

**NO INCORPORACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA
NUEVA JUSTICIA CASTRENSE**

MARTHA LUCIA BELTRÁN MONCADA

INGRID PATRICIA HERRERA PEÑUELA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE POSGRADO DE DERECHO
ESPECIALIZACION PROCESAL PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA
MILITAR
AGOSTO DE 2011
BOGOTA COLOMBIA

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
Introducción	3
Antecedentes	5
Definición y Concepto Actual	7
Estado Actual del Problema	8
Recomendaciones	26
Conclusiones	27
Bibliografía	29

INTRODUCCIÓN

Para comenzar a introducirnos en el tema más ahondo, es importante hacer un breve relato del origen del Sistema Acusatorio, el cual surgió en la antigua Grecia y fue adoptado por los romanos, su característica básica consiste en que las tres funciones principales dentro del proceso penal (acusatoria, defensiva y de juzgamiento) son desempeñadas por personas distintas, donde cada rol los hace ser interactivos y dinámicos en la posición en que estén, el Sistema Acusatorio a lo largo de la historia, ha sido una clara manifestación de justicia popular, porque el pueblo participa en el juzgamiento, donde existen la figura de jurados, como lo es básicamente los Estados Unidos de Norte América donde dicho sistema lleva 100 años de vigencia y es un modelo puro y Colombia se acogió a un modelo con tendencia acusatoria, pues aquí no se implementó los jurados y solo le quedo la tarea de condenar al juez de conocimiento, pero la aplicación de este principio va encaminado a una política criminal de garantismo y resocialización.

Se exponen aquí algunas reflexiones respecto a los retos que para la Justicia Penal Militar en la entrada en vigencia del Nuevo Código Penal Militar (Ley 1407 de agosto de 2010) con respecto al principio de igualdad de los derechos humanos y al nuevo modelo Penal Acusatorio Colombiano (Ley 906 de 2004) en la no inclusión del Principio de Oportunidad en la investigación y juzgamiento de los delitos militares.

Es tener claro que la distinción de rango no hace preferencias en la justicia, pues la constitución nacional establece que todos somos iguales ante la ley, pero vemos como los Almirantes y Generales tienen un

trato judicial distinto porque ellos si están cobijados con los beneficios de la justicia ordinaria y más exactamente tienen derecho a la aplicación del principio de oportunidad

ANTECEDENTES

Se exponen aquí algunas reflexiones respecto a los retos que para la Justicia Penal Militar en la entrada en vigencia del Nuevo Código Penal Militar (Ley 1407 de agosto de 2010) con respecto al principio de igualdad de los derechos humanos y al nuevo modelo Penal Acusatorio Colombiano (Ley 906 de 2004) en la no inclusión del Principio de Oportunidad en la investigación y juzgamiento de los delitos militares.

ABSTRACT.

Presents here some reflections about the challenges for the military criminal justice in the enactment of the new Military Penal Code (Law 1407 of August 2010) regarding the principle of equal human rights and the new model Colombian Adversarial Criminal (Law 906 of 2004), not including the principle of opportunity in the investigation and prosecution of military crimes.

PALABRA CLAVE

Sistema Procesal Penal con tendencia Acusatoria, Miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, Fuero Penal Militar, Principio de Oportunidad, Principio de Legalidad, Principio de Igualdad, Derechos humanos., Pactasunservanda, Norma iuscogens

KEY WORDS

Criminal Procedure System accusatory trend, members of the Armed Forces and National Police, military criminal jurisdiction, principles of opportunity,

principle of legality, principle of equality, Human Rights., Pactasunservanda,
Norma iuscogens

DEFINICION Y CONCEPTO ACTUAL

Que es el principio de oportunidad y cuál es su origen?

Es lo primero que nos debemos preguntar, en primer lugar podríamos hablar como muchos tratadista que lo definen, dependiendo cada sistema procesal, el europeo o el anglosajón, siendo así las cosas estaríamos frente que si es de carácter legislativo implícito en la ley podríamos hablar que es una institución del procedimiento penal que aun que está en contra posición de los principios de igualdad y legalidad pero que por política criminal estatal se debe aplicar, como una figura ceñida a unas causales, pero a su vez como una forma de combatir la crisis de congestión y lentitud de la justicia penal, por otro lado se ve como una forma excepcional.

