

La presunción de inocencia: derecho fundamental que se quebranta con la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal contra los adolescentes desmovilizados del conflicto armado

Presumption of innocence: a fundamental right violated with opportunity principle enforcement in criminal proceedings against demobilized adolescents from armed conflict.

Cómo referenciar este artículo:

Montalvo, C. (2012). La presunción de inocencia: derecho fundamental que se quebranta con la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal contra los adolescentes desmovilizados del conflicto armado. *Pensamiento Americano*, 83-110

Cristina E. Montalvo Velásquez *
cmontalvo@unilibrebaq.edu.co

Resumen

En el presente artículo, mostraremos parte de los resultados de investigación obtenidos en la elaboración de la Tesina de Grado de Maestría titulada: Principio de oportunidad y exclusión de la responsabilidad penal del adolescente desmovilizado del conflicto armado colombiano realizada en el año 2011 y parte del 2012. En la actualidad solo es admisible en el Derecho Penal aquella limitación o intervención en los derechos y libertades fundamentales cuando son adecuadas, idóneas y necesarias para obtener la finalidad perseguida por el legislador y que además sea constitucionalmente justificada, en otras palabras que sea proporcional en estricto sentido, de tal forma, que cuando la limitación o intervención en los derechos fundamentales del sindicado, como lo son la libertad y por ende la presunción de inocencia, no sea lo adecuado o necesario para alcanzar el fin del legislador se puede acudir a la aplicación del principio de oportunidad contemplado en la constitución nacional y en las circunstancias contempladas en el código de procedimiento penal, para que no se traspasen los límites en su aplicación por parte de la fiscalía general de la nación.

Palabras Clave

Presunción de inocencia, Principio de Oportunidad, Derechos Fundamentales.

Abstract

In this article, we will show some of the research results in the development of the Master's Degree Thesis entitled: Principle of opportunity and exclusion of criminal responsibility teenager demobilized on the Colombian armed conflict in 2011 and part of 2012. Today is only admissible in criminal law that limited intervention or the fundamental rights and freedoms when appropriate, suitable and necessary to achieve the aim pursued by the legislature and also constitutionally justified, in other words that is strictly proportional sense, so that when the limitation or interference in the fundamental rights of the accused, such as freedom and therefore the presumption of innocence, is not it appropriate or necessary to achieve the purpose of the legislature can go to the application the principle of opportunity referred to in the national constitution and in the circumstances specified in the code of Criminal Procedure, that the limits are not transferred is its application by the attorney general in the nation.

Key Words

Presumption of innocence Opportunity Principle, Fundamental Rights

Introducción

Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección y la complejidad de algunas conductas criminales para combatir la impunidad,

se ha hecho necesario adoptar políticas con las que pueda contar el estado para responder al crimen organizado, es por ello que se implementó una herramienta jurídico-política que permite al parecer hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicios sociales,

* Magister en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la Universidad del Norte, Abogada de la Universidad Libre de Barranquilla; Directora del Grupo de Investigación Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho de la Corporación Universitaria Americana; Jefe del Área de Derecho Penal de la Universidad Libre de Barranquilla; Representante de Víctimas de la Violencia en los procesos de Justicia y Paz y Representante Jurídica de la Fundación de Víctimas de la Violencia Memorias de Luz.

Artículo recibido: Diciembre 12/2011. Aceptado: Febrero 7/2012

con el fin de garantizar los intereses sociales del Estado, los cuales se enmarcan dentro de nuevos preceptos, se orientan sobre la base de valores y principios que conducen, por sobre todo, a potenciar la dignidad humana y los derechos fundamentales.

La Constitución Colombiana tiene un conjunto de postulados político - criminales que permiten validar la existencia de un programa penal, validado por ella misma, que tiene como efecto directo vincular y determinar la actividad del legislador y de los jueces y Tribunales en la conformación de todo el ordenamiento. Ese Programa Penal de la Constitución se conforma con los principios generales de la Constitución, los derechos fundamentales, los mandatos, las prohibiciones y las regulaciones que afectan directamente el Derecho penal y otros preceptos expresos sobre el sistema penal, enmarcan que todo el sistema penal debe ser interpretado conforme a la Constitución.

En buena medida se vive un constitucionalismo del Derecho Penal, que se refleja en principios como el de proporcionalidad, también llamado prohibición de exceso, que irradia en todo el sistema normativo. Y como consecuencia de tal constitucionalismo del derecho penal hemos visto que la normatividad ordinaria y el espíritu de los diversos órdenes jurídicos, se interpretan y se enmarcan de conformidad al nuevo marco constitucional.

Valga decir que la doctrina nacional hasta ahora ha hecho muy pocos esfuerzos, para no decir ninguno, en busca de la conceptualización y sistematización del principio que aquí nos congrega. Los expositores colombianos que se han ocupado del mismo, lo han hecho desde la óptica tradicional: lo estudian en el aparte de las consecuencias jurídicas del hecho punible, como un rasgo o característica de la pena o como principio fundamental del Derecho penal que simplemente incide en la relación entre infracción y sanción, es decir, hasta ahora sólo han hablado de lo que en la doctrina se conoce con el nombre de “principio de proporcionalidad en sentido estricto”.

Metodología

Para el logro del propósito fundamental de la investigación y de conformidad con el enfoque

teórico utilizamos: El método cualitativo con elementos de carácter descriptivos.

Así, mismo abordamos una interpretación de la dimensión socio – jurídica.

- Descriptiva, por cuanto buscó desarrollar una representación del fenómeno del adolescente excombatiente y a partir de la caracterización de sus condiciones sociales, económicas, culturas, etc., especificar si se configuran o no algunas causales de ausencia de responsabilidad penal y a la vez establecer las razones político criminales de la aplicación del principio de oportunidad en los procesos de estos adolescentes.

- Para delimitarlo en el tiempo utilizamos y analizamos los procesos iniciados a los adolescentes excombatientes desde el mes de julio del año 2005 hasta julio del 2010, producto de la desmovilización paramilitar en el departamento del César (26 Adolescentes).

- Así como la descripción del sistema penal juvenil desde su entrada en vigencia en el 2006 hasta julio del 2010.

Generalidad del Principio de Oportunidad

El artículo 250 de la Constitución Política mediante el Acto 03 de 2002, estableció facultades y funciones especiales para que la Fiscalía General de la Nación, dando un cambio en el sistema procesal penal colombiano pudiera implementar o aplicar el principio de oportunidad, el cual consiste en determinar si de acuerdo con razones de política criminal, sobre determinada conducta se debe ejercer o llevar a cabo la acción penal.

Con el nombre de Principio de Oportunidad se conoce “la facultad de no adelantar un proceso penal contra alguien, porque bajo determinadas circunstancias se considera que hay más ventajas en la renuncia de la acción penal que en el enjuiciamiento de una persona” (Ibáñez, 2005). Así mismo, constituye una decisión determinante en el deber del Estado de brindar una respuesta adecuada a las diferentes expresiones de criminalidad. Más precisamente es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación

y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías, tal como lo contempla el artículo 321 del C.P.P Principio de oportunidad y política criminal: La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado y es una facultad de naturaleza constitucional la que tiene la Fiscalía General de la Nación para su aplicación:

Artículo 250 C.N . Modificado acto legislativo 03 de 2002: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia..., siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del Juez que ejerza las funciones de control de garantías.

De acuerdo a esta norma, constitucionalmente le corresponde a la Fiscalía decidir cuáles son los casos en los que conviene renunciar a iniciar o continuar una acción penal, de acuerdo con las causales previamente señaladas en la ley. Es de aclarar que los jueces no tienen ninguna injerencia en la decisión de cuándo iniciar o continuar una acción penal y cuándo no, pues su labor se limita de manera estricta al juzgamiento de las personas contra las que la Fiscalía haya iniciado una acción penal.

En un sistema edificado a partir de esa clara distinción entre las funciones de acusar y juzgar, sólo la Fiscalía puede aplicar el principio de oportunidad, porque sólo ella tiene el monopolio de la acusación y decide cuándo iniciarla y cuándo interrumpirla. (Constitución Nacional).

Atendiendo que es la Fiscalía en nombre del estado quien decide la aplicación del principio de oportunidad, se considera entonces que también es un instrumento de política criminal, cuya aplicación responde a unos lineamientos generales del Estado en materia de aplicación de justicia. Es una figura que se traduce en la decisión de no procesar penalmente a algunas personas por ra-

zones de conveniencia general, y eso hace que su aplicación sea ante todo de naturaleza política, dentro del marco de la política criminal del Estado y no estrictamente jurídica. (Sentencias C-873 de 2003; C-646 de 2001; C504 de 1993), lo que comprensiblemente genera preocupación por la forma en que podría ser aplicado, ya que su inadecuada utilización puede traducirse en la desnaturalización de este mecanismo, que requiere para su aplicación darle suficiente discrecionalidad a la Fiscalía.”. Además, si el debate sobre la procedencia de la suspensión, interrupción o renuncia al ejercicio de la acción penal no se limita a aspectos meramente jurídicos, tenemos que en cada caso será fundamental establecer si los presupuestos fácticos de las diferentes normas que resulten aplicables están suficientemente acreditados, como por ejemplo el nivel de daño causado, el perjuicio físico o moral sufrido por el sujeto activo y las circunstancias que atenúan el juicio de reproche de culpabilidad, entre otros, que será lo que finalmente conlleve a la fiscalía a decidir renunciar al ejercicio de la acción penal.

Entonces, si la aplicación del principio está en manos de la fiscalía, debemos recordar que el fiscal no tiene un conocimiento directo de los hechos, sino que tiene un acercamiento con los mismos o se aproxima a ellos a través de las evidencias recopiladas, razón por la que debemos preguntarnos: ¿cómo saber que no se cae en simples especulaciones o simples ejercicios intuitivos y, que realmente si se hace un análisis detallado de los hechos a partir de los elementos materiales probatorios allegados al proceso?. Pero dichos análisis enfocados a establecer que ocurrió una conducta punible y que una persona es autora de dicha conducta no son suficientes para determinar la aplicación del principio de oportunidad, ya que se requiere además, según Bedoya, Guzmán y Vanegas (2010) que los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenida sustenten los presupuestos fácticos de cada causal que contempla el artículo 324 del C.P.P., (las cuales analizaré más adelante) y sean dichas causales las que lleven al fiscal a calificar la conducta como de mermada significación jurídica y social, que lo lleven a pensar que el sujeto activo sufrió grave perjuicio físico o moral por ejemplo”. (p.29) y por ende tomar la decisión de prescindir de la acción penal, facultad que le autoriza el código de procedimiento penal:

Artículo 323. Aplicación del principio de oportunidad. Modificado por el art. 1, Ley 1312 de 2009. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad. Tal como lo indica la Constitución Política y el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, las modalidades bajo las cuales se puede aplicar el Principio de Oportunidad son: suspensión, interrupción o renuncia, pero la modalidad que decida aplicar el fiscal dependerá de la naturaleza de la causal que conlleve a la aplicación de dicho principio, por ejemplo cuando decide suspenderse el procedimiento para verificar el cumplimiento de ciertas obligaciones que se le imponen al imputado o al acusado. Los verbos renunciar, suspender e interrumpir, indican acciones o mecanismos establecidos por el legislador para que el fiscal pueda aplicar el principio de oportunidad.

La renuncia significa no iniciar la persecución penal o no continuarla, definitivamente, en cuyo caso inexorablemente conduce a la extinción de la acción penal y opera antes de la formulación de imputación.

