

**APLICACIÓN EXCEPCIONAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN
CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN COLOMBIA**

Trabajo de Grado



Presentado por:

Alberto Acevedo Quintero

Mauricio Millán Garzón

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Procesal Penal

Bogotá

2015

APLICACIÓN EXCEPCIONAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN CRÍMENES
DE LESA HUMANIDAD EN COLOMBIA



Presentado por:

Alberto Acevedo Quintero
Mauricio Millán Garzón

Dirigido por:

Dr. LEONEL MAURICIO PEÑA SOLANO

Universidad Militar Nueva Granada
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Procesal Penal
Bogotá
2015

Concepto del Asesor Temático

Calificación: _____

Tema: _____

Título: _____

Estudiantes: _____

Nombre del Jurado: _____

Calificación: _____

Tabla de contenido

Resumen.....	5
Abstract.....	7
1. Justificación	9
2. Introducción	10
3. Objetivos.....	11
3.1 Objetivo general	11
3.2 Objetivos específicos.....	11
4. Estado del arte.....	12
5. Marco de referencia	20
5.1 Crímenes de lesa humanidad.....	23
5.2 Imprescriptibilidad	36
5.3 Principio de legalidad.....	45
5.4 Principio de oportunidad	56
5.5 Política criminal	86
5.6 Cosa juzgada constitucional	98
5.7 Excepción de inconstitucionalidad.....	103
5.8 Derecho penal en clave constitucional	106
6. Conclusiones / recomendaciones	124
7. Referencias.....	130
7.1 Referencias legislativas.	138

Aplicación excepcional del principio de oportunidad en crímenes de lesa humanidad en Colombia

Resumen

El presente documento expone, en su inicio, las posturas de varios doctrinantes sobre el concepto, el uso y la finalidad del principio de oportunidad incorporado en Colombia mediante el Acto Legislativo 03 de 2002.

Posterior a ello, para establecer si la prohibición para la aplicación del principio de oportunidad en crímenes de lesa humanidad vulnera o no los derechos de las víctimas, se aborda sucintamente la noción, los elementos, la evolución, la incidencia y la conexión que existe entre los citados crímenes, la imprescriptibilidad, el principio de legalidad (retroactividad y flexibilidad), el principio de oportunidad, la política criminal, la cosa juzgada constitucional y la excepción de inconstitucionalidad.

En el análisis del derecho penal en clave constitucional, los conceptos anteriores permiten confrontar un supuesto de hecho con la cláusula de Estado social, democrático, constitucional y de derecho. Esto permite colegir que hay casos particulares, excepcionales, en los que la mentada prohibición afecta negativamente las obligaciones internacionales del Estado, pues –paradójicamente– termina vulnerando aquellos derechos que pretende proteger.

Para esos casos particulares, el principio de oportunidad otorgado bajo inmunidad parcial aparece como herramienta racional y razonable para cumplir con los fines y las obligaciones internacionales para la protección de todas las víctimas implicadas, así como

para el desmantelamiento de organizaciones criminales, cuando deja de aplicar la aludida prohibición por la vía de la excepción de inconstitucionalidad.

Palabras clave: dignidad, principio de oportunidad, verdad, justicia, política criminal, derechos de las víctimas, crímenes de lesa humanidad.

Exceptional application of the principle of opportunity in crimes against humanity in Colombia

Abstract

This document presents, initially, the positions of several indoctrinators on the concept, the use and purpose of the principle of opportunity built in Colombia by the Legislative Act 03 2002.

Following this, in order to establish whether the prohibition to apply the principle of opportunity in crimes against humanity violates the victims' rights, we briefly address the concept, the elements, the evolution, the impact, and the connection between these crimes, the imprescriptibility, the rule of law (retroactivity and flexibility), the principle of opportunity, crime policy, unconstitutional claim preclusion, and exception of unconstitutionality.

In the analysis of constitutional code criminal law, the concepts above allow to confront an assumption made with the social, democratic, constitutional and legal State clause. This allows to conclude that there are particular and exceptional, cases where the mentioned ban adversely affects the State's international obligations, because paradoxically it ends up violating those rights that it pretends to protect.

For these particular cases, the principle of opportunity granted under partial immunity appears as a rational and reasonable instrument to fulfill the international purposes and obligations to protect all victims involved, as well as to dismantle criminal organizations, when it derogates the prohibition by way of exception of unconstitutionality.

Key Words: dignity, principle of opportunity, truth, justice, criminal policy, victim's rights, crimes against humanity.

1. Justificación

En ocasiones, a pesar de los avances tecnológicos y del incremento de los recursos económicos y humanos, el Estado es incapaz de cumplir de manera pronta, eficaz y eficiente con las obligaciones internacionales y con la administración de justicia en materia de derechos humanos; en particular, con lo que respecta a los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición que les han reconocido a las víctimas, en especial aquellas que han sido objeto de crímenes de lesa humanidad. Por lo tanto, cuando se prohíbe la aplicación de herramientas jurídicas que contribuyen de manera racional y razonable a superar dichos problemas, no solo se mantiene en el tiempo la impunidad, prolongando innecesariamente el sufrimiento de las víctimas, sino que también se mantiene latente la amenaza a los derechos de futuras víctimas.

De esta forma, el problema a estudiar en el presente trabajo es identificar si los derechos de las víctimas de crímenes de lesa humanidad están siendo garantizados o vulnerados con la prohibición de aplicar el principio de oportunidad en tales crímenes. Así mismo, se busca confirmar si con dicha identificación se puede lograr la desarticulación de organizaciones ilícitas como generadoras de los crímenes de lesa humanidad, y la reducción de las potenciales víctimas de tales conductas, con lo cual se cumplirá en mayor grado con los fines esenciales que le fueron encomendados al Estado colombiano.

De igual manera, ayudará a resolver problemas prácticos en las investigaciones adelantadas por cualquier unidad investigativa que enfrente el limitante de que los investigados o acusados, a pesar de reunir las calidades de testigos de cargo, son renuentes a comprometerse a testificar contra otros procesados o a brindar información para la desarticulación de las empresas criminales que venían integrando. Esto es así porque el

costo de colaboración con la administración de justicia no se compadece con el riesgo asumido, ya que si no guardan silencio, incluso sus familias se convierten en víctimas de los miembros activos de esa misma empresa criminal, y por lo tanto, asumen actitudes que entorpecen el normal desarrollo de los procesos investigativos.

Finalmente, a través de una investigación de metodología cualitativa hermenéutica, se recontextualiza lo que motivó la implementación de la prohibición para la aplicación del principio de oportunidad en los crímenes de lesa humanidad y la actual posición jurisprudencial. Este documento sirve para apoyar la política criminal que pretende implementar la Fiscalía General de la Nación al priorizar casos que, analizados en contexto, presentan patrones similares. Esto último se debe a que en algunos casos se puede identificar el *iter criminis*, el sujeto activo y las víctimas de tales crímenes, lo que permite:

- 1) analizar el costo-beneficio no solo para los directamente implicados, sino también para la sociedad en general; y
- 2) establecer acciones jurídicas para enfrentar a las organizaciones criminales transnacionales.

2. Introducción

En el presente trabajo, se aborda el principio de oportunidad entendido como la facultad otorgada constitucionalmente a la Fiscalía General de la Nación, por razones de política criminal, de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, frente a la prohibición impuesta por el legislador para su aplicación cuando se trata de hechos delictivos que por su impacto y modalidad son considerados de lesa humanidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, a partir de la consulta de las diferentes normatividades existentes sobre la materia, con apoyo tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, se

caracteriza el motivo por el cual el legislador decidió implementar dicha restricción, para luego mostrar que a través de la excepción de inconstitucionalidad es viable dar aplicación a la mentada figura en casos donde el investigado o acusado se comprometa a servir como testigo de cargo contra los demás procesados bajo la figura de la inmunidad parcial, a pesar del impedimento aludido.

El presente documento nos invita a evaluar cómo se viene aplicando el principio de oportunidad, en especial frente a lo normado en los numerales 4 y 5 del artículo 324 del CPP¹, y con ello a reflexionar sobre el alcance dado por la Corte Constitucional y la rama legislativa al expedir la norma limitando en parte la esencia del sistema acusatorio y la búsqueda de la verdad y la justicia.

3. Objetivos

3.1 Objetivo general.

Determinar si ocasionalmente los derechos de las víctimas son vulnerados al prohibirse la aplicación del principio de oportunidad en crímenes de lesa humanidad.

3.2 Objetivos específicos.

¹ Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose o que se ejecuten otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada; cuando se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

- Identificar los elementos de las conductas que son consideradas como crímenes de lesa humanidad, cuyo núcleo esencial es la dignidad humana.
- Analizar los fundamentos que originan la prohibición de aplicar el principio de oportunidad en crímenes de lesa humanidad previsto en el parágrafo 3 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.
- Establecer si a partir de los pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional se puede afirmar que hay cosa juzgada constitucional absoluta sobre el principio de oportunidad y la prohibición de ser aplicada en crímenes de lesa humanidad.
- Contribuir con el debate académico que se origine en relación con la aplicación del principio de oportunidad por vía excepcional, como instrumento jurídico para reivindicar y garantizar los derechos de las víctimas.

4. Estado del arte

Mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, se incorporó constitucionalmente a nuestro ordenamiento el principio de oportunidad, reglamentado con la Ley 906 de 2004 y las normas que la modifican. Esta figura ha sido objeto de estudio de diferentes doctrinantes al considerarse como una excepción al principio de legalidad que durante décadas ha regido a la sociedad colombiana por estar estrechamente ligado al principio de la seguridad jurídica.

Al respecto, Perdomo (2005a) planteó que el principio de oportunidad se debe regir por las reglas de la proporcionalidad, para que sean ellas las que orienten la aplicación de dicho principio. Para esto, se habla de discrecionalidad jurídica con el fin de resolver el caso objeto de controversia. Por lo tanto, el autor indicó:

[...] legalidad y oportunidad son principios con el mismo rango; si bien el legislador ha aportado un sistema jurídico complejo en el que la legalidad conforma la base del sistema, no es menos cierto que ha dotado a la administración de justicia de algunos mecanismos para la toma de decisiones discrecionales, sin olvidar por supuesto de los órganos de la administración de justicia de tomar decisiones frente al caso objeto de análisis trae consigo elementos de discrecionalidad. (Perdomo, 2005a, p. 71)

Perdomo llegó a plantear que para alcanzar la paz en el país, las herramientas jurídicas deben ir más allá de la simple aplicación de la oportunidad, puesto que cualquier proceso de paz debe estar orientado a la unidad y a la reconciliación nacional, y no al derecho penal; las víctimas deben perdonar a los autores y los autores deben pedir perdón, en lugar de desear persecución y venganza. Este último aspecto no se comparte desde la experiencia con otros procesos de amnistía e indulto, en los que no se permitió conocer la verdad de los hechos y en los que las víctimas tuvieron un valor simbólico.

A pesar de que el estudio del principio de oportunidad tiene una perspectiva constitucional (como la teoría del derecho penal), indica que no es excluyente del principio de legalidad, sino que es complementario. Perdomo (2005a) no se refiere a la aplicación de este principio tan controversial en Colombia frente a las obligaciones internacionales

adquiridas en la lucha contra la impunidad en crímenes tan graves como los de lesa humanidad.

Adicional a esta posición, se encuentran Bernal y Montealegre (2013), quienes desde la academia y en desarrollo del precepto constitucional, hacen una revisión del principio de oportunidad, dejando entrever una expectativa evolutiva en la búsqueda de la paz como un derecho colectivo, así: “En relación con los delitos de lesa humanidad, cabría plantearse la posibilidad de la suspensión, la interrupción y, eventualmente, la renuncia a la acción penal, frente a la imperiosa necesidad de lograr la paz” (p. 523). Con este aspecto está de acuerdo Perdomo.

Con lo anterior se busca un equilibrio desde el derecho colectivo y el individual frente al infractor, y que en caso máximo se pueda plantear la renuncia de la acción penal, pero siempre y cuando permita el desmantelamiento intelectual y operativo de bandas criminales para acabar con el desvalor de que “el delito paga”.

Estos catedráticos plantean como interrogante: ¿podría la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) asumir competencias para investigar crímenes de lesa humanidad, de guerra o de agresión, cometidos por nacionales colombianos que hubieren sido amnistiados de conformidad con nuestro ordenamiento? La CPI sí puede adquirir la competencia de manera complementaria cuando el Estado es renuente o incapaz de investigar y sancionar a los responsables de las conductas atroces. Aun así, como lo plantean algunos autores, entre ellos Villanueva (2011), la CPI puede aplicar el principio de oportunidad en casos graves de violación de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), cuando sea absolutamente necesario para la paz, con la protección de los derechos internacionalmente reconocidos a las víctimas.

Por su parte, Forero (2013) manifiesta que en el nuevo estatuto procesal penal no existe un capítulo denominado “beneficios por colaboración eficaz”, y por ello la colaboración, en el marco del derecho premial, que presten algunas personas para la desarticulación de delincuencia organizada puede tener dos tratamientos distintos y legítimos: en el escenario de los preacuerdos y en el del principio de oportunidad.

Ante esos escenarios, y al igual que los anteriores doctrinantes, Forero habla de la ponderación de principios que debe llevarse a cabo acudiendo al concepto de proporcionalidad, tal como lo señala la jurisprudencia. Sin embargo, frente a los crímenes en los que procede el principio de oportunidad, indica que se aplica para todas las conductas punibles salvo las excepciones taxativas previstas en el artículo 324 párrafo tercero del CPP, donde se incluyen los crímenes de lesa humanidad.

Con esta posición legalista, se propone que el principio de oportunidad se da para delitos menores y que permitan descongestionar el sistema judicial. En su interpretación, Forero indica que existe una omisión legislativa que debe ser corregida en la medida en que no incluye violaciones graves a los derechos humanos, y que al hacer alusión a los delitos de lesa humanidad, resultan insuficientes como quiera que esta categoría solo incluye algunas violaciones graves desarrolladas dentro del concepto de sistematicidad o generalidad, dejando por fuera muchos eventos de similar gravedad. A diferencia de los demás autores, Forero no da una mirada constitucional en la que se confirme o rechace la posibilidad de aplicar el mentado principio en crímenes de lesa humanidad como herramienta para la consecución de la paz.

A su turno, Villanueva (2011) tiene un enfoque desde lo normativo, pero su argumentación y sus soportes hacen alusión a conceptos básicos con fundamentos filosóficos tanto de pensadores contemporáneos como de normatividad comparada.

Respecto al principio de oportunidad desde la normatividad del Estatuto de Roma, Villanueva plantea que en ese estatuto, por vía negativa de las facultades otorgadas, algunas autoridades como la Fiscalía pueden llegar a ciertos acuerdos, en nombre de la Corte Penal Internacional, que se orienten a la intervención o a la aplicación del Estatuto frente a determinados sujetos (naturales o jurídicos), siempre que redunde en beneficio de una casusa determinada o para desvertebrar algunas organizaciones delictivas a nivel internacional. Esto último formaría parte del juego de instrumentos internacionales que hace posible la aplicación de una política de persecución punitiva a favor de los distintos Estados Partes.

Es decir, en el Estatuto de Roma existe un marco jurídico que permitiría a la Corte Penal Internacional que al no perseguir a cierto tipo de delincuencia, resultara provechoso en la persecución del delito a escala internacional, por información que resultara válidamente apreciable para asegurar que se desarticularán organizaciones dedicadas al delito, haciendo posible la aplicación de criterios acordes con el principio de oportunidad.

Con todo ello, es pertinente considerar que traería un gran beneficio desde el ámbito punitivo a aquella persona que se vea favorecida por la aplicación de oportunidad en las condiciones esbozadas. Sin embargo, ¿qué sucede con los derechos de las víctimas, cómo sería el tratamiento frente a la concepción generalizada de impunidad con el beneficiario y cuál sería la causal a aplicar junto a sus condiciones para que el Estado colombiano pueda predicar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la lucha contra los grandes vulneradores de derechos humanos? La respuesta a estas preguntas se verá al finalizar este trabajo.

En este punto, es conveniente analizar las diferentes posturas frente al principio de oportunidad y los crímenes de lesa humanidad.

Gómez (2007) indica que debe aclararse que el principio de oportunidad solo tiene operatividad cuando se trata de no ejercer la acción penal a pesar de que “medién suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia” de un delito. Igualmente, manifiesta que la ley puede limitar *ex ante* aquellos eventos en los que no aplica el principio de oportunidad, dado el amplio poder de configuración del legislador, tal cual lo hizo en los párrafos 1 y 3 del artículo 324 del CPP

El primer párrafo del artículo 324 se limita a la aplicación del principio de oportunidad, teniendo en cuenta la especial intervención de algunos sujetos en el delito, mientras que el párrafo 3, debido a la naturaleza del delito, restringe su uso concretamente respecto a aquellas conductas que comporten “violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo”.

A partir de esto, Gómez indica que con esas exclusiones se cometió una imperdonable equivocación, que más temprano que tarde deberá ser corregida por el legislador, pues precisamente aquellos crímenes donde hay una complejidad de la prueba y una dificultad de las investigaciones son en los que con mayor ahínco se reclama la aplicación de causales como las contempladas en los numerales 5 y 6 del artículo 324 del CPP. Igualmente, Gómez es del concepto que esa interpretación ha sido avalada por la Corte Constitucional, incluso haciendo mucho más rigurosa la letra de la ley, al declarar inexecutable la expresión “de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma”, contenida en el párrafo del artículo 327 del CPP.

Esas equivocaciones a las que alude Gómez tienen una mirada desde lo investigativo, en procura del desarrollo de la acción penal con mayor efectividad y celeridad, pero

básicamente la prohibición de aplicar este principio en crímenes de lesa humanidad radica en los compromisos internacionales adquiridos por Colombia.

Contrario a la postura anterior, se encuentra Daza (2011), quien se refiere a los límites en la aplicación del citado principio frente a los crímenes contra los derechos humanos y el DIH, indicando:

Si se admitiera, por ejemplo, la aplicación del Principio de Oportunidad frente a delitos como la desaparición forzada o el genocidio, el Estado violaría este mandato e incumpliría su obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos fundamentales. Desde la más temprana jurisprudencia de la Corte Interamericana, se ha sostenido que el Estado está obligado a “investigar seriamente” toda situación en la que hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Acorde a esta lógica, el Principio de Oportunidad no puede aplicarse frente a hechos en los que se hayan visto afectados los derechos humanos [...]. Ahora bien [...] en nuestra opinión no era necesario hacer esta limitación en el ordenamiento jurídico, porque precisamente la Política Criminal del Estado debe fijar tales condiciones y sería totalmente irracional que tales directrices fuesen permisivas en un tema tan relevante como el que es objeto de debate. (pp. 176 y 177)

Según esta óptica, el principio de oportunidad no podría ser aplicado en ningún caso, pues todos los hechos delictivos implican una afectación a los derechos humanos, aunque su impacto o lesividad sean distintos, haciendo irracional esta figura frente a la política criminal.

Como se pudo apreciar, la tendencia mayoritaria de los doctrinantes se inclina a que la prohibición planteada para la aplicación del principio de oportunidad en crímenes de lesa humanidad trae más consecuencias negativas que positivas. Fueron estos autores los que se ceñieron al criterio legalista de persecución y venganza, con un enfoque eminentemente jurídico, lo cual lleva a que se impida su utilización para obtener la materialización de derechos tan altos como la paz, que además son de interés internacional.

La tensión que se plantea radica en las obligaciones contraídas por el Estado en materia internacional para la protección de los derechos humanos, con lo que se deben adecuar tanto las políticas como la legislación interna para la lucha contra la impunidad en procura de garantizar, proteger y reivindicar los derechos de las víctimas de crímenes contra la humanidad, cediendo el bien particular sobre el general para la obtención de la paz como fin supremo y de interés internacional.

Por lo tanto, se advierte que hay posiciones enfrentadas que no permiten establecer un punto medio que beneficie no solo a la colectividad internacional, sino también al individuo que se ha visto afectado directamente, y que tampoco contribuyen a la obtención más amplia y prolongada de la paz, con una participación activa de víctimas y victimarios atendiendo su grado de intervención en el desarrollo de los mentados crímenes. Estas son posiciones que, paradójicamente, son la excusa para evitar una aplicación ponderada y racional del principio de oportunidad, anulando pero no limitando, en casos específicos, los

derechos internacionalmente reconocidos a víctimas y victimarios, lo que impide finalmente que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales.

5. Marco de referencia

Se debe recordar que en las sociedades antiguas y modernas, según las diferentes formas de gobierno, se ha procurado regular la convivencia de sus coasociados, siendo la justicia uno de los pilares del desarrollo de las sociedades. Para ello, se ha establecido un modelo de Corte Democrático, el cual se ve plasmado en la división del poder dentro de estas formas de gobierno, y se han creado las tres ramas del poder público: el ejecutivo, el legislativo y el judicial, las cuales giran en torno al ser humano.

En las leyes, se reflejan las múltiples formas de coexistencia de los individuos en una sociedad. Con este fin, describen los posibles comportamientos humanos que pueden afectar el núcleo social y el equilibrio de la sociedad. Son esas violaciones las que hacen que se activen todas las demás ramas del poder, cada una en su órbita de acción: la rama ejecutiva en la preocupación de evitar que a futuro uno de sus asociados infrinja nuevamente las disposiciones legales y ponga en riesgo el sistema social; la rama judicial, representada en los jueces, con medidas sancionatorias o protectivas restablece la credibilidad en el sistema y el espíritu de la ley.

No se puede desconocer que las violaciones de esas leyes afectan o ponen en peligro los derechos fundamentales, ni que nuestro legislador lo ha definido a través de bienes jurídicos que el Estado protege; ese mismo legislador describe las conductas que ponen en riesgo o en peligro dichos bienes, las cuales ha denominado como tipos penales y las ha condensado en un libro que se conoce como Código Penal o código de conductas.

Así mismo, el legislador se ocupó de dividir ese código por bienes jurídicos, para mejor interpretación de sus asociados, pues son la esencia del ejercicio del poder del Estado y de las políticas de los gobiernos de turno, que buscan mantener ese equilibrio, sabedores de los retos que enfrentan ante la evolución del pensamiento del ser, de su afán de interactuar y evolucionar a través de las comunicaciones, de las ideas y, por qué no decirlo, en comportamientos como formas de afectar la estabilidad.