Colombia ha cogido el modelo de procedimiento penal acusatorio anglosajon, no en toda su esencia más una tendencia, pues no tenemos la estructura completa, pero si en caminata a la justicia basado el procedimiento en la oralidad con las instituciones que las consagra omitiendo los jurados y quedándonos con el ministerio público, se podría decir que un poco inclinado hacia una parte por aquello de la igualdad de armas, pero encaminado a una justicia más humana y menos arbitraria, es así que podríamos definir en nuestra legislación procedimental que el principio de oportunidad es “la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal que tiene el estado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, para renunciar, suspender la persecución de la actividad penal. Es de aclarar que no existe un concepto unificado pero este el más acogido por nuestra constitución política.

ESTADO ACTUAL

LA NO INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA NUEVA JUSTICIA CASTRENSE

Con base al modelo con tendencia acusatorio de la justicia ordinaria Ley 906 de 2004 , se legislo para el cambio y renovación de la justicia castrense expidiendo así un nuevo código procedimiento penal para la justicia militar creando se así la nueva ley 1407 de 2010 aprobada y la cual entrara a regir en agosto de 2011 nuevo estatuto con tendencia acusatoria, pero con una senda omisión de la institución del principio de Oportunidad y su aplicación, y esta nuestra gran preocupación y el objetivo principal de este trabajo.

Como aparece la nueva justicia castrense en Colombia?

La Justicia Penal Militar es la organización judicial, cuya existencia se encuentra consagrada en el artículo 116 de la Constitución Política, encargada de investigar y juzgar los delitos cometidos por los militares en servicio activo en relación con el mismo servicio, de igual manera dada la especialísima índole de las actividades castrenses el constituyente consagró expresamente el Fuero Militar en el artículo 221 de la Carta Magna, al determinar que “De los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. (Constitución Política art 221)

En cuanto al Fuero Penal Militar, cabe recordar, que la Corte se ha pronunciado en varias oportunidades al respecto de los delitos que conoce la Justicia Penal Militar en los términos del artículo 221 de la Constitución. Es

así, como en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se precisó lo siguiente:

“10. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la Justicia Penal Militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

a) que para que un delito sea de competencia de la Justicia Penal Militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en

aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales. (sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz,)

En la misma sentencia, la Corte consideró que *“La Constitución no establece que las normas procesales del Código Penal Militar deban ser idénticas a las del Código de Procedimiento Penal. Si las disposiciones de la legislación especial garantizan el debido proceso y se sujetan a la Constitución Política, en principio, no son de recibo las glosas que se fundamenten exclusivamente en sus diferencias en relación con las normas ordinarias, salvo que éstas carezcan de justificación alguna. La Constitución ha impuesto directamente una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común. Por consiguiente, el sustento de una pretendida desigualdad no podrá basarse en la mera disparidad de los textos normativos. Lo anterior no significa que toda diferencia adquiera validez por el simple hecho de que se inserta en una norma especial”*.

“Esto no significa obviamente que el Congreso pueda configurar a su arbitrio o de manera caprichosa los procesos, pues -ciertamente- la Constitución reconoce a todo ciudadano el derecho a la igualdad (CP art. 13), por lo cual las regulaciones legales deben ser razonables y proporcionadas, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado en numerosas sentencias (sentencias C-537 de 1993 y C-373 de 1995).

El principio de oportunidad ha sido reconocido en múltiples ordenamientos penales del mundo y se basa en el postulado de que la acusación penal requiere no sólo que exista suficiente *mérito* para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que no existan razones de *oportunidad* para archivar el proceso, esto es, razones válidas por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una determinada conducta, en los “casos que establezca la ley” y “dentro del marco de la política criminal del Estado”¹ . Se trata de una previsión constitucional de las hipótesis en las cuales procede archivar la investigación, las cuales serán reguladas en detalle por la ley. El Legislador también deberá regular el alcance del control judicial de legalidad previsto por el Acto Legislativo para las actuaciones en las que se aplique este principio, lo cual es especialmente relevante para proteger los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación (Sentencia C-591 de 2005).

