



NORMATIVIDAD Y CONCEPTOS.
CONCEPTOS DE TRABAJO # 14
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y DELITO POLITICO.

El siguiente concepto tiene como objetivo hacer un resumen corto sobre el tema del delito político y el principio de oportunidad en el contexto de la desmovilización de 19.000 integrantes de la AUC.

Según el Alto Comisionado para la paz, el inciso primero del artículo 69 de la Ley 975 de 2005 define como beneficiarios de la resolución inhibitoria, la preclusión de la instrucción y la cesación de procedimiento, a los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que hayan incurrido en los delitos de “concierto para delinquir en términos del inciso primero del artículo 340 del Código Penal”, “utilización ilegal de uniformes e insignias”, “instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal”, y “fabricación, tráfico y porte de armas y municiones” de que habla el artículo 365 del Código Penal, siempre y cuando se hayan desmovilizado en el marco de la Ley 782 de 2002 y hayan sido certificados por el Gobierno Nacional. El inciso segundo del artículo 69 de la Ley 975 de 2005 abre la posibilidad del indulto para las personas condenadas por estos mismos delitos.

De manera sinóptica, podemos decir que el mencionado artículo 69 de la Ley 975 de 2005 establece tres condiciones para poder acceder a los beneficios jurídicos consagrados en la Ley 782 de 2002 hoy prorrogada por la Ley 1106 de 2006, a saber: a) que se haya incurrido en las conductas típicas allí descritas; b) que los potenciales beneficiarios se hayan desmovilizado en el marco de la Ley 782 de 2002; c) que dicha desmovilización haya sido certificada por el Gobierno Nacional. Como puede demostrarse con claridad, los desmovilizados colectivos de las autodefensas cumplen a cabalidad con los mencionados requisitos.

En primer lugar, porque los delitos de concierto para delinquir en términos del inciso primero del artículo 340 del Código Penal, utilización ilegal de uniformes e insignias en términos del artículo 346 del Código Penal, instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal, y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones en términos del artículo 365 del Código Penal, cubren la totalidad de las conductas delictivas que podrían imputárseles a los desmovilizados en cuestión, pues dichos desmovilizados de las AUC no tienen requerimientos por parte de la justicia diferentes a su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, hecho que confesaron el día de su desarme y desmovilización en cumplimiento de acuerdos realizados entre ese grupo armado organizado al margen de la ley y el Gobierno Nacional.

En segundo lugar, porque al establecer que las personas que hayan incurrido en las conductas descritas en los artículos 340-1, 346, 348-1 y 365 de la Ley 599 de 2000, podrán recibir los beneficios propios del delito político, el artículo 69 de la Ley 975 de 2005 coloca como condición expresa que se hayan desmovilizado en el marco de la Ley 782 de 2002. De hecho, así sucedió dentro del proceso paz que las extintas Autodefensas Unidas de Colombia adelantaron con el Gobierno Nacional como lo corroboran el “Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir a la paz de Colombia” firmado entre el Gobierno Nacional y las Autodefensas Unidas de Colombia el 15 de julio de 2003 y el “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y las Autodefensas Unidas de Colombia para la zona de ubicación en Tierralta, Córdoba” del 13 de mayo de 2004, así como los más de cien actos administrativos que desde el 23 de diciembre de 2002 hasta la fecha



Presidencia de la República
Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica
de Personas y Grupos Alzados en Armas
República de Colombia

ha expedido el Gobierno Nacional para dar soporte a este proceso, entre los que se cuentan resoluciones para declarar iniciado el proceso de diálogo y firma de acuerdos con las AUC, para reconocer miembros representantes de este grupo armado organizado al margen de la ley (56 Resoluciones) y establecer en diferentes partes del territorio nacional zonas de ubicación temporal para el desarme y desmovilización de sus miembros (43 Resoluciones), todo ello en el marco de lo dispuesto en la Ley 782 de 2002.

En tercer lugar, porque la condición de desmovilizados está certificada por el Gobierno Nacional de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 782 de 2002 y el Decreto 3360 de 2003, reglamentario de dicha ley, tal como consta en los listados suscritos por los miembros representantes de ese grupo armado organizado al margen de la ley formalmente aceptados por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, cuyas copias reposan en los Despachos del Ministro del Interior y Justicia, el Fiscal General de la Nación, el Procurador General de la Nación y el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura.

Aunque resulta claro al tenor de las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 que los beneficios jurídicos propios del delito político pueden concedérsele a los desmovilizados de las autodefensas (en tanto grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelantaron diálogos y se firmaron acuerdos para su desmovilización y reincorporación a la vida civil), el Gobierno Nacional tomó atenta nota del auto proferido el 23 de mayo de 2007 por parte de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en el que se afirma que en el ámbito de la Ley 782 de 2002 no es procedente la cesación de procedimiento cuando se trata del delito de concierto para delinquir agravado por pertenecer a grupos armados ilegales. En dicho auto, dijo además la Honorable Corte que: “Los beneficios consistentes en indulto, resolución inhibitoria, preclusión de la investigación y cesación de procedimiento, que establece la Ley 782 de 2002, según el estado de la actuación, solo son procedentes para los *delitos políticos*; y *concierto para delinquir simple* (artículo 340-1 de la ley 599 de 2000), *utilización ilegal de uniformes e insignias* (346 ídem), *instigación a delinquir simple* (348-1 íbidem), *fabricación, tráfico y porte de armas y municiones* (365 ídem)”.

Igualmente, en auto proferido el 11 de julio de 2007 dentro del proceso No. 26945, la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia se pronunció de manera negativa en cuanto a la posibilidad de aplicar en un caso concreto de concierto para delinquir agravado (inciso segundo del artículo 340 del Código Penal) tanto la retroactividad como el principio de favorabilidad en relación con el derogado artículo 71 de la Ley 975 de 2005, dejando la Corporación abierta la posibilidad para que el implicado pudiera acogerse a la Ley 975 de 2005, caso en el cual debería cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 10 y siguientes de la mencionada norma. En dicho auto invoca la Corte una excepción de inconstitucionalidad, que sin lugar a dudas debe ser acatada en el ámbito de este caso singular.

La excepción de inconstitucionalidad invocada por la Corte Suprema de Justicia en relación con la imposibilidad de aplicar retroactividad o invocar favorabilidad en el caso del delito tipificado en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal, tomando como soporte el derogado artículo 71 de la ley 975 de 2005, ha dejado dudas en los operadores judiciales sobre la posibilidad de seguir aplicando a los desmovilizados de las autodefensas los beneficios consagrados en la Ley 782 de 2002 prorrogada por la ley 1106 de 2006. Tales dudas son infundadas.



En primer lugar porque en ningún momento la Honorable Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 975 de 2005, ni tampoco sobre la desmovilización colectiva de las AUC en el marco de la Ley 782 de 2002; y en segundo lugar, porque la excepción de inconstitucionalidad invocada tiene que ver con la imposibilidad de considerar que el delito de concierto para delinquir agravado (artículo 340-2 del Código Penal) pueda entenderse como delito de sedición (artículo 71 de la Ley 975 de 2005 declarado inexecutable por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia del 18 de mayo de 2006), sin pronunciarse sobre el inciso primero del artículo 340 del Código penal (concierto para delinquir simple) ni sobre las otras conductas típicas descritas en el artículo 69 de la Ley 975 de 2005.

De acuerdo con el soporte normativo vigente hoy en Colombia nada impide que los miembros de los grupos de autodefensas que se desmovilizaron en el marco de la Ley 782 de 2002 pueden recibir los beneficios consignados en ésta siempre y cuando hayan incurrido en conductas delictivas como las descritas en el artículo 69 de Ley 975 de 2005, beneficios que por demás no podrán concederse a miembros desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley (guerrillas o autodefensas) por conductas delictivas descritas en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal, u otras conductas claramente definidas en normas nacionales e internacionales, tal como lo establecen con claridad los dos autos de la Honorable Corte Suprema de Justicia anteriormente mencionados.

SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Es pertinente aclarar que el principio de oportunidad ya estaba consagrado en el Código de Procedimiento Penal en su artículo 323: *“Aplicación del principio de oportunidad. 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”*

El principio de oportunidad fue consagrado constitucionalmente por el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia y reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002 como una excepción al principio de legalidad. Desde el punto de vista legal fue introducido por el Congreso de la República mediante la ley 906 de 20042 para facultar a la Fiscalía a tomar la decisión de no investigar determinados delitos, a fin de descongestionar los despachos evitando que el Estado tuviera que agotar recursos y tiempo en hechos que no revisten mayor peligro para la sociedad, sin embargo tal principio no estaba dirigido a cualquier clase de delitos.

Existen dos clases de sistemas de derecho muy distintos en el mundo (lo que no significa que no existan más) el sistema anglosajón y el sistema europeo, cada uno de ellos se inclina por el cumplimiento de un principio de derecho distinto que se encuentra en la base de su estructura y que es fundamental en la determinación del papel que juega el Estado en la persecución penal de los delitos. El primer sistema, el del derecho anglosajón, se inclina por el principio de oportunidad, y el sistema europeo por el principio de legalidad.

En la Europa continental prevaleció el Principio de Legalidad, en virtud de este principio, todo delito debía ser investigado y sus autores acusados y juzgados, y el Estado tenía que poner toda su capacidad a servicio de esa meta. Iniciada la persecución penal ya no existía nada que pudiera detener o interrumpirlo



el proceso regular, este sistema fue adoptado en Colombia y se constituyó en una política general ratificada por la Constitución de 1991.

El sistema anglosajón, que acoge el principio de oportunidad se basa en la negociación y la selectividad de la persecución criminal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la conveniencia del ejercicio de la acción, esto quiere decir que el Fiscal tiene la facultad de incoar la acción o abstenerse según resulte más conveniente para el Estado y atendiendo a criterios económicos y sociales. Si, por ejemplo, se presenta un caso en el que resulta obvia la responsabilidad de una persona en la comisión de un hecho punible, el Fiscal puede entrar a negociar para obtener una pena inferior, o sustraer a la persona de cualquier investigación desde que este colabore con información, esa información no es de cualquier clase, tiene que tener la importancia suficiente que justifique el comportamiento especial del Estado frente a la persona, las exigencias para que los Estados concedan concesiones a los criminales varían de uno a otro dependiendo de las políticas que adopten, para ello se utilizan criterios distintos, algunos Estados exigen que los investigados acepten toda la responsabilidad, otros que ayuden con información que delate a sus cómplices o a cualquier partícipe del hecho punible, o que cuenten toda la verdad para el alivio de los familiares de la víctima, eso ya depende de la política que adopte cada Estado. Lo cierto es que el Fiscal posee un poder muy amplio de negociación y de conveniencia de las políticas estatales.

Existen tres sistemas de oportunidad a saber:

- Oportunidad libre: Éste es el que rige el sistema Anglosajón, el Fiscal negocia con el acusado sin estar sujeto a reglas preexistentes, el juez penal solo se limita a decidir sobre los términos de la negociación. Es importante resaltar que el ente acusador decide si inicia o no la persecución penal o si desiste de ella sin necesidad de la existencia de parámetros previos taxativamente señalados en la ley y sin existir ninguna clase de control por parte de un Tribunal.
- Oportunidad Facultativa: En la legislación se presentan condicionamientos para la aplicación del principio de oportunidad de carácter general sin que coarten la deliberación de la entidad estatal, sigue existiendo un amplio margen de decisión para la interpretación basado en parámetros del legislador para optar o no por el ejercicio de la acción penal
- Oportunidad Reglada: Existen pautas detalladas que no dejan un margen amplio de movilidad e interpretación al Fiscal, el archivo de un caso depende de causales establecidas en la ley. Es propio de países europeos como Francia, Portugal, España. La ley prevé unos supuestos en los cuales el Fiscal podrá entrar a decidir sobre el ejercicio de la acción penal. En últimas, se trata de consagrar unas determinadas excepciones al principio de legalidad. Las causales son taxativas y se encuentran enumeradas en la ley, por regla general, está sujeto a la aprobación de un Tribunal. La característica principal de este sistema es que la legalidad es la norma, admitiéndose excepciones a la misma, fundadas en motivos de oportunidad, que la propia ley establece.

El principio de oportunidad fue introducido formalmente en el año 2004 mediante la ley 906 para darle un respiro a las instituciones, a la rama judicial, al ejecutivo, a los gastos estatales, sin embargo, no hay que olvidar que en Colombia este principio se presenta como una excepción al Principio de Legalidad y por ello se intenta dar una enumeración taxativa sobre su aplicabilidad acorde con los intereses colombianos, es justamente en este aspecto que se presenta gran parte del conflicto en nuestro ordenamiento jurídico.



A comienzos de agosto, el Procurador General de la Nación le envió una propuesta al Presidente, con el fin de “buscar una solución a la situación jurídica de las personas desmovilizadas colectivamente, a propósito de la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de negar la aplicación del concepto del delito político a estas personas. Una de las virtudes de la propuesta es que hace el esfuerzo de atinar en la figura que, constitucional y legalmente, resulte más adecuada para resolver la situación de los desmovilizados de los grupos paramilitares, sin tener que vulnerar la Ley Fundamental y ante todo la jurisprudencia de las Altas Cortes relativa al delito político, en especial la que fija la Corte Suprema en la sentencia ya mencionada. La propuesta, en efecto, parte de reafirmar la necesidad de respetar la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema y de buscar soluciones coherentes con la Constitución Política.

La Procuraduría basa su propuesta en las prerrogativas que bajo el “principio de oportunidad” se entregan a la Fiscalía, aunque subraya la necesidad de mantener la reserva judicial para ciertas actuaciones como la decisión frente a la extinción de la acción penal, después del cumplimiento de algunos compromisos que ya figuran en el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal (a cumplirse durante un período de prueba de máximo tres años) que imponga la Fiscalía al desmovilizado. Sin embargo, ante la evidencia del rearme de varios grupos en el país y su continuidad en la dinámica de violar derechos humanos a la población civil, debe precaverse que en cada caso individual, y de llegar a demostrarse la reincidencia, debe considerarse la posibilidad de que los expedientes se reabran pero en la jurisdicción penal ordinaria, y obviamente sin derecho a beneficios como los que se otorgaron la primera vez.

Es fundamental que en punto a reparación, la figura que se consolide legislativamente a partir de la propuesta de la Procuraduría, no implique “reconciliaciones forzadas”. En efecto, un riesgo de su propuesta es que los fiscales y jueces importen, sin el debido examen, el esquema que trae el artículo 326 del C.P.P. en cuanto a las condiciones que se deben cumplir por el beneficiado durante el período de prueba y en desarrollo del principio de oportunidad. Dentro de las condiciones que trae dicho artículo, relevantes para este punto, figuran:

- “...3) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
-8) La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.
-9) La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento”.

Aunque es potestativo del fiscal obligar al cumplimiento por parte del delincuente de una o varias de las 12 condiciones que trae el artículo, es necesario señalar que dado el gran impacto que han tenido los crímenes de los paramilitares sobre la vida de tantos colombianos, no es aconsejable ni deseable, obligar a las víctimas a que dentro de los programas sociales que se propongan para su recuperación, tengan que convivir con los victimarios o recibir algún tipo de apoyo a nivel psicosocial. Las reconciliaciones forzadas no son una salida. La reconciliación pasa ante todo por obligar a los victimarios a confesar toda la verdad, a garantizar que no volverán a cometer los actos de victimización y a proporcionar en la mayor medida posible elementos de reparación. Estos elementos por supuesto deben incluir a los paramilitares rasos, pues de allí puede irse fortaleciendo la búsqueda de la verdad en el caso de los jefes y sus lugartenientes¹.

¹ Para mas detalles ver Soporte normativo de la aplicación del artículo 69 de la Ley 975 de 2005 a los desmovilizados colectivos de las autodefensas, Alto Comisionado para la Paz, Presidencia de la Republica, PROPUESTAS ALTERNATIVAS SUSPENSIÓN DEL
Calle 13 No 8-38 Piso 3.



**Presidencia de la República
Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica
de Personas y Grupos Alzados en Armas
República de Colombia**

PROCEDIMIENTO A PRUEBA PARA QUIENES HAYAN COMETIDO CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTROS DELITOS,
Procuraduría General de la Nación.

Calle 13 No 8-38 Piso 3.
Conmutador: 4443100 Ext 2300, Fax 3419432, Bogotá D.C.