Si se revisan las normas que rigen en Colombia en lo constitucional y en materia penal, se puede indicar que estandarizan una serie de principios o derechos fundamentales como son: la dignidad humana, la libertad, el respeto y acatamiento de los tratados internacionales, la igualdad, la legalidad (o el debido proceso), la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el derecho de defensa, el derecho de las víctimas, el derecho de contradicción, entre otros. Aquí, es pertinente retomar y regresar al principio de legalidad, el cual se puede identificar como la facultad y el deber que tiene el Estado para investigar y sancionar a toda persona que viole o ponga en peligro una norma y/o la ley preexistente, y de paso la estabilidad o el equilibrio social.

Pero para que ese ciudadano sepa que su conducta atenta contra el sistema, debe existir previamente una norma que así lo consigne, y en la que se indique que ese comportamiento es lesivo para las relaciones sociales, y que el Estado ha previsto unas sanciones para el ciudadano infractor. René Quiroz Pérez (2002, pp. 22-23) define la ley como:

[...] un tipo particular de las normas jurídicas de carácter general, elaboradas según los procedimientos establecidos por el órgano en el que radica la función legislativa, es de obligatorio cumplimiento por sus destinatarios, expresa la voluntad estatal y obliga a sus coasociados a conocerlas y respetarlas, ya que si su actuar violenta

alguna disposición legal, se convierte en infractor de las reglas sociales y como tal el Estado debe ser sancionado o tratado.

Debido a lo anterior, en el Estado recae otra responsabilidad frente a sus coasociados: resocializar o rehabilitar en caso de haber infringido las disposiciones legales. Pero para ello debe garantizar previamente que su destinatario haya sido puesto ante una autoridad (juez) y que se le haya adelantado un juicio público. Este legislador también previó otras formas de terminación anticipada del proceso, que el Estado ha previsto de forma taxativa pero partiendo de la premisa de que ha tenido la capacidad para identificar el nivel de responsabilidad en la conducta; por el contrario, el Estado y sus representantes deben cesar por duda cualquier acción penal contra el infractor como una forma de protección.

Al revisar y hablar de ese poder de persecución, se debe pensar que al Estado le asiste el deber de evaluar la orientación comportamental de sus coasociados y el surgimiento de nuevas conductas que afectan el equilibrio social, bien sea conductas aisladas o grupales que de una u otra forma instan a que el Estado y sus ramas del poder busquen mecanismos racionales y efectivos de control social mediante figuras de política criminal como la justicia transicional o el principio de oportunidad.

Para este último, es una excepción a ese deber constitucional y legal del Estado de perseguir hasta su sanción cualquier forma de conducta que afecte el orden social. Si se revisan estas figuras, cada una tiene un origen político (las amnistías o los indultos) o judicial pero con voluntad política (principio de oportunidad bajo el entendido de que nace de la política criminal del Estado).

No se puede desconocer que el principio de oportunidad nace por la falta de capacidad del Estado de perseguir todas las conductas que de una u otra forma afectan a la sociedad.

También, dicho principio es una forma que el Estado tiene de evitar el desgaste de sus órganos judiciales y del ejecutivo en acciones de investigación y castigo, que no se reflejan ante el volumen de peticiones, y es una forma de perseguir la macrocriminalidad (delitos de grandes estructuras) que le permite al Estado desarticularla.

Debido a lo anterior, al hablar de esa forma de lucha del Estado colombiano, se debe preguntar de dónde nace la idea del principio de oportunidad, a fin de comprender su evolución y el contexto de sus cimientos. Es necesario indicar que nace de una responsabilidad u obligación del Estado: perseguir y sancionar cualquier manifestación que atente contra cualquier bien jurídico protegido (que afecta al ser humano) o lo ponga en riesgo. Por lo tanto, el principio de legalidad es bastión de la creación de los Estados y ha tenido su evolución a lo largo de la historia al ser objeto de adecuaciones desde lo político, a fin de que esas normas se acoplen a los derechos humanos y fundamentales reconocidos a los ciudadanos, moldeando los tipos de sociedades conforme a sus destinatarios.

5.1 Crímenes de lesa humanidad.

El Congreso de la República de Colombia, el 5 de junio de 2002, expide la Ley 742 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”. Dicho estatuto establece una serie de crímenes internacionales, entre ellos el previsto en el artículo 7, crímenes de lesa humanidad.

Estos crímenes, hoy en día, han obtenido gran preponderancia a nivel internacional y nacional, incorporándose en nuestro ordenamiento penal mediante el denominando bloque de constitucionalidad, conforme a lo indicado por nuestra Constitución Política en el

artículo 93, en atención a ese interés global de combatir y erradicar la impunidad no solo esclareciendo los hechos considerados atroces, sino también castigando a sus autores.

Respecto al origen de los crímenes de lesa humanidad o de cómo se llega a la adopción de este término, diversos autores lo han mencionado, incluso la Corte Constitucional hace un recuento de cómo se llegó a la adopción o creación de la CPI durante el estudio de constitucionalidad sobre el Estatuto de Roma y su ley aprobatoria a nivel interno (Sentencia C-578 del 2002).

Como parte de este recuento histórico, debemos remitirnos a la Primera Guerra Mundial (del 28 de julio de 1914 al 11 de noviembre de 1918), pues en la “declaración del 28 de mayo de 1915 dada por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia” se calificaron como “crímenes contra la humanidad” (Ambos, 1999, p. 2) o “crímenes contra la civilización y la humanidad” (Luban, 2013, p. 1) las masacres de las cuales fue objeto la población armenia en Turquía, con la particularidad de que estos “crímenes fueron cometidos por ciudadanos de un Estado contra sus propios conciudadanos y no contra los de otro Estado” (Ambos, 1999, p. 2). “La misma frase aparece en una propuesta de 1919 para enjuiciar a los autores turcos. Pero en aquel tiempo los Estados Unidos objetaron que las así llamadas ‘leyes de la humanidad’ no tenían un contenido específico y la propuesta de juzgar a los turcos fue echada por Tierra”, pues las razones las basaron “en la idea de la regla de derecho (*rule of law*)” (Ambos, 1999).

Luego, durante la Segunda Guerra Mundial, se observaron los “delitos cometidos por los alemanes contra sus propios compatriotas (alemanes)” (Ambos, 1999, p. 2), situación

similar a la ocurrida con la mentada población armenia². El Estatuto de Londres “no constituyó una base legislativa para el desarrollo de un nuevo delito, sino que simplemente articuló un crimen que ya estaba integrado en la estructura del derecho internacional consuetudinario” (Ambos, 1999, p. 2), esto es, los crímenes de lesa humanidad. Por su parte, Luban (2013, p. 1) señala:

[A pesar de no existir certeza de] cómo los redactores de la Carta de Núremberg llegaron a elegir el término ‘crímenes contra la humanidad’, [se puede afirmar que fue] escogido por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Robert Jackson, quien fue el jefe de los fiscales estadounidenses y de la delegación estadounidense en la Conferencia de Londres que elaboró la Carta.

Al respecto, otros doctrinantes como Córdoba Triviño (2001) y Ramelli Arteaga (2011) coinciden en que la primera vez que se acuñó la expresión “crímenes de lesa humanidad” fue en el juicio de Núremberg. Ahora, la frase “crímenes contra la humanidad”

[...] primero sugiere delitos que agravian no solo a las víctimas y a sus propias comunidades, sino a todos los seres humanos, sin importar su comunidad. Segundo, la frase sugiere que estos delitos calan hondo, lesionando el núcleo de la humanidad que todos compartimos y que nos distingue de otros seres de la naturaleza. (David Luban, 2013, p. 2)

² Por lo tanto, se creó el Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional, un documento que fue firmado en 1945 entre Francia, Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión Soviética, que fijó los principios y los procedimientos mediante los cuales se rigieron los Juicios de Núremberg.

David Luban (2013), a su vez, alude a que la palabra “humanidad” tiene doble significado: primero, significa la cualidad del ser humano (*humannes*), y segundo, la suma de todos los seres humanos (*humankind*), pero además cita a Cassese, quien indica que la palabra tiene también un

[...] tercer significado principal a saber: compasión –no cualidad de ser humano (*humanness*) sino conmiseración (*humaneness*)–, y ese sentido a veces aparece en las discusiones sobre los crímenes contra la humanidad cuando nos centramos en los aspectos despiadados, crueles, de sangre fría de los crímenes. Propongo dejar a un lado este significado, sin embargo, porque la ausencia de compasión, de conmiseración, difícilmente distinga a los crímenes contra la humanidad de muchos otros.

Es por esto que respecto a la terminología utilizada “por los redactores de la Carta de Núremberg sugiere que ellos pensaban en crímenes contra la humanidad”, lo cual, a su vez,

[...] sugiere que el rango definatorio de estos delitos es el valor que ellos lesionan, a saber la cualidad del ser humano. El derecho distingue tradicionalmente entre delitos contra personas, delitos contra la propiedad, delitos contra el orden público, delitos contra la moral y otras distinciones semejantes. Aquí, la idea es suplementar la taxonomía tradicional de bienes jurídicamente protegidos –propiedad, personas, orden público, moral– añadiendo que tales delitos son crímenes contra la cualidad de ser humano como tal. (Luban, 2013)

Más adelante agrega:

Un argumento de Hannah Arendt ilustra de qué manera este sentido de la frase “crímenes contra la humanidad” figura en el armamento jurídico y moral. En el epílogo de *Eichmann in Jerusalem*, Arendt describe el holocausto como un “nuevo crimen contra la humanidad en el sentido de un crimen ‘contra el estatus humano’ o contra la misma naturaleza de la humanidad”. Ella adopta la frase “crímenes contra el estatus humano” del procurador francés en Núremberg, François de Menthon, y la explica así: “[Genocidio] es un ataque a la diversidad humana como tal, esto es, a la característica del ‘estatus humano’ sin la cual la misma palabra ‘humanidad (*mankind; humanity*)’ carecería de significado”. Atacar la diversidad es, en otras palabras, atacar la cualidad del ser humano. Este es un argumento intrigante e importante [...]. Por el momento, deseo solamente poner de relieve que la frase de Menthon y la explicación de Arendt adoptan una lectura de los “crímenes contra la humanidad” como crímenes contra la cualidad del ser humano. Para Menthon, el crimen es un ataque contra aquello que nos hace humanos. “Humanidad” refiere a la cualidad de ser humano, esto es, a una propiedad abstracta, no a la raza humana o a un conjunto de individuos humanos. (Luban, 2013)

En suma, es pertinente ir a la definición elaborada por Gómez (1998, pp. 33-34):

El término delitos o crímenes de “lesa humanidad” en su sentido formal significa ofensa, agravio extremo e intencionalmente producido a la humanidad; viene de la voz latina *laedsa*, que denota sufrimiento o dolor producido

intencionalmente, daño y angustia extremo, y el término “humanidad” quiere significar la esencia a lo propio o inherente o consustancial al hombre. Pero el sentido actual es el de daño, lesión o agravio extremo a lo más esencial al hombre, ocasionado por el Estado o por sus agentes gubernamentales o por particulares que obran en nombre del Estado o con su apoyo directo o indirecto, su aceptación o asentimiento.

[...]

El término “humanidad” se refiere a los atributos esenciales e inherentes al hombre, no solo en sentido individual sino también como grupo, especie u hombre colectivo; en tal sentido un delito de lesa humanidad ofende, lesiona o lastima a la humanidad misma. Se ha referido a este término como “lesivo de la dignidad del hombre”, mas este solo concepto no comprende todos los derechos y principios que hoy se consideran fundamentales, inherentes al ser humano; así, con los crímenes de lesa humanidad se ofenden la coexistencia pacífica del hombre, la existencia misma, el derecho a la autodeterminación, la libertad, la dignidad y el trato digno que merece todo ser humano por el solo hecho de existir, el respeto al debido proceso y a su condición de persona inocente y libre.

Así mismo, son delitos que trascienden el ámbito doméstico de una nación y afectan su soberanía estatal, pues al convertirse en crímenes internacionales, el Estado donde sucedieron deja de ser el único facultado para perseguir y sancionar a los autores o partícipes, y otros Estados o los tribunales internacionales adquieren igual competencia para hacerlo (Luban, 2013). Y en el mismo sentido, agrega:

[...] los crímenes contra la humanidad lesionan un aspecto particular del ser humano, a saber nuestro carácter como animales políticos. Somos criaturas cuya naturaleza nos compele a vivir en sociedad, pero no podemos hacerlo sin una organización política artificial que inevitablemente amenaza nuestro bienestar y, en casos límite, nuestra propia supervivencia. Los crímenes contra la humanidad representan lo peor de esas amenazas; ellos son el límite de políticas que se han vuelto cancerosas. Precisamente porque no podemos vivir sin políticas, existimos bajo la permanente amenaza de que las políticas se vuelvan cancerosas y de que las instituciones indispensables para la vida política organizada nos destruyan. Esta es la razón por la cual la entera humanidad comparte el interés en reprimir estos crímenes [...] (Luban, 2013)

Visto así, “el término ‘crímenes contra la humanidad’ significa que toda la humanidad es parte interesada y que el interés de la humanidad puede diferir del interés de la víctima” (Luban, 2013, p. 4)

Ante la necesidad de unificar el significado más natural de lo que se debe entender por crímenes de lesa humanidad para sancionar a los individuos que realicen tales conductas, se acoge una definición en el Estatuto de Roma, en su artículo 7³, el cual está compuesto por tres párrafos.

El primer párrafo se refiere a lo que se entenderá por crímenes de lesa humanidad dentro del contexto de un ataque, y, además, hace una relación en once literales de las conductas

³ “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...]”

que comprenden estos crímenes, a saber: “asesinato”; “exterminio”; “esclavitud”; “deportación o traslado forzoso de población”; “encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”; “tortura”; “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable”; “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”; “desaparición forzada de personas”; y “el crimen de apartheid”.

Se aclara que el último literal deja abierta la posibilidad de que otro tipo de actos inhumanos integren la definición cuando se presenten los elementos que se extraen de la definición prevista en el inicio del citado primer párrafo.

El segundo párrafo está compuesto por nueve literales tendientes a definir o precisar lo que se debe entender por “ataque contra una población civil”; “exterminio”; “esclavitud”; “deportación o traslado forzoso”; “tortura”; “embarazo forzado”; “persecución”, “el crimen de apartheid” y “desaparición forzada de personas”.

El último párrafo establece que el término “género” se utilizará indistintamente para ambos sexos (masculino y femenino).

Con base en esa normatividad internacional, que ingresa por bloque de constitucionalidad a nuestro ordenamiento, la Corte Constitucional se ha ocupado de precisar en diversos pronunciamientos cuáles son los elementos de este tipo de crímenes, como lo dicho en la Sentencia C-1076 de 2002:

Para estos jueces internacionales, la categoría de crimen de lesa humanidad presupone que un determinado acto: 1) cause sufrimientos graves a la víctima o atente contra su salud mental o física; 2) se inscriba en el marco de un ataque generalizado y sistemático; 3) esté dirigido contra miembros de la población civil, y 4) sea cometido por uno o varios motivos discriminatorios, especialmente por razones de orden nacional, político, étnico, racial o religioso.

A su vez, en la misma sentencia se refiere a la importancia de los elementos que se encuentran en la definición del crimen de lesa humanidad:

En este orden de ideas, el concepto de “crimen de lesa humanidad” reviste importantes elementos cuantitativos y cualitativos que permiten distinguirlo de otras categorías de delitos. En efecto, no se debe tratar de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que esté dirigido contra una multitud de personas, y sistemático, lo que significa que el delito se inscriba en un plan cuidadosamente orquestado, que ponga en marcha medios tanto públicos como privados, sin que necesariamente se trate de la ejecución de una política de Estado. Además, el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil, lo cual permite diferenciarlo de los crímenes de guerra, que abarcan, como hemos visto, a los combatientes. Se precisa, por último, que el acto tenga un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales. (p. 42)

A su turno, la Corte Constitucional en la Sentencia C-801 del 2009 reitera lo que había dicho sobre el orden de los elementos de este tipo de crímenes internacionales:

De esta manera, los elementos de los crímenes siguen el siguiente orden: (i) la descripción de la conducta constitutiva del correspondiente delito; (ii) la consecuencia o las circunstancias correspondientes; (iii) el elemento de intencionalidad en los casos que se requiera; y (iv) las circunstancias de contexto. (pp. 73 y 74)

Más adelante, se ocupa de precisar en cuál contexto pueden ser cometidos los crímenes de lesa humanidad, así como el número de elementos que la conforman:

Ese ordenamiento, además, precisa que estos crímenes pueden ser cometidos en tiempos de paz o de conflicto armado, y que no exigen para su configuración el ser cometidos en conexión con otros, salvo que se trate del enjuiciamiento de cualquier grupo o colectividad, el cual debe estar relacionado con otro de los actos enumerados en el artículo 7.1 del Estatuto, o cualquier otro delito de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Específicamente, la descripción que el Estatuto de Roma hace de los crímenes de lesa humanidad está integrada por seis elementos: (1) ataque generalizado o sistemático; (2) dirigido contra la población civil; (3) que implique la comisión de actos

inhumanos⁴; (4) conocimiento de que se trata de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil; (5) para los actos de persecución solamente se han de tomar en cuenta los fundamentos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género; (6) el contexto dentro del cual puede ocurrir un crimen de lesa humanidad puede ser en tiempos de paz, de guerra internacional o de conflicto interno. No necesariamente se comete en conexión con otro crimen. Una excepción es el enjuiciamiento de cualquier grupo o colectividad; el cual debe estar relacionado con otro acto enumerado en el artículo 7.1, o cualquier otro delito de la competencia de la Corte Penal Internacional. (pp. 76-81)

Es menester precisar que el artículo 7 del Estatuto de Roma, en el que se regulan y definen los crímenes de lesa humanidad, fue declarado exequible por la Corte en la Sentencia C-578 de 2002, al considerar:

[...] las definiciones sobre crímenes de lesa humanidad que trae el Estatuto protegen la efectividad del derecho a la vida, la prohibición de torturas y desapariciones, la

⁴ El Estatuto enumera los actos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad dentro del contexto de un ataque:

- i) Asesinato
- ii) Exterminio
- iii) Esclavitud
- iv) Deportación o traslado forzoso de población.
- v) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.
- vi) Tortura
- vii) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad.
- viii) Desaparición forzada de personas.
- ix) El crimen de apartheid.
- x) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

igualdad y la prohibición de la esclavitud. Igualmente, al dotar al sistema de protección de derechos humanos con una herramienta adicional para la lucha contra la impunidad en materia de graves violaciones a los derechos humanos, reiteran los compromisos de Colombia como parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), de los Convenios de Ginebra de 1949 (Ley 6 de 1960) y sus Protocolos I y II de 1977 (Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994), de la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (Ley 76 de 1986), de la Convención sobre la represión y castigo del Apartheid (Ley 26 de 1987), y de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Ley 22 de 1981), entre otras.

Es de aclarar que la materialidad del solo delito como lo puede ser, *verbi gratia*, la desaparición forzada⁵, no lo configura automáticamente como de lesa humanidad, a pesar de su especial gravedad, pues indefectiblemente deben concurrir los elementos atrás indicados, tal como lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 34180 (23/02/12):

3.1 El ataque en la definición del delito de lesa humanidad no se refiere necesariamente a uno de naturaleza militar, sino a campañas u operaciones adelantadas contra la población, de manera que los civiles como tales deben ser el objeto principal del ataque, no las víctimas colaterales del mismo.

⁵ Ley 707 de 2001, Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, hecha en Belém do Pará, el nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

3.2 Por lo demás, las potenciales víctimas del ataque son grupos que pueden distinguirse por razón de nacionalidad, etnia, u otras características, de manera que los ataques casuales, esporádicos o individuales se sustraen al concepto de delitos de lesa humanidad.

3.3 El ataque, de igual modo, obedece a una política de estado o de una organización que alientan, incentivan o promueven activamente la realización de los ilícitos contra la población civil, de manera que pueden presentarse por acción de sus agentes o a través de omisiones deliberadas que faciliten su realización.

Según lo anterior, la política inmersa en los crímenes de lesa humanidad puede ser diseñada por el Estado o por organizaciones con capacidad para cometer un ataque sistemático o generalizado, lo cual puede suceder, por ejemplo, si el grupo se encuentra bajo un mando responsable o con jerarquía establecida, posee de hecho medios para llevar a cabo el ataque contra la población civil, ejerce el control sobre parte del territorio del Estado, o su objetivo principal es el de realizar conductas punibles contra la población civil.

3.4 El carácter generalizado del ataque implica que debe ser masivo, frecuente, realizado colectivamente con una gravedad considerable, y dirigido contra una multiplicidad de víctimas; también lo será si tiene lugar a lo largo de una amplia parte del territorio.

4. Por último, para que exista un crimen de lesa humanidad, los actos punibles específicos que se imputan no solo deben ser los que recoge el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, sino que deben ser parte del ataque generalizado, sistemático dirigido contra una población civil. Si las conductas punibles enunciadas no son parte

de dicho ataque, estaremos en presencia de un delito ordinario, no ante un crimen de lesa humanidad.

A lo anterior se suma que el agente, entonces, debe tener conocimiento de que los actos punibles en que interviene son cometidos como parte del ataque dirigido contra la población civil.

La incidencia que tiene la declaratoria de un crimen de lesa humanidad a nivel interno va encaminada a la lucha internacional contra la impunidad, dado que es una herramienta en pro de materializar los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición.

Este tipo de crímenes de especial gravedad no prescriben desde el ámbito internacional, precisamente para que el Estado Parte pueda llevar a cabo una investigación seria, y juzgue y sancione a los responsables.

La finalidad de la declaratoria de un crimen de lesa humanidad consiste en combatir la impunidad y está orientada a proteger a la especie humana, y según lo expresado por Luban (2013), ese interés puede ser diferente del de la víctima. Esto necesariamente nos lleva a revisar los casos, en particular para estudiar el beneficio del principio de oportunidad, a partir de la exigencia de un test de proporcionalidad para hablar de esta medida o a partir de la aplicabilidad de un principio que nace de la necesidad de enfrentar una criminalidad desbordada y de un sistema que ha buscado otros mecanismos para mantener abiertas las investigaciones en el tiempo.