Con el fin de cumplir con el objetivo principal, nos adentramos en el sistema procesal penal que fue adoptado por el Código Penal Militar Ley 1407 de agosto de 2010, encaminados a llegar a la conclusión que es este un código moderno, garantista, adecuado a la filosofía de nuestra actual Carta Política y los compromisos adquiridos por Colombia en el ámbito Internacional de los Derechos Humanos, reconocemos la importancia y bondades del que será el nuevo Código Penal Militar, pero no por ello se ha dejado de consignar la respetuosa discrepancia en algunos aspectos, específicamente en el punto

¹La Corte Constitucional aceptó el principio de oportunidad en tratándose de juicios ante el Congreso expresó: “(...) es posible que el Congreso se abstenga de formular acusación por razones de conveniencia, en aquellos casos en que la ponderación de bienes jurídicos constitucionales le permita concluir que resulta más benéfico para la estabilidad institucional una exoneración de responsabilidad, que un juicio de consecuencias imprevisibles.....(sentencia SU-062 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

de la no incorporación del Principio de Oportunidad en la Justicia Penal Militar.

Se parte por considerar el Principio de Oportunidad como un concepto tanto político como jurídico, como herramienta utilizada por el Estado para la reducción del sistema penal, como criterio político criminal, en el entendido que se reduce la intervención del sistema penal a algunos fenómenos y su existencia depende exclusivamente del poder de definición, persecución penal y como categoría jurídica es una excepción reglada a la obligación de persecución penal del delito por parte del Estado.

Teniendo presente las causales de procedencia del Principio de Oportunidad a saber:

- *Relativas al decaimiento del interés de perseguir por inexistencia de significativa afectación al bien Jurídico.*
- Relacionadas con criterios de necesidad de la Pena.

Basadas en criterios de Política Criminal. (.Dr. José Francisco Acuña Vizcaya, El Principio de Oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “ Rodrigo Lara Bonilla)

Por otro lado, Revisada la (sentencia de Constitucionalidad C-673 de 2005, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández), se puede determinar, la siguiente Pregunta jurídica: ¿Cuál es la naturaleza del Principio de Oportunidad, una antítesis del principio de legalidad?, realizando el siguiente análisis:

Ratio: “El Acto Legislativo 03 de 2002 acogió la fórmula del Principio de Oportunidad reglada, regulada dentro del marco de la política criminal del Estado, es decir, que al momento de aplicar el Principio de Oportunidad para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, lo podrá ser sólo con fundamento en alguna de las causales expresamente señaladas por el legislador, con el debido control de la legalidad ante un juez de control de garantías.”

Adicionalmente, en esta sentencia la Corte expresa la necesidad de que el legislador establezca de manera precisa y clara las causales de aplicación del Principio de Oportunidad, puesto que de esta manera el juez de control de garantías puede asegurar una correcta aplicación del Principio de Oportunidad ya que considera que el artículo 324 de la Ley 906 de 2004 presenta imprecisiones y vaguedad en las causales de aplicación del principio en mención.

Entonces el Principio de Oportunidad es tanto político como jurídico, pues aunque hace parte de las operaciones de reducción del sistema penal, se basa en criterios eminentemente políticos. Para caracterizar el Principio de Oportunidad y delimitar su ámbito de aplicación y operatividad, es necesario tener en cuenta que su aplicación está permeada, permanentemente, por criterios políticos, por lo cual es necesario que se defina, claramente, esta política.