La suspensión del procedimiento a prueba procede respecto de aquellas causales que por su naturaleza la permiten, y exige el cumplimiento de las condiciones ofrecidas, entre ellas la reparación del daño. Y como consecuencia se suspenden los términos, los cuales se reanudan si las condiciones se incumplen. De cumplirse dichas condiciones, el fiscal renunciará a la persecución penal y solicitará la extinción de la acción penal al juez de control de garantías. Por el contrario, si se ha renunciado a la acción penal y se ha realizado el control de legalidad correspondiente, la extinción de la acción penal por este concepto exonera de considerar otra circunstancia.

La interrupción es un fenómeno transitorio diferente a la suspensión precisamente por su brevedad y porque afecta solamente el trámite de la actuación. Esta forma puede abrir paso a la suspensión y también a la renuncia.

Pero independientemente de la modalidad de aplicación del principio, debe tenerse en cuenta,

lo siguiente:

- Las modalidades de suspensión e interrupción están orientadas básicamente a preparar la renuncia del ejercicio de la acción penal. Por lo tanto debe establecerse en cada caso la necesidad de acudir a dichas figuras intermedias, sobre todo si se tiene en cuenta sus implicaciones en la duración del trámite. (Bedoya et al., 2010, p.32)

- En todas las modalidades de aplicación del Principio de Oportunidad debe acudirse al control jurisdiccional tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional (Sentencia C-979 de 2005), manifestando que el control del juez procede frente a cualquier modalidad del Principio de Oportunidad.

Por otro lado, la decisión de prescindir de la acción penal guarda relación con aspectos constitucionalmente importantes, como los siguientes:

- En primer lugar, según Bedoya et al. (2010) constituye un mecanismo de protección de la presunción de inocencia, porque aunque se trate de una decisión en principio favorable al implicado, no tiene el mismo alcance de una preclusión o de una archivo, pues mientras en estos eventos generalmente se parte de que no hubo conducta punible, en el primero se asume que el ciudadano ha actuado al margen de la ley. (p.30)

Planteamiento este que desarrolla el artículo 327 del C.P.P:

..... “la aplicación del Principio de Oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la fiscalía no podrán comprender la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

- De otro lado, como quiera que la aplicación del principio de oportunidad generalmente conlleva la no realización del juicio oral, es posible que su aplicación comprometa el derecho de las víctimas a conocer la verdad.

Resultando fundamental que para la aplicación de dicho instituto que se logre un conocimiento razonable de los hechos, en pro de que las víctimas tengan acceso a lo que la Corte Constitucional ha denominado “un principio de verdad”,

que permita un adecuado equilibrio entre los derechos de los afectados con la conducta punible y los importantes fines que pueden lograrse con la aplicación del principio de oportunidad. (Bedoya et al., 2010, p.31)

Sin lugar a dudas, en la aplicación de un sistema procesal penal concurren diferentes posturas y formas de observar y de llevar a cabo las políticas públicas y principios que se plantean constitucionalmente, pero el actual proceso oral y acusatorio nuestro, es el que más se aviene con la circunstancia histórica del denominado Estado social de derecho y dicho planteamiento lo concreto en que hoy existe una maximización de los derechos de las partes y una protección hacia la víctima, razón por la cual sería más importante el derecho de defensa que las formas propias del juicio o el debido proceso. Así mismo, el novedoso concepto de reparación que no es sinónimo de la indemnización, sino que lo trasciende y da paso al derecho de la víctima a la verdad y a la justicia, de suerte tal que se desarrolle en esta fórmula la llamada justicia restaurativa, que supera el concepto ordinario de la mera reparación, pero que encuentra un equilibrio entre los derechos de las víctimas y entre los fines, políticas y principios que desarrolla un Estado social de derecho y un proceso penal no solo acusatorio, sino garantista; en donde el control interno de las actuaciones, por medio de la figura del juez de garantías o lo que se denomina generalmente el control judicial de la actuación del poder fiscal.

En dichos elementos o formas del manejo procesal nuestro, el organismo titular de la pretensión penal es el Fiscal, que al mismo tiempo es el principal ejecutor de la política criminal del Estado. Es decir, con dicha titularidad viene aparejada la responsabilidad política de prevenir y perseguir la criminalidad y de proteger a las víctimas de la misma. En ese orden de ideas, lo coherente es que en el ejercicio de sus funciones se le permita algún grado de discrecionalidad para determinar la mejor decisión, en términos de conveniencia y justicia, en donde, debemos entender la discrecionalidad (diferente de la arbitrariedad) como un mecanismo jurídico apropiado para la consecución de éstos y todos los fines políticos en los estados modernos, y es dicha discrecionalidad la que le permite en ciertos casos renunciar, interrumpir o suspender la acción penal. En donde,

le damos paso a una justicia histórica, a una justicia y a un aparato de justicia que se aviene a las necesidades del momento y que se regula por medio de la política criminal y que una vez regulada, ya no puede tildarse al principio de oportunidad como contrario o antónimo del principio de legalidad, sino que debe entenderse como un instrumento del principio de legalidad que da respuesta a las necesidades de la sociedad a la cual se aplica.

En el estado social de derecho y en el proceso penal acusatorio y garantista, la legalidad y el papel de la ley se han ido transformando para darle al legislador un sentido de dirección estratégica de protección, de consagración de principios generales de acción que los ejecutores de la ley deberán precisar atendiendo a las circunstancias especiales que rodeen el caso y a las necesidades particulares que se deseen satisfacer con la aplicación de la misma. Entonces, surge el interrogante de si ¿el principio de oportunidad puede ser un mecanismo arbitrario que atiende a determinados intereses particulares y al mismo tiempo rompe con el principio de la igualdad ante la ley? A lo que debo responder diciendo que el principio de oportunidad no es arbitrario cuando está reglado, normado y controlado, y mucho menos cuando se trata de un plan, una estrategia de protección, un planteamiento de política criminal, un diseño realizado por el Estado en el cual se involucran los poderes públicos y la actividad de la comunidad, en cuanto a democracia participativa. Así tenemos que la decisión del Estado no es por el desbalance, sino en atención a que la respuesta o persecución penal no es la más adecuada para resolver el conflicto. En otras palabras, se intenta dentro del mismo modelo de resolver el conflicto, en delicado equilibrio entre víctima y victimario, queriendo encontrar una salida en la resolución del conflicto, en donde se debe además velar por los derechos de las víctimas, tal como lo ha resaltado la Corte Constitucional (Sentencia C-095 de 2007) manifestando que los derechos del afectado deben ser considerados cuando se aplique cualquiera de las causales del principio de oportunidad y no solo en aquellas en que la indemnización a la víctima es consagrada como requisito. Además, la Corte se ha pronunciado sobre las características y el método de análisis empleado en el juicio de proporcionalidad en varias sentencias, como por ejemplo en la sentencia C-916 de

2002, donde dijo lo siguiente:

En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio.

En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (art. 1 CP), fuerza normativa de la Constitución (art. 4 CP) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (art. 5 CP.).

En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez.

Como puede observarse en el ámbito del derecho penal, la proporcionalidad es la ponderación entre daño causado y sanción pecuniaria, conducta punible y sanción penal. De tal forma que el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses pon-

derados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso. Esta ponderación busca lograr un equilibrio entre los derechos del procesado, de un lado, y, los derechos de las víctimas, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías constitucionales.

Concepto y Causales de aplicación del Principio de Oportunidad contemplados en el código de Procedimiento Penal.

Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección y la complejidad de algunas conductas criminales para combatir la impunidad, se ha hecho necesario adoptar políticas con las que pueda contar el estado para responder al crimen organizado, es por ello que han implementado una herramienta jurídico-política que les permite al parecer hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicios sociales y así poder garantizar los intereses sociales del Estado. Por tal motivo, se aprobó la modificación del artículo 250 de la Constitución Política mediante el Acto 03 de 2002, con el cual el Gobierno Nacional estableció facultades y funciones especiales para que la Fiscalía General de la Nación, dando un cambio en el sistema procesal penal colombiano pudiera implementar o aplicar el principio de oportunidad, el cual consiste en determinar si de acuerdo con razones de política criminal, sobre determinada conducta se debe ejercer o llevar a cabo la acción penal.

Con el nombre de Principio de Oportunidad se conoce “la facultad de no adelantar un proceso penal contra alguien, porque bajo determinadas

circunstancias se considera que hay más ventajas en la renuncia de la acción penal que en el enjuiciamiento de una persona” (Ibáñez, 2005). Así mismo, constituye una decisión determinante en el deber del Estado de brindar una respuesta adecuada a las diferentes expresiones de criminalidad. Más precisamente es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, que pueda suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías, tal como lo contempla el artículo 321 del C.P.P. Principio de oportunidad y política criminal: “La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado”.

Constitucionalmente le corresponde a la Fiscalía decidir cuáles son los casos en los que conviene renunciar a iniciar o continuar una acción penal, de acuerdo con causales previamente señaladas en la ley. Es de aclarar que los jueces no tienen ninguna injerencia en la decisión de cuándo iniciar o continuar una acción penal y cuándo no, pues su labor se limita de manera estricta al juzgamiento de las personas contra las que la Fiscalía haya iniciado una acción penal. En un sistema edificado a partir de esa clara distinción entre las funciones de acusar y juzgar, sólo la Fiscalía puede aplicar el principio de oportunidad, porque sólo ella tiene el monopolio de la acusación y decide cuándo iniciarla y cuándo interrumpirla. (C.P.P., Artículo 321).

Atendiendo que es la Fiscalía en nombre del estado quien decide la aplicación del principio de oportunidad, se considera entonces que también es un instrumento de “política criminal”, cuya aplicación responde a unos lineamientos generales del Estado en materia de aplicación de justicia.

Es una figura que se traduce en la decisión de no procesar penalmente a algunas personas por razones de conveniencia general, y eso hace que su aplicación sea ante todo de naturaleza política, dentro del marco de la política criminal del Estado y no estrictamente jurídica. (Sentencias C-873

de 2003; C-646 de 2001; C-504 de 1993), lo que comprensiblemente genera preocupación por la forma en que podría ser aplicado, ya que su inadecuada utilización puede traducirse en la desnaturalización de este mecanismo, que requiere para su aplicación darle suficiente discrecionalidad a la Fiscalía.”. Además, si el debate sobre la procedencia de la suspensión, interrupción o renuncia al ejercicio de la acción penal no se limita a aspectos meramente jurídicos, tenemos que en cada caso será fundamental establecer si los presupuestos fácticos de las diferentes normas que resulten aplicables están suficientemente acreditados, como por ejemplo el nivel de daño causado, el perjuicio físico o moral sufrido por el sujeto activo y las circunstancias que atenúan el juicio de reproche de culpabilidad, entre otros, que será lo que finalmente conlleve a la fiscalía a decidir renunciar al ejercicio de la acción penal.