5.2 Imprescriptibilidad.

Ninguno de los instrumentos o convenios internacionales previos a 1968 se refería al límite del tiempo para el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de los crímenes más graves para el derecho internacional (como lo son los crímenes de lesa humanidad), y ante la necesidad de una efectiva represión y de combatir dichos delitos a fin de sancionar a sus responsables, evitar la impunidad y contribuir a la paz, se adoptó la:

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), del 26 de noviembre de 1968, Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII [del mismo instrumento internacional].

Del preámbulo de la citada convención, se desprende que el principio de imprescriptibilidad se estableció para la protección de la persona humana, así como para reivindicar los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición de las víctimas de los crímenes de lesa humanidad, con el fin de superar el obstáculo que representan las normas internas de cada Estado sobre la prescripción, ya que impiden la materialización del enjuiciamiento y el castigo de los autores de los crímenes en mención.

La firma de este instrumento internacional, conforme a su artículo V, quedó abierta hasta el 31 de diciembre de 1969 para

[...] todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado o del Organismo Internacional de Energía Atómica, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de

cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en la presente Convención.

Sin embargo, Colombia no ha ratificado dicho convenio a pesar de ser miembro de las Naciones Unidas.

Después, la comunidad internacional en la lucha de proscribir todas aquellas conductas atroces que atentan contra la dignidad humana, pero con el mismo objetivo, crearon varias Convenciones o Tratados donde se refieren a la imprescriptibilidad de conductas específicas. Entre ellas se encuentra la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que fue aprobada en Colombia con la Ley 707 de 2001. Allí se indica sobre la prescripción:

Artículo VII. La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el periodo de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna, del respectivo Estado Parte.

Se creó entonces la Corte Penal Internacional, de carácter permanente con el Estatuto de Roma, en atención a las limitaciones jurídicas internacionales existentes para establecer responsabilidades penales de manera individual, así como la imposición de su correspondiente sanción por los crímenes contemplados en dicho Estatuto.

En suma, la CPI tiene una competencia universal y complementaria⁶ en aquellos casos en los que el Estado se sustrae o no cuenta con los recursos idóneos para perseguir y sancionar a los responsables del crimen internacional, y adiciona la imprescriptibilidad como herramienta para esa lucha, al aducir en su artículo 29 que “los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”, andamiaje jurídico que fue introducido “para romper el ciclo de violencia e impunidad” (Sentencia C-578-02).

Como se ha podido observar, hemos visto tres instrumentos internacionales de los cuales dos han sido ratificados por Colombia. Entonces, ¿qué sucede con el que no fue ratificado⁷? Para responder a este interrogante, nos remitiremos al artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, el derecho de los tratados, para acudir a la interpretación que se desprende del *ius cogens*, en donde se precisa:

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

⁶ El Estatuto de Roma, en el Preámbulo, indica que: “Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales [...]”; y en el artículo 1 reitera que: “Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales [...]”;

⁷ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

Con base en lo anterior, la connotación de la convención de imprescriptibilidad, al ser un instrumento jurídico aceptado y reconocido por la comunidad internacional, que además establece un principio que propende a la protección y reivindicación de los derechos fundamentales de la persona humana, se incorpora a nuestro ordenamiento a través del artículo 93 de la Constitución Política, sin que se requiera de la ratificación del Estado Colombiano; por lo tanto, los crímenes de lesa humanidad son investigables en cualquier tiempo.

Sobre ese mismo artículo de la Convención de Viena, la Corte Constitucional en lo que respecta a la interpretación del *ius cogens* y de los tratados internacionales, señala:

Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si estos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la inoperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario. (Sentencia C-225/95)

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia proferida el 13 de mayo de 2010 en el radicado 33118⁸, apoyándose en la anterior sentencia de constitucionalidad, en sentencias de la Corte Interamericana de Justicia, en convenios y en tratados internacionales, concluye sobre la no ratificación del convenio de imprescriptibilidad que:

⁸ Masacre de Segovia.

[...] al tratarse de uno de los Principios del Derecho Internacional y que debe ser ejecutado por todos los Estados, independientemente de su adhesión o no al Convenio referido, es inadmisibles predicar la operancia de la prescripción como mecanismo de salvamento para detener, terminar o evitar el inicio de una investigación relacionada con la comisión de crímenes graves contra los Derechos Humanos y la humanidad en sí, como es el caso del genocidio de lesa humanidad. Razón por la cual, aunque el Estado colombiano no ratificó el Tratado mencionado, ello no es óbice para reconocer que respecto de los delitos de lesa humanidad –como el pluricitado genocidio– no opera la prescripción, esto es, deben ser investigables en cualquier tiempo.

Toda esta interpretación compagina también con lo que el Alto Tribunal constitucional ha precisado sobre el bloque de constitucionalidad en *stricto sensu* y *lato sensu*, al manifestar:

[...] el primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional. (Sentencia C-582/99)

Ahora, los dos instrumentos internacionales que sí fueron ratificados son: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada y el Estatuto de Roma, que fueron objeto del

respectivo control por parte de la Corte Constitucional, mediante las providencias C-580 y C-578 del 2002, las cuales a su vez se apoyan en pronunciamientos efectuados en las Sentencias C-301 de 1993 y C-176 de 1994. En lo atinente a la imprescriptibilidad, y su incidencia en el ámbito doméstico, la Corte reitera que en Colombia, de acuerdo con lo previsto de manera taxativa en el inciso final del artículo 28 de la Constitución: “En ningún caso podrá haber [...] penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

En 1993, la Corte dijo al respecto:

El artículo 28 de la C.P., de un modo no taxativo, enumera conductas que atentan contra el núcleo intangible de la libertad personal y que ilustran bien acerca de sus confines constitucionales: “Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”.

Bajo la forma de derechos o libertades especiales (conciencia, cultos, enseñanza etc.), la Constitución protege ámbitos específicos de la libertad. La dignidad de la persona humana y el valor supremo que la Constitución le otorga explican y justifican su carácter expansivo. Sin embargo, en ausencia de otra norma constitucional, el artículo 28 de la C.P., a manera de cláusula general, representa la máxima tutela y reconocimiento a la libertad y en ella se encuentra definido el amplio espacio de su protección. (Sentencia C-301/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

En 1994, agrega la Corte:

Respecto de la pena, el artículo 28 de la Constitución Política, en el último inciso, se refirió a que en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles. El transcurso del tiempo obra como causa de extinción de la punibilidad no solamente en abstracto –prescripción del delito–, sino en concreto –prescripción de la pena–, y por consiguiente, pone fin al proceso penal.

El Estado se encuentra en la obligación de investigar dentro de un determinado tiempo la presunta comisión de un hecho punible. Este principio es parte integrante de los principios que conforman un Estado social de derecho que vela por la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 1.º y 2.º de la Constitución Política.

Así, el principio de celeridad debe caracterizar los procesos penales. Ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad.

Esta idea es reiterada por Eissen⁹ cuando afirma que ello “implica un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, aunque atribuyendo un valor particular a estos últimos”.

Consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal viola el artículo 2.º numeral 1.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que, al tenor del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno.

⁹ Eissen (1985, p. 95).

Por tal razón, con base en los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado y en la Constitución Política de 1991, es imposible pensar en interpretar en forma diferente la prescriptibilidad de la acción penal y de la pena, por lo cual la declaración se ajusta plenamente a la Constitución.

El interés en erradicar la impunidad por el delito de desaparición forzada compete a la sociedad en su conjunto. Como ya se dijo, para satisfacer dicho interés es necesario que se conozca toda la verdad de los hechos, y que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes. En esa medida, tanto el interés en que se conozca la verdad, como en que se atribuyan responsabilidades individuales e institucionales por los hechos sobrepasa el ámbito del interés individual de las víctimas. Por el contrario, constituyen verdaderos intereses generales de carácter prevalente en los términos del artículo 1.º de la Carta Política.

En efecto, el conocimiento público de los hechos, el señalamiento de responsabilidades institucionales e individuales y la obligación de reparar los daños causados son mecanismos útiles para crear conciencia entre las personas acerca de la magnitud de los daños causados por el delito. En esa medida, son también mecanismos de prevención general y especial del delito, que sirven para garantizar que el Estado no apoye, autorice o asuma una actitud aquiescente frente a tales conductas. En general, la acción penal en los casos de desaparición forzada de personas es un mecanismo a través del cual se establecen responsabilidades institucionales que llevan a que el Estado se sujete al derecho en el ejercicio de la

fuerza, y a hacer efectivo el deber de las autoridades de proteger y garantizar los derechos fundamentales.¹⁰ (Sentencia C-580/02)

En este orden de ideas, ante las graves consecuencias de los crímenes de lesa humanidad, nace la necesidad universal de sancionar a los responsables de tales crímenes, para combatir, evitar y erradicar la impunidad potencial. Lucha que no podrá llegar a buen término si se deja que la prescripción, tanto de la acción penal como de la pena, sea el escudo de los sujetos dedicados a cometer actos inhumanos para evadir su responsabilidad.

Debido a lo anterior, para integrar las normas internacionales sobre la imprescriptibilidad frente a lo previsto por el constituyente en el artículo 28 de la Carta Magna colombiana, la prescripción solo opera para la parte de la investigación penal que lleve a identificar y a vincular a los responsables al proceso penal, pues una vez sea hecho esto último los términos de prescripción empezarán a correr.

5.3 Principio de legalidad.

El principio de legalidad surge de la necesidad de restringir el poder absoluto que ostentaba la monarquía, y que empezó a gestarse con la Carta Magna Inglesa de 1215. El documento en mención fue “suscrito el 17 de junio de 1215 entre el rey o gobernante Juan Sin Tierra y

¹⁰ En casos de desaparición forzada, mecanismos como las comisiones de la verdad de carácter internacional, gubernamental o privado han contribuido a la erradicación de dicha práctica. En particular, pueden citarse los casos del informe “Nunca más”, presentado por la llamada “Comisión Sábato” en Argentina, que a pesar de su naturaleza privada, fue apoyada por el Gobierno de entonces y sirvió como base para el juzgamiento de algunos mandos militares por delitos cometidos durante la dictadura Videla. Así mismo, en cumplimiento del Acuerdo de Paz entre el gobierno y el FMLN en El Salvador, la Asamblea General de la ONU creó una “Comisión para la verdad en El Salvador”, presidida por Thomas Buergenthal, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual publicó los nombres de los responsables de las diversas violaciones de derechos humanos durante el conflicto salvadoreño, con lo que se dio origen a un proceso de responsabilidad individual e institucional.

los hombres libres (barones feudales, nobles y clero)” (Orduz, 2010), para luego desarrollarse con más fuerza a finales del siglo XVIII con las diversas revoluciones de la época, entre ellas la francesa¹¹.

Esa arbitrariedad que marcó la era de la monarquía absoluta cambió cuando se empezó a limitar su poder con la implementación de normas preexistentes que regulan, entre otras cosas, las decisiones y las sanciones a imponer por el soberano a sus súbditos, disposiciones que debían ser respetadas incluso por él. Esto modificó la relación de poder entre estos, ya que la convicción primigenia de que el poder provenía de Dios mutó o se trasladó al pueblo, produciendo un reconocimiento de los derechos que ostenta toda persona por el simple hecho de serlo.

Como consecuencia, se puede acudir a diversos instrumentos internacionales y nacionales. En cuanto a los primeros, tenemos el artículo 15 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se establece que “Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.”

Al unísono, el Pacto de San José, en su artículo 9 sobre el principio de legalidad, dice: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.”

El Convenio Europeo de Derechos Humanos indica en el artículo 7: “Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.”

Y sobre el mismo principio, la Convención Americana de Derechos Humanos establece en el artículo 9:

¹¹ Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Estas normas internacionales de derechos humanos, a su vez, están articuladas con nuestra actual Constitución Política de 1991, mediante el artículo 93 o bloque de constitucionalidad, como ya se indicó.

En el ámbito doméstico, debemos remitirnos primero a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, inciso segundo: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa [...]”. Para luego acudir a nuestro actual Código Penal, Ley 599 de 2000, en su artículo 6:

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia penal de tipos penales en blanco.

Con base en lo anterior, para poder sancionar a un sujeto debe existir una norma que contenga una descripción abstracta e impersonal del hecho reprochable, pero que a su vez debe ser clara y expresa, a fin de que el juez pueda hacer la confrontación entre la norma y el hecho específico, y establecer si realmente este importa al mundo jurídico penal. Se

agrega si por esa conducta merece una sanción, que igualmente debe ser expresa y clara, y adicionarse el procedimiento que llevará a tal resultado.

Ahora, con base en las normas arriba referenciadas ¿cuáles son los elementos del principio de legalidad que de allí se desprenden? Son los siguientes (Sentencia C-595/05):

1. *Nullum crimen sine praevia lege*: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley;
2. *Nulla poena sine praevia lege*: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella;
3. *Nemo iudex sine lege*: o sea que la ley penal solo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función;
4. *Nemo damnetur nisi per legale indicum*: es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.

De estos elementos, se desprende que el principio de legalidad se erige como garantía del derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica, para que el ciudadano tenga claridad sobre aquellos comportamientos que serán objeto de reproche penal por afectar gravemente a la comunidad que integra.

De este principio surge la retroactividad, una prohibición en materia penal que “significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia”. Dicho de otra manera, es la imposibilidad de aplicar normas posteriores a hechos anteriores si estas son desfavorables para el sujeto que soporta el poder punitivo del Estado.

No obstante lo anterior, el principio de legalidad que históricamente había sido uno de los pilares de la evolución del derecho con su marcada rigidez, hoy en día se ha flexibilizado y permite que las normas penales no favorables al reo y posteriores a la ocurrencia del hecho reprochado den lugar a imponer sanciones por conductas que para la época de su ocurrencia no eran punibles en el ámbito doméstico. Sin embargo, es de anotar que esta flexibilización se da para los delitos internacionales a los cuales ya se hizo referencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, agresión y aquellos que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario) (Velásquez, 2012).

Como parámetro de partida de la flexibilización del principio de legalidad en Colombia, resulta oportuno acudir a la providencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 16 de diciembre de 2010, dentro del proceso con Radicado N.º 33039, en el que se resuelve un recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía 11 de Justicia y Paz en representación de las víctimas de la masacre de El Salado.

Entre los problemas jurídicos planteados en el recurso de alzada, el que interesa en este trabajo es el segundo, que está

[...] relacionado con la vigencia de las leyes en el tiempo, específicamente si existe la posibilidad de que las normas del Título II del Libro Segundo del Código Penal, llamado “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, cuya vigencia inició el 25 de julio de 2001, se apliquen para sancionar conductas realizadas con anterioridad a esa fecha [...]

Para dar respuesta a ese problema jurídico, la Corte Suprema inició por reivindicar el principio de legalidad en nuestra Constitución Política, apoyándose en tratadistas como

Hobbes, Baccarúa y Rousseau. Luego, hizo referencia a la manera como fue concebido el principio de legalidad y cómo se relaciona con los principios de igualdad, libertad y fraternidad.

También, se ocupó de mencionar los graves horrores sufridos desde la segunda posguerra, que motivaron la creación de los llamados “delitos internacionales [...] en tanto que el titular de los derechos afectados con estas cuatro categorías delictivas era la totalidad de la humanidad”.

Con base en lo anterior, la Corte Suprema afirma que se ha redefinido el principio de legalidad, dado que

[...] se comenzó a escribir en el contexto internacional un nuevo derecho con unas categorías un tanto distintas a las patrias, precisamente debido al grado de complejidad originado en la inexistencia, tanto de un legislador *stricto sensu*, como de una autoridad judicial de alcance plenario.

Como soporte de lo afirmado, la Corte Suprema acude inicialmente al artículo 28 de la Corte Internacional de Justicia, donde se “reconoce como fuente de derecho, con los tratados internacionales, a la jurisprudencia y la doctrina, superando a la ley como su fuente exclusiva”.

En suma, ahora acude al numeral 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

También, se apoya en el artículo 9 del Pacto de San José, ya mencionado arriba, y en el numeral 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que señala: “El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito, según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

Dichas normas internacionales, según la Corte Suprema, “claramente aluden a los principios generales del derecho internacional como fuente del derecho penal internacional, aun frente a la inexistencia de tratado o ley que así lo disponga”, con el fin de lograr la sanción de los individuos que cometen crímenes atroces aunque en el ámbito doméstico, se reitera, no existiera una ley previa que describa ese determinado comportamiento como punible.

La Corte agrega que ello encuentra su justificación en “la lucha contra esa grave criminalidad que agravia a la humanidad”, dado que se trata de una “delincuencia auspiciada –o sistemáticamente cometida– por los Estados totalitarios que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos”, antecedentes que además excusan una restricción mayor a las garantías del reo.

Por ejemplo, para el juzgamiento del exterminio de la población de Camboya¹², en el 2006 la ONU instaló salas extraordinarias en las que se juzgó y condenó al líder del régimen de los Jemeres Rojos, a pesar de no existir la ley patria que determinara que esos hechos eran considerados como crímenes internacionales. De igual manera, otras fuentes de

¹² Se refiere a la condena contra Kaing Guek Eav por el exterminio de la tercera parte de la población de Camboya, entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, lapso en el que se vivió la tiranía del régimen marxista-lenista-maoista de los Jemeres Rojos.

limitación al principio de legalidad fue lo ocurrido en Suramérica, particularmente en Uruguay¹³, Chile¹⁴, Perú¹⁵ y Argentina¹⁶.

Con ese antecedente, la Alta Corte de nuestra jurisdicción ordinaria manifiesta:

Así, se puede afirmar que so pretexto de la omisión legislativa interna, no es dable abstenerse de castigar los delitos internacionales, en una doctrina construida a partir de casos en que era notoria la incidencia que tenían los perpetradores en los legisladores, quienes ya por intimidación, connivencia o simple indiferencia, se abstenían de incorporar a la legislación nacional la tipificación de tales conductas.

Por lo tanto, y como da cuenta la misma Sala en la misma providencia, los tratados internacionales se han reconocido como fuente de derecho penal, “con indiferencia de la ley que los concrete y viabilice; y por tal razón, desde su entrada en vigencia, se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional”¹⁷.

La Corte Suprema recuerda, con fundamento en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, que:

¹³ Caso “Plan Cóndor”, sentencia contra José Niño Gavazzo Pereira y otros. En el mismo sentido, la sentencia contra Juan María Boardaberry el 10 de febrero de 2010.

¹⁴ Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros). También, la sentencia contra Alberto Fujimori, el 19 de abril de 2009.

¹⁵ Sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 14 de marzo de 2001 en el caso Barrios Altos.

¹⁶ La Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el “Caso Simón” profirió sentencia el 14 de junio de 2005, dejando sin efecto a las leyes de punto final y de obediencia debida dictadas en dicho país (las 23.492 y 23.521), que favorecían la impunidad de los delitos cometidos durante los periodos de las dictaduras militares.

¹⁷ Auto del 13 de mayo de 2010, radicado 33118.

[...] se considera que es un principio del derecho de gentes que entre las relaciones entre los Estados contratantes las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado, y que así mismo una parte contratante no puede invocar su propia constitución ni su legislación interna para sustraerse de las obligaciones que le imponen en derecho internacional el cumplimiento de los tratados vigentes.

En ese orden de ideas, se despachó desfavorablemente el recurso de alzada con respecto a la vigencia de las leyes en el tiempo, permitiendo que una ley posterior y desfavorable al reo se aplique retroactivamente, con base en lo previsto en el ámbito internacional en las costumbres, los tratados, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina, “superando a la ley como su fuente exclusiva”, es decir, flexibilizando el principio de legalidad.

La intención altruista que motivó a la comunidad internacional a flexibilizar el principio de legalidad, ante la ocurrencia de los crímenes internacionales, y a adoptar esos criterios de interpretación dentro de nuestro ordenamiento interno no ha sido objeto de total acogida por los doctrinantes y académicos de nuestro país. Es el caso de, *verbi gratia*, Fernando Velázquez Vásquez (2012) cuando pone en conocimiento su posición sobre la flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravian a la humanidad, analizando a su vez lo argüido en la sentencia en comento, al manifestar:

Por eso, en el pasado más reciente, tanto la Sala de Casación Penal ¹⁸ como la Corte Constitucional¹⁹ –y, por supuesto, la Fiscalía General de la Nación– proclaman el imperio de institutos tan odiosos como la imprescriptibilidad de la acción penal, la aplicación retroactiva de la misma en desfavor del reo –cosa que también se hace en el caso en examen–, la analogía *in malam partem*, la constitucionalidad de los tipos penales indeterminados, la conformidad con la Carta fundamental de penas privativas de la libertad de muy larga duración, la aplicación directa de los tratados internacionales sin que pasen por el tamiz del Congreso de la República ni sean desarrollados por las leyes. Es más, se introducen en forma directa, como en los tiempos más aciagos del positivismo ferriano, consideraciones de tipo peligrosista propias de un derecho penal de autor en contravía de uno de acto, no solo en el ámbito del derecho penal sustantivo sino en el procesal; se desconocen elementales principios en materia de la valoración de los medios de prueba; se pisotea el debido proceso, etc. En fin, se arrasa de manera franca y abierta con el ideario demoliberal que inspira el programa penal de la Constitución vertido en los títulos preliminares de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, y en su lugar, con el pretexto de aplicar el “nuevo derecho”, el Derecho penal es ahora lo que digan los jueces de turno.

Por ello, para los redactores de la providencia en examen suena desafinado que un Magistrado con Funciones de Control de Garantías de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, con ocasión de la aplicación del procedimiento de la mal llamada Ley de Justicia y Paz, reivindique –de verdad– el principio de legalidad de

¹⁸ Véase, por ejemplo, Auto del día 13 de mayo de 2010, radicado 33118, que por lo demás, se apoya en diversos pronunciamientos sobre la materia.

¹⁹ Bien significativas, entre otras muchas otras decisiones, son las Sentencias C-578 del 30 de julio 2002 y C-580 del 31 de julio 2002.

los delitos y de las penas, y se niegue a imputarle a un temible criminal paramilitar los crímenes cometidos antes del 25 de julio de 2001 como atentados contra el Derecho Internacional Humanitario y, en su lugar, se los atribuya como comunes.