El Acto Legislativo N° 003 de 2002 que reformó el artículo 250 de la Constitución Nacional, modificó las funciones de la Fiscalía General de la Nación y ordenó implementar el sistema acusatorio en el país, en cumplimiento de lo cual se expidió la Ley 906 de 2004 que contiene el nuevo Código de Procedimiento Penal, normas éstas dentro de las cuales se

introdujo la figura del Principio de Oportunidad y se señalaron las causales y requisitos para su aplicación, en sujeción a la política criminal del Estado cuyo diseño fue encomendado al Fiscal General de la Nación.

Esta modificación en las funciones y facultades de la Fiscalía hace necesario el estudio y la ubicación de la mencionada figura dentro de la estructura del nuevo procedimiento penal, para establecer el real alcance que ella pueda tener al ser aplicada en los casos concretos de las diferentes conductas investigadas.

Cabe asimismo señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo únicamente cambios en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución, mas no en la dogmática. El poder de disposición del proceso también fue modificado en cuanto a su alcance por el constituyente derivado de 2002, ya que se consagró a nivel constitucional el principio de oportunidad, por oposición al principio de legalidad.

La consagración del Principio de Oportunidad no obedece en realidad a un principio sino a una regla por la cual se excluye excepcionalmente la aplicación del principio de legalidad. Tomando en cuenta la distinción de Hart entre reglas primarias (imponen obligaciones) y secundarias (confieren potestades), podemos caracterizar el Principio de Oportunidad consagrado en la legislación colombiana como una regla secundaria de adjudicación, a través de la cual se da una competencia adicional a la Fiscalía General de la Nación para determinar o no la procedencia de la acción penal (Distingue Hart: a) Regla de reconocimiento: Sirve para identificar que normas pertenecen a un sistema jurídico (el criterio de identificación sería el de origen), b) Reglas de cambio: Indican un procedimiento para que las reglas primarias cambien en el sistema y así dinamizar el ordenamiento jurídico, c)

Reglas de adjudicación: Dan competencia a individuos para que establezcan si se infringió o no una regla primaria.)²

Se puede afirmar, entonces, que el Principio de Oportunidad no se opone al de legalidad (Esta aseveración va en contra de lo que muchos autores sostienen acerca del Principio de Oportunidad cómo una excepción al principio de legalidad, entre ellos Tiedermann, encuentra en el Principio de Oportunidad un quiebre de la obligación de acusar, que identifica expresamente con el principio de legalidad. Esta noción considera al principio de oportunidad antitético con el de obligatoriedad u oficiosidad, en el sentido de que el Principio de Oportunidad desvirtúa la inexorable persecución penal, por el mero hecho de la comisión de una acción delictiva, dejándola restringida a los criterios de selectividad del sistema penal. Es innegable que la aplicación del Principio de Oportunidad o el de obligatoriedad en un determinado caso están indefectiblemente ligados al cambio de racionalidad de la fórmula política, la razón del uno se opone a la razón del otro.

Por lo anterior es necesario precisar la confusión teórica entre legalidad y obligatoriedad, la obligatoriedad no se equipara a la legalidad. En el caso colombiano se trata de una regla de excepción a la legalidad (entendida sólo en términos de obligatoriedad de persecución penal), pero dentro de los límites de la misma. Así mismo, por su naturaleza de regla no se opone a otros principios como el del debido proceso e igualdad. En el primer caso, la oportunidad como proceso de selección del sistema penal, lo que obtiene es

²Alcance del Principio de Oportunidad en la nueva legislación Procesal Penal Colombiana, Carolina Aristizabal González, presentado para optar al Título de Abogado en la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, carrera de Derecho, Bogotá D. C, 2005.

la reafirmación del mismo, y con ello el sostenimiento de las categorías base, como el debido proceso (principio, valor y derecho fundamental).

El temor a que la oportunidad se constituya en desigualdad, se fundamenta principalmente en su oposición a la obligatoriedad, en tanto se argumenta que la aplicación de los criterios de oportunidad estaría mediatizada por la irracionalidad y arbitrariedad de los operadores judiciales, quienes en respuesta a “determinados” intereses aplicarían o no la oportunidad. Al respecto es innegable que la aplicación de la oportunidad conlleva criterios eminentemