los aspectos fácticos –supuestos de hecho– en lo jurídico, en cuya parte preceptiva, a través de fórmulas jurídicas se atrapan las diferentes y multiformadas relaciones y situaciones sociales, verdadera máquina silogística que activa la sanción y cumple impecablemente con la lógica de la premisa mayor, premisa menor y síntesis.

Bulygin (2006) señala, con referencia a la historia del tema, que “las soluciones para los casos que los jueces deben resolver deben ser inferidas lógicamente a partir de las normas generales y las circunstancias del caso (*teoría del silogismo judicial*)”. La función del juez es “aplicar el derecho sin modificarlo”, toda vez que “las normas generales resuelven *casos genéricos*, pero los jueces deben resolver *casos individuales*”, subsumiendo este en aquel “para luego aplicar al caso individual la solución prevista en la norma general para el caso genérico correspondiente” (Bulygin, 2006, pp. 64-65).

Bachof (1985) de manera contundente señala que

fue casi un credo jurídico que el juez debe limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos y que debe abstenerse de propias decisiones arbitrarias; que está vinculado solamente al poder secular de la justicia reflejado en la ley, sin tener que representar ni practicar un poder social propio.

Lo anterior conllevó a la equiparación entre ley y derecho (Bachof, 1985, pp. 23 y 49).

1 Para la influencia del dogma de la separación de poderes en la constitución del positivismo jurídico véase BULYGIN (2006, pp. 63-64); también GUASTINI (2014b, pp. 461 y ss.).

Los críticos de esta forma de positivismo se refieren a expresiones peyorativas como “codicismo” o “fetichismo legislativo”, para dar cuenta de la llamada “teoría de la interpretación mecánica de la ley” (Bobbio, 1994, p. 64).

Ese modelo de certeza, valor fundamental del positivismo jurídico, ingenuamente se pensó que conduciría al derecho al estatus de ciencia, lo cual se cuestionaba de manera urticante en la primera mitad del siglo XIX. De allí surgió el pretendido dilema “entre certeza y funcionalidad del derecho” (Wróblewski, 2001, p. 52).

La lógica formal impone peculiares formas de proceder en la interpretación de las normas legales, da cuenta de “la inferencia de *consecuencias lógicas* de reglas generales y abstractas, siempre que se utilice una *lógica apropiada*, no constituye ninguna *creación de reglas*”, esto es, “pertenecen al sistema legal las reglas que o son promulgadas por el legislador, o son sus consecuencias lógicas o consecuencias interpretativas” (Wróblewski, 2001, pp. 82-83). En palabras de Peña Ayazo (1996),

se ocupa de la relación de *consecuencia* entre enunciados; de los principios respecto de los cuales a un enunciado *se sigue* válidamente otro u otros llamados premisas; en tal sentido, una regla lógica de inferencia constituye “una prescripción que autoriza al que razona a derivar nuevas proposiciones a partir de otras ya admitidas (p. 91).

Esto es, de “normas formuladas se obtienen posteriores normas no formuladas” a través de procedimientos lógicos², lo que así se entiende desde perspectivas orientadas a la aplicación del derecho a partir de una justificación práctica (véase Comanducci, 2007, pp. 94 y 96).

A ello se le ha llamado “directivas sistémicas de la interpretación legal”, según las cuales: i) “No se debería atribuir a una regla legal un significado de tal manera que esta regla fuera contradictoria con otras reglas pertenecientes al sistema”; ii) “No se debería atribuir a una regla legal un significado de tal manera que fuera incoherente con otras reglas legales pertenecientes al sistema”; y, iii) “A una regla legal se le debería atribuir un significado que le hiciera lo más coherente posible con otras reglas legales pertenecientes al sistema”. Con el tiempo mejora la interpretación y se va más allá de la

² Véase MORENO CRUZ en la presentación del libro de GUASTINI (2010, p. 11). Esto es, “las normas derivadas son consecuencias lógicas de otras normas formuladas en el sistema”, toda vez que “la forma lógica de los enunciados jurídicos permanece oculta por su estructura gramatical superficial”; MORESO, NAVARRO & REDONDO (2002, p. 142 y 162).

simple lógica formal, atendiendo a criterios fundados en el derecho, como iv) “A una regla legal no se le debería atribuir un significado de manera que esta regla fuera inconsistente (o incoherente) con un principio válido del derecho”; y, v) “A una regla legal se le debería atribuir un significado de modo que la regla fuera lo más coherente posible con un principio válido del derecho” (Wróblewski, 2001, pp. 48-49).

Los enunciados i), ii) y iii) eran la fórmula básica a través de la cual se desenvolvía la materia jurídica en el ámbito del positivismo jurídico de antaño, la ley como pivote central del material jurídico, época en la cual la premisa básica de su desarrollo se hacía a través del establecimiento de las instituciones teniendo como punto de partida la coherencia lógico-formal entre las proposiciones.

Garantizado lo anterior, el juez administraba justicia a partir de la subsunción de hechos en dichos moldes jurídicos y, cuando los mismos eran incoherentes y contradictorios, se permitía al juez ir más allá de la gramática y literalidad de la ley, pero todavía encorsetado en la lógica formal.

Se expresa que

la tendencia de los juristas al formalismo surge, pues, de la naturaleza misma y de las funciones del derecho en la sociedad. Considerar justo a aquello que es conforme a la ley, significa emitir un juicio positivo con prescindencia de cualquier otra consideración moral, sobre un orden estable de la sociedad que reposa en la certeza más que en la equidad (Bobbio, 1994, p. 33).

Por ello, dice Bachof (1985), “la ley, en otro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes” (p. 48).

La labor del juez era meramente subsuncionista y como tal era la “boca de la ley”. Empero, gradualmente –para ello los enunciados iv) y v) antes citados– se ha venido reconociendo un mayor poder del juez en el ámbito de la administración de justicia, lo cual viene caracterizado principalmente por el reconocimiento de una nueva forma de ver el derecho, cuya esencia no coincide con la ley, sino que está dada por la puesta en contacto de los principios, valores y haberes constitucionales con la norma y la realidad social subyacente al juzgamiento.

Lo anterior implica dejar atrás aquellas épocas donde el juez era considerado como una mera “máquina de silogismos”, para abrirse campo –a partir del reconocimiento de que el juez debe atender a la ley, pero antes que ello