Siguiendo ese mismo hilo y sobre el ordenamiento interno versus el ordenamiento internacional, dice Velásquez (2012):

Es decir, se pretende que es lícito y viable pisotear el orden jurídico para dar primacía a los tratados internacionales que, ahora, pueden ser aplicados de forma automática en Colombia como si la Constitución no señalara los mecanismos para incorporarlos al ordenamiento patrio (art. 150 núm. 16) –que no acoge las concepciones monistas radicales en materia de las relaciones entre el derecho internacional y el nacional, en virtud de las cuales la norma internacional ni siquiera requiere ser incorporada al ordenamiento interno¹¹– y no existiese un modelo de Estado definido en la Carta Política que impide semejante exabrupto. Es más, tras esa postura se evidencia una ignorancia crasa en materia de los dictados del derecho internacional público que, como advierte el profesor Hernán Valencia Restrepo en su monumental tratado sobre la materia, conoce diversos sistemas en materia de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno yendo desde las concepciones dualistas o pluralistas, pasando por las monistas, hasta llegar a las denominadas tesis coordinadoras que encuentran acomodo en el ordenamiento patrio.

Como puede verse, el principio de legalidad sufre un cambio o una flexibilización frente a la comunidad internacional al dar aplicabilidad en el tiempo a la sanción de crímenes

internacionales, así para la fecha el legislador no los haya contemplado dentro de su marco jurídico y así no hayan sido incorporados por el legislador dentro de la formalidad de los tratados o convenios internacionales. Todo esto por entrar en consonancia con el derecho internacional, postura no aceptada por muchos doctrinantes y académicos de nuestro país dado un desconocimiento de la Constitución Nacional que afecta el principio de seguridad jurídica.

5.4 Principio de oportunidad.

Debemos indicar que el principio de oportunidad surge como una de las medidas de política criminal implementadas por el Estado ante la agudización de la crisis social en su expresión delito-delinuencia. Esto se debe a que los instrumentos jurídicos tradicionales, añejados por el sistema procesal penal mixto y basado en el inamovible principio de legalidad, son insuficientes para dar una respuesta eficaz y efectiva a la sociedad a fin de reducir todos aquellos aspectos que contribuyen a dicha crisis social.

Tal situación fue más visible cuando la sociedad no creía en la capacidad de sanción del Estado por el avance de la criminalidad. Además, la falta de capacidad de persecución y sanción en tiempo real, aunada a otros factores como la apertura de mercados y el desarrollo tecnológico, dieron crecimiento a información proveniente de Oriente o de Occidente, que obligó al Estado a revisar otros factores no propios como los delitos transnacionales, el narcotráfico, el lavado de activos y el terrorismo. En suma, estos delitos permitieron que en 1991 se implementara, a través del referéndum, la convocatoria para una asamblea nacional constituyente, que a la postre modificó la Constitución de 1886 dando un paso a la modernización de sus estructuras judiciales, en busca de realizar la

justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional (Molina, 2007).

Con la búsqueda de esa justicia, se cambió el modelo de derecho procesal penal de mixto (escritural) a acusatorio (oral), creando nuevas figuras como el juez de control de garantías y el principio de oportunidad. Esta última figura, incorporada en la Constitución Política de Colombia de 1991, ingresa con el Acto Legislativo 03 de 2002. Académicos como Alfonso Daza González (2006) se pronunciaron indicando que es una excepción al principio de legalidad, mientras que otros como Carlos Arturo Gómez Pavejeau (2000) consideraron que es subsidiario del principio de legalidad y que ambos son de rango constitucional.

En lo referente a las interpretaciones terminológicas, según el diccionario de la Real Academia Española (2014), el concepto de principio significa “base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia”. La sustancia de los principios consiste en que constituyen normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de una comunidad respecto a los problemas fundamentales de su origen; igualmente, el vocablo principio deriva del latín *principium*, cuyas principales acepciones son “inicio” y “fundamento” (Flórez, 1990, p. 63).

Según Ronald Dworkin (1997), los principios jurídicos establecen metas o fines, pero no pautas concretas de comportamiento. La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de orientación que dan.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-673 de 2005, indica que existen dos concepciones que se refieren al principio de legalidad frente al principio de oportunidad, así:

[...] de conformidad con una primera concepción, el principio de oportunidad resultaría ser la antítesis del principio de legalidad, por cuanto el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio. Tal es el caso de los países en los cuales no está previsto el principio de oportunidad, como ocurría en Colombia antes del Acto Legislativo 03 de 2002.

Una segunda concepción entiende el principio de oportunidad como una manifestación del principio de legalidad. También se le conoce como principio de oportunidad reglada, y consiste en que el legislador establece directamente las causales de aplicación de dicho principio, por ende, el fiscal únicamente puede invocar aquellas que previamente se encuentren consagradas en la ley.²⁰

Sergio Iván Estrada Vélez (2011), luego de hacer un estudio de diversas sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana, indica que “los principios jurídicos son

²⁰ “Tal es el caso, por ejemplo, de Alemania, donde la normatividad procesal penal establece las siguientes causales: (i) cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal; (ii) cuando se opongan intereses estatales prioritarios; (iii) en los delitos de acción privada y (iv) cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo” (Roxin, 1997, p. 90).

“En otros países, como en Francia, la regla general es la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, usualmente conocida como “*opportunité de poursuites*”, pero sujeta a ciertas limitaciones, tales como la imposibilidad de desistir libremente una vez ejercida la acción penal o la obligación de ejercer la acción penal siempre que el perjudicado por el delito se constituya en parte civil” (Diez-Picaso, 2000, p. 14).

“En el sistema acusatorio americano, por su parte, el fiscal goza de una cierta discrecionalidad para sustraerse de la acusación, mediante la figura del *plea bargaining* por razones tales como la ausencia de causa probable, la insuficiencia de la prueba o la victimización innecesaria del ofendido” (Chiesa, 1993; Vitalote, 1991 citado por Guerrero, 2005, p. 143).

normas jurídicas prevalentes, parámetros para la determinación de la constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento” (p. 32), y más adelante agrega:

En Colombia, parece que tanto académicos como aplicadores de la norma jurídica se adhieren a la teoría fuerte-débil que considera los principios normas jurídicas pero subsidiarias a la ley, mandatos de optimización dentro del ámbito de lo justo y de aplicación exclusiva por el método de la ponderación. (p. 33)

A esto hay que sumarle los argumentos que el principio de oportunidad ha tenido a su favor por parte de los académicos. Alfonso Daza González, Julián Álvarez Ruiz y Angélica Suárez Mendoza (2009, p. 42) afirman que:

[...] la doctrina especializada ha acuñado diversos argumentos a favor de la aplicación del Principio de Oportunidad, entre los cuales sobresalen la posibilidad de reaccionar a la infracción de forma proporcional cuando se presenta la falta de interés público en la persecución de delitos con escasa lesión social, la estimulación de la pronta reparación a las víctimas, el soslayo de los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad, el favorecimiento del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y, en general, el tratamiento diferenciado de los hechos punibles que deben ser perseguidos, en todo caso, de aquellos frente a los cuales no cabe una reacción estatal violenta.

Tales argumentos se ven materializados para nuestro caso con la modificación del artículo 250 de la Constitución y su desarrollo legal en la Ley 906 de 2004.

Los principios de oportunidad se aplican mediante ponderación, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas, porque son mandatos de optimización al ordenar que algo se realice en la mayor medida posible. Lo anterior es diferente de las reglas, que se aplican mediante subsunción²¹ a ser mandatos definitivos al contener determinaciones en el ámbito fáctico y jurídicamente posible (Alexy & García, 2015).

Con respecto a los motivos que justificaron la inclusión de la figura del principio de oportunidad en nuestra Carta Magna, se acudió en la Sentencia 673 de 2005 al proyecto de acto legislativo 237 de 2007 surtido en la Cámara, así:

En el texto del “Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara, por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política”²², se expusieron los siguientes motivos: (i) se trata de un principio que se viene aplicando “en forma larvada”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial; (ii) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (iii) constituye “una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal”; (iv) ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema

²¹ “Subsunción: Acción o efecto de subsumir”.

“Subsumir: Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general”. (Real Academia Española, 2014).

²² Gaceta del Congreso N.º 134 de 2002.

americano constituye la regla y se traduce en las figuras del *plea guilty* o confesión dirigida a evitar el juicio, y del *plea bargaining*, es decir, negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado; (v) es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y (vi) bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.

De los debates²³ que antecedieron la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002, en lo que concierne al principio de oportunidad, evidencia que la inclusión del mismo en la Constitución se justificaba por cuanto: (i) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (ii) se descongestiona y racionaliza la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social; (iii) los modelos acusatorios americano y europeo consagran dicho principio, aunque la fórmula adoptada no responde exactamente a ninguno de ellos por cuanto el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo, sino que tiene que acudir ante el juez de control de garantías e invocar alguna de las causales expresamente señaladas en la ley; (iv) en el caso de reparación integral de las

²³ Gaceta del Congreso 148 del 7 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso 157 del 10 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso 232 del 14 de junio de 2002; Gaceta del Congreso 401 del 27 de septiembre de 2002; Gaceta del Congreso 432 de 2002; Gaceta del Congreso 531 del 21 de noviembre de 2002; y Gaceta del Congreso 110 del 11 de marzo de 2003.

víctimas, no se justifica seguir adelante con la acción penal, en especial, en delitos de contenido económico.

Sobre las características del principio de oportunidad, en la misma Sentencia de constitucionalidad C-673 de 2005, indica el Alto Tribunal:

[...] (i) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; (iii) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; y (iv) su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

No obstante, la Corte Constitucional, con el análisis a las discusiones efectuadas por el legislador para desentrañar su voluntad en lo pertinente al principio de oportunidad en torno a la Ley 906 de 2004, indicó:

Pues bien, un examen atento de los antecedentes legislativos²⁴ del nuevo C.P.P., en materia de principio de oportunidad, evidencia que partiendo del texto del Acto Legislativo 03 de 2002, fue la voluntad del legislador: (i) diseñar un modelo acusatorio propio con aplicación del principio de oportunidad reglado; (ii) antes que ser concebido como un simple mecanismo de descongestión de la justicia penal, se

²⁴ Gaceta del Congreso 564 de 2003; Gaceta del Congreso 89 del 25 de marzo de 2004; Gaceta del Congreso 104 del 26 de marzo de 2004; Gaceta del Congreso 44 del 26 de febrero de 2004; Gaceta del Congreso 167 del 4 de mayo de 2004; Gaceta del Congreso 200 de 2004; Gaceta del Congreso 378 del 23 de julio de 2004.

buscó con aquel racionalizar la ejecución de la política criminal del Estado; (iii) se establecieron diversos límites normativos y controles materiales judiciales concretos y efectivos al ejercicio de dicho principio, en el sentido de que no quedase su aplicación al completo arbitrio de la Fiscalía General de la Nación; (iv) fue la voluntad del Congreso de la República que el principio de oportunidad se aplicase no solo para los delitos “*bagatela*” sino que también constituyó un instrumento para combatir el crimen organizado; y (vi) las víctimas fuesen tenidas en cuenta al momento de adoptar una decisión en la materia.

Por lo tanto, en la Sentencia C-738 de 2008, en atención a los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, se arguye que:

[...] la Corte ha reconocido que el principio de oportunidad, antes que una negación del principio de legalidad, es una manifestación del mismo, pues la abdicación estatal de la persecución del delito no se da como consecuencia del capricho de sus agentes, sino de la sujeción estricta de las hipótesis previamente definidas por la ley.

En la Constitución Política de 1991, se le atribuye a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal y la investigación de los hechos que revistan las características de un delito; por ende, como lo manda el constituyente, no puede renunciar, suspender o interrumpir la persecución penal. Sin embargo, como ya se acotó, mediante el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, el sistema de investigación cambió del mixto al acusatorio y con ello se modificó el artículo 250 de la Constitución, incluyendo dentro de nuestro

ordenamiento la figura del “Principio de Oportunidad”, lo que resulta ser la excepción a ese deber de ejercer la acción penal. Dicha modificación se puede apreciar en la Tabla 1.

Tabla 1

Modificación del artículo 250 de la Constitución Política de Colombia

Original	Artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002
<p>Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.</p>	<p>Artículo 250. [Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:] La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la</p>

política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.²⁵

Tal como se puede apreciar, la confección de los casos en los cuales se deba aplicar la mentada figura le fue delegada al legislador y, con base en ello, se promulgó la Ley 906 de 2004, que establece en el artículo 324 las causales o los supuestos en los cuales se podrá aplicar la mentada figura. Norma que a su vez fue objeto de modificaciones por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009 y luego por el artículo 40 de la Ley 1474 de 2011 (solo el numeral 18), para finalmente tener la siguiente disposición:

Artículo 324. Causales. [Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:] El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

²⁵ La cursiva es nuestra.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.

3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. En este evento, los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.
8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.
10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.
11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores y financiadores del delito.

15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al Fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de la respectiva organización.

17. [Numeral inexecutable].

18. [Numeral adicionado por el artículo 40 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:] Cuando el autor o partícipe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado. Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento. El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas.

Parágrafo 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del Título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de organizaciones delictivas.

Parágrafo 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera especial para el efecto.

Parágrafo 3o. [Parágrafo condicionalmente exequible] No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

Parágrafo 4o. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

Como se observa al final de la redacción del artículo 324 del CPP, se establecen varias prohibiciones a la aplicación de las causales, entre ellas y la que interesa a este trabajo, el previsto en el parágrafo 3, en lo atinente a los crímenes de lesa humanidad.

Sin embargo, si “(iv) fue la voluntad del Congreso de la República que el principio de oportunidad se aplicase no solo para los delitos “bagatela”, sino que también se constituyó (sic) un instrumento para combatir el crimen organizado”, como lo indicó el Alto Tribunal Constitucional en su Sentencia C-673 de 2005, entonces ¿por qué la prohibición si tenemos en cuenta que en Colombia son este tipo de organizaciones ilegales los mayores perpetradores de los crímenes de lesa humanidad?

Lo anterior nos lleva a indagar por los motivos que condujeron a implementar la limitación. Para hacer esto, debemos acudir al proceso de formación de la norma, recopilada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-648 de 2006, y de donde se extrae que el proyecto de ley fue radicado por el fiscal general en la Cámara de Representantes, en donde surtieron dos debates: el primero en la Comisión Primera Constitucional Permanente y el segundo en la plenaria de la misma Cámara, pero en ninguno de los textos aprobados se contemplaba la prohibición que nos ocupa.

Posteriormente, se dio el debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado y luego, durante las discusiones en la plenaria del Senado, se incorporó el párrafo tercero en el artículo 324. Esto a iniciativa del senador Rodrigo Rivera, quien manifestó lo siguiente:

Creo que hay que hacer referencia a la característica de crimen organizado, a los acervos probatorios que se hayan podido recaudar, y también creo que es necesaria una norma de exclusiones, de exclusiones taxativas, expresas. A mí se me antoja que el principio de oportunidad no se podría, por ejemplo, aplicar para la investigación de crímenes de lesa humanidad. Senador Jimmy Chamorro, usted que promovió aquí la ratificación de la Corte Penal Internacional, yo creo que el Congreso de Colombia no puede avanzar en la aplicación del principio de oportunidad para crímenes de lesa humanidad, para crímenes de guerra, para delitos que hacen parte de los compromisos internacionales de este país. Creo que allí tenemos una soberanía, senador Rojas, restringida [...]. Colombia tiene compromisos internacionales en esa materia, que hacen que nuestra competencia sea limitada, por ejemplo, para aplicar el principio de oportunidad [...]. Creo que hay que hacer un listado de exclusiones para que a ciertas

conductas, ciertas clases de delitos, que representan un compromiso de Colombia con la humanidad y no el ejercicio autónomo de la plena soberanía colombiana, y otras conductas que tienen que ver con contenidos jurídicos de muy alta sensibilidad para este país, se excluyan de la aplicación del principio de oportunidad. Me parece que también puede ser sustancialmente fortalecido, creo que allí se establece un control muy formal y no un control sustancial por parte del juez de garantías, y creo que es indispensable que el juez de garantías tenga un papel mucho más importante para que su control no solamente sea desde el punto de vista formal sino también sustancial en relación con esos acuerdos. (Sentencia C-648/06)

En atención a que los textos aprobados tanto en la Cámara como en el Senado fueron diferentes, se creó una comisión accidental de conciliación cuyo resultado fue aprobado por ambas plenarios, ratificando la prohibición prevista en el parágrafo 3 del artículo 324, dados los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en torno a la protección de los derechos humanos.

Sin embargo, ¿cuáles son esos compromisos internacionales? La respuesta la encontramos en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶ que a su vez fueron fundamento para las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, como la proferida en la Sentencia C-979/05 cuando examina la constitucionalidad de algunas normas que fueron demandas de la Ley 906 de 2004. De igual manera, sirvieron de fundamento para que algunas ONG, como el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (Boulin, s. f.), se refirieran a los compromisos que nos atañen con lo siguiente:

²⁶ Cfr. Corte I.D.H. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 174, 176 y 177. Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 184, 187 y 188. Estas sentencias han sido invocados y prohijados anteriormente en la Sentencia C-004 de 2003.

Adentrándose más en la temática de la responsabilidad por omisión, sostuvo la Corte IDH que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención” [4]. Por ello, “[e]l Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación” [5].

Este deber de prevención requiere todo tipo de medidas, que en un amplio espectro jurídico, político, administrativo y cultural promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales [6]. (Boulin, s. f.)

De lo anterior se colige que las obligaciones internacionales del Estado colombiano para la protección de derechos humanos desde lo judicial son las de prevenir, investigar seriamente, juzgar y sancionar a los responsables de tan deleznable conductas, garantizando la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición. Estos compromisos fueron los que llevaron a

nuestro legislador a considerar que el principio de oportunidad, dada su naturaleza, iría en contra de ellos contribuyendo a la impunidad, y así se justificó la prohibición del párrafo 3 del artículo 324 del CPP.

En diversas sentencias proferidas por la Corte constitucional, se ha hecho referencia al principio de oportunidad, pero solo con la C-648 de 2006 y la C-095 de 2007 se hace referencia al estudio de constitucionalidad del párrafo 3 del artículo 324 del CPP.

En relación con la Sentencia C-648/06, el demandante presenta tres cargos, uno de forma y dos de fondo, que son:

- (i) Vicios de procedimiento en la formación de la referida norma
- (ii) Primer vicio de fondo. Manifiesta que el párrafo 3 del artículo 324

[...] altera el contenido del principio de oportunidad, “de tal forma que por ejemplo una persona entregada en extradición por la justicia colombiana, por un delito de narcotráfico cometido tanto en nuestro país como en aquel que lo solicita en extradición, y que por esa razón es investigado en nuestro país, de acceder a la petición, no obstante, se le debe seguir investigando y juzgando en nuestro país; cuando lo que se perseguía con el principio de oportunidad era que el fiscal, en un acto de discrecionalidad, decidiera dejar de investigarlo, precisamente porque la justicia lo entregó en extradición y así descargar ese hecho de investigación y juicio de nuestro sistema.

(iii) Segundo vicio de fondo. Refiere una incompatibilidad entre el contenido del artículo 324, parágrafo 3, y el del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional al considerar que

[...] no se compagina con la prohibición absoluta consagrada en el parágrafo 3 de que no se aplique el principio de oportunidad para los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, cuando curiosamente del contenido del Estatuto de Roma, con el que se adopta el régimen de la Corte Penal Internacional, normatividad que ya fue aprobada y ratificada por Colombia, mediante la Ley 742 de 2002, revisado por esa corporación, allí se incluye la posibilidad de que se aplique el principio de oportunidad, tal como en los siguientes eventos: literal d) artículo 17, literal c) numeral 2 artículo 54, mientras que el legislador colombiano le cierra la misma posibilidad al Fiscal General de la Nación. Es decir, como siempre queremos ser más papistas que el Papa.

Sobre los cargos de inconstitucionalidad formulados respecto a la formación de la norma objeto de demanda, la Corte la declaró exequible al considerar que la incorporación del parágrafo 3, en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, respetó los principios de identidad y consecutividad, al indicar entre otras razones:

En efecto, la conexidad directa que existe entre el parágrafo acusado y el artículo al cual pertenece reside en la relación que existe entre el género y la especie. El artículo 324 regula el tema de las causales para la aplicación del principio de oportunidad. A su turno, el parágrafo acusado establece un límite a dichas causales –formuladas en

términos generales— mediante la exclusión de su aplicación a cierta categoría de delitos considerados de especial gravedad. Además, el punto de la articulación del principio de oportunidad con la competencia de la Corte Penal Internacional y con el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia penal fue objeto de debate a lo largo de todo el proceso de formación del articulado. Esto obedeció a la inquietud que despertaba en algunos parlamentarios el hecho de que el principio de oportunidad generara impunidad para delitos que revisten especial gravedad, mientras que para otros era precisamente este principio el que permitiría construir casos sólidos contra los autores de tales delitos, usualmente cometidos por poderosas organizaciones criminales.

Ahora, en lo concerniente a los vicios de fondo planteados por el demandante, la Corte se declaró inhibida al considerar que la demanda no cumple con los requisitos mínimos que debe satisfacer todo ciudadano para llevar a cabo el estudio de constitucionalidad respecto al reproche planteado, puesto que las razones deben ser pertinentes, suficientes, específicas y definir con claridad cómo la disposición acusada desconoce o vulnera la carta política, conforme se explica en la Sentencia C-1052 de 2001, carga que no se cumplió en este caso.

No obstante, sobre el primer vicio de fondo la Corte indicó:

Este raciocinio, lejos de constituir un cargo de inconstitucionalidad, es una interpretación del actor sobre la posible aplicación de la norma bajo estudio a un caso concreto relacionado con un proceso por narcotráfico. De tal manera, es una afirmación basada en apreciaciones subjetivas del actor, que no se deduce directamente del contenido textual de la norma bajo estudio. Por otra parte, no se

indican las normas constitucionales que se consideran vulneradas. En relación con esta afirmación, pues, la Corte habrá de inhibirse para decidir.

Y en lo pertinente al segundo vicio de fondo, la Corte manifestó:

Esta afirmación no constituye un cargo de inconstitucionalidad, puesto que no se señalan las disposiciones constitucionales supuestamente vulneradas con la diferencia entre el tratado internacional que se cita y el parágrafo 3.º del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal. En cualquier caso, lo dispuesto en los artículos 17 (d) y 54 del Estatuto de Roma se refiere no a la aplicación nacional del principio de oportunidad, sino a distintos aspectos de la competencia y procedimiento que se han de surtir ante la Corte Penal Internacional, por lo cual el razonamiento plasmado en la demanda carece de fundamento [...]

Posteriormente, con la Sentencia C-095 de 2007 se analizan nuevos cargos formulados por los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo y Carlos Enrique Campillo Parra, respecto al parágrafo 3 del artículo 324. El Alto Tribunal encontró el siguiente problema jurídico, que se desprende de los planteamientos esgrimidos en las dos demandas acumuladas:

[...] establecer si todas las conductas punibles que constituyen violaciones a los derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario o actividades de narcotráfico o terrorismo deben estar excluidas de la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad penal para suspender, interrumpir o extinguir la acción penal, o si dicha exclusión entraña un desconocimiento de la dignidad humana, del

derecho a la igualdad y del principio de independencia judicial. Si el anterior interrogante fuere resuelto en sentido positivo, es decir, si se admitiera que todas las violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho humanitario, o las actividades de narcotráfico y terrorismo deben estar expresamente excluidas de la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad penal, entonces sería menester definir si el párrafo acusado, por remitir al Estatuto de Roma para la definición de lo que ha de entenderse por violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho humanitario, deja por fuera conductas que deben ser incluidas dentro de esa definición.

Durante el estudio de los argumentos expuestos por el demandante Campillo Parra, se vio que el párrafo 3 del artículo 324 del CPP, por un lado, vulnera el derecho a la igualdad, pues la prohibición allí contemplada no permite aplicar la “regla según la cual todos los sujetos vinculados a los procesos penales deben ser tratados con la misma regulación, independientemente de la denominación que se le dé a la conducta que se juzga”; y por otro lado, plantea que esa prohibición, en el caso de los delitos más graves, impediría que las personas procesadas colaboraran con la justicia.

Respecto a tales posturas, la Corte manifiesta, en primer lugar, que “a juicio del ciudadano tal artículo de la Carta prohibiría las diferencias de procedimiento penal basadas en la distinta clase de delitos que se juzgan”. Sin embargo, a partir de lo argüido,

[...] omite señalar de qué aparte concreto de dicha norma superior emanaría tal regla. Tampoco explica por qué no es posible al legislador regular de manera diferente supuestos de hecho que también son diferentes, pues evidentemente no es la misma la

situación fáctica que da lugar al procesamiento de los distintos delitos, pues en todos ellos se trata de conductas diferentes, con efectos dispares en la afectación de distintos bienes jurídicos, de mayor o menor gravedad en la esfera de los intereses sociales y particulares, etc.

En segundo término, el demandante

[...] olvida que existen normas de la misma ley acusada que permiten a la Fiscalía retirar cargos o hacer más leves las pretensiones del escrito de acusación, a cambio de la cooperación del imputado. Desde este punto de vista, la demanda parece confundir el principio de oportunidad, que se aplica cuando la acción penal es innecesaria y excesiva, con los mecanismos de colaboración con la justicia y los beneficios reconocidos por ello en la ley [...]

Para terminar, se indica sobre este demandante que:

Finalmente, la demanda parte del supuesto según el cual del artículo 250 superior se desprendería que la independencia de la Fiscalía como parte de la Rama judicial no puede ser limitada sino por la propia Constitución, por lo cual no podría el legislador comprometer dicha independencia restringiéndole sus atribuciones de decretar la aplicación del principio de oportunidad. Empero, dado que dicha norma superior expresamente asigna al Congreso la facultad de señalar en qué eventos procede la aplicación del principio de oportunidad, la demanda no expone suficientes argumentos para demostrar que tal norma implicaría que no es posible excluir

conductas delictivas respecto de las cuales no procedería la aplicación de la mencionada oportunidad penal.

Debido a lo anterior, la Corte manifiesta que la demanda planteada “está afectada en todos sus cargos de ineptitud sustancial”, por lo cual profiere fallo inhibitorio.

Como lo expuso el mismo Tribunal, dicha ineptitud radica en que no se cumplió con: (i) señalar qué elementos materiales del texto constitucional son relevantes y resultan vulnerados por las disposiciones legales que se impugnan; (ii) no se explicó con claridad las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iii) las razones de inconstitucionalidad esbozadas fueron construidas a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan”; (iv) las razones deben recaer sobre una proposición jurídica real y existente, para que sean ciertas y no sobre una deducida por el actor.

Ahora, respecto a los cargos formulados por Gallón Giraldo, se acotó que:

Para este ciudadano, el parágrafo 3.º no comprende todas las conductas típicas que debían quedar excluidas de la aplicación del principio de oportunidad, porque para el señalamiento de los delitos excluidos, remite a aquellos que son de competencia de la Corte Penal Internacional según el Estatuto de Roma, y dicho Estatuto señala a ese Tribunal internacional una competencia restringida que se limita a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

Es decir, que no todas las violaciones a los derechos humanos, ni todas las infracciones al derecho humanitario son de competencia de la Corte Penal

Internacional, por lo cual algunas graves violaciones de derechos quedarían por fuera de la prohibición de aplicación del principio de oportunidad penal.

Luego de hacer un análisis del Estatuto de Roma conforme a lo indicado en la Sentencia C-578/02, la Corte expone que

[...] al actor le asiste razón cuando afirma que ciertos delitos, como por ejemplo un homicidio intencional o una violación que se produjeran por fuera de situación de conflicto interno o internacional y por fuera de ataques sistemáticos contra la población civil, o el tipo de genocidio político²⁷ podrían eventualmente llegar a ser objeto de la aplicación del principio de oportunidad. Y lo mismo podría decirse de otros delitos aislados de situaciones de conflicto interno o internacional, o de los mencionados ataques sistemáticos, como el secuestro, las lesiones personales, el abandono de menores, el infanticidio o el incesto, por citar algunos ejemplos.

Sobre la remisión que hace el parágrafo 3 del artículo 324 al Estatuto de Roma en lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, la Corte agrega lo siguiente:

Así pues, después de haber analizado detenidamente si la remisión al Estatuto de Roma contenida en el parágrafo 3.º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 implica que el principio de oportunidad podría llegar a aplicarse respecto de algunas graves violaciones a los derechos humanos que no caen dentro del ámbito de competencia de

²⁷ Sobre la penalización del genocidio político, puede verse la Sentencia C-177 del 14 de febrero de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz y la C-330 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

la Corte Penal Internacional, la Corte ha concluido que en algunos casos ello sí es posible. En tal virtud, para excluir esta posibilidad, declarará la inexecutable de la expresión “de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma”, contenida en este párrafo 3.º, pues ella restringe inconstitucionalmente la protección de los derechos humanos que constituyen los bienes jurídicos amparados por ciertos delitos descritos en algunos tipos penales del Código Penal y en otros tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado Parte.

Por lo anterior, la Corte resuelve: “Tercero. Declarar executable el párrafo 3.º de la Ley 906 de 2004, por los cargos estudiados en esta sentencia, salvo la expresión ‘de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma’, que se declara inexecutable”.

A partir de lo observado en las dos sentencias, podemos concluir que nos encontramos frente a la figura de la cosa juzgada constitucional conforme lo prevé el artículo 243 superior, respecto a los temas objeto de estudio y pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.²⁸

Así, ante la realidad social, con el objeto de reivindicar y garantizar la protección de los derechos de las víctimas, y de lograr la paz de Colombia, se han venido emitiendo leyes que incorporan en su articulado el principio de oportunidad como instrumento apto para ser utilizado en el proceso penal, ya sea el ordinario o el relacionado en la justicia transicional.

Por ejemplo, en la Ley 1448 de 2011 (“por medio del cual se dictan medidas de atención, asistencia, reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”) se incluyó el artículo 120, donde se dispuso en su inciso 3 que:

²⁸ Sentencias C-936/10, C-673/05, C-979/05, C-095/07, C-157/11, C-715/12, T-672/13, C-1154/05, C-209/07, C-575/06, C-738/08, C-988/06, T-907/12, T-984/05, C-648/06, C-1033/06, C-1144/10, C-762/09 y C-025/10.

“Quienes acudan al proceso y confiesen la ilegalidad de los títulos o el despojo de las tierras o de los derechos reclamados en el proceso se harán beneficiarios al principio de oportunidad previsto en el Código de Procedimiento Penal”.

Esta norma fue objeto de control constitucional en la Sentencia C-752 de 2012, en atención a que los demandantes alegaron la inconstitucionalidad de dicha norma, porque:

(ii) [...] vulnera los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, y consecuentemente desconoce las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, al violar los artículos 2, 29, 93 y 229 de la Constitución Política; los artículos 8 y 10 de la DUDH; los artículos 1, 2, 8, 21 y 25 de la CADH; los artículos 2 y 14 del PIDCP; los principios 5, 6 y 7.3f que forman parte de los Principios Rectores de los Desplazamientos internos (Principios Deng), y los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas.

En relación con el cargo referido, la Corte acogió el reproche de inconstitucionalidad al considerar que las causales del principio de oportunidad del aludido artículo 120 “desbordan los límites constitucionales impuestos al legislador por los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación”, y agregó:

De manera general, constata la Sala que del alcance normativo del segmento normativo analizado, se colige que la aplicación del principio de oportunidad se inserta dentro de un contexto de justicia transicional, lo cual sin embargo no es óbice para que tal aplicación no deba ceñirse a los postulados constitucionales, en

particular, al respeto de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. En este contexto de justicia transicional, recaba la Corte, si bien el Legislador goza de una amplia potestad de configuración para el diseño de las causales que permiten la aplicación del principio de oportunidad, esta libertad de configuración no es absoluta y tiene claros límites constitucionales en los derechos de las víctimas de los delitos y el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Con el fin de sustentar por qué acogió la solicitud de inconstitucionalidad, la Corte inicia por hacer una breve descripción de la norma; luego, recuerda pronunciamientos sobre los límites impuestos a los diseños de la causal del principio de oportunidad. También, se refiere a los argumentos expuestos por el Ministerio Público, y finalmente hace un recuento y una recopilación de las conclusiones a las que llegó durante el análisis de la disposición demandada.

En general, la Corte indica que con la disposición bajo estudio vulnera el orden justo y los derechos de las víctimas, el Estado desconoce sus deberes constitucionales, se quebrantan los límites constitucionales para la aplicación del principio de oportunidad y no se excluyen graves violaciones de derechos humanos en su aplicación. Concretamente, manifiesta:

En síntesis, esta norma en la cual se sustituye una adecuada estrategia de investigación por la confesión y aplicación del principio de oportunidad, resulta con múltiples problemas constitucionales, ya que: (i) comporta la renuncia del Estado a

investigar conductas delictivas que están relacionadas con graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario que han dado lugar al despojo, la usurpación y el abandono forzado de tierras, contraviniendo los mandatos constitucionales, la jurisprudencia de esta Corte y claros mandatos y estándares internacionales en la materia; (ii) la norma tiene como única estrategia investigativa la confesión del investigado en relación con la ilegalidad de los títulos y de los delitos que dieron lugar al despojo, la usurpación o el abandono forzado de tierras, puesto que el precepto solo condiciona la aplicación del principio de oportunidad a que se confiesen los ilícitos relativos a los títulos o al despojo de tierras; (iii) adicionalmente, la norma se aparta del principio de presunción de inocencia, ya que parte de una presunción de veracidad, renunciando a la necesidad de un mínimo de investigación y de prueba que permita colegir la autoría o participación en la conducta y su tipificación. De esta manera, no se exige en el precepto cuestionado prueba mínima de responsabilidad y ni siquiera tipificación de la conducta, toda vez que se alude solamente de manera general a la confesión del participante dentro del proceso de restitución.

Además, dicha disposición es ambigua porque vulnera los principios de legalidad, taxatividad y claridad al sustraer elementos objetivos que permitan configurar la finalidad pretendida, por ello agrega:

- i) No exige que para la aplicación del principio de oportunidad se corrobore la información expuesta por quien se presente con el fin de ser beneficiario del mismo.

ii) No señala la obligación de investigar cuáles fueron las circunstancias de ilegalidad en las cuales se adquirió o tomó posesión de los predios, esto es, la forma en la que se generó el despojo o desplazamiento de quienes tenían derechos sobre los bienes inmuebles frente a los cuales se adelanta el proceso de restitución.

iii) No señala el deber de investigar los móviles del delito de desplazamiento, los autores del mismo, los cómplices, las estructuras macrocriminales relacionadas con su ejecución y los demás delitos que se pudieran haber configurado con el fin de desplazar o despojar a la población.

iv) No establece ni delimita frente a qué delito se puede aplicar el principio de oportunidad, lo que permitiría incluso que de acuerdo a lo establecido por la norma, se dejen en la impunidad graves violaciones a los derechos humanos así como delitos de lesa humanidad.

Aunado a todos estos aspectos, la Corte también advierte “vacío en relación con la participación de las víctimas en este proceso, para la aplicación del principio de oportunidad”; por lo tanto, afirma que se están socavando “imperativos constitucionales derivados de tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del cuerpo de la constitución”.

Así las cosas, a partir de los pronunciamientos referidos se puede observar que la aplicación del principio de oportunidad, por su carácter excepcional, requiere de una gran rigurosidad al momento de su creación y de su aplicación, involucrando a todos aquellos que se vean afectados y beneficiados por él, a fin de garantizar que las obligaciones internacionales del Estado se cumplan y que los derechos de las víctimas se materialicen.

Igualmente, podemos observar que en la figura del principio de oportunidad no se reconoce la trascendencia del concepto de “principio”, y la Corte Constitucional considera que ese principio de oportunidad nace de la voluntad del legislador y que se siga viendo como norma jurídica subsidiaria a la ley. Así los doctrinantes consideren que este principio está a la altura del principio de legalidad o sea subsidiario o complemento de él, no existe claridad de su origen e importancia frente a lo que está afectando la aplicabilidad de la ley en nuestro Estado Social de Derecho.

5.5 Política criminal.

Como se observa a partir del inciso segundo del artículo 250 de la Constitución Política: “No se podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro de la política criminal del Estado”.

Entonces, ¿qué es la política criminal? Con el objetivo de acercarnos a una definición, debemos partir por lo que entendemos como política, para lo cual recurrimos a lo planteado por Aristóteles (1993, pp. 8 y 88):

En todas las ciencias y artes el fin es el bien; y el mayor y principal es el objeto de la supremacía de la disciplina entre todas, que es la política [...]. La política pertenece al campo de las ciencias prácticas que buscan el bienestar o la felicidad del hombre en su vida en sociedad, estudia la manera en que debe asegurar la felicidad. Es decir, es la ciencia de la conducta y los temas humanos [...]

A partir de esta consideración y enfocándonos en el individuo como centro de atención de los sistemas o modelos de Estado, abordaremos aquellos aspectos que han variado por la interpretación dogmática y del manejo de las sociedades que nos ha llevado a replantear el verdadero desarrollo de los sistemas judiciales y lo que dimensionan del real valor de la política criminal.

A Feuerbach (1803) se le atribuye la definición primaria de política criminal como el “conjunto de métodos represivos con que el Estado reacciona contra el crimen”. Debemos tener en cuenta un desarrollo evolutivo del concepto, considerando que el sujeto de la política criminal ya no es el Estado, sino la colectividad. Así lo describe Alberto Binder (2000) cuando define la política criminal como el “conjunto de métodos por los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”.

Debemos entender que la política criminal es una política de cada Estado que se aplica a una conflictividad social, en la que resultan violados derechos o bienes jurídicos que tienen protección legal. Pero no la podemos ver solamente como aquella que se circunscribe a las conductas que definen los delitos para asignarles una pena, dado que estaríamos frente a lo que se conoce como política penal, que la sociedad entiende como solución a sus problemas de criminalidad.

Sin embargo, este no es el verdadero contexto de la definición de política criminal; esa interpretación debe buscar la satisfacción de otras respuestas que están por fuera de lo penal y punitivo: garantizar la salud, la educación, el empleo y la satisfacción de servicios básicos, entre otros, y debe buscar resolver el tema del conflicto social con acciones diferentes de la penal (*ultima ratio*), como la resolución de conflictos con una justicia restaurativa que garantice la verdad, la justicia y la reparación.

Hay que hacer énfasis en que el Estado y todas sus estructuras deben trabajar en políticas de prevención por encima de la represión; es decir, ser gobiernos y administraciones proactivas. Debemos dejar de lado esas sociedades ilusionistas que solo responden a reflejos condicionados, que solo reaccionan ante las situaciones, pero no presentan propuestas de prevención para el futuro, sino que viven el día a día, sin entender que dichas decisiones desdibujan lo que el individuo entiende por justicia. Lo peor de todo es que no existe retroalimentación de las implementaciones de las leyes, no hay seguimientos serios y solo existe un afán creativo por fuera del contexto social, de orden económico y político, y en materia penal el problema carcelario.

Para una mejor comprensión de la política criminal, debemos analizarla desde tres componentes que nos interesan para nuestro tema y desde el punto de vista del delito, dado que los fundamentos político-criminales que cada uno abarca son distintos. Para ello, es pertinente aludir a los diferentes aspectos de la teoría del delito; los profesores Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malaree (1997, p. 139) indican: “la teoría del delito se construye a partir de una finalidad política-criminal de protección de bienes jurídicos”.

Por último, al hablar de bienes jurídicos, debemos considerar que es la evolución social o la interacción diaria de los sujetos y sus necesidades lo que indica que estas políticas son cambiantes y susceptibles de revisión y autocrítica. Por tal motivo, no podemos pensar que estas figuras sean perpetuas, menos frente al principio de oportunidad; desde ya dejamos planteado que los preceptos tomados y los argumentos que orientaron el principio de oportunidad han cambiado al día de hoy.

El segundo aspecto que revisan los profesores Bustos y Hormazabal (1997) es el sujeto responsable; debemos partir por su consideración de que “la persona no está sometida al

tutelaje del Estado, sino que es autónomo frente a él y más allá de eso que aquel es una construcción al servicio de ella y no al revés” (p. 39).

La concepción anterior está acorde con lo descrito por la Constitución en su artículo 1 (Colombia es un Estado Social de Derecho y está fundada en el respeto a la dignidad humana) y en su artículo 2 (cuando define el fin esencial del Estado de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, e indica que el Estado está para servir a la comunidad y que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas, es decir, que el factor principal de nuestra Constitución es el ser humano). Esto debe llevarnos a replantear las consideraciones desde las perspectivas del fortalecimiento de las estructuras del Estado y a enfocarnos en la recuperación de ese ser humano sujeto de deberes y obligaciones, como lo prevé el artículo 95 de la Carta Política.

Por lo anterior, debemos hacer un alto en el camino para orientar las reformas hacia el individuo como centro de atención del Estado y de la prestación de los servicios alrededor de él (entre ellos la justicia). Por eso, al analizar las conductas del individuo como integrante de este grupo social (en especial su responsabilidad), estas deben ser vistas como exigibilidad, pero no del individuo sino del Estado; es decir, el Estado debe plantearse si está en capacidad de exigir a una persona una respuesta determinada cuando no propicia las debidas condiciones, pues de lo contrario estaría en arbitrariedad con el entorno.

Respecto a las exigencias que el Estado tiene con el individuo, no pueden vulnerar el principio de igualdad en un mundo donde existen diferentes nacionalidades, culturas, situaciones económicas, etc., que nos hacen desiguales, y menos en una época en la que están desapareciendo las fronteras.

Si vamos más allá, al analizar en materia penal esa exigibilidad de reproche, o exigibilidad de conciencia de injusto, como lo llaman algunos doctrinantes, nos encontramos también con un aspecto de significancia para el infractor y no de conocimiento, como lo desarrolla la doctrina. Por ejemplo, para un sujeto ubicado en Occidente, un objeto puede tener una significancia de utilidad, mientras que en Oriente ese mismo objeto puede tener una significancia teológica o de costumbre, la cual está protegida por los sistemas penales y constitucionales de los países o las regiones.

Por lo tanto, podríamos plantear que para analizar al individuo en lo atinente a su comportamiento, tenemos que verlo en su entorno y no suponer que porque forma parte de una sociedad debe conocer sus leyes o normas, cuya transgresión implica una sanción. Es partir por cuestionar ese rigorismo de que por el hecho de formar parte de un grupo se presume el conocimiento de sus disposiciones legales, lo que hace que el individuo sea responsable socialmente de sus acciones o conductas.

El tercer aspecto que abordan Bustos y Hormazabal (1997) es la determinación de la pena: “De ahí también que, aunque haya delito y un sujeto responsable, puede llegarse a la conclusión en la determinación de la pena de que no ha de aplicarse, ya sea porque siempre va a implicar afectar a la indemnidad de la persona o bien porque no resulta necesaria” (p. 141). Este tema está muy relacionado con algunos aspectos que regulan el principio de oportunidad en la visión colombiana, y que muchos textos denominan como positivo y negativo en atención a su reconocimiento o a su descripción en las normas.

Regresando al tema sobre cómo se ha definido la política criminal, debemos acudir al planteamiento de Bustos y Bergalli (1983):

[...] es la política criminal la que señala, por una parte, cuándo ha de entrar en juego el derecho penal y, por otra, cuál debe ser la configuración concreta del mismo para cumplir su función específica en el ámbito de la política social encaminada a luchar contra la criminalidad.

Conforme a lo expuesto, ¿la legalidad es un riesgo para los sistemas de justicia restaurativa? Con el fin de responder este cuestionamiento, debemos mencionar un dato histórico: en los sistemas romanos germánicos, la aceptación de responsabilidades aportada por cualquier forma de justicia restaurativa siempre tuvo una barrera para este tipo de solución de conflictos, dado que se encontró con la figura de la legalidad, que no daba margen a concesiones y a acuerdos dentro de los conflictos de orden penal. Hoy en día, la justicia restaurativa es una forma de descongestión judicial, de pacificación social y de restauración de derechos.

Lo anterior se suma a que el sistema penal está impregnado por un estigma de derecho de castigo, pero un castigo visto no como aceptar formas de conciliación, ni pacificación, ni entendimiento entre las partes, sino como producir sufrimiento. Con respecto a la pena como uno de los eslabones finales de la operatividad del sistema judicial penal con principios garantistas, se vislumbra como la ruptura de cualquier conciliación; igualmente, se ve como la imposición vertical del Estado que busca sobreponer la ley como algo infalible, es decir, la ley y la justicia se imponen sobre el derrotado o violador de la ley, es la imposición del triunfador, lo cual no es reflejo de una verdadera justicia (este aspecto se visualizó a nivel internacional, con decisiones como las de los tribunales de Núremberg).

El doctrinario Javier Antonio Villanueva Meza (2011, p. 149) define la política criminal como:

[...] La pertinente, conveniente, oportuna y necesaria reacción social frente a la criminalidad (delito y delincuencia marginal y no marginal), mediante su legítimo vocero –Estado–. Reacción expresada en formas legales (reformas penales, del sistema penal y de procedimiento penal) y extralegales (económicas, políticas, institucionales y sociales, con énfasis en lo preventivo), de cara a reducir a sus mínimos niveles de expresión, todas las manifestaciones de criminalidad existente (combate definitivo contra las mismas).

Igualmente, la Corte Constitucional indicó, en Sentencia C-504 de 1993, que la política criminal puede ser articulada por el legislador a través de la expedición de normas. Por lo tanto, podemos resaltar que el Estado puede y expresa su política criminal bien bajo documentos políticos o bien bajo instrumentos jurídicos. Debe quedar claro que una vez estos instrumentos jurídicos son promulgados por el legislativo, pierden su carácter político y se enmarcan en la finalidad propuesta, la cual se compenetra con la función social, democrática y participativa del Estado colombiano.

En atención al punto anterior, planteamos el siguiente interrogante: ¿cuál es la debilidad de la política criminal contemporánea y en especial de la colombiana? Debemos partir por reconocer que los Estados, sobre todo los latinoamericanos, presentan una deficiencia programática, una falta de estudio y planificación, lo cual se refleja en esa respuesta de los Estados en la exacerbada represión penal (inflacionismo penal o sobrecriminalización).

De esta manera, se puede afirmar que la política criminal de un Estado no se refleja en el número de normas expedidas, sino que se debe partir de que las normas son un factor que confronta los desarreglos sociales. Sin embargo, cuando el legislador prevé cualquier

comportamiento humano como transgresor de las conductas de convivencia, lleva al aumento desmesurado de normas que satura los sistemas judiciales.

Lo que se advierte de dicho aumento normativo de carácter represivo y punitivo es que el legislador dicta muchas disposiciones en situaciones coyunturales, en busca de apaciguar las desigualdades sociales y la falta de satisfacción de necesidades primarias de la sociedad, trayendo con ello perversión de fórmulas legales (tipos penales incompletos que deben remitir a otras normas, generalmente administrativas, modificables a discreción del ejecutivo o de las situaciones coyunturales), y pretende con esa medida afrontar la creciente criminalidad, pero solo para atender a una sociedad habida de castigo y desarticularla del actual sistema de justicia premiada o negociada.

No podemos olvidar que la criminalidad es el resultado del desarrollo económico y social de las sociedades liberales, hoy de corte social y democrático. Entonces, no podemos ver la criminalidad como algo aislado, sino que ella misma aumenta en igual proporción que la humanidad y los entornos socioeconómicos de los países. Por lo tanto, sus políticas y planes de gobierno de corta proyección, en últimas, son los que han originado criminalidad, marginalidad y exclusión.

Este enfrentamiento, que se refleja en la expedición de normas propias de los Estados liberales que vieron en la norma y en la intervención estatal directa una forma de buscar el equilibrio en una sociedad, se da con las nuevas tendencias de los Estados de corte democrático y social, que promulgan un intervencionismo estatal mínimo o un derecho penal mínimo o de *ultima ratio*. Esta situación no es cierta si se lleva a la sociedad colombiana, dado que podemos afirmar que la legalidad –que es reconocida como un fin supremo de los Estados– se ve disminuida por los aumentos en los índices de criminalidad, y por la falta de una reacción judicial, legislativa y administrativa (satisfacción de

necesidades básicas) que realmente permita disminuir y prevenir este aumento de descomposición social.

En suma, es pertinente traer a colación la Sentencia C-468 del 15 de julio del 2009, en donde se reitera lo indicado en el párrafo anterior, en punto a resaltar que conforme lo manda la Carta Magna, al Congreso de la República es al que se le atribuye la competencia para diseñar la política criminal del Estado, y al que le corresponde definir cuáles conductas constituyen delitos, qué penas deben imponerse y cuál es el procedimiento a seguir para aplicar la sanción respectiva.

No obstante, respecto a la política criminal también ha venido interviniendo activamente la rama judicial, tal como se desprende de la Sentencia C-646/01, donde se identifican algunos temas que nos permiten acreditar e identificar cómo a través de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional se ha ido variando la política criminal, entre ellos:

- 1- Cuando los jueces en sus decisiones definen los bienes jurídicos que se deben proteger a través del orden jurídico penal.
- 2- Determinan los instrumentos a través de los cuales se protegerán esos bienes jurídicos; señalan las competencias de los jueces y los procedimientos aplicables en materia de persecución de los delitos.
- 3- Establecen el aumento punitivo coherente con la gravedad de la conducta delictiva.
- 4- Determinan el tratamiento de la delincuencia política, distinguiéndola de la delincuencia común y otorgan un tratamiento diferenciado.
- 5- Fijan los criterios para descongestionar los despachos judiciales y lograr mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia.

6- Determinan las penas clasificándolas en principales y accesorias; al graduar la intensidad de la respuesta estatal frente a las conductas que afectan un determinado bien jurídico cuya protección se ha considerado necesaria, permitiendo con ello variar, disminuir y suprimir penas.

7- Establecen criterios sobre protección a intervinientes en el proceso penal.

8- Determinan las causales de detención preventiva, como instrumento para perseguir adecuadamente el delito, pero siempre dentro de criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garantizan la libertad personal como derecho fundamental.

9- Definen el papel y las funciones de los instrumentos del derecho penitenciario y carcelario.

10- Establecen criterios de mitigación y humanización de la sanción punitiva, mediante el establecimiento de subrogados penales y señalando los plazos para la prescripción de la acción penal.

La Constitución Política, también le ha dado facultades a la Fiscalía General de la Nación, como la establecida en el artículo 251, numeral 4, de participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley, al igual que al Consejo Superior de la Judicatura, en el artículo 257, numeral 4, de proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia otorgada. Dichas facultades son la patente para indicar que con su participación activa o pasiva están creando la política criminal del Estado colombiano. También, el término de política criminal ha sido definido por la misma Corte en la Sentencia C-646 del 2001 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 intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.

A partir de lo aludido, podemos afirmar que en el legislativo recae la facultad de creación de normas que forman parte del grueso del conjunto de respuestas a conductas consideradas como reprochables, por lo cual es la rama del poder que debe afrontar la responsabilidad de racionalizar esa capacidad creadora. Esto último para evitar que tantas normas o tantos cambios en el sistema legal la lleven a desacreditar como una forma de represión y se oponga al espíritu del sistema acusatorio de las negociaciones, al igual que no permiten desestimular en la sociedad la propensión al delito, pues afectan derechos fundamentales como la libertad.

Dentro del desarrollo jurisprudencial, se ha tratado de identificar los límites que tiene el poder legislativo en el diseño de la política criminal. Para esto, se han definido unos límites explícitos (como que al legislador le está prohibido establecer las penas de muerte (artículo 11), así como el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (artículo 34), y someter a cualquier persona a tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12)) y unos límites implícitos. El legislador debe propender a la realización de los fines esenciales del Estado, como garantizar y respetar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo (artículo 2).

Sin embargo, ¿los aumentos de penas y la prohibición de aplicar el principio de oportunidad para ciertos delitos realmente son una forma adecuada de política criminal para afrontar las diferentes conductas que agobian a la sociedad? Aquí se parte de que no se

cuenta con sistemas penitenciarios adecuados que permitan recuperar a ese individuo que ha quebrantado las disposiciones legales y se ha visto sometido al poder del Estado. Podemos decir que no es, ni ha sido, la mejor fórmula o política criminal empleada, pues el Estado no ha esquematizado su mayor esfuerzo desde otros campos como lo social, cultural, económico o policivo (preventivo), etc. Estos aspectos, de implementarse en debida forma, contribuirían hoy en día no solo a prepararnos para el posconflicto, sino también para que realmente se materialice un orden justo para una paz duradera. Por el contrario, mantener la base de la política criminal en la represión y la sanción penal es seguir enviando el mensaje equívoco de que la violencia es la única manera de solucionar nuestros conflictos.

Debemos entender que la limitación de derechos fundamentales para resocializar al sujeto que ingresa al sistema carcelario se ha convertido en una utopía, dado que el hacinamiento carcelario que hoy nos agobia por el incremento de conductas penalizadas nos lleva a una negación de los derechos fundamentales que se ven afectados, bajo la premisa o realidad de que el Estado no se encuentra en capacidad de resocializar su población carcelaria.

Se encuentra que, tal vez irónicamente, mientras que se implementan en Colombia el sistema penal acusatorio y figuras como el principio de oportunidad reglada como herramientas para que el Estado cumpla con los fines constitucionales encomendados, el legislativo incrementa las conductas penales y las prohibiciones para que el principio de oportunidad sea aplicado en diversos delitos, entre ellos los considerados de especial gravedad.

Esta es una realidad que nos lleva a reafirmar lo sostenido por el profesor Juan Carlos Forero Ramírez (2013):

[...] siendo entonces el principio de legalidad, como ya dijimos, una utopía al no existir, frente al caso concreto, una respuesta del Estado frente a la comisión de todas las conductas punibles que se perpetran al interior de su territorio, surge el “mal necesario”, para algunos, del principio de oportunidad [...]

Por ello, garantizar un equilibrio social en la expedición de normas no es la mejor prenda de garantía cuando existen otros sistemas que originan desequilibrio y no garantizan un equilibrio social o la búsqueda del bien para los gobernados.

5.6 Cosa juzgada constitucional.

La cosa juzgada constitucional se predica a partir de los pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional, en el ejercicio del control jurisdiccional que se le ha encomendado, conforme lo prevé el artículo 243 de la Constitución Política.

Dentro del desarrollo normativo, en 1996 se promulga la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270), en donde se dispone la estructura de la jurisdicción constitucional (artículo 43)²⁹, y las reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en

²⁹ Artículo 43. Estructura de la jurisdicción constitucional. La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política. El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.

desarrollo del control judicial de constitucionalidad (artículo 45)³⁰ y su alcance (artículo 48)³¹.

Con base en el artículo 23 transitorio de la Constitución y una vez surtido el trámite ante la comisión especial creada por el artículo 6 transitorio de la misma carta, se expidió el Decreto 2067 de 1991, “por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la corte constitucional”, que indica:

Artículo 22. La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21.³²

La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional, así esta no hubiere sido invocada en el curso del proceso.

³⁰ Artículo 45. Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.

³¹ Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, solo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación solo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

³² Incisos 2 y 4 (último) fueron declarados inexecutable por la Sentencia C-113-93.

La misma Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos³³, se ha ocupado de precisar el concepto, los presupuestos de existencia, la configuración, la función que cumple y los tipos o las categorías que existen sobre la cosa juzgada.

Por ende, se ha referido a ella como una medida que termina la controversia social planteada, evitando que “se reabra el juicio de constitucionalidad de una norma ya examinada y que una disposición declarada inexecutable sea reintroducida en el ordenamiento jurídico”, al adquirir los fallos la condición de inmutables, vinculantes y definitivos³⁴ con la finalidad de “propender por la seguridad jurídica y el respeto de la confianza legítima”.

En cuanto a la función que cumple, indica que por lo menos son dos, una negativa y otra positiva. La negativa: prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto; la positiva: proveer seguridad a las relaciones jurídicas.

Con base en ello, precisa que la cosa juzgada constitucional es fácil de identificar cuando un ciudadano demanda una norma que previamente había sido declarada como inconstitucional. Supuesto que no se presenta en todos los asuntos puestos a consideración, ya que la dificultad aumenta cuando una determinada norma acusada es declarada executable.

En esos casos, para que pueda hablarse en la nueva controversia de cosa juzgada en sentido estricto, deben analizarse los siguientes requisitos (Sentencia C-220/11 José Ignacio Pretelt Chaljub): (1) que sea sobre el mismo contenido normativo de la misma disposición examinada en oportunidad previa por la Corte Constitucional; (2) que los cargos sean idénticos a los analizados en ocasión anterior.

³³ Sentencias C-397/95, C-700/00, C-157/02, C-976/02, C-004/03, C-039/03, C-096/03, C-342/07, C-228/09, C-430/09, C-729/09, C-334/10 y C-220/11, entre otras.

³⁴ C-220/11.

En cuanto a la identidad de cargos, explica que se refiere a: (1) un examen de los contenidos normativos constitucionales frente a los cuales se llevó a cabo la confrontación, que implica revisar el contexto normativo en el que se aplica la disposición; y (2) la argumentación empleada por el demandante para fundamentar la presunta vulneración de la carta.

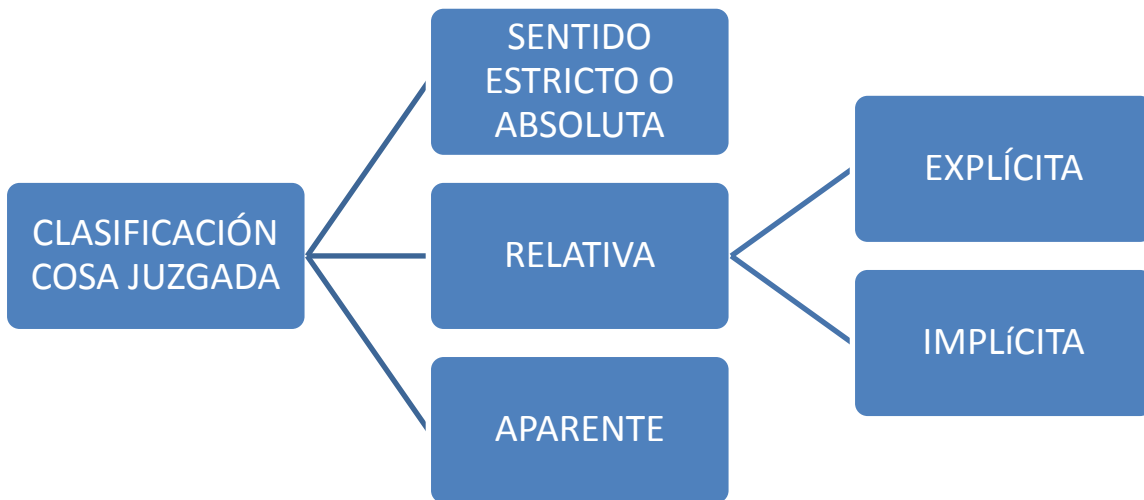
No obstante, se presentan eventos que no permiten hablar de cosa juzgada en sentido estricto o cosa juzgada absoluta. Por lo tanto, la misma Corte clasificó esos eventos como cosa juzgada relativa y cosa juzgada aparente, y los definió así:

- Cosa juzgada relativa: se presenta cuando el pronunciamiento se realiza únicamente por los cargos analizados en la respectiva sentencia. Lo que conlleva a que se puedan presentar nuevas demandas contra la misma disposición pero por cargos distintos. Sin embargo, de esta se derivan dos categorías, la explícita y la implícita.
 - a) Explícito: cuando en el respectivo pronunciamiento se hace referencia en la parte resolutive.
 - b) Implícito: se desprende de la *ratio decidendi* de la determinada providencia. Ello ocurre cuando por errores de técnica no se limita el alcance de la disposición de manera expresa en la parte resolutive.
- Cosa juzgada aparente: se presenta cuando la Corte, pese a haber declarado una norma exequible sin condicionamiento, en realidad en la sentencia no se examinó la constitucionalidad del respectivo contenido normativo, de modo que la Corte puede volver a ocuparse de su juicio de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, la cosa juzgada constitucional define la exequibilidad o inexecuibilidad, total o parcial, de las normas sometidas a su estudio; decisiones que tienen efecto *erga omnes* vinculantes y, por ende, son de carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y las autoridades públicas sin excepción alguna (Sentencia C-600/98).

Es de resaltar que la *ratio decidendi* de una providencia, que es el nexo causal entre los argumentos y la parte resolutive de la decisión, juega un papel determinante para establecer si hay o no hay cosa juzgada, y de allí definir si es absoluta, relativa o aparente, lo cual permitirá identificar si se puede hacer o no un nuevo análisis a una disposición ya examinada conforme a las hipótesis precisadas por la Corte Constitucional.

Revisada la Sentencia C-095 del 2007, en lo atinente a los problemas jurídicos planteados contra el contenido normativo del párrafo 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, la Corte se pronuncia expresamente en la parte resolutive sobre lo propuesto por el ciudadano Gallón Giraldo, mientras que en lo demandado por el señor Campillo Parra solo se manifiesta en la parte motiva cuando decide declararse inhibida para pronunciarse de fondo al advertir ineptitud sustancial de la demanda. Panorama que nos lleva a concluir que nos encontramos frente a la figura de cosa juzgada relativa, lo cual permite una nueva revisión de constitucionalidad, conforme a lo ya expuesto.



5.7 Excepción de inconstitucionalidad.

Al momento de expedirse una ley y de incorporarla debidamente a nuestro ordenamiento jurídico, ella goza de presunción de legalidad y de constitucionalidad; por lo tanto, las personas naturales o jurídicas deben obedecerla y la autoridad a la que se le ha encomendado su ejecución debe aplicarla³⁵.

No obstante, dicha presunción puede ser desvirtuada por el control constitucional abstracto que ejerce la Corte Constitucional, conforme lo prevé el artículo 243 de la Constitución Política; o puede desvirtuarse por vía del control constitucional concreto y difuso que ejercen todos los jueces de la República, individuales o colegiados, cuando confrontan una norma de inferior rango con la Constitución a la luz de lo mandado por el artículo 4 de la Carta Magna³⁶ (excepción de inconstitucionalidad).

³⁵ Sentencia C-600/98

³⁶ Sentencia T-259/12

Es más, el control por vía de excepción del artículo 4 superior no solo lo ejercen los jueces, también lo puede aplicar cualquier autoridad administrativa e incluso los particulares que tengan que aplicar la norma jurídica en un caso en concreto.³⁷

Las diferencias entre la excepción de inconstitucionalidad y la acción pública de inconstitucionalidad se pueden ver en el siguiente cuadro:

Tabla 2

Diferencias entre la excepción de inconstitucionalidad y la acción pública de inconstitucionalidad

Excepción de inconstitucionalidad	Acción de inconstitucionalidad
La conocen todos los jueces de la República, individuales o colegiados, incluyendo la Corte Constitucional.	La conoce la Corte Constitucional.
Es a solicitud de parte, es decir, solo puede interponerla la parte interesada en el litigio.	Puede ejercitarla cualquier persona.
El estudio de la incompatibilidad invocada y su correspondiente pronunciamiento ³⁸ : 1. Se aplica al caso en concreto, específico y singular, careciendo de generalidad. No ocasiona efectos en abstracto. 2. Tiene efecto interpartes, circunscrito a	La norma sometida a su examen: ³⁹ 1. Recibe un control constitucional abstracto. 2. Goza de fuerza de cosa juzgada constitucional (Art. 243 Constitución Política).

³⁷ Sentencia T-259/12.

³⁸ Sentencias C-122/11 y C-600/98.

³⁹ Sentencia C-600/98.

quienes tienen interés en ese caso.	3. Efecto <i>erga omnes</i> .
3. La norma NO desaparece del sistema jurídico, ya que NO anula la norma de forma definitiva.	4. Es de carácter obligatorio y general.
4. Continúa siendo válida	5. Se pronuncia sobre la exequibilidad o inexecuibilidad, total o parcial.
5. No constituye un precedente forzoso para otros casos.	

La excepción de inconstitucionalidad⁴⁰ se configura cuando al momento de aplicar una ley o norma jurídica a un caso concreto, se observa que esta es incompatible con las disposiciones constitucionales, “más aún a los derechos fundamentales en ella contenida”⁴¹, lo que da lugar a la inaplicabilidad de la norma de inferior jerarquía.

Es de anotar que la confrontación no solo se hace con las disposiciones de la Constitución, sino que se debe hacer también con los tratados internacionales que existen en materia de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, los cuales ingresan a nuestro ordenamiento a través del artículo 93 de la Constitución Política (bloque de constitucionalidad).

La materialización de esta figura se observa en mayor grado en los jueces individuales, cuando confrontan con las disposiciones constitucionales la norma a aplicar en el caso concreto que es puesto en su conocimiento. Sin embargo, la Corte Constitucional, como se menciona en la Sentencia T-006 de 1994, a pesar del mandato consignado en el artículo 243 de la Constitución Política, tiene: “La capacidad jurídica para declarar la inaplicabilidad, en

⁴⁰ Art. 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

⁴¹ Sentencia T-1015/05

un caso concreto, de una norma legal cuando considera que es violatoria de la Constitución y ella no ha sido declarada inexecutable.”

Así las cosas, salvo las normas que han sido declaradas inexecutable, la autoridad pertinente debe dejar de aplicar una disposición legal con fundamento en el artículo 4 superior (excepción de inconstitucionalidad), al advertir que esa norma, al ejecutarla en un caso en concreto, en lugar de cumplir con los fines constitucionales lo que produce es su vulneración, afectando los derechos fundamentales de las partes involucradas en litigio. Esto contribuye a la seguridad jurídica y a la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

5.8 Derecho penal en clave constitucional.

La Constitución Política es el contrato social de un Estado que resulta de la reflexión científica sobre los presupuestos de la coexistencia social, limitando la intromisión arbitraria del poder del Estado y asegurando la libertad del individuo (Roxin, 2010, p. 27).

Para el caso colombiano, basta con mirar los parámetros de la coexistencia social con la Constitución de 1886 y la de 1991. En la primera, se estableció que Colombia es un Estado de Derecho, mientras que en la segunda se dispone que Colombia es un Estado Social de Derecho.⁴²

Entonces, ¿cuál es la diferencia entre Estado de Derecho y Estado Social de Derecho? La respuesta básica radica en que el primero toma la ley como parámetro para concretar la igualdad formal de todos los individuos, sin importar si la aplicación de esa norma

⁴² Artículo 1 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

garantiza un orden político, económico y social justo que materialice la dignidad humana.

Aquí es donde tiene acogida el aforismo “*dura lex sed lex*”.

El segundo, como lo indica Charry (2007), reconoce la existencia de profundas diferencias en la sociedad, y mediante su acción pretende proteger a los grupos de población social y económicamente desfavorecidos. Esto último en pro de materializar la dignidad humana a través de la protección de los derechos fundamentales con base en el reconocimiento de diversos principios, como el de igualdad y el de proporcionalidad, y de la cláusula de Estado Social, democrático, constitucional y de derecho, entre otros, con lo que constituye un parámetro general de la interpretación constitucional por ser consecuencia de la dignidad humana (Londoño, 2011, p. 103)

En este orden de ideas, en el Estado Social de Derecho toda norma legal debe ir acorde con los principios constitucionales, lo cual se apoya a su vez en lo preceptuado en el artículo 4 superior cuando dice: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Con base en lo anterior, las disposiciones penales sustanciales y procesales tienen como fundamento, en la parte inicial del articulado, normas y principios rectores, así como garantías procesales tendientes a materializar el respeto a la dignidad humana, tal como se observa a partir del artículo 1 de la Ley 599 de 2000 y de la Ley 906 de 2004. Es decir, sin importar el tipo penal que esté involucrado en un determinado asunto, siempre deben protegerse los derechos fundamentales de las partes⁴³ y los intervinientes⁴⁴.

Ahora, como recuento, el derecho penal ha sufrido grandes cambios con el tiempo. Antiguamente, como lo refiere Roxin (2010), estaba estrechamente relacionado con la

⁴³ Ley 906 de 2004, Título IV Capítulo I (Fiscalía General de la Nación); Capítulo II (Defensa); Capítulo III (Imputado).

⁴⁴ Ley 906 de 2004, Título IV Capítulo IV (Víctima).

religión, la moral y la ética, por lo cual se castigaban aquellas conductas pecaminosas heréticas, inmorales o simplemente inconvenientes.

Agrega el mismo jurista que un determinado comportamiento, para que sea castigado, debe lesionar derechos de otras personas y además afectar sustancialmente la convivencia; dicho de otra manera, crimen o delito es solo aquello que ofende a alguien, lo cual le quita protagonismo a los comportamientos pecaminosos o inmorales. Pero no es cualquier ofensa; esta debe estar vinculada a la dignidad humana, a los derechos fundamentales de los individuos, que al verse vulnerados son capaces de alterar la paz del conglomerado social.

Lo atractivo del derecho penal es la sanción a imponer y por ello tiene una naturaleza subsidiaria; como algunas veces se dice, es la “*ultima ratio* de la política social”, dada la fuerte restricción a ese derecho fundamental de la libertad del sujeto que resulte acreedor de ella. Por ende, la pena,

[...] como intervención estatal más radical, solo debe imponerse allí donde no sean suficientes otros medios menos radicales para combatir o impedir fenómenos de perturbación social. En muchos casos, el castigo de todo comportamiento socialmente dañoso sería desproporcionado a la significación del hecho y produciría más daños, en lugar de prevenirlos. (Roxin, 2010, p. 28)

La Corte Constitucional ha manifestado una posición similar cuando en las Sentencias C-038 de 1995 y C-336 de 2014, sobre el alcance del derecho penal y los límites del *ius puniendi*, dice:

Los derechos fundamentales orientan y determinan el alcance del derecho penal.

Tratándose de la constitucionalización del derecho sustancial e incluso del procesal penal, y del respeto de tales derechos como fundamento y límite del *ius puniendi* del Estado.

Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. [...] Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

Es propio de una constitución democrática y pluralista como la colombiana que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación. De otra parte, no podría pretender la Constitución ser eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad si la amplitud de la materia que abarca no pudiera remitirse a las normas abiertas que la integran y que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad.

En suma a lo argüido, habría que decir también que el derecho penal es un subsistema de control social formal caracterizado por sus fines (prevención o represión del delito) y por los medios de que se sirve (penas y medidas de aseguramiento), pues establecen sanciones mucho más fuertes que garantizan la prevención general de las conductas más lesivas a la sociedad, tal como lo refirió la misma Corte en la Sentencia C-335 del 2013.

En atención a ese control social a través del derecho penal, en dicha sentencia se agrega que “el ejercicio del *ius puniendi* está sometido a los principios de estricta legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y responsabilidad por el acto en tanto que límites materiales a la ejecución de esta competencia estatal”.

Por ende, la creación de tipos penales, así como los procedimientos con los cuales se investiga, se juzga y se sanciona a un individuo que con su conducta ha vulnerado derechos fundamentales perturbando gravemente la convivencia de la sociedad, debe estar acorde con una política criminal que magnifique los derechos y la dignidad de las personas, pues como lo ha precisado la Corte Constitucional en la ya referida Sentencia C-335 de 2013:

El Estado como titular del *ius puniendi* es el llamado a fijar los lineamientos de la política criminal que ha de aplicarse para posibilitar la convivencia pacífica en sociedad y para asegurar la defensa de los valores, derechos y garantías ciudadanas, tomando como referente válido las circunstancias históricas del momento y las diversas situaciones de orden coyuntural que se generan al interior de la comunidad, atribuibles a una dinámica social, política, económica e incluso cultural de permanente cambio y evolución.

Así mismo, dentro de esa política criminal debe traerse a colación la implementación del sistema penal oral acusatorio, a través del Acto Legislativo 03 de 2002, que se advierte como una de esas políticas y mecanismos tendientes a mantener la convivencia pacífica a través del control social, con la creación del principio de oportunidad⁴⁵.

⁴⁵ Particularmente, artículos 325, 326 y 328 de la Ley 906 de 2004.

Además, con ese nuevo sistema penal se pretende que las víctimas asuman una mayor participación en la resolución de los conflictos generados por el delito causado y, a su vez, que el Estado cumpla con las obligaciones internacionales de combatir la impunidad⁴⁶, a fin de garantizar la materialización de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición.

Como se ha observado del control social, el derecho penal tradicionalmente se enfoca en la relación que existe entre el Estado y el individuo que va a ser objeto del *ius puniendi*, dejando de lado a las víctimas directas e indirectas de la conducta punible. No obstante, a través del bloque de constitucionalidad, del acto legislativo citado, de la Ley 906 de 2004 y de la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos (como la Sentencia C-209 de 2007), se reconoce el derecho a la víctima a participar en el proceso penal, sin afectar “la estructura y formas propias del sistema penal acusatorio”.

En suma, en lo que atañe a las víctimas, en la Ley 906 de 2004 el Alto Tribunal Constitucional precisa lo siguiente sobre la interpretación que resulta de la confrontación de la norma legal con la constitucional:

[...] la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria. Puesto que en esta sentencia ya se han adoptado decisiones de

⁴⁶ Los Principios de Bruselas contra la Impunidad y por la Justicia Internacional fueron adoptados por el Grupo de Bruselas por la Justicia Internacional, con motivo del coloquio “Luchar contra la impunidad: desafíos y perspectivas” (Bruselas, 11-13 de marzo de 2002).

inexequibilidad o exequibilidad condicionada con miras a asegurar la proyección de los derechos de las víctimas en los momentos fundamentales a lo largo de la evolución del proceso penal, la Corte entiende que los artículos 11 y 137 han de ser leídos en armonía con tales decisiones específicas.

Esta posición la comparte Ardila (2012) cuando indica que la víctima en la actuación penal “tiene un claro interés en el desenvolvimiento de las investigaciones de la Fiscalía [...] en procura de que se haga justicia, se reconozca la verdad y se restablezca su derecho”. Negarle estos derechos va en contra de los valores y principios constitucionales que gobiernan la convivencia de la sociedad colombiana.

En este punto debe mirarse que, conforme a los postulados del Estado Social de Derecho, el derecho penal de hoy reconoce e incluye a la víctima como un sujeto a quien se le debe respetar y garantizar la realización de la dignidad humana. Por lo tanto, resulta inconstitucional cualquier norma y/o interpretación que afecte los derechos inherentes del sujeto pasivo directo o indirecto de la conducta. Esto no implica que el reconocimiento de esos derechos deba anular los derechos ya reconocidos a los individuos que sean objeto del *ius puniendi* (victimarios).

Visto lo anterior, y en lo que interesa a este trabajo, nos preguntamos: ¿si los derechos de las víctimas se ven conculcados, cuándo se prohíbe la aplicación del principio de oportunidad en crímenes de lesa humanidad (parágrafo 3 del artículo 324 del CPP)?

Para dar respuesta a este interrogante, se traerá a colación un supuesto de hecho que se analiza frente a la cláusula de Estado social, democrático, constitucional y de derecho, toda vez que:

Esta cláusula, refiere una estructuración dogmática, significando esto, que los elementos que la conforman, son sistemático –analíticos, lo cual genera que a la falta de uno o varios de los componentes, la decisión jurídica que sea producida, aplicada o interpretada, carece de sustento iusfundamental. (Londoño, 2011, pp. 103-104)

El ejemplo consiste que en los casos de desaparición forzada dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad, los familiares no conocen el paradero ni la suerte de los sujetos pasivos de la conducta, aspecto que también desconoce el Estado a pesar de sus recursos económicos, técnicos, científicos y humanos, lo que prolonga el sufrimiento de todas las víctimas involucradas.

Sin embargo, el Estado insiste con sus diversas actividades investigativas y se topa con un testigo que a su vez es procesado por graves conductas contra la humanidad, quien manifiesta saber tanto el paradero como la suerte de aquellas víctimas, así como de otras de las que el Estado no tiene conocimiento.

Este testigo está privado de la libertad por formar parte de una empresa criminal, pero dentro de esa organización no tiene la condición de jefe, cabecilla, determinador, organizador, promotor o director; por ende, solicita se le conceda el principio de oportunidad como condición para suministrar la información que dice conocer sobre las víctimas desaparecidas.

Esa pretensión la tiene porque una vez delate a los individuos que cometieron tales conductas y el paradero de las víctimas, automáticamente pone en grave riesgo su vida y la de sus familiares, quienes probablemente terminen siendo los sujetos pasivos de otras conductas penales para silenciar al testigo. Esta petición finalmente tiene acogida entre las

víctimas, bajo la condición adicional de que sirva como testigo de cargo contra los líderes y otros integrantes de esa empresa criminal.

Ahora, a partir del supuesto anterior se analizará brevemente si la prohibición que nos concita vulnera o no la cláusula de Estado social, democrático, constitucional y de derecho, iniciando por esta última, esto es, la cláusula de derecho.

En este orden de ideas, la aludida cláusula se explica desde los principios del Estado de Derecho, en los que la actividad estatal y de los sujetos fundamentales ha de estar reglada. Por consiguiente, se refleja en la positivización o normación de las relaciones entre los sujetos (principio de legalidad), que a su vez se correlaciona con otros principios como: “principio de seguridad jurídica, principio de control jurídico del ejercicio del poder, principio de constitucionalización reglada del ejercicio de poder, principio de la regla general de la vigencia y prevalencia del derecho escrito, etc.” (Londoño, 2011).

Esas normas surgen de un momento histórico y una necesidad para cada Estado; no obstante, para su validez y eficacia deben pasar por el debido proceso de creación en la rama legislativa, conforme se ha previsto en el contrato social. Así las cosas, adviértase que el parágrafo 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, al cumplir con todos los requisitos de creación y formación⁴⁷, da lugar a que esté vigente por ser legítima, válida y eficaz, por lo cual en la actualidad se está acatando. Es decir, esta norma actualmente goza de presunción de legalidad y constitucionalidad; entonces, desde este óptica, la cláusula de derecho no se ha vulnerado.

Ahora pasamos a la cláusula constitucional, y como se desprende de lo argüido por Zúñiga (1993), Guastini (2007) y Dueñas (2008) (citados por Londoño (2011)), *grosso*

⁴⁷ Ver Sentencia C-936 de 2010, donde se hace el análisis de la formación del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, con sus párrafos, conforme a los debates suscitados en el legislativo (Sentencia C-648-2006).

modo esta cláusula nace del pacto social en reconocer, luego de un juicio de valor, a cada sujeto como fin en sí mismo por ser portador de la dignidad humana, cuyas garantías fundamentales, principios, valores y directrices son positivizadas en la Constitución. Esta última informa todo el ordenamiento jurídico, y hoy en día es de una textura abierta para adoptar como núcleo esencial de su plexo normativo el contenido y el funcionamiento de los derechos sustanciales. Además, confiere los derechos a los ciudadanos, y poderes a los órganos del Estado para protegerlos y materializarlos, estableciendo categorías organicistas que regulan el ejercicio del poder estatal, las relaciones entre Estado y los ciudadanos, así como lo atinente a la creación de derecho a través de la legislación otorgando poderes normativos.

Visto lo anterior, la cláusula que nos atañe en esta oportunidad frente al ejemplo planteado no se ha vulnerado. Se observa que el principio de oportunidad es incorporado como innovación en el sistema penal oral acusatorio, a través del Acto Legislativo 03 de 2002, siendo parte del cuerpo normativo de la Constitución al positivarse en el artículo 250⁴⁸ que dice:

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del

⁴⁸ El examen de constitucionalidad fue realizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-1039 del 2004.

marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Al ser ponderado el principio de oportunidad con las garantías fundamentales previstas en la parte dogmática de la Carta, se decidió que fuera reglado, y así se dispuso por cuanto solo tendrá aplicación en lo regulado por la ley “dentro del marco de la política criminal del Estado”, conforme se prevé en la Ley 906 de 2004, Libro II, Título IV⁴⁹, artículos 321 al 330, con miras a garantizar el acceso a la justicia (artículo 229), al orden justo (artículo 1) y al debido proceso (artículo 29 superior), entre otros.

De acuerdo con las categorías organicistas que regulan el ejercicio del poder estatal, se confirió el análisis del principio de oportunidad y la solicitud a la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal, siendo controlada y avalada por la rama judicial, al indicar que este principio “estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de garantías”, a fin de asegurar que los derechos fundamentales individuales y colectivos no se vulneren, amparando la dignidad humana.

Para continuar con la siguiente cláusula, el democrático, este postulado parte de la dialogicidad (diálogo) como su núcleo esencial para garantizar reales e iguales oportunidades de participación e intervención de los individuos, tanto formales como materiales, en las decisiones públicas y privadas que los afectan para contribuir con el

⁴⁹ El acápite “Título IV” fue corregido por el Decreto 2770 de 2004, así: “20. Que por error de digitación, en la Ley 906 de 2004 se denominó el título correspondiente al Principio de Oportunidad como “Título IV”, cuando por secuencia numérica debe ser “Título V””.

orden justo y una convivencia pacífica. Esto último en el marco de la responsabilidad social, interactuando con el Estado para que materialice la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Constitucional y en tratados de derechos humanos que integren nuestro ordenamiento.

Esta cláusula, confrontada con el supuesto de hecho, no se ve vulnerada en lo formal pero sí en lo material. Esto es así porque en lo formal existen disposiciones normativas que permiten esa participación de las víctimas durante el proceso penal, y en particular en lo que atañe cuando se va a dar aplicación al principio de oportunidad, tal como se observa a partir de la lectura de los artículos 11 (numerales D, F y G), 325 y 328 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, desde lo material la participación de las víctimas en el principio de oportunidad resulta inane, por cuanto existe la prohibición del párrafo 3 del artículo 324 del CPP. Por lo tanto, no importan la voluntad ni los intereses de las víctimas de nuestro ejemplo, al estar de acuerdo con la aplicación del principio de oportunidad para un sujeto que contribuirá con: 1) la desmantelación de un grupo ilegal; 2) la judicialización de sus integrantes, y 3) la reivindicación de los derechos de la víctimas, suministrando la verdad sobre la ubicación y la suerte de las víctimas desaparecidas. Es decir, para este caso en particular, las víctimas tendrán que seguir soportando indefinidamente su sufrimiento hasta cuando el Estado, algún día y por otros medios, pueda dar con el paradero de los desaparecidos.

La cláusula social, como lo indicó la Corte Constitucional en las Sentencias C-060/2005 y C-1064/2001, citadas a su vez por Londoño (2011), “es un imperativo dirigido al Estado que lo obliga a atender materialmente la justicia y la equidad en la toma de decisiones que han de hallarse en correspondencia con el marco constitucional”.

Posada (2003), citando a la Corte Constitucional, al apoyarse en las Sentencias T-533 de 1992 y T-406 de 1992, dice que el Estado Social

[...] tiene como finalidades el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, esto es, la procura existencial de todos los sujetos, realizando una participación activa en su calidad de gestor y estructurador del orden social, en la búsqueda permanente por la satisfacción de las necesidades insatisfechas y bajo el compromiso de la defensa de contenidos jurídicos materiales. Tal finalidad social deberá ser permanente, anticipada y prioritaria.

Con base en ello y del caso traído a colación, se desprende que esta cláusula también se ve vulnerada, porque materialmente se prolonga en el tiempo, de manera injusta pero legal, el sufrimiento y la zozobra de todas las víctimas del delito de desaparición, cercenando su mínimo vital al afectarse su bienestar que está estrechamente vinculado con el derecho a una vida digna. Y se mantiene en el tiempo no solo porque la desaparición es un delito de ejecución permanente, sino porque además los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles.

Por lo tanto, no solo está afectado el derecho de las víctimas, sino también el de la comunidad en general que espera del Estado una respuesta efectiva y pronta para desarticular organizaciones ilegales capaces de cometer crímenes como los de lesa humanidad. No obstante, se prefiere mantener privado de la libertad a un sujeto, mientras que los demás, incluyendo sus ideólogos, siguen delinquirando, alterando sustancialmente la convivencia pacífica y los derechos fundamentales de la sociedad.

Lo anterior no contribuye a mejorar la calidad vida; por el contrario, empeora la percepción de inseguridad y genera a su vez, en el ideario de la comunidad, el abandono del que estaría siendo objeto del Estado, y obtiene como respuesta a ese abandono la autojusticia, es decir, más violencia, pues “El Estado solamente vale en cuanto sea útil como instrumento de protección y garantía a los derechos fundamentales que son consecuencia del consenso” (Londoño, 2011, p. 106).

Para este caso, el Estado aplica igualdad fundado en el principio de legalidad, pero vulnera la justicia al desconocer las profundas desigualdades de la sociedad, que es lo que precisamente reconoce la Constitución de 1991 en un Estado Social de Derecho, es decir, igualdad entre iguales. Como lo dice la Corte Constitucional⁵⁰, citada por Charry (2007), la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades.

Pero todo sistema tiene una forma de autocorrección, y esta la encontramos inicialmente en el artículo 27 del CPP (“Moduladores de la actividad procesal”), que dice: “En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal, los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente la justicia.”

Así las cosas, se observan falencias en los eslabones de la cláusula de Estado social, democrático, constitucional y de derecho, provocando que la prohibición del párrafo 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 sea inconstitucional para el caso puesto de ejemplo y, por ende, sea permisible la aplicación del principio de oportunidad.

Claro, la mayor resistencia en la aplicación del principio de oportunidad es para los crímenes de lesa humanidad, por los compromisos internacionales adquiridos por el Estado

⁵⁰ Sentencia C-1064 de 2001,

para la lucha contra la impunidad, a fin de reivindicar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Entonces, si el principio de oportunidad implica la suspensión, interrupción y/o renuncia a la persecución, ¿cuál o cuáles causales se aplicarían? ¿Y qué sucede con la sanción que debe imponerse en todo caso a los perpetradores de los crímenes de lesa humanidad para que no se configure la impunidad?

En lo atinente a las causales y a la sanción, su respuesta se funda en el numeral 5 del artículo 324 del CPP, que dice: “[...] cuando el imputado o el acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial”.

La inmunidad de que trata este artículo difiere de la diplomática o parlamentaria; se trata de aplicar el principio de oportunidad a todas o algunas conductas penales que se vean infringidas con “una sola acción u omisión o varias acciones u omisión”.

Por lo general, hay concurso de conductas punibles en los crímenes de lesa humanidad. Debido a esto, para el caso que nos ocupa, se podría llegar a aplicar el principio de oportunidad en algunas de ellas (inmunidad parcial pero no total), a efectos que el beneficiario siga teniendo una sanción, pero diferente y reducida respecto a otros procesados por las mismas conductas generadas por los mismos hechos.

De esta forma, se sigue garantizando la lucha contra la impunidad, definida en el numeral 1 del principio 1, del acápite I, de los Principios de Bruselas contra la Impunidad y por la Justicia Internacional, así:

Por “impunidad”, se entiende la omisión de investigar, enjuiciar y juzgar a las personas físicas y moralmente responsables de graves violaciones a los derechos

humanos y al derecho internacional humanitario. A efectos de los presentes principios, se entiende por «graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario», especialmente los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, al tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas (de aquí en adelante «los crímenes graves»).

Por ende, la labor de investigar no se verá conculcada, pues es deber del Estado verificar la información suministrada por quien pretende ser beneficiado con el principio de oportunidad, esto es, sobre la ubicación de las víctimas, la suerte que corrieron, quiénes fueron los perpetradores, etc. Se recopilan entonces los elementos materiales probatorios y la evidencia física que no solo corrobore lo manifestado por el testigo, sino que también establezca la verdad de lo acontecido.

En lo que respecta a enjuiciar, este testigo sería procesado, juzgado y sancionado por algunos delitos en los que estuviera inmerso por sus acciones u omisiones que contribuyeron a los crímenes de lesa humanidad. Por ende, su sanción resultaría más benéfica que la que les correspondería a los demás integrantes de la organización criminal.

De igual manera, se deberá garantizar, por ese sujeto individual, la reparación adecuada de los daños sufridos por las víctimas que en consenso se acuerde con ellas, que esté acorde con lo indicado en el principio 24 (Políticas de Reparación), acápite V (Mecanismos no Judiciales)⁵¹, de los Principios de Bruselas contra la Impunidad y por la Justicia Internacional.

