

Miguel Lamadrid Luengas (2018). El principio de oportunidad como herramienta de política criminal. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales

John E. Zuluaga Taborda*

I

El principio de oportunidad como herramienta de política criminal es la investigación realizada por Miguel Lamadrid Luengas, en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (España) bajo la supervisión del Profesor Jesús María Silva Sánchez. En esta obra se estudia el principio de oportunidad y el proceso de conversión en elemento común de las legislaciones de los sistemas penales occidentales. El trabajo problematiza la incorporación que ha tenido al procedimiento penal y discute los distintos niveles argumentativos y justificatorios de la figura, especialmente en lo que se refiere al eficientismo penal y las tensiones con el principio de legalidad el cual no es considerado por el autor como una contradicción con el principio de oportunidad.

La investigación se desarrolla en seis grandes partes en las que se aclara lo que debe ser considerado el principio de oportunidad, se propone cómo debe estructurarse para una adecuada aplicación y se muestra cómo es posible justificar su existencia dentro de los sistemas penales occidentales. En la *primera parte*, se discute la irrupción del principio de oportunidad en los sistemas penales hispanoamericanos y en España. Concretamente, se presenta un panorama del proceso penal en los países hispanoamericanos y la regulación que el principio de oportunidad ha tenido en estos países. En la *segunda parte*, se expone la evolución histórica del ministerio público y del principio

* Profesor Asociado en el Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho, Universidad Sergio Arboleda (Colombia). LL. M. y Dr. iur. de la Georg-August-Universität Göttingen (GAU, Alemania). Alumni del DAAD.

de oportunidad. Especial énfasis se hace en el procedimiento penal alemán tanto desde el punto de vista histórico como de su tratamiento normativo actual. En la *tercera parte*, se discute el problema del aumento de la criminalidad y la escasez de recursos judiciales. En este apartado se presenta un abanico de opciones para viabilizar la disponibilidad de los casos penales, como lo que pasa por la descriminalización y la disposición de los casos en las fases de investigación.

Después del detallado recuento histórico, en la *cuarta parte*, se elabora un concepto de principio de oportunidad que tiene como presupuesto el estudio de otras dos nociones: la de culpabilidad mínima y la de interés público en la persecución penal. En este apartado no solo se intenta determinar una noción del principio de oportunidad, sino, además, se logra una caracterización del mismo y se delimitan sus supuestos de aplicación más relevantes. En la *quinta parte*, se presentan algunas consideraciones del principio de oportunidad desde el punto de vista del derecho penal material. Con ello se alcanza una propuesta de organización conceptual del principio de oportunidad a partir de la categoría dogmática del injusto culpable en tres niveles: merecedor de pena, necesitado de pena y sancionable. En la *sexta parte*, se intenta una justificación del principio de oportunidad a partir del análisis a las principales críticas de esta figura. En este acápite se discute este marco justificatorio tanto en el ámbito del sistema penal como desde el análisis económico del derecho.

La obra del Dr. Lamadrid es multidimensional en su estructura y perfiles analíticos. Por un lado, se ocupa de estudiar los aspectos históricos del principio de oportunidad. Por otro lado, aborda la evolución de la figura en contextos caracterizados por el aumento de la criminalidad y el déficit de recursos judiciales. Finalmente, concentra todos sus esfuerzos en proponer un concepto y justificación a esta institución y la aborda como una figura que va más allá de impactos procesales penales. En esa medida, se conciben distintos niveles de análisis pero se articulan de forma tan coherente que permiten una comprensión sistemática, amplia e integral del principio de oportunidad.

II

De igual manera, los distintos niveles de análisis llevan a diferentes y valiosas conclusiones.

En efecto, en primer lugar, el estudio enseña lo significativo del método histórico y permite concebir sus rendimientos distinguiéndolo de explicaciones teóricas acerca de la evolución de la justicia penal. En esa medida, se logra expresar una especial distinción entre teoría y metodología. Esta distinción permite visibilizar de mejor manera los trasfondos y explicaciones de la continuidad o de los cambios del sistema penal en lo que respecta a la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

En segundo lugar, el trabajo permite apreciar el paralelismo ininterrumpido entre la flexibilización a la estricta aplicación del procedimiento penal y el temor por la relajación en el control al órgano investigador. A pesar de complejidades como la cantidad y calidad de la criminalidad, la congestión judicial y, complementariamente, mandatos como el de objetividad e integralidad en la investigación, la desconfianza ante la flexibilización procesal siempre ha sido una constante. Con esto se muestra que la comprensión del principio de oportunidad ha sido atada a reacciones de diversa índole frente al pragmatismo en la conducción de las investigaciones penales.