Así mismo, la aplicación del principio de oportunidad, requiere, según Bedoya et al. (2010) que los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenida sustenten los presupuestos fácticos de cada causal que contempla el artículo 324 del C.P.P., (las cuales analizaremos más adelante) y que sean dichas causales las que lleven al fiscal a calificar la conducta como de mermada significación jurídica y social, que lo lleven a pensar que el sujeto activo sufrió grave perjuicio físico o moral por ejemplo. (p.29) y por ende tomar la decisión de prescindir de la acción penal, facultad que le autoriza el código de procedimiento penal:

Artículo 323 C.P.P. Aplicación del principio de oportunidad. Modificado por el art. 1, Ley 1312 de 2009. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad. Tal como lo indica la Constitución Política y el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, las modalidades bajo las cuales se puede aplicar el Principio de Oportunidad son: suspensión, interrupción o renuncia, pero la modalidad que decida aplicar el fiscal dependerá de la naturaleza de la causal que conlleve a la aplicación de dicho principio, por ejemplo cuando decide suspenderse el procedimiento para verificar el cumplimiento de ciertas obligaciones que se le imponen al imputado o al acusado. Los verbos renunciar, sus-

pende e interrumpir, indican acciones o mecanismos establecidos por el legislador para que el fiscal pueda aplicar el principio de oportunidad. La renuncia significa no iniciar la persecución penal o no continuarla, definitivamente, en cuyo caso inexorablemente conduce a la extinción de la acción penal y opera antes de la formulación de imputación. La suspensión del procedimiento a prueba procede respecto de aquellas causales que por su naturaleza la permiten, y exige el cumplimiento de las condiciones ofrecidas, entre ellas la reparación del daño, modalidad que suspende los términos, los cuales se reanudan si las condiciones se incumplen. De cumplirse dichas condiciones, el fiscal renunciará a la persecución penal y solicitará la extinción de la acción penal al juez de control de garantías. Por el contrario, si se ha renunciado a la acción penal y se ha realizado el control de legalidad correspondiente, la extinción de la acción penal por este concepto exonera de considerar otra circunstancia. La interrupción es un fenómeno transitorio diferente a la suspensión precisamente por su brevedad y porque afecta solamente el trámite de la actuación. Esta forma puede abrir paso a la suspensión y también a la renuncia.

Pero independientemente de la modalidad de aplicación del principio, debe tenerse en cuenta, lo siguiente:

Las modalidades de suspensión e interrupción están orientadas básicamente a preparar la renuncia del ejercicio de la acción penal. Por lo tanto debe establecerse en cada caso la necesidad de acudir a dichas figuras intermedias, sobre todo si se tiene en cuenta sus implicaciones en la duración del trámite. (Bedoya, et al., 2010, p.32).

En todas las modalidades de aplicación del Principio de Oportunidad debe acudir al control jurisdiccional tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional (Sentencia C-979 de 2005), manifestando que el control del juez procede frente a cualquier modalidad del Principio de Oportunidad. Teniendo claro que dicho principio se encuentra reglado, me adentro en los análisis de su procedencia, causales que desarrolla taxativamente el código de procedimiento penal:

Artículo 324 C.P.P. Causales. Modificado por el art. 2, Ley 1312 de 2009. El principio de oportu-

nidad 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.

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 tal 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. Declarado Inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-936 de 2010. (C.P.P., Artículo 324)

Parágrafo 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el ca-

pítulo 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 el delegue de manera especial para el efecto.

Parágrafo 3o. 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. (Código de Procedimiento Penal, Artículo 324)

Como puede observarse el principio de oportunidad es una facultad exclusiva del fiscal, ejercida conforme a la Constitución y al código de procedimiento penal; sin embargo, el imputado podría solicitar su aplicación sin que ello imponga al fiscal responder su petición positivamente. Entonces, tenemos según lo plantea este artículo que están facultados para aplicar el principio de oportunidad el Fiscal General de la Nación y los fiscales delegados, estos últimos para efectos de los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no sobrepase los seis (6) años en su máximo, tal como lo establece el parágrafo 2 del citado artículo 324 del C.P.P. correspondiéndole al Fiscal General de la Nación o a su delegado especial, de conformidad con el mismo parágrafo dar aplicación al principio de oportunidad en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años. Ade-

más, al Fiscal General en las causales previstas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del artículo 324. En estos casos el fiscal que conozca de la actuación deberá enviar al Despacho del Fiscal General, el informe correspondiente, debidamente sustentado, con indicación de la causal que considere aplicable, para lo cual deberá diligenciar un formato de solicitud de aplicación del principio de oportunidad.

Del resto de eventos, los fiscales delegados podrán aplicar el principio de oportunidad hasta antes de la presentación del escrito de acusación. Si el principio de oportunidad se aplica con posterioridad a la formulación de la imputación, es obvio que para imputar cargos se practicaron un mínimo de pruebas, en donde el fiscal encontró elementos materiales probatorios que lo llevaron a la formulación de imputación, situación que contribuye o se puede utilizar más adelante para la aplicación del principio de oportunidad, atendiendo que el fiscal, a efectos del control de legalidad previsto en el artículo 327 del C.P.P. y sólo cuando la aplicación del principio de oportunidad genere la extinción de la acción penal, deberá aducir ante el juez los elementos materiales probatorios que le permitan inferir hasta entonces que el imputado es autor o partícipe de un hecho delictivo.

Analizando las causales en que procede el principio de oportunidad, podemos determinar que el fiscal en su actuación y para la aplicación de dicho principio debe hacerlo con absoluta transparencia, honestidad, ponderación, racionalidad y discrecionalidad para delimitar los casos en que es convincente o no su aplicación, por tal motivo, tenemos que en términos muy generales tratándose de las causales 1 y 8 mira el interés del estado en la persecución penal. Que en las causales 2 y 3 debe aplicarse por considerar que es un mecanismo de cooperación internacional y de justicia universal. En las causales 4, 5 y 7 su aplicación se fundamenta en ser un instrumento de colaboración con la administración de justicia y con la justicia restaurativa. Así mismo, si se trata de la importancia del bien jurídico y la naturaleza de su afectación, puede aplicarse dicho principio de oportunidad atendiendo las causales 9, 10, 13 y 14. De igual forma, si la conducta tiene un menor juicio de culpabilidad e imputación subjetiva culposa, puede aplicarlo acudiendo a las causales

6, 11, 12, 15.

Por otro lado, si estamos frente al proceso de justicia y paz no podrá aplicarse dicho principio, atendiendo que el desmovilizado postulado a la ley de justicia y paz (Ley 975 del 2005) goza de los beneficios del proceso transicional y no de los beneficios del principio de oportunidad. Recurriendo a la causal 16, debo aclarar que estamos hablando de una persona que prestó su nombre a una organización ilegal para que se colocaran bienes a su nombre, pero no se refiere dicha causal a los integrantes o miembros de la organización, pues frente a ellos opera repito los beneficios de acogerse a la ley de justicia y paz y no puede aplicarse frente a dichos desmovilizados el principio de oportunidad consagrado en el código de procedimiento penal. Situación que opera de forma distinta si estamos frente a un “adolescente” desmovilizado del conflicto armado, atendiendo criterios de política criminal que esbozaré detalladamente más adelante.

Como se observa, al analizar las causales consagradas en el artículo 324 del CPP, reafirmamos que su aplicación es restringida y, en consecuencia, solo procede si estamos frente a dichas causales y por considerarse que es necesaria su aplicación y para ello la ponderación de los beneficios objetivos generales de su aplicación respecto a los perjuicios que se cause a los derechos fundamentales implicados en el caso concreto juegan un papel primordial al momento de decidir su aplicación o no y para ello el fiscal debe apoyarse en el principio de proporcionalidad y otras de las manifestaciones que hacen parte integrante del ordenamiento procesal penal actual. Pero, el principio de proporcionalidad, formulado básicamente por la doctrina y los tribunales constitucionales contemporáneos, no constituye en el marco del ordenamiento constitucional un principio autónomo, sino que se tiene que extraer de otros, formulados expresamente en nuestra “Carta Magna”, por lo tanto, puedo considerar, que la proporcionalidad no cabe invocarla de modo independiente, sino siempre referida a otros principios, cuya vulneración es la que se enjuicia. La arbitrariedad estatal y la vulneración de los derechos fundamentales siempre se hacen sobre la base de un juicio de proporcionalidad entre los fines o motivos de la actuación de los entes públicos y la prohibición de los excesos en

la búsqueda de los mismos. Por eso, el contenido del principio de proporcionalidad, haciendo eco de los desarrollos que en la doctrina y jurisprudencia ha tenido, comprende conforme las elaboraciones de la jurisprudencia colombiana, la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

De una forma más explícita e ilustrativa, puedo mencionar ciertos eventos, por ejemplo, tratándose de delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio; cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social; 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; cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa. Así mismo, procede cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenazas graves a la seguridad exterior del Estado; 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. En este sentido, escribía Fenech (1959):

Los casos concretos que la realidad presenta son tan dispares y tienen unas características tan propias que a veces puede parecer preferible la no apertura de un proceso penal, bien porque sea tan escasa la relevancia del hecho que debiera fundar el comienzo del mismo que no merezca la pena de poner en movimiento todo el complicado aparato de la justicia penal, bien por la razón contraria, porque sean tan graves las consecuencias que puedan temerse de aquél que se estime preferible no intentar siquiera la persecución. (p.74).

Por otro lado, consideramos que algunas causales de la aplicación del principio de oportunidad, hacen al sistema penal más humano y racional; cada caso de la vida tiene de una u otra manera algo particular y el poder punitivo del Estado se enca-

mina a examinarlo y para que el ejercicio de éste sea racional necesita moduladores o condiciones que permitan tener en cuenta aquellas particularidades. Por eso las causales de aplicación del principio de oportunidad son moduladoras para materializar el objetivo de la justicia en cada caso concreto. Y como decía Carnelutti (1981), cuando enseñaba que el principio de legalidad era el “derecho estricto” y el principio de oportunidad era la “equidad”:

Acción penal vinculada o discrecional, según el *strictum ius* (derecho estricto), o, por el contrario, según la equidad. En cuanto a la elección entre los dos principios, legalidad u oportunidad o, en otras palabras, derecho estricto o equidad. Este criterio de la distinción entre derecho y equidad más bien que entre legalidad y oportunidad... (p.134-135).

Para desarrollar este pensamiento, se me ocurre pensar o imaginar que el imputado ha sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcional la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva. Por ejemplo, como sería el caso del padre de familia que por un exceso de velocidad se sale de la vía y cae a un precipicio muriendo su hijo que lo acompañaba (daño moral grave). Caso del conductor que por un exceso de velocidad colisiona contra un muro, falleciendo el empleado que lo acompañaba y quedando aquél, es decir el conductor cuadripléjico (daño físico grave).

Como se ha podido analizar, la aplicación del principio de oportunidad no es un favor de la Fiscalía General de La Nación para con el ciudadano; configurados sus presupuestos está obligada a aplicarlo. De lo contrario se abriría las puertas para el abuso del poder, de manera que se aplicaría o no el principio de oportunidad por favoritismos, destruyendo el derecho fundamental de igualdad ante la ley. La Fiscalía General de La Nación puede decir que para el caso concreto no se encuentran configurados los presupuestos para la aplicación del principio de oportunidad, pero lo que no puede decir es que se encuentran configurados, pero no lo aplica; esta opción no se la da el legislador porque será arbitraria su aplicación y no discrecional. Porque discrecionalidad no es que si el fiscal desea o no ejercer la acción penal;

discrecional es que la ley enumera los casos en que la acción penal se puede suspender, interrumpir, renunciar, y de estar dentro de este catálogo, se debe acudir a la aplicación del principio de oportunidad, quiera o no el fiscal. De lo contrario, se tendría que aceptar que la aplicación del principio de oportunidad es un favor de la Fiscalía General de La Nación y que no es una obligación de ésta, que no es un derecho del inculpado, lo que sería completamente inaceptable.

Entonces, la aplicación del principio de oportunidad sólo procede en los casos contemplados por el legislador y está sometido a control judicial por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías y no se puede realizar para eventualidades que no tengan fuente normativa que las autorice. Así mismo, se nota del análisis de dichas causales, que se establece un período de prueba, el cual es útil para desaparecer el interés del Estado en el ejercicio de la acción penal, lo que viabiliza de este modo la extinción de la misma; aparentemente se normaliza el orden social quebrantado sin necesidad de llegar a una sentencia condenatoria, estabilización que se consigue debido a que el imputado cumple con determinadas obligaciones impuestas por la Fiscalía General de La Nación.

Por otro lado, tratándose de causales que relacionan o involucran aspectos procesales mencionaré las siguientes: Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada; cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En estos casos es la contraprestación del Estado por la colaboración con éste, siendo de advertir que en el segundo de los mismos es necesario tener en cuenta este factor en la evaluación del testimonio, dado el compromiso especial que trata éste.

La Presunción de Inocencia como Derecho Fundamental que se quebranta con la aplicación del principio de Oportunidad en el Proceso Penal de los adolescentes desmovilizados del conflicto armado. La presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 29 inciso 4° de la Constitución Política, mandato por el cual: “Toda per-

sona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11°, reafirma el carácter fundante de la presunción, por virtud del cual: Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado

por Colombia a través de la ley 16 de 1974, establece: “..Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...” (artículo 8°).

El principio de Presunción de Inocencia afirma que el acusado debe ser tratado como inocente hasta tanto no se haya demostrado plenamente su culpabilidad en sentencia ejecutoriada, absolviéndolo de todo cargo. El principio de presunción de inocencia garantiza que todo ciudadano sujeto a una investigación penal, a raíz de sus derechos fundamentales pueda ser procesado con igualdad ante la Ley, fundamentándose desde allí, el principio y derecho de legalidad y al debido proceso. Ya que nos encontramos ante un Estado de Derecho que propende porque toda actuación de las personas se encuentre regida a normas jurídicas previamente establecidas por sus instituciones jurídico-penales.

Y es al Estado por medio de su Institución Jurídica, el que le compete desvirtuar y demostrar a través de elementos materiales probatorios, la responsabilidad penal del acusado. Porque desde el inicio de su vinculación a una investigación penal hasta la Sentencia que profiera un juez de la justicia colombiana, este se presume inocente. Y mientras persista el estado de duda se debe dar aplicación al postulado *In Dubio Pro Reo*, y dar una sentencia absolutoria.

Este principio se origina en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, cuando se cometieron tantos errores judiciales condenando a hombres inocentes y con el fin que no siguiera recayendo sobre el procesado la ineficacia del Estado en no comprobar su responsabilidad. Es así, como tiempo después nació el postulado de “es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente”.

La presunción de inocencia, como principio, le otorga al acusado una protección especial, frente a la posible actuación abusiva por parte del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, al tiempo que debe concurrir con todas y cada una de las garantías procesales, en aras de un proceso realmente garantista. Asimismo, la presunción de inocencia impone, la obligación de tratar durante el curso de la acción penal al acusado como si fuere ino-

cente. Como regla probatoria, no es suficiente cualquier prueba para destruir la calidad de inocente, sino que ésta debe practicarse de acuerdo con ciertas garantías:

- a) La existencia de prueba de cargo.
- b) La existencia de actividad probatoria suficiente.
- c) Actividad probatoria suministrada por el ente acusador.
- d) Pruebas practicadas en juicio oral.
- e) Pruebas practicadas con respeto de las garantías procesales y de los derechos fundamentales (La intermediación, la publicidad, la concentración, la celeridad y la contradicción).
- f) Como regla de juicio.

La presunción de inocencia actúa como regla de juicio para aquellos casos en los que el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una sentencia ni en sentido absolutorio ni en sentido condenatorio, esto es, “cuando se encuentra en estado de duda irresoluble”, porque la certeza de la culpabilidad del sujeto penable se basa en pruebas, que deben ser pruebas plenas para que sustenten sin lugar a dudas una sentencia condenatoria. De allí, que la presunción de inocencia del acusado lo protege de una sentencia condenatoria cuando su culpabilidad no ha quedado plenamente demostrada.

Es por esto que el Estado ha revestido a la Fiscalía con un ordenamiento jurídico para la realización de técnicas de indagación y de investigación dentro del sistema acusatorio, para probar plenamente hechos y responsables de un delito. Sin embargo, muchas veces el acusado fue prejuzgado por la comisión de hechos delictivos que no habían sido plenamente comprobados, y se incurrió en imputaciones injustas. De allí, que en nuestro actual sistema penal acusatorio se procura hacer una investigación previa de delitos de oficio, denuncia o querrela, para establecer la presunta responsabilidad penal del sujeto al cual se le va a imputar cargos.

Por otro lado, en la valoración de la prueba el principio de presunción de Inocencia y el principio *In Dubio Pro Reo* se complementan. Porque a pesar de que se haya llevado a cabo una carga probatoria y el principio *In Dubio Pro Reo* sea aplicable, cuando las pruebas obtenidas y valo-

radas en juicio dejan duda ante el juez de la existencia de culpabilidad plena del acusado. El juez al no poder superar o disipar la situación de incertidumbre ante los hechos demostrados, deberá resolver a favor del acusado con la absolución, comprobando su Inocencia, porque la duda es la suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones acerca de un hecho y frente al ámbito penal es autonomía del juez ante la valoración de la prueba y la duda inminente, decidir qué hacer, lo cual se ha determinado con el principio de *In Dubio Pro Reo*. Sin embargo existe un riesgo que está supeditado al estado de ánimo, o personalidad del juez. Pues, deja una garantía fundamental “Presunción de Inocencia” en un estado fáctico y jurídico que no puede ser controlado por el imputado. Es por eso que el juez debe resguardar los intereses del imputado al basar su sentencia condenatoria únicamente en la convicción de que los hechos existieron, ocurrieron, y él fue el responsable. Y no sobre la mera probabilidad o en la duda. Es aquí, donde el hecho de que exista “duda” protege al imputado. Carrara, afirmaba que “el legislador debe formular disposiciones de manera que el reo pueda siempre utilizar el efecto del estado de duda, para que la presunción de inocencia o de menor culpa nunca pueda ser subvertida, es decir, nunca puede admitirse presunción de culpabilidad.

Violaciones al derecho de Presunción de Inocencia.

La Corte ha manifestado que la aplicación del *In Dubio Pro Reo* no es de aplicación absoluta sino que está condicionada, y debe darse cuando la duda no haya forma de eliminarla, manifestándolo de la siguiente manera:

“En efecto, la tradición jurídica impone al juzgador el deber de resolver las dudas existentes en beneficio del sujeto pasivo de la acción penal. Pero el mandato es condicionado, toda vez que ello debe hacerse siempre y cuando la incertidumbre sea insalvable, esto es, que no haya modo de eliminarla.

Así, la duda como fundamento de la absolución, es admisible única y exclusivamente cuando el juez le es imposible dilucidar probatoriamente lo realmente acaecido, porque no puede equipararse la exoneración de responsabilidad con funda-

mento en que el Estado no puede probarla, a la declaración de Inocencia”.

Para mi concepto la Corte en este caso en concreto se encuentra en un error vulnerando a toda costa un principio de la legislación penal, al afirmar lo anterior, debido a que el imputado siempre se vería expuesto a confirmar su inocencia, recayendo sobre él la carga probatoria de su inocencia, cuando la carga demostrativa de la acción penal y el encontrar la responsabilidad penal mas allá de toda duda razonable recae sobre el ente acusador con el fin que no se cometan errores judiciales, y no sobre la defensa técnica.

Es más, no solo se viola el derecho de *In Dubio Pro Reo* sino el de la aplicación de la Justicia, con el cual también cuenta el procesado. Pues, Justicia “es dar a cada quien lo que es suyo, lo que le corresponde” según lo refirió Aristóteles. Y si hay duda debe concedérsele el derecho a ser absuelto, porque es una de sus garantías fundamentales. Porque es la Justicia la que busca proteger los derechos fundamentales del individuo frente a la arbitrariedad.

Por otro lado, si el acusado debe ser tratado como inocente, al solicitar por parte de la Fiscalía una medida de aseguramiento en las audiencias preliminares, por el supuesto de que el “sujeto penable puede ser el presunto autor o coautor de la actividad delictiva”, se estaría vulnerando el derecho que tiene de Presunción de Inocencia. Aunque el deber del ente acusador no es solo solicitar la medida de seguridad sino sustentarla con los elementos de conocimiento, no es el estado procesal pertinente para hacerlo, pues solo hay indicios de hechos que deben ser probados y desvirtuados por las partes, con contundentes elementos materiales probatorios. De allí, surge el planteamiento que las medidas vulneran el derecho fundamental de la libertad, porque se está dando por sentado desde el inicio del procedimiento penal, que el imputado puede ser 100% responsable de esa conducta. Y por tal motivo se requiere tenerlo bajo custodia, sea porque no comparecerá al proceso, porque sea un peligro para la comunidad o la víctima, u obstruya el debido ejercicio de la justicia. Custodia o detención preventiva que se convierte desde el inicio en una pena anticipada, para la persona que todavía debe considerársele Inocente hasta la sentencia

que profiera un juez.

Es por esto, que el Dr. Luigi Ferrajoli no consintió la aplicación de una prisión o detención preventiva, garantizando que era un instrumento que hacia fenecer garantías o derechos constitucionales.

Nuestro país, en relación con el tema de la presunción de inocencia, ha suscrito, entre otros, los siguientes Tratados Internacionales:

a) La Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone que: ‘Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa’

b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 14.2, que: ‘Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley’.

c) La Convención Americana sobre derechos humanos, en su artículo 8° establece: ‘Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’.

Resultados:

Aplicación del Principio de Oportunidad en los procesos penales de los adolescentes desmovilizados del conflicto: una política pública que genera impunidad penal.

En esta parte esbozaremos el principio de oportunidad en su real sentido, es decir, como criterio de pura política criminal. Empezaremos recordando, que dentro de los límites del artículo 250 de la Carta Política, la Fiscalía General de la Nación, en los casos que establece la ley, puede aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, porque a pesar de existir la facultad de adelantar una investigación penal para hallar la verdad de los hechos, se estructura una necesidad basada en “la carencia de importancia de la sanción”; la “mermada significación jurídica y social” de una conducta punible, causal que se refiere a los denominados “delitos bagatela”; “la reparación

integral de las víctimas” y “la existencia de problemas sociales más significativos”; criterios que aunque están regulados por la ley de manera taxativa, tienen una naturaleza que le es propia a los lineamientos de la política criminal del Estado, entre otros, el derecho penal mínimo y el carácter fragmentario del derecho penal.

La aplicación del principio de oportunidad no tiene por finalidad la búsqueda total de la verdad, de ahí que genere impunidad penal, tampoco la condena de una persona, lo que persigue es el archivo del proceso para cumplir con los objetivos propios de la política criminal del Estado, no obstante que existen elementos de prueba que permiten inferir la estructura del delito y la autoría o participación de la persona; lo que fundamenta su aplicación es minimizar la aplicación del derecho penal, la búsqueda de una solución al parecer más humana y razonable, proteger a la víctima de una segunda victimización, procurar que la víctima obtenga, cuando ese es su interés, una indemnización integral o una reparación simbólica, lo que podríamos denominar criminología de la tolerancia, en fin, la aplicación de los conceptos básicos que pueden llevar a la convivencia pacífica, pero que no aseguran justicia para la víctima de crímenes atroces. Es por ello que según García Méndez, la finalidad de la política criminal con la aplicación del principio de oportunidad es:

Descriminalización, frente a la concurrencia de hechos punibles calificados como “bagatela” el ius - puniendi suspende su ejecución a fin de alcanzar mejores resultados que los efectos que podrían causar la imposición de una pena, es decir se considera los criterios de utilidad de sanción y políticas preventivas especiales y generales, dejando proscrita el absolutismo o retribución como efecto de aplicación de pena.

A la luz del nuevo Código de Procedimiento Penal que desarrolla el sistema acusatorio introducido por el Acto Legislativo 02 de 2003, la ponderación en materia probatoria, busca lograr un equilibrio entre los derechos del procesado, de un lado, y, los derechos de las víctimas, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías

constitucionales. En el tema que nos interesa, es decir, en relación con el principio de oportunidad, dos disposiciones especiales estableció el legislador en el código de infancia y adolescencia, que son las consagradas en los artículos 174 y 175 de la ley 1098 de 2006, de tal forma que en lo demás el operador jurídico debe estarse a lo dispuesto en la Ley 906 de 2004. Contempla el artículo 174 de la ley 1098 del 2006:

Del principio de oportunidad, la conciliación y la reparación integral de los daños. Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación del principio de oportunidad...

Es claro que cuando el artículo 174 alude al principio de oportunidad, no lo hace para señalar que sólo es aplicable por consenso, sino para indicarle a las autoridades judiciales que dicho principio tiene una aplicación preferente por ser un principio rector de la actuación judicial dentro del sistema de responsabilidad para los adolescentes, aspecto que marca sin duda alguna la política criminal del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, con una diferencia trascendental respecto de la proyección de este principio en el procedimiento penal de los adultos, en donde, se aplica de manera excepcional y no de manera preferente. Pero, a pesar que el artículo 174 de la Ley 1098 del 2006 alude genéricamente a la aplicación preferente del principio de oportunidad en los casos del sistema de responsabilidad para adolescentes, de un análisis detallado de las causales contenidas en la Ley 906 de 2004 y teniendo en cuenta que el código de Infancia y Adolescencia dispone expresamente que podrá aplicarse la Ley 906 del 2004 en los procesos de los adolescentes en tanto sea compatible con los principios que inspiran la legislación específica para la niñez y la juventud, entonces puede deducirse que algunas causales contempladas en la Ley 906 del 2004 podrán aplicarse a los adolescentes, como lo serían:

En primer lugar, frente a los llamados delitos de bagatela, la Corte constitucional en Sentencia C-095, magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra consideró en la aplicación del principio de oportunidad, en cuanto a la “merma-

da significación jurídica y social” que no es clara ni precisa, al respecto dijo la corte:

Justamente la merma significación social de una conducta punible es la causal que en el Derecho comparado resulta ser más común como motivo de aplicación del principio de oportunidad penal. Se trata de los llamados por la doctrina “delitos bagatela”. Según los datos que suministra la misma demanda, dentro del grupo de países seleccionados como muestra para hacer un estudio relativo al tipo de causales que usualmente son admitidas para este propósito, el criterio de insignificancia del hecho es admitido en todos ellos. Ahora bien, la merma significación social de una conducta proviene de una serie de circunstancias como, por ejemplo, las condiciones personales en las que el agente actuó (bajo cansancio extremo, tensión extrema, insomnio, ingesta de medicamentos, etc.), el poco valor del objeto del delito en los tipos penales que protegen el patrimonio económico (hurto de una fruta), el contexto social en el cual la conducta se ejecuta, o cualquiera otras que sólo se conocen en las circunstancias concretas e infinitas en posibilidades que compete conocer al fiscal en cada caso, y que son establecidas probatoriamente en cada ocasión.

A juicio de la Corte, tal gama de posibilidades es imposible de reducir en concretas y muy precisas fórmulas legales, pues la naturaleza de las cosas hace que no sea factible prever de manera general, impersonal y abstracta, pero al mismo tiempo completa precisa y determinada, este amplísimo espectro de hipotéticas situaciones. Así pues, es la naturaleza misma de las cosas la que obliga a reconocer al fiscal facultades evaluativas de la “merma significación jurídica y social” de una conducta punible. Esta noción sólo puede ser precisada en cada caso, pero que responde a criterios de valor con cierto grado de objetividad social en el contexto histórico respectivo. Cuando estamos frente a las conductas punibles cometidas por un adolescente al interior de un grupo armado ilegal o frente a los hechos que comete dicho adolescente atendiendo su pertenencia a una organización al margen de la ley, por lo general estamos frente a conductas que vulneran el Derecho Internacional Humanitario, que vulneran los Derechos Humanos, es decir, estamos frente a grandes vio-

laciones de los Derechos de los Seres Humanos, lo que haría imposible, que un Fiscal argumente que la conducta que se cometió es de una merma significativa jurídica y social. Podría colocar como ejemplo las mal llamadas limpiezas sociales realizadas por los paramilitares, en donde terminaban asesinando a todo una comunidad en donde los desvalores existen precisamente por las condiciones de vulnerabilidad y abandono en que el mismo sistema los ha colocado y los mantiene por la imposibilidad de garantizarles sus Derechos.

Entonces, ¿cómo argumentar, la aplicación del principio de oportunidad a un adolescente que hizo parte de grandes violaciones de los Derechos Humanos, como lo son las mal llamadas limpiezas sociales que realizaban los paramilitares?, no podría argumentarse que acabar con toda una comunidad le hace bien a la misma y que lo realizado tiene una merma significativa jurídica y social, por citar uno de tantos supuestos de hecho. Sin olvidar, que taxativamente el parágrafo 3 del artículo 324 del C.P.P contempla la prohibición de aplicar el principio de oportunidad tratándose de violaciones de los Derechos humanos y con justa razón, pues sería incumplir el compromiso internacional de investigar y juzgar este tipo de vulneraciones, que bajo ninguna circunstancia en nuestro país pueden quedar impunes como producto de beneficios o políticas que signifiquen el olvido de lo sucedido.

En segundo lugar, la causal de aplicación del principio de oportunidad “cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos” descansa en el principio de proporcionalidad, que llama a no sancionar penalmente sino aquellas conductas que realmente constituyan una amenaza para la convivencia pacífica, y no un reclamo social justificado. Se considera, según Poveda, que únicamente será constitucionalmente admisible aquella limitación o intervención en los derechos y libertades fundamentales que sea adecuada y necesaria para obtener la finalidad perseguida por el legislador, que deberá en todo caso estar constitucionalmente justificada, y siempre y cuando tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida.

Ahora bien, en la aplicación de esta causal bajo examen el fiscal debe motivar específicamente la

decisión, tener en cuenta los supuestos fácticos y exponer por qué la persecución penal produciría mayores problemas sociales que la falta de ejercicio de la acción penal. En todo caso, esta decisión del fiscal siempre estará sujeta a la revisión del juez de control de garantías y a la intervención del Ministerio Público. Bajo este supuesto, es más factible que en el proceso penal iniciado a un adolescente desmovilizado del conflicto armado, el fiscal argumente la aplicación del principio de oportunidad, teniendo en cuenta que la estigmatización y castigo a la que será sometido el adolescente le generaran traumas más difíciles de superar que los ya vividos al interior de un grupo armado al margen de la legalidad y más dificultades psicológicas, familiares y sociales que las padecidas por las carencias propias del sistema y del entorno que lo llevaron a estar en medio de un conflicto armado producto sin lugar a dudas de una cadena de vulnerabilidades de las que son corresponsables el estado, la familia y la sociedad en general, en donde, sancionar terminaría agravando la cadena interminable de vulnerabilidades en la que estaba y está el adolescente.

Sin lugar a dudas, esta causal sería de fácil aplicación, como política criminal en los procesos de los adolescentes en general, sean combatientes o no. Pero, como en Colombia la persecución penal o no de una conducta, siempre obedece a la Política Criminal que se aplique en determinado momento, es decir que hay políticas provisionales o coyunturales, por ejemplo el carácter coyuntural de la política estatal contra la violencia, obedece a lo que el gobierno de turno crea conveniente. En este sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia C-988 de 2006, con ponencia del Dr. Álvaro Tafur Galvis, al referirse a la política criminal del Estado precisó:

Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución.

Entonces, el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y con-

sagar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos, pudiendo incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de los bienes jurídicos tutelados, en la medida en que unos y otros se fundamentan en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros. Y atendiendo esos mismos criterios de razonabilidad y proporcionalidad es que puede aplicarse el principio de oportunidad, en casos expresamente determinados en el código de procedimiento penal y en la Ley 1312 de 2009 para optar entre investigar o dejar de hacerlo, acusar o precluir, de acuerdo con conveniencias político criminales, así la prueba conduzca a la existencia de la conducta punible y a la responsabilidad del imputado; medida que sin lugar a dudas pasa por encima de los derechos de verdad, justicia y reparación de quien fue víctima de esa conducta. Dado que el ejercicio de esta potestad de configuración puede incidir en el goce de derechos constitucionales, la Corte ha dicho que las limitaciones o restricciones en el ámbito del procedimiento penal deben ser adecuadas para lograr el fin buscado, deben ser además necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último, deben ser “proporcionales”, esto es, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar. Así ha dicho esta Corporación: “Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio (Sentencia C-916 de 2002). En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional, unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales y carácter inalienable de los derechos de las personas “busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones (Sentencia C-916 de 2002).

En tercer lugar, las causales 4 y 5, que contemplan en términos generales cooperación con la justicia:

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. Y 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. (C.P.P., Artículo 324)

Es posible considerar su aplicación, siempre y cuando se atiendan las formalidades y estipulaciones legales referentes a las declaraciones y testimonios de los niños, niñas y adolescentes en los procesos penales, las cuales no son juramentadas y se realizarán con la presencia de alguno de sus padres o en presencia de su representante legal y a consideración del juez se realizarán en audiencia cerrada. Pero no podemos perder de vista que el artículo 176 del código de infancia y adolescencia expresamente prohíbe la utilización en labores de inteligencia a los jóvenes desvinculados del conflicto armado, por lo tanto esta causal de cooperación con la justicia contemplada en los numerales 4 y 5 del artículo 324 del C.P.P. solo se aplicaría a adolescentes no desmovilizados del conflicto y por conductas punibles distintas de las cometidas al interior y con ocasión a la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.

En cuarto lugar, las causales 6 y 11 que relacionan delitos culposos y los fines de la pena: 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. Causales que son totalmente aplicables en los procesos de los adolescentes, teniendo en

cuenta que en ellas se busca humanizar las consecuencias jurídicas de aquel que ha sufrido un daño más grave producto de la realización de una conducta imprudente. Entonces frente a esta causal 6, deben cumplirse 3 requisitos: a- Que se trate de conductas culposas; b- Que el imputado haya sufrido daño físico o moral grave; c- Que sancionar implique el desconocimiento del principio de humanización de la pena. Frente a estos requisitos se debe tener en cuenta que las conductas culposas suelen generar angustia y dolor en el sujeto activo, pues precisamente, el resultado nunca ha sido buscado y además de causarse un daño a una tercera persona termina el sujeto lesionándose gravemente también, como sería el caso del adolescente que toma el arma de dotación de su padre que es policía confundiéndola con su juguete y se le dispara dicha arma causándole invalidez a su padre, evidentemente este adolescente sufrirá un daño moral grave al tener que ver a su padre postrado en una silla de rueda de por vida, debido a su imprudencia, situación que lleva a razonar, que tan proporcional y humano sería la aplicación de una pena a este adolescente.