⁵¹ El Principio 24. Políticas de reparación:

“1. Además de la reparación judicial, las políticas de reparación concebidas por los gobiernos nacionales y por las instituciones internacionales constituyen un mecanismo importante en la lucha contra la impunidad y por la justicia internacional. Estas políticas deberían aspirar a garantizar la efectividad de las reparaciones

Con base en lo argüido, el principio de oportunidad bajo la figura de inmunidad parcial permite que a la vez se cumpla con las funciones de la pena, tal como lo prevé la Ley 599 del 2000 en el artículo 4, que al tenor dice: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

Tal disposición se encuentra en el Título I, que trata de las normas rectoras de la ley penal sustancial colombiana que, en concordancia con el artículo 1 (“El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”) y el 13 (“Las normas rectoras contenidas en este código constituyen la esencia y orientación del sistema penal, prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”), permiten que el control social a través del *ius puniendi* se ejercite como el conjunto idóneo de “formas organizadas en que la sociedad responde a comportamientos y personas que contempla como desviados, problemáticos, preocupantes, amenazantes, molestos o indeseables de una u otra manera” (Sentencia C-335/13).

La prevención general como fin de la pena se enmarca en la tercera teoría penal tradicional, la cual Roxin (2010, pp. 35-36) explica de la siguiente manera:

judiciales y a promover reparaciones individuales y colectivas adecuadas a fin de evitar en un futuro la repetición de los crímenes graves.

2. Estas políticas no pueden limitarse a indemnizaciones financieras. También deberían abarcar, inter alia: la restitución de los bienes a las víctimas, la rehabilitación de las víctimas mediante asistencia médica, psicológica y social adecuada, la concesión de medidas de satisfacción bajo la forma, por ejemplo, de ofrecer excusas o pedir perdón, de garantías de no repetición de los crímenes graves incluyendo, por ejemplo, medidas educativas y reformas institucionales con objeto de prevenir los crímenes graves.

3. Paralelamente a las medidas de justicia y de reparación, estas políticas también deberían incluir la promoción de la reconciliación.

4. en el marco de una transición a la democracia, pueden revelarse necesarias las reformas institucionales en el ejército, la justicia, la policía, la educación y los medios de comunicación”.

[...] no es ni la retribución ni la actuación sobre el delincuente, sino la incidencia sobre la comunidad que a través de la amenaza y la ejecución de la pena, aprende a respetar las prohibiciones legales y es intimidada para que se abstenga de infringirlas. También aquí se trata, por tanto, de una teoría que atiende a la prevención del delito, pero no lo hace incidiendo especialmente sobre el delincuente sino de modo general sobre la comunidad. Por eso se habla de la teoría de la prevención general.

Por ende, aplicar el principio de oportunidad en estos casos, que no son frecuentes, contribuye con esa prevención general que producirá una mayor intensidad en la persecución penal, y en tiempos más razonables que garantizan el respeto de la dignidad humana, no solo se protegerán los derechos fundamentales de las víctimas más cercanas a los crímenes atroces, sino que también se protegerá a toda la humanidad al reducir y prácticamente anular las potenciales víctimas.

Como lo afirma Roxin (2010), “mucha mayor eficacia intimidatoria tiene la intensidad de la persecución penal que la prohibición legal: tanto mayor es la cuota de los delitos descubiertos y condenados, tanto más eficaz será la prevención de la comisión de otros delitos en el futuro.”

Entonces, el principio de oportunidad, visto en clave constitucional, es decir, desde las garantías fundamentales, los principios, los valores y las directrices positivizadas en el contrato social, se erige en algunos casos como un medio de control social idóneo para combatir esos comportamientos o fenómenos que perturban a la sociedad, al ser una herramienta que contribuye a afianzar y a hacer más efectiva tanto la prevención especial como la general.

Las consecuencias de aplicar esta figura en un número reducido de integrantes o exintegrantes de organizaciones criminales son una motivación para que se establezca la verdad de lo acontecido, y para que se delaten y, por ende, se identifiquen todos los integrantes de esos grupos ilegales, viabilizando su desarticulación, y facilitando su correspondiente juzgamiento y sanción por los crímenes atroces cometidos.

6. Conclusiones / recomendaciones

1. *Prima facie*, la prohibición impuesta para la aplicación del principio de oportunidad en crímenes de lesa humanidad ocurridos en Colombia goza de la presunción de legalidad y constitucionalidad. Esto permite que se vea como un mecanismo idóneo en la lucha contra la impunidad al proteger y garantizar los derechos de las víctimas, de modo que se cumplen las obligaciones internacionales contraídas por el Estado. Sin embargo, cuando se advierta que la aplicación de la ley en casos concretos es incompatible con las disposiciones constitucionales al conculcar los derechos fundamentales de las víctimas (implicando el incumplimiento de esas obligaciones internacionales), se debe acudir a la excepción de inconstitucionalidad para no aplicar la prohibición aludida.
2. La presunción de constitucionalidad puede ser desvirtuada por el control constitucional abstracto que ejerce la Corte Constitucional, conforme lo prevé el artículo 243 de la Constitución Política; o puede desvirtuarse por vía del control constitucional concreto y difuso que ejercen todos los jueces de la República, individuales o colegiados, cuando confrontan una norma de inferior rango con la

Constitución a la luz de lo mandado por el artículo 4 de la Carta Magna. Entonces, como se deriva del inciso 2 del artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, es el juez de control de garantías quien finalmente determinaría si la excepción de inconstitucionalidad es aplicable en el caso concreto.

3. Las obligaciones internacionales adquiridas en la lucha contra la impunidad en crímenes tan graves como los de lesa humanidad son las de prevenir, investigar seriamente, juzgar y sancionar a los responsables de la comisión de dichas conductas, garantizando así la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición.
4. Las causales que viabilizan, bajo inmunidad parcial, la aplicación del principio de oportunidad de manera excepcional son las previstas en los numerales 4 y 5 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004. La primera, relacionada con la colaboración eficaz para evitar que el delito se continúe cometiendo, o que se cometan otros, o cuando se suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. La segunda, cuando el imputado o acusado sirva como testigo de cargo contra los demás procesados.
5. Para que se pueda conceder el principio de oportunidad bajo inmunidad parcial sin que se traduzca en impunidad, asegurando los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, se debe garantizar que:

- Las víctimas deben tener una participación activa, en la que sean escuchadas y sus intereses sean tenidos en cuenta, previa orientación sobre el costo-beneficio de tal medida para el desmantelamiento de organizaciones criminales y cómo esta contribuiría a la garantía y la protección de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.
 - Quien pretenda ser beneficiario del mentado principio está en la obligación de contar la verdad de los hechos, los móviles del crimen de lesa humanidad, los autores, los cómplices, las estructuras macrocriminales relacionadas y, cuando se amerite (como en los casos de desaparición forzada), indicar el paradero de las víctimas.
 - El Estado, en este caso a través de la Fiscalía General de la Nación, sigue teniendo la obligación internacional y nacional de investigar cuáles fueron las circunstancias de ilegalidad e ilicitud en las cuales se cometió el crimen de lesa humanidad y los demás delitos que se pudieran haber configurado. Con esto se corrobora, mediante actos investigativos idóneos y suficientes, la información suministrada por quien tiene interés en que se aplique el principio de oportunidad en su favor.
6. El principio de oportunidad bajo la figura de inmunidad parcial permite que a la vez que se cumpla con la prevención general y las funciones de la pena, tal como lo prevé la Ley 599 del 2000 en el artículo 4, se producirá una mayor intensidad en la persecución penal, y en tiempos más razonables que garantizan el respeto a la dignidad humana. No solo se protegerán los derechos fundamentales de las víctimas

más cercanas a los crímenes atroces, sino que también se protegerá a toda la humanidad al reducir sustancialmente la cantidad de víctimas potenciales.

7. El principio de oportunidad bajo la figura de inmunidad parcial garantiza una sanción, que se determinará con base en las conductas que no fueron objeto de aplicación del principio de oportunidad. Esto da lugar a que el quantum punitivo se fije bajo los parámetros del preacuerdo o a que se deje su dosificación al juez de conocimiento, conforme a las reglas ordinarias fijadas en el Código Penal. No obstante, se propone que la sanción no sea inferior a ocho años de pena privativa de la libertad intramural, teniendo como parámetro que en la justicia transicional, en especial en lo ocurrido con los integrantes de las Autodefensas Unidas de Colombia por los crímenes lesa humanidad cometidos dentro del marco de esa ley, el máximo de sanción es de esos ocho años privativos de la libertad.

8. La materialidad del solo delito como lo puede ser, *verbi gratia*, la desaparición forzada, no lo configura automáticamente como de lesa humanidad, a pesar de su especial gravedad, pues indefectiblemente deben concurrir los elementos para su configuración, es decir: (1) ataque generalizado o sistemático; (2) dirigido contra la población civil; (3) que implique la comisión de actos inhumanos; (4) conocimiento de que se trata de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil; (5) para los actos de persecución solamente se han de tomar en cuenta los fundamentos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género; (6) el contexto dentro del cual puede ocurrir un crimen de lesa humanidad puede ser en tiempos de paz, de guerra internacional o de conflicto interno. No

necesariamente se comete en conexión con otro crimen. Una excepción es el enjuiciamiento de cualquier grupo o colectividad, el cual debe estar relacionado con otro acto enumerado en el artículo 7.1, o cualquier otro delito de la competencia de la Corte Penal Internacional conforme lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 34180 (23/02/12) y la Corte Constitucional (C-801 de 2009).

9. La finalidad de la declaratoria de un crimen de lesa humanidad consiste en traducir la investigación penal en imprescriptible para combatir la impunidad orientándola a proteger a la especie humana, y según lo expresado por Luban (2013), ese interés puede ser diferente del de la víctima. Sin embargo, cuando en un caso concreto se prohíbe la aplicación de herramientas jurídicas que contribuyen de manera racional y razonable a superar y minimizar el término indefinido de la imprescriptibilidad, no solo se mantiene en el tiempo la impunidad, sino que además se prolonga innecesariamente el sufrimiento de las víctimas. Esto mantiene latente la amenaza de vulneración de los derechos de futuras víctimas al desamparar a la especie humana, y permite que los generadores y perpetradores de esos crímenes atroces sigan actuando.

10. En diversas sentencias proferidas por la Corte Constitucional, se ha hecho referencia al principio de oportunidad, pero solo con la Sentencia C-648 de 2006 y la C-095 de 2007 se hace referencia al estudio de constitucionalidad del parágrafo 3 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, conforme a los problemas jurídicos planteados por los demandantes.

11. Se puede dar una nueva revisión de constitucionalidad al contenido normativo del párrafo 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, tratado en la Sentencia C-095 de 2007, ya que nos encontramos frente a la figura de cosa juzgada constitucional relativa implícita, porque la Corte se pronuncia expresamente en la parte resolutive sobre lo propuesto por el ciudadano Gustavo Gallón Giraldo, mientras que en lo demandado por el señor Carlos Enrique Campillo Parra solo se manifiesta en la parte motiva cuando decide declararse inhibida para decidir de fondo, al advertir ineptitud sustancial de la demanda.

12. El principio de oportunidad, visto en clave constitucional, es decir, desde las garantías fundamentales, los principios, los valores y las directrices positivizadas en el contrato social, se erige en algunos casos como un medio de control social idóneo para combatir esos comportamientos o fenómenos que perturban a la sociedad, al ser una herramienta que contribuye a afianzar y a hacer más efectiva tanto la prevención especial como la general. Las consecuencias de aplicar esta figura en un número reducido de integrantes o exintegrantes de organizaciones criminales son una motivación para que se establezca la verdad de lo acontecido, y para que se delaten y, por ende, se identifiquen todos los integrantes de esos grupos ilegales, lo cual viabiliza su desarticulación y facilita su correspondiente juzgamiento y sanción por los crímenes atroces cometidos.

7. Referencias

Acosta, J. (2008). *Los tipos delictivos graves contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en el código penal español*. Barcelona, España.

Alexy, R., & García Jaramillo, L. (2015). Análisis de *Teoría de los derechos fundamentales*, de Robert Alexy. En: *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Constitucional--y-Derechos-Humanos/analisis-de-teoria-de-los-derechos-fundamentales-de-robert-alexey.asp?Miga=1>

Ambos, K. (1999). *Crímenes de lesa humanidad y la corte penal internacional*. Gotinga: Georg-August-Universität

Ardila Galindo, H. (2012). *Los derechos de las víctimas. Estudio sobre los Derechos Sustantivos y Procesales de las víctimas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Aparisi, A. (2014). El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. En: *Almudi.org*. Recuperado de: <http://www.almudi.org/Articulos/ID/8802/El-principio-de-la-dignidad-humana-como-fundamento-de-un-bioderecho-global>

Aristóteles. (1993). *La política*. Bogotá: Editorial Panamericana.

Barbosa, G. (2004). *Estructura del proceso penal. Aproximación al proceso penal colombiano. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del*

juez penal colombiano. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial
Rodrigo Lara Bonilla.

Barreto, L., & Rivera, S. (2009). *Una mirada a la impunidad en el marco del sistema penal oral acusatorio en Colombia*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.

Bazzani, D. (2004). *La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Bernal, J., & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal. Tomo I: fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Binder, A. (2000). *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal. Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc S.R.L.

Bucheli, R. (1995). Hacia una nueva política criminal: limitación del poder punitivo del Estado, y el sistema penal acusatorio en el proyecto de código de procedimiento penal 1992. En: Universidad Central de Ecuador (Ed.), *Conferencia: Una nueva normativa penal sustantiva y el sistema acusatorio en el derecho adjetivo* (pp. 189-202). Ecuador: Universidad Central de Ecuador.

Bustos, J., & Bergalli, R. (1983). *El pensamiento criminológico: estado y control*. Bogotá: Editorial Temis.

Bustos, J., & Hormazabal, H. (1997). *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta.

Boulin Victoria, I. (s. f.). El Estado, los derechos humanos y las omisiones estatales. En: Centro Internacional de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.cladh.org/articulos/el-estado-los-derechos-humanos-y-las-omisiones-estatales/>

Charry Ureña, J. M. (2007). Capítulo I. Doctrina social de la Corte Constitucional. En: C. M. Molina Betancur (comp.). *Corte Constitucional y Estado Social*. Medellín: Universidad de Medellín.

Chiesa Aponte, E. (1993). *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Bogotá: Forum.

Córdoba Triviño, J. (2001). *Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo código penal*. Bogotá: Editorial Ibañez.

Daza González, A. (2006). *Víctimas en el sistema procesal penal acusatorio a partir del acto legislativo 03 de 2002*. Bogotá: Editorial Universidad Autónoma de Colombia.

Daza González, A. (2011). El principio de oportunidad en la garantía de los derechos de la víctima. *Studiositas*, 6(1), 2-39.

Daza González, A., Álvarez Ruiz, J., & Suárez Mendoza, A. (2009). Las causales de aplicación al principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004. *Verba luris*, 500(1), 11-43.

Dworkin, R. (1997). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Eissen, M. A. (1985). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Cuadernos Civitas.

Estrada Vélez, S. I. (2011). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

Feuerbach, P. (1803). *Manual de derecho penal*. París: Sciences Po.

Flórez, J. (1990). *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas S.A.

Florián, E. (1990). *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Editorial Bosch.

Forero Ramírez, J. C. (2013). *Aproximación al estudio del principio de oportunidad*.
Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Gómez, C. (2007). *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*.
Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Gómez, G., & Castro, F. (2010). *Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Editorial Universidad Sergio Arboleda.

Gómez Pavajeau, C. A. (2000). *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*.
Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Granados, J. (1996). *El sistema acusatorio en el derecho comparado y la nueva Fiscalía General de la Nación*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Granados, J., Peña, J., Sampedro, A., Riveros, J., & Hartmann, M. (2003). *Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Editorial Legis.

Guerrero, O. J. (2005). *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*.
Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Inoa, O. (s. f). *El Principio de Oportunidad como manifestación del Principio de Mínima Intervención, en el Proceso Penal Acusatorio*. Bogotá: Escuela Nacional del Ministerio Público.

León, F. (1997). *Dignidad humana, libertad y bioética*. Bogotá: Editorial Universidad de la Sabana.

Londoño Ayala, C. A. (2011). *Bloque de constitucionalidad*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Luban, D. (2013). *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*. Bogotá: Editorial Temis.

Martínez, G. (1997). *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.

Martínez, L. (2006). *Principio de oportunidad. Comentarios y jurisprudencia*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Mendoza, B. (2001). *El derecho penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

Mestre, J. (2003). *La discrecionalidad para acusar* (3.^a ed.). Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Molina Betancur, C. M. (2007). *Corte Constitucional y Estado Social de Derecho*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.

Molina, R. (2012). *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*. Bogotá: Editorial Universidad Sergio Arboleda.

Montero, J. (1997). *Principios del Proceso Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Muñoz, F. (2003). *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Orduz Barreto, C. P. (2010). El principio de legalidad en la ley penal colombiana. *Criterio Jurídico Garantista*, 2(2), 100-107. Recuperado de http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/6claudiaorduz.pdf

Osorio, L., & Morales, G. (2005). *Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y actas*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Perdomo, J. (2005a). *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su reglamentación en el derecho procesal colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Perdomo, J. (2005b). Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del *ius punendi* y su renuncia. *Derecho Penal y Criminología*, 26(78), 53-86.

Quiroz Pérez, R. (2002). *Manual de derecho penal*. La Habana: Editorial Félix Varela.

Ramelli Arteaga, A. (2011). *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia*.

Bogotá: Editorial Universidad de los Andes.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). Madrid:

Autor.

Roxin, C. (1997). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Roxin, C. (2010). *Iniciación al derecho penal de hoy*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

Sánchez, E. (2007). *La constitucionalización del proceso penal y la justicia de oportunidad*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación e Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Sierra, H. (2004). *Panorama y políticas sobre el Estado y la Justicia: reflexiones sobre la implantación del Sistema Acusatorio en el Proceso Penal*. Bogotá [inédito]

Tocora, F. (1997). *Política criminal contemporánea*. Bogotá: Editorial Temis.

Urbano, J. J. (2005). *El principio de oportunidad*. Ponencia presentada en el II Foro Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Urbano, J. J. (2006). Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad. *Derecho Penal y Criminología*, 27(80): 111-128.

Velásquez, F. (2012). La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad. *Cuadernos de Derecho Penal*, (7), 91-105. Recuperado de http://www.usergioarboleda.edu.co/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/JURISPRUDENCIA/Flexibilidad_legalidad/Flexibilidad_legal.pdf

Villanueva Meza, J. A. (2011). *El principio de oportunidad. Justicia restaurativa, transicional y transaccional*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

7.1 Referencias legislativas.

Colombia. Congreso de la República. Ley 74, Por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966 (26 diciembre 1968).

Congreso de la República. Ley 22, Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2106 (XX) del 21 de diciembre de 1965, y abierta a la firma el 7 de marzo de 1966 (22 enero 1981).

Colombia. Congreso de la República. Ley 76, Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar las escalas de remuneración, nomenclatura y el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación de los empleados del sector público y se dictan otras disposiciones (29 diciembre 1986).

Colombia. Congreso de la República. Ley 26, Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, suscrita en New York, el 30 de noviembre de 1973 (29 septiembre 1987).

Colombia. Congreso de la República. Ley 16, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 (30 diciembre 1972).

Colombia. Congreso de la República. Ley 11, Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), adoptado en Ginebra, el 8 de junio de 1977 (21 julio 1992).

Colombia. Congreso de la República. Ley 171, Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977 (16 diciembre 1994).

Colombia. Congreso de la República. Ley 270, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (7 marzo 1996).

Colombia. Congreso de la República. Ley 599, Por la cual se expide el Código Penal (24 julio 2000).

Colombia. Congreso de la República. Ley 707 de 2001, Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, hecha en Belém do Pará, el nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (28 noviembre 1994).

Colombia. Congreso de la República. Ley 742, Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) (5 junio 2002).

Colombia. Congreso de la República. Ley 906, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (31 agosto 2004).

Colombia. Congreso de la República. Ley 1312, Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad (9 julio 2009).

Colombia. Congreso de la República. Ley 1474, Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública (12 julio 2011).

Congreso de la República. (2002). Gaceta del Congreso N.º 432.

Congreso de la República. (7 de mayo de 2002). Gaceta del Congreso N.º 148.

Congreso de la República. (10 de mayo de 2002). Gaceta del Congreso N.º 157.

Congreso de la República. (14 de junio de 2002). Gaceta del Congreso N.º 232.

Congreso de la República. (27 de septiembre de 2002). Gaceta del Congreso N.º 401.

Congreso de la República. (21 de noviembre de 2002). Gaceta del Congreso N.º 531.

Congreso de la República. (11 de marzo de 2003). Gaceta del Congreso N.º 110.

Congreso de la República. (2012). Gaceta del Congreso N.º 134.

Corte Internacional de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988.

Corte Internacional de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-113-93 (M.P. Jorge Arango Mejía; marzo 25 de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-301 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; agosto 2 de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-504 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz; noviembre 4 de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-176 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; abril 13 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-038 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; febrero 9 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; mayo 18 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-397 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; septiembre 7 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-600 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; octubre 21 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-582 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; agosto 11 de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-700 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; junio 14 de 2000).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177 de 2001 (M.P. Fabio Morón Díaz; febrero 12 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis; marzo 28 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-646 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; junio 20 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; octubre 4 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1064 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño; octubre 10 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-157 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; marzo 5 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; julio 30 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-580 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; julio 31 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-976 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; noviembre 13 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1076 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; diciembre 5 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; enero 20 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-039 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; enero 28 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-096 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; febrero 11 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1039 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis; octubre 22 de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-673 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas; enero 12 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-060 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería; febrero 1 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-595 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra; junio 9 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; septiembre 26 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-984 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; octubre 7 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1154 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; noviembre 15 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-648 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; agosto 9 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1033 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis; diciembre 5 de 2006)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-988 de 2006 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; marzo 2 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-095 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; febrero 14 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-209 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; marzo 21 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-342 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; mayo 9 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-738 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; julio 23 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; marzo 30 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-430 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; julio 1 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-468 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; julio 15 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-729 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; octubre 14 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-762 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; octubre 29 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-801 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; noviembre 10 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1144 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; marzo 3 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; enero 27 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-334 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; mayo 12 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-936 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; noviembre 23 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; marzo 1 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-157 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; marzo 9 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-220 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; marzo 29 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-259 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; marzo 29 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; septiembre 13 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-907 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; noviembre 7 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-335 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; junio 13 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-672 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; septiembre 24 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-752 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; octubre 30 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo; junio 4 de 2014).