También, en tercer lugar, la obra expone con atinada sinceridad los problemas de la omnicomprensividad que hay detrás del concepto principio de oportunidad. Precisamente, porque el mismo se ha instalado como etiqueta de lo que en el fondo son otras formas de terminación anormal de investigaciones penales, es que resulta altamente compleja la comprensión del concepto. En esa medida, el estudio hace un aporte de gran consideración al intentar distinguir el principio de oportunidad de otras manifestaciones de disposición que pueden darse en el proceso penal.

En cuarto lugar, en el intento de delimitación conceptual del principio de oportunidad, el trabajo permite entender con detalle conceptos como el de “culpabilidad mínima” e “interés público”. Con ello se ofrecen herra-

mientas de gran valía para que los operadores judiciales puedan conducir una aplicación adecuada de este principio. A esos fines, el trabajo refuerza los criterios de aplicación con otras múltiples recomendaciones para el potencial trabajo de concreción que debe dar el ministerio público a este concepto.

En quinto lugar, el texto es contundente en reiterar que la principal solución a los problemas del sistema penal no se encuentra en mecanismos de flexibilización al ejercicio de la acción penal como el principio de oportunidad. El trabajo hace una pertinente semblanza de la subsidiariedad y la fragmentariedad del derecho penal como principios que explican, también, el compromiso de mecanismos de control social *ex-ante* al derecho penal.

III

Una de las primeras aspiraciones del estudio se concentra en la aclaración conceptual sobre lo que es el principio de oportunidad. A este propósito el autor recurre a una reflexión crítica de algunos parámetros de comprensión que se han “normalizado” en el entendimiento del principio de oportunidad. Así, por ejemplo, se reprocha el tratamiento indistinto que han tenido situaciones de terminación anormal y/o de discrecionalidad de los operadores judiciales. De igual manera, el autor es enfático en señalar como falsa premisa la afirmación según la cual el principio de oportunidad es una institución ajena a los procesos penales del *civil law*. En otras palabras, se cuestiona la contraposición entre principio de oportunidad y principio de legalidad procesal estricto.

El autor reconoce que la existencia del principio de oportunidad se justifica por razones de rendimientos procesales, concretamente por la necesidad de una mayor eficacia y el requerimiento de una adecuada aplicación de los postulados del derecho material. Desde este prisma se pretende sentar los presupuestos para la formulación de puntos de encuentro entre el principio de oportunidad y el principio de legalidad. Es en este punto donde se encuentra un especial rendimiento analítico por parte del autor. Por un lado, escudriña con sinceridad en las raíces históricas del principio de oportunidad

y, por otro lado, tiene la atinada fundamentación para advertir que en los ejercicios de contraposición aludidos se vinculan insuficientes cabos analíticos, por lo menos en lo que supone al principio de oportunidad como una negación del principio de legalidad.

Sin embargo, puede ser cierto que –en el intento por desmontar la contraposición mencionada– en el estudio podría estarse omitiendo el desmonte de una alta jerarquía que se le ha concedido a la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal como lo es el carácter de “principio”. Si bien los principios son, sin duda, criterios de valor de la realidad, lo cierto es que por su contenido axiológico ellos en el plano jurídico sintetizan reclamaciones éticas respecto a la relación Estado y ciudadano. Por ello mismo, es que resulta de fatigosa comprensión el hecho de presentar al principio de oportunidad con el talante de una máxima de poder con la que se restringe y legitima el *ius puniendi*.

Esta elipsis analítica no es de menos envergadura, precisamente porque por el marcado tono utilitarista que se filtra en la aplicación del principio de oportunidad es que éste resulta carente de una virtualidad limitativa del poder punitivo y de múltiples afanes político criminales en sede de la judicialización de causas penales. Aunque la disertación hace un gran esfuerzo en dar a entender por qué el principio de oportunidad es intrínseco al *civil law*, no recrea el paralelo reconocimiento de muchas injusticias y excesos del poder político, de lo cual también han sido agentes las familias jurídicas del mundo continental europeo y lo que no es –necesariamente– una consecuencia del tipo o sistema procesal penal aplicado. De ello deja un gran ejemplo el caso colombiano, donde ha sido manifiesto que la aplicación del principio de oportunidad es fruto del ejercicio de poder por las partes.