Por otro lado, tenemos las causales de menor culpabilidad penal, contempladas en los numerales 12 y 15 del ya mencionado artículo 324: 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. Esta causal está basada en la necesidad de la pena a partir del nivel del reproche de culpabilidad, cuyos presupuestos están contenidos en el artículo 33, inciso 1 del código penal, tal como lo expresa Velásquez (2008):

La capacidad de comprender la ilicitud del acto y la capacidad de auto determinarse de acuerdo con esa comprensión, por lo que, si falta cualquiera de ellos, o ambos al mismo tiempo, no se puede emitir en contra del agente ningún juicio de responsabilidad penal, en otras palabras, es culpable quien tiene la posibilidad de comprender las exigencias y de conducirse o motivarse de acuerdo con dichos dictados. (p.414)

El citado tratadista, entonces considera que cuando una persona actúa en circunstancias que humanamente le impiden ajustarse a los requerimientos del ordenamiento jurídico, el Estado no puede exigirle que lo haga, como lo sería ac-

tuar por un estado de necesidad excluyente de la culpabilidad o actuar bajo la creencia de que la conducta realizada no es una conducta prohibida. Dicha causal de aplicación del principio de oportunidad me acerca al tema de las causales de ausencia de responsabilidad penal, atendiendo que la culpabilidad es un elemento estructural de la conducta punible y si falta alguno de los elementos de la culpabilidad, no podría decirse que se puede imponer legalmente una pena. Y para facilitar este estudio acudiremos a los elementos de la culpabilidad: -La exigibilidad de un comportamiento ajustado a derecho; -La capacidad de comprensión del injusto y de determinarse por esa comprensión; y -la consciencia de lo antijurídico de la conducta. Si falta alguno de esos elementos no podría hablarse de imponer una pena, toda vez que la culpabilidad es la medida de la pena, en otras palabras la sanción no puede resultar desproporcional al juicio de reproche.

En cuanto a la causal quince, que establece la aplicación del principio de oportunidad: “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”. Esta causal nos lleva a pensar necesariamente en el artículo 32 del código penal, que trata de las causales de ausencia de responsabilidad penal por inacción, atipicidad, justificación e inculpabilidad, las cuales analizaremos en el siguiente tema, pero atendiendo que el numeral quince se refiere únicamente al límite que se traspasa en momentos en que la conducta delictiva tenía una justificación, solo me referiré ahora a dos de las causales contempladas en el artículo 32: Legítima Defensa y Estado de Necesidad, las cuales así mismo, son las aceptadas por gran parte de la doctrina como las únicas que justifican la realización de la conducta y son toleradas porque se derivan de la defensa de derechos o peligros inminentes, mientras que en los otros eventos o causales se obra promovido por el estado o se obra por consentimiento de la víctima. Entonces, lo primero que se debe tener claro es que la conducta delictiva realizada, se realizó porque se actuó en defensa de derechos propios (legítima defensa) o derechos que se hallan en un peligro inminente (estado de necesidad), pero en ambas circunstancias existen unos límites que doctrinariamente se han aceptado, como lo son:

a- En la legítima defensa, debe darse una agresión que debe ser actual, injusta, real que genere la necesidad de defenderse y que esa defensa sea proporcional a la agresión.

b- En el Estado de Necesidad, debe existir un peligro o riesgo actual o inminente, que justifique el actuar para poder proteger un derecho propio o ajeno y que el mal que se pretende causar con el actuar sea lo menos perjudicial. Como puede analizarse dichos límites, no pueden excederse, pues de lo contrario la conducta deja de justificarse y dicha extralimitación lleva a que se pierda el derecho de ampararse en las causales de justificación y como consecuencia de ello, la conducta realizada es antijurídica y culpable.

En todo caso el conocimiento de dichos límites resulta necesario para poder establecer si una persona incurrió en un exceso en la justificante, pues si la persona se extralimita superando los límites legales por mediar una apreciación errónea de su parte, se configura un error sobre los límites, y conduce al error de prohibición. Entonces como dice Velásquez (2007):

Para poder hablar de exceso es indispensable que el actor en un determinado momento se encuentre dentro de los límites propios de la respectiva justificante, es decir, se deben reunir las exigencias de cualquiera de las causales, pues de lo contrario no se entendería que la causal quince del artículo 324 del código de procedimiento penal, dijese excediendo una causal de justificación.

Como puede analizarse, no puede haber exceso en el estado de necesidad y en la legítima defensa y por el contrario debe ser proporcional o equivalente la agresión y la reacción, o deben ser equivalentes los bienes jurídicos colisionantes. Pensemos en el típico ejemplo de la persona que ante el ataque que le hace otra para atracarla o hurtarla, esta reacciona y la desarma, pero una vez que la tira al piso y que la tiene ya vencida, no le basta y le descarga el arma completamente dejándola muerta. Puede hablarse de una causal de justificación, como lo es la legítima defensa de un bien jurídico propio, pero hay un exceso en los límites de la justificación, ya que bastaba herirla, pues el peligro de la vida del agredido se superó cuando logró desarmar al agresor, configurándose por lo tanto un exceso o extralimitación que

no permiten la configuración de una causal de ausencia de responsabilidad penal, sino simplemente una atenuación en la pena.

La anterior circunstancia de obrar en exceso de una causal de justificación, podría superarse, con la aplicación del principio de oportunidad, cuando el exceso implique una desproporción derivada de una circunstancia que incida en la culpabilidad, es decir, que incida en el juicio de reproche, como sería el caso de un adolescente que padece trastornos mentales, el cual posee una incapacidad de comprensión y es precisamente por su inimputabilidad que actúa excediendo los límites de la causal de justificación, lo que me lleva a plantear que más allá de la mera inimputabilidad, debe mirarse es la capacidad psíquica de culpabilidad porque cada sujeto en cierto momento tiene un particular ámbito de autodeterminación, que nunca es idéntico, al de otra persona, o quizás no sea idéntico respecto de la misma persona, en cuanto a la realización de conductas diferentes. De tal forma, que le corresponde al Fiscal evaluar las características de cada caso en particular, porque en ocasiones las vivencias de cada menor, el entorno social, su núcleo familiar, su desarrollo intelectual, entre otros, pueden llevar a que no se considere la aplicación del principio de oportunidad por no hallarse justificado el exceso de la causal de justificación en el ámbito de la culpabilidad.

Por otro lado, una de las causales que más incide en esta investigación para el análisis de la aplicación del principio de oportunidad en los adolescentes desmovilizados del conflicto armado, por tratarse de la pretendida aplicación de dicho principio al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley, la cual, desconoce el principio de legalidad, vulnera los límites constitucionales permitidos y quebranta o entorpece los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y finalmente se incurre en una omisión legislativa al no excluir su aplicación en los casos de graves violaciones de los Derechos Humanos y para ello recurriremos a lo expresado o decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia 936 del 2010, en donde, en buen momento se acusó de inconstitucional el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la ley 1312 del 2009, el cual expresaba: “Artículo 2. El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: [...] 17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones. Para los efectos de este numeral el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad. Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 3 de 2002. Para la aplicación de esta causal el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal. (.....) Parágrafo 3°. 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.

En dicha sentencia 936 del 2010, en primer lugar la Corte Constitucional determinó que el numeral 17 del artículo 2° de la ley 1312 de 2009, no configuraba un instrumento que inserte el principio de oportunidad que busca aplicarse al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley, en el marco de la denominada justicia transicional o proceso de justicia y paz contemplado en la ley 975 del 2005, atendiendo que solo contempla dicha aplicación para los desmovilizados no postulados o acogidos a la ley de justicia y paz. Manifestando:

En realidad, se trata de una reforma legislativa a una institución jurídico-procesal como es el principio de oportunidad, el cual forma parte de la

política criminal ordinaria del Estado. Con esta modificación, se pretendía resolver un problema de contenido político, por medio de una institución jurídica constitucional que se rige por el principio de legalidad (art. 250 C.P.).

A juicio de la Corte, no es posible la aplicación del principio de oportunidad a la desmovilización masiva de miembros de grupos armados al margen de la ley, a la luz de los criterios de ponderación que se establecieron, en la sentencia C-370 de 2006 para los procesos de justicia y paz, toda vez que se trata de regulaciones con finalidades distintas. En efecto, en la denominada Ley de Justicia y Paz, había sometido a la justicia, bajo determinadas condiciones de verdad y reparación y se preveía la imposición de penas alternativas, con la posibilidad de aplicar las ordinarias, si se incumplían los compromisos asumidos. Por el contrario, la Ley 1312 de 2009 sin establecer elementos de justicia, verdad y reparación a las víctimas, autoriza a la Fiscalía y a la Rama Judicial a renunciar a su obligación de investigar y juzgar a los desmovilizados por crímenes respecto de los cuales existe un imperativo internacional de investigar y juzgar, y en donde la impunidad resulta inadmisibles. En este sentido, según la Sentencia C-936 del 2010:

El precepto acusado no se inscribe dentro de un acuerdo político de reconciliación que conlleve cierta flexibilización de los principios que dominan el ejercicio de la función judicial, lo cual permite un modelo de justicia transicional. En esencia, se trata de una adición al proceso que se aplica para impartir justicia ordinaria, que de manera injustificada introduce un trato privilegiado a un grupo de destinatarios de la acción penal. Advirtió la corte, que aún en situaciones de justicia transicional, la comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar objetivos sociales de paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. Al mismo tiempo, la comunidad internacional ha admitido que la justicia transicional es una forma especial de administración de justicia para situaciones de tránsito a la paz, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuici-

ciadas y reparadas y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban en todo caso, algún tipo de sanción. Para la Corte, como quiera que los fines de una justicia transicional son específicos y muy distantes de aquellos que persigue la administración de justicia ordinaria, resulta arbitrario introducir dentro del modelo de justicia orientado a desarrollar la política criminal del Estado, un elemento que excluye a ciertos sujetos del ámbito de la justicia y justificar tal exclusión con un discurso de justicia hacia la paz.

En segundo lugar, la Corte estableció que aplicar principio de oportunidad, tratándose de desmovilizados de grupos armados no respeta los límites constitucionales para la aplicación del principio de oportunidad. En su concepto, configura una causal que desborda la filosofía, los propósitos y el alcance del principio de oportunidad previsto en el artículo 250 de la Constitución Política, como una manera excepcional de renunciar, interrumpir o suspender la acción penal, dentro de un modelo de justicia ordinaria, regido por el principio de legalidad. Recordó que si bien el legislador goza de una amplia potestad legislativa para regular la aplicación del principio de oportunidad, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que debe respetarse ciertos límites constitucionales al momento de configurar las causales que permiten su aplicación, los cuales han sido precisados en la sentencia C-095/07, a saber: a- la vigencia de un orden justo; b- la dignidad humana, en cuanto debe respetar los compromisos internacionales en materia de acceso a la justicia para la protección de los derechos humanos y la reparación a las víctimas de graves violaciones; c- el principio de legalidad, con base en el cual está vedado establecer causales ambiguas o vagas, que le impide conocer con certeza al ciudadano en qué casos y bajo qué condiciones, el órgano investigador puede acudir ante el juez de control de garantías a pedir su aplicación.

Más exactamente, la Corte encontró que la causal establecida en el numeral 17 del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009, vulnera el postulado del orden justo que el Estado debe promover, habida cuenta que establece una renuncia unilateral a investigar, sin que de otro lado se introduzca requisitos que satisfagan las exigencias de justicia, de verdad o de reparación. Esta laxitud en la

regulación, vulnera la dignidad y los derechos de las víctimas protegidos por diversos instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano a investigar y juzgar en materia de graves violaciones de derechos humanos y a no promover la impunidad. Así mismo, la Ley 1312 de 2009 introduce una causal vaga y ambigua para la aplicación excepcional del principio de oportunidad, violatoria del postulado de legalidad que lo rige.