IV

En el ejercicio de comprensión de la evolución del derecho penal moderno y la progresiva apropiación de las necesidades de la investigación penal como parámetro de impulso procesal, el estudio realiza un juicioso acerca-

miento al derecho penal procesal penal alemán. De esa manera, se aborda tanto el proceso de introducción del principio de oportunidad en la legislación alemana como el estado actual de la discusión respecto a las causales de aplicación. Este es un insumo analítico muy importante para las posteriores valoraciones en lo relativo a la disposición de causas penales, la conceptualización y justificación del principio de oportunidad.

Este acercamiento histórico es completamente juicioso y podría reportar una importante utilidad a los efectos de proyectarlo como un marco teórico para el análisis del caso colombiano. Si bien ello aún está por hacerse, puede anotarse que un análisis comparativo entre el caso alemán y el caso colombiano ameritaría un aterrizaje más contextualizado. Dicho de otra manera: una cosa va del principio de oportunidad por medio del § 153 de la Ordenanza procesal penal alemana (StPO) a la introducción del mismo a partir del AL 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004.

El principio de oportunidad según el § 153 StPO es concebido como una excepción al principio de legalidad. El mismo se ha apreciado como “un instrumento confuso desde el punto de vista teórico, pero irrenunciable en la práctica” (Klaus Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, Hammurabi, 2016, p. 254). Su justificación tiene lugar en el reconocimiento que se hace a la limitada capacidad de la Fiscalía para perseguir toda sospecha de un delito con la misma intensidad. Si bien esto permite a la Fiscalía “concentrarse en lo relevante”, también es cierto que ello es el desenlace de una política de persecución penal no determinada por el legislador. Con esto se resalta que el principio de oportunidad compromete ciertos niveles de discrecionalidad en la decisión de sobreseimiento, lo cual ha estimulado una amplia crítica en tanto conlleva una relativización del principio de igualdad ante la Ley.

Sobre las anteriores consideraciones se podría decir que otra sombra es la que cubre la introducción del principio de oportunidad en Colombia. La constitucionalización de la oportunidad ha sido el entramado para vincularlo al tipo procesal penal acusatorio. Sin embargo, en la subsiguiente regulación de esta figura se ha configurado una caracterización que dista mucho de

acercarlo a las lógicas procesales acusatorias. Dicho más claramente: el principio de oportunidad en Colombia representa una relativización del principio acusatorio. La declinación de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal viene fundada en unas causales disímiles y, en algunos casos, orientadas a arropar situaciones de delación y colaboración (Art. 324 núm. 4 y 5 de la Ley 906 de 2004). Con ello no se concibe una figura que le otorgue a la Fiscalía la posibilidad de “concentrarse en lo importante”, sino, más bien, es una institución que trata de compensar la falta de esfuerzos investigativos por medio de la premiación a la colaboración.

De esta manera, la configuración normativa de nuestro sistema procesal penal logra más confusión que claridad en cuanto a la justificación del principio de oportunidad. Se podría decir que frente a la justificación realista y, si se quiere, pragmática que se da en Alemania a la aplicación del principio de oportunidad, en Colombia se entrecruzan argumentos no estrictamente consecuencialistas para dotar de legitimidad constitucional la introducción de dicho principio. En otras palabras, el principio de oportunidad en Colombia se refuerza en aspiraciones irrealistas para intentar explicar cierta conciliación entre la descongestión del sistema judicial penal, la legitimidad del proceso penal y algunas urgencias de justicia por parte de la ciudadanía. De esa forma, el argumento realista (“mejorar la concentración de esfuerzos investigativos”) se convierte en criterio de legitimación por medio del entrecruzamiento con la validación constitucional del instituto en comento.

Frente a lo anterior podría decirse que una diferenciación de los argumentos tendría mucho sentido para no otorgarle rendimientos al principio de oportunidad que no le corresponden. Así, por ejemplo, su asociación al principio acusatorio y, en consecuencia, su proyección como criterio de legitimación de la persecución penal. Acá termina generándose un desarreglo del tipo procesal penal por medio de la elevación del principio de oportunidad como criterio de racionalidad acusatorio. Mayor sentido tendría entender que no es posible la persecución de todas las causas penales (argumento realista) y desligar el principio de oportunidad como axioma acusatorio. Esto reforzaría el principio de legalidad en el entendido de que no supone maxi-

malismo penal y, además, encausa la discusión al escenario connatural para estos temas: la decisión legislativa sobre descriminalización.

En fin, el lector tiene ante sí un texto de marcado interés para el debate y a la vez un magnífico ejercicio desde la perspectiva del derecho comparado sobre las repercusiones político-criminales y hasta dogmáticas de un instituto tan debatido como es el principio de oportunidad.