A lo anterior se agrega que el principio de oportunidad, como instrumento de la política criminal ordinaria del Estado, parte del deber de la persecución penal. Por ello, la renuncia a ese deber de persecución debe estar fundada en criterios de: insignificancia; interés de la víctima; formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos y colaboración con la justicia. A ninguno de estos criterios, responde la causal que se cuestiona, quedando claro, que el legislador incumplió su deber de establecer requisitos claros, ciertos e inequívocos, que guiaran la labor del órgano investigativo, para no desconocer flagrantemente la exigencia de verdad y de justicia para las víctimas.

Particularmente, consideramos que le corresponde al legislador establecer la política criminal para los procesos de justicia y paz, siempre que se desarrolle conforme a los imperativos constitucionales y del orden internacional de los derechos humanos, entre ellos, la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación y que sin lugar a dudas la norma acusada contribuía con la impunidad de posibles perpetradores de violaciones de derechos humanos. Además, cuando se fijan las figuras a aplicarse en un proceso transicional no es fácil decidir cuales efectivamente contribuirán a un proceso de paz y cuales finalmente no. Se trata más bien de ceder un poco en las sanciones, pero jamás en renunciar a la justicia, a la verdad y a la reparación, principios que orientan un proceso transicional. Coincidimos con la decisión de la corte en que se vulnera sin lugar a dudas, con este el derecho de las víctimas a acceder a la justicia (Art. 229 C.P.) y todos los demás derechos que un orden justo (Art. 1 C.P) debe garantizarles, por lo tanto, con la incorporación en la ley procesal penal de dicha causal para la aplicación del principio de oportunidad, se vulnera el artículo 29 de la Constitución en concordancia con el 250 ibídem.

Atendiendo a los argumentos planteados por la corte en dicha sentencia, desde ya nos adentramos a considerar que se omitió esbozar porque frente al adolescente desmovilizado del conflicto armado no se vulneran los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas cuando se aplica el principio de oportunidad frente a los hechos cometidos por los adolescentes con ocasión a su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley. Se debió argumentar que principios o derechos se ponderan en los procesos de los adolescentes desmovilizados del conflicto, para encontrar totalmente que frente a las violaciones de los Derechos Humanos que comete un adolescente al interior de una organización armada si es posible la aplicación del principio de oportunidad. Situación que consideramos importante, atendiendo que estamos frente a el adolescente, víctima de una cadena de vulnerabilidades en donde el Estado, la sociedad y la familia son corresponsables de ese estado de olvido y vulnerabilidad y al mismo tiempo estamos frente al adolescente victimario o autor de violaciones de los Derechos Humanos. Entonces debió analizarse el derecho a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no impunidad, frente al derecho de restablecimiento del adolescente, como principio que orienta el sistema de responsabilidad penal juvenil.

Por otro lado, en cuanto al cargo formulado respecto del párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, la Corte señaló que la omisión en la que incurrió el legislador al momento de regular los límites a la aplicación del principio de oportunidad, en el sentido de no incluir las graves violaciones a los derechos humanos, configura un desconocimiento de diversos compromisos internacionales, señalados por los demandantes al igual que del artículo 2° de la Constitución. En consecuencia, la Corte declaró exequible el citado párrafo, en el entendido de que la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

En ese orden, la Corte consideró que dos de los cargos de inconstitucionalidad formulados en esa oportunidad debían prosperar y en consecuencia, procedió a retirar del ordenamiento jurídico, mediante la declaración de inexecutable, el numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, por

contrariar principios, derechos y valores constitucionales. Decisión que nos llevará a analizar, entonces bajo qué argumentos y criterios de la política criminal la Fiscalía General de la Nación puede aplicar el principio de oportunidad en los procesos de los adolescentes desmovilizados del conflicto armado o cuales de las otras causales contempladas en el artículo 2 de la mencionada ley 1312 del 2009 son aplicables al sistema de responsabilidad penal de los adolescentes y más específicamente del adolescente desmovilizado del conflicto interno armado.

Finalizamos el análisis de las causales de aplicación del principio de oportunidad, contempladas en el artículo 324 del código de procedimiento penal, para iniciar el análisis de las causales contempladas en el código de infancia y adolescencia, pues tratándose de adolescentes desmovilizados del conflicto armado, dicho principio de oportunidad, no es de preferente aplicación, sino a la luz del artículo 175 del código de infancia y adolescencia pareciera ser de obligatoria aplicación, situación que deja en la impunidad las conductas cometidas por los adolescentes con ocasión a la pertenencia a grupos armados. En tal sentido:

Artículo 175 del Código de Infancia y Adolescencia: “La Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley cuando: 1. Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley. 2. Se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitirán al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad. 3. Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social. 4. Por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento.

Los adolescentes que se desvinculen de grupos armados al margen de la ley, tendrán que ser re-

mitidos al programa de atención especializada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares.

Parágrafo. No se aplicará el principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma.

Como puede observarse, dicho artículo plantea la posibilidad de que la fiscalía renuncie a la investigación penal, si el adolescente incurrió en conductas típicas, relacionadas con su pertenencia a las organizaciones armadas, pero sometido por ejemplo a coacción o miedo insuperable, así como actuar por necesidad, o por la imposibilidad de no poder orientar su comportamiento hacia otras formas de participación social, situaciones que encuadran más bien en causales de justificación, que iniciada la acción penal, llevada a cabo la investigación, incluida la víctima y sus derechos, seguramente no se llegaría a atribuir responsabilidad penal al adolescente y por tanto la decisión ha de ser la de solicitar la preclusión de la investigación por inexigibilidad de la conducta y no la renuncia a la acción penal con la aplicación del principio de oportunidad en donde no se hace el mínimo esfuerzo por investigar las conductas cometidas por el adolescente con ocasión a la pertenencia al grupo armado, que de tratarse de violaciones graves al derecho internacional humanitario o de crímenes de lesa humanidad no pueden dejarse impunes y mucho menos pasadas por alto con medidas o políticas públicas como el principio de oportunidad.

Tampoco, esta problemática es cuestión de responsabilidad individual del adolescente, en donde se tiene la obligación o la necesidad de sancionar a alguien por ser responsable de algo, sino que hay que recurrir al tema de la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad, atendiendo que el Estado tiene el deber de protección a los adolescentes y si no lo hace, es corresponsable de las conductas cometidas por estos y tendríamos a un adolescentes doblemente vulnerado.

En entrevista realizada a un Juzgado de menores de la ciudad de Valledupar y a una Defensora de Familia de la misma ciudad, expresaron los fun-

cionarios que el desmovilizado Bloque Norte de las AUC entregó en los municipios de la Mesa y Chimila (Cesar) al momento de desmovilizarse un total de 27 menores, los cuales fueron incorporados al programa de la Alta Consejería para la Reinserción después de alcanzada la mayoría de edad. Antes de llegar a la mayoría de edad, estuvieron en hogares transitorio, en centros de atención especializada y en hogares gestores. Así mismo, nos manifestaron que a los 27 menores les iniciaron procesos judiciales, los cuales terminaron con Preclusión de la investigación algunos y en otros casos la decisión fue inhibirse de abrir investigación alguna. Decisión que evidentemente se aleja de lo planteado en el artículo 175, atendiendo que aunque algunas de las causales para precluir una investigación, son las mismas que para aplicar el principio de oportunidad, los motivos y las consecuencias de aplicar una u otra, no son los mismos. Si la decisión es renunciar a investigar, por un lado, no hay justicia, no hay verdad, tan solo se aprecia la condición de víctima del adolescente de reclutamiento forzado y sus circunstancias de vulnerabilidad al interior del grupo armado, por el otro lado, la renuncia a investigar implica impunidad para las conductas cometidas por el adolescente y olvido para la víctima de dichas conductas que por lo general son graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Mientras, que si la decisión, es precluir la investigación, esto acarrea que el proceso inició, que los estándares mínimos de justicia se activaron, pero se demostraron causales que excluyen su responsabilidad penal; así mismo, la decisión de precluir es coherente con lo expresado por la corte constitucional en sentencia C-203-05, en donde manifiesta que los menores de edad desvinculados son considerados víctimas del conflicto armado pero dicha condición no los exime per se de toda responsabilidad penal, no se desconoce ni la Constitución Política ni el derecho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal.

Sin lugar a dudas, la aplicación del principio de oportunidad, deja impune conductas que atentan contra el derecho internacional humanitario y quebranta principios y derechos de las víctimas de las conductas cometidas por el adolescente. Así mismo, teniendo en cuenta los datos arroja-

dos por los estudios realizados por el ICBF y por la entrevista recepcionada a los menores desmovilizados del conflicto por parte de la Defensora de familia de Valledupar, es evidentemente que en estos adolescentes existen factores específicos de vulnerabilidad en términos de desprotección parental, desprotección familiar y Estatal. En la entrevista recepcionada a las funcionarias del ICBF y del Juzgado de Menores de Valledupar, se nos dio a conocer que tan sólo el 43,9% de niños, niñas y adolescentes desvinculados vivía con sus dos padres antes de la vinculación (según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2005 este indicador para el país es de 57,9%) .

Parte de esta ausencia parental puede atribuirse a condiciones de victimización por el conflicto armado, los análisis multivariados evidenciaron cómo los niños, niñas y adolescentes que habitaban con familias sustitutas consanguíneas o no consanguíneas y en residencias independientes, experimentaron en mayor proporción el asesinato de algún familiar. De otra parte, en cuanto a relaciones familiares se halló que el 66,8% de los niños, niñas y adolescentes fue golpeado por lo menos en alguna oportunidad en su infancia, y para una cuarta parte de ellos y ellas los golpes fueron una práctica frecuente; el 15% de los niños y 25,2% de las niñas expresaron que la violencia y la falta de afecto en sus familias influyeron como factores para ingresar al grupo armado. Todas estas condiciones sociales, económicas, familiares y culturales influyen inequívocamente para que un adolescente establezca o estime de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley, que seguir soportando estas adversidades. Sin lugar a dudas las situaciones de marginamiento social, económico y cultural no le permiten al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad, tal como lo contempla los numerales primero y segundo del mencionado artículo 175 del C.I.A. Pero, esas circunstancias encierran un estado de necesidad.

Finalmente, en cuanto a la causal tercera establecida en el artículo 175 del C.I.A, el cual establece la aplicación del principio de oportunidad para aquellos adolescentes desmovilizados del conflicto que no estaban en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social, es decir, que frente a niños, niñas y adolescentes cercanos a las manifestaciones del

conflicto armado, la fiscalía podrá renunciar a la persecución de la acción penal. Esta causal nos lleva a pensar, en adolescentes rodeados de actos de violencia en su hogar, adolescentes que les toca experimentar en su entorno actos de violencia severa, en donde quizás les toque presenciar tomas armadas, masacres, desplazamiento forzado, presenciar amenazas hacia sus familiares y sobra decir cómo influye si el adolescente tiene familiares en algún grupo armado ilegal. En este aspecto, queremos resaltar que durante una jornada de entrevistas a víctimas en el municipio de ciénaga (magdalena), que realizamos en septiembre del 2010 con el Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación , las víctimas mientras relataban su historia de violencia aseguraban que su hijo era militar, manifestaban como los policías y los militares hacían valer las leyes y el orden en las veredas y corregimientos cercanos a ciénaga, agrupados bajo el municipio de zona bananera, fundación, entre otros municipios, pero al cuestionarlos por la vestimenta del supuesto militar o policía y al escuchar que los conocían con alias, entendíamos que existía una conciencia mal generalizada de asumir como fuerzas legales o autorizadas de hacer cumplir las leyes y del orden de estos municipios a paramilitares y guerrilleros, en esos momentos asumimos que para ellos el olvido estatal los llevó a crecer creyendo y a estar totalmente convencidos de que un grupo armado ilegal era la única forma de establecer el orden entre ellos, afirmación que nos atrevemos a realizar porque en más de una ocasión tuvimos que escuchar frases como esta: “mi hijo era ratero y por eso lo mataron”. Estas expresiones e historias de las propias víctimas nos llevan a concluir que efectivamente en algunos lugares en donde se convive en medio de la pobreza, el desempleo, el hambre, el ocio, cero oportunidades de estudio, mucho menos manifestaciones culturales, en fin medio de múltiples condiciones de vulnerabilidad y sobre todo de olvido estatal, es muy difícil, casi que imposible que los NNA de esas poblaciones orientaran su vida a buenas formas de participación social y sin lugar a dudas, los aspectos aquí esbozados serán los mismos que nos lleven a plantear en el próximo tema de este trabajo, que se trata evidentemente de causales de ausencia de responsabilidad penal las que concurrían en dichos adolescentes y por ende su exclusión o la aplicación de la renuncia por parte del fiscal debe

darse porque indiscutiblemente falta un elemento de la teoría de la conducta punible para que esta lleve a establecerse responsabilidad penal.

Conclusiones

El principio de presunción de inocencia, consiste en el plano procesal en que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía de audiencia.

En este sentido, la presunción de inocencia conforme a sus significados aplicables a la interpretación de los alcances de dicho Derecho, produce un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras, a quienes corresponde probar los elementos constitutivos de la pretensión acusatoria.

Si todo acusado se presume inocente hasta que sea condenado, lógicamente la presunción de inocencia también ha de incidir en las reglas de distribución de la carga material de la prueba, produciendo un desplazamiento de la misma hacia la parte acusadora. En consecuencia, corresponde a la acusación, y no a la defensa la realización de la actividad probatoria del cargo necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia. Por lo anterior, este principio se traduce en que el inculpado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito. Cuando la decisión es renunciar a investigar, por un lado, no hay justicia, no hay verdad, tan solo se aprecia la condición de víctima del adolescente de reclutamiento forzado y sus circunstancias de vulnerabilidad al interior del grupo armado, por el otro lado, la renuncia a investigar implica impunidad para las conductas cometidas por el adolescente y olvido para la víctima de dichas conductas que por lo general son graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Mientras, que si la decisión, es precluir la investigación, esto acarrea que el proceso inició, que los estándares mínimos de justicia se activaron, pero se demostraron causales que excluyen su responsabilidad penal; así mismo, la decisión de precluir es coherente con lo expresado por la corte constitucional en sentencia C-203-05, en donde manifiesta que los menores de edad desvinculados son considerados

víctimas del conflicto armado pero dicha condición no los exime per se de toda responsabilidad penal, no se desconoce ni la Constitución Política ni el derecho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal.

Sin lugar a dudas, la aplicación del principio de oportunidad, deja impune conductas que atentan contra el derecho internacional humanitario y quebranta principios y derechos de las víctimas de las conductas cometidas por el adolescente. Así mismo, teniendo en cuenta los datos arrojados por los estudios realizados por el ICBF, es evidentemente que en estos adolescentes existen factores específicos de vulnerabilidad en términos de desprotección parental, desprotección familiar y Estatal.

Finalmente, si el acusado debe ser tratado como inocente, al solicitar por parte de la Fiscalía una medida de aseguramiento en las audiencias preliminares, por el supuesto de que el “sujeto penable puede ser el presunto autor o coautor de la actividad delictiva”, se estaría vulnerando el derecho que tiene de Presunción de Inocencia. Aunque el deber del ente acusador no es solo solicitar la medida de seguridad sino sustentarla con los elementos de conocimiento, no es el estado procesal pertinente para hacerlo, pues solo hay indicios de hechos que deben ser probados y desvirtuados por las partes, con contundentes elementos materiales probatorios. De allí, surge el planteamiento que las medidas vulneran el derecho fundamental de la libertad, porque se está dando por sentado desde el inicio del procedimiento penal, que el imputado puede ser 100% responsable de esa conducta. Y por tal motivo se requiere tenerlo bajo custodia, sea porque no comparecerá al proceso, porque sea un peligro para la comunidad o la víctima, u obstruya el debido ejercicio de la justicia. Custodia o detención preventiva que se convierte desde el inicio en una pena anticipada, para la persona que todavía debe considerarse Inocente hasta la sentencia que profiera un juez. Es por esto, que el Dr. Luigi Ferrajoli no consintió la aplicación de una prisión o detención preventiva, garantizando que era un instrumento que hacia fenecer garantías o derechos constitucionales y en mi entender, desde un primer momento se es responsables y no inocente, es decir, la defensa tiene la carga de desvirtuar más bien es

la acusación con la que se inicia desde un primer momento.

Bibliografía

Bedoya, L.F., Guzmán, C.A., y Vanegas, C.P. (2010). Principio de Oportunidad – Bases conceptuales para su aplicación. Bogotá: Departamento de Justicia de Estados Unidos – Fiscalía General de la Nación.

Carnelutti, F. (1981). Principios del proceso penal. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A.

Corte Constitucional. Expediente D-8131. Sentencia 936/2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Defensoría del Pueblo. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, Módulo IV para defensores Públicos. Documento elaborado por Checchi And Company Consulting, Colombia.

Fenech, M. (1959). Derecho Procesal Penal, Volumen 1, Tercera Edición. Barcelona: Editorial Labor S. A.

García, E. Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de Justicia. Recuperado de www.unicef.org.co/Ley/AI/09.pdf.

Ibáñez, A. (Febrero 28 de 2005). El principio de Oportunidad. Revista Universitas.

Jornada de Historias. María Teresa Uribe en Representación del Grupo de Memoria Historia de la CNRR, Cristina Montalvo en Representación de las víctimas participantes y con el apoyo económico de la Organización Internacional de Migrantes, en Ciénaga (Magdalena), Septiembre del 2010

Juzgado de Menores de Valledupar, Dra. Rosario Villalobos Camacho y Defensora de Familia, Dra. María Soraya Quiroz. En entrevista dada a la investigadora y autora de esta Tesina. Valledupar (Cesar), Febrero del 2010.

Muñoz, F. (2003). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Editorial Hammurabi, Segunda Edición, Noviembre 2003.

Poveda, A. Aproximación al estudio del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia

colombiana. Recuperado de <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2005/08/aproximacion-al-estudio-del-principio.html>

Tomé, J. (1999). Derecho Procesal Penal, colección Ceura. Madrid: ed. Centro de Estudios Ramón Areces.

Velásquez, F. (2008). Manual de derecho penal. Parte general. Bogotá: Comlibros.

Sentencias de la Corte Constitucional consultadas:

Sentencia C-095 de 2007

Sentencia C-873 de 2003

Sentencia C-646 de 2001

Sentencia C-504 de 1993

Sentencia C-979 de 2005

Sentencia C-916 de 2002

Notas

2 La Constitución Nacional, antes de dicho acto legislativo contemplaba las facultades de la Fiscalía General de la Nación en estos términos: 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. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá: 1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito. 2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas. 3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley. 4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso. 5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley. El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional. La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten. En: <http://www.fiscalia.gov.co>

3 Sentencias C-873 de 2003; C-646 de 2001; C-504 de 1993. La noción de “política criminal” ha sido definida por la Corte, como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas y se tiene establecido que “la legislación penal es mani-

festación concreta de la política criminal del Estado”, y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”.

4 Sentencias C-873 de 2003; C-646 de 2001; C-504 de 1993. La noción de “política criminal” ha sido definida por la Corte, como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas y se tiene establecido que “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”.

5 El principio de proporcionalidad ha sido examinado en diversos campos: se trató el principio de proporcionalidad, con motivo de los privilegios académicos que se concedían a los bachilleres que cumplían el servicio militar obligatorio por ese sólo hecho se le concedían diez puntos adicionales, en la sentencia que resolvió la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, la Corte Constitucional delineó el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de la razonabilidad: “La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado”. En la misma providencia, por primera vez, la jurisprudencia constitucional habla de manera concreta de los criterios de “adecuación”, “necesidad” y “proporcionalidad”, que limitan el contenido del principio de proporcionalidad: El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. Además, se contrastó el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de la igualdad: En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. En: <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2005/08/aproximacion-al-estudio-del-principio.html>

6 El principio de proporcionalidad es asociado a postulados cons-

titucionales tales como el del Estado social de Derecho y la dignidad humana (art. 1º), la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º), el reconocimiento de los derechos inalienables de la persona (art. 5º), la responsabilidad de los servidores públicos por extralimitación en el ejercicio de las funciones oficiales (art. 6º), prohibición de la pena de muerte, de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes (arts. 11 y 12), la igualdad ante la ley (art. 13), los principios, objeto y control de la función administrativa (art. 209) y la proporcionalidad de las medidas excepcionales con los motivos que dan lugar a ellas (art. 214).

7 Corte Constitucional, Expediente D-8131. Sentencia 936/2010, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. En el presente caso, le correspondió a la Corte resolver: (i) si la forma en que el legislador reguló la causal de aplicación del principio de oportunidad en el numeral 17 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, vulnera el principio de legalidad, según lo prescribe el artículo 250 de la Constitución, por los términos ambiguos y oscuros del precepto; (ii) si al haberse previsto la aplicación del principio de oportunidad para el concierto para delinquir agravado, habría desconocido el artículo 93 de la Constitución, por contrariar normatividad internacional, como quiera que se estaría aplicando dicha figura procesal para un crimen de lesa humanidad; (iii) si la causal de aplicación del principio de oportunidad acusada desconoce los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, derivados de una interpretación sistemática de los artículos 1, 2, 12, 93 y 229 superiores en consonancia con los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.; (iv) si en la norma se incurrió en una omisión legislativa relativa porque habría una exclusión injustificada del concepto de “graves violaciones de derechos humanos, permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad de estas conductas. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co>

8 Ver, Libro 11: Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos. Título I: Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y otras disposiciones. Capítulo III: Reparación del daño. ART. 175. “El Principio de Oportunidad en los Procesos seguidos a los Adolescentes como Partícipes de los Delitos cometidos por Grupos al margen de la Ley”.

9 Juzgado de Menores de Valledupar, Dra. Rosario Villalobos Camacho y Defensora de Familia, Dra. María Soraya Quiroz. En entrevista dada a la investigadora y autora de esta Tesina. Valledupar (Cesar), Febrero del 2010.

10 Juzgado de Menores de Valledupar, Dra. Rosario Villalobos Camacho y Defensora de Familia, Dra. María Soraya Quiroz. En entrevista dada a la investigadora y autora de esta Tesina. Valledupar (Cesar), Febrero del 2010.

11 Jornada de Historias. María Teresa Uribe en Representación del Grupo de Memoria Historia de la CNRR, Cristina Montalvo en Representación de las víctimas participantes y con el apoyo económico de la Organización Internacional de Migrantes, en Ciénaga (Magdalena), Septiembre del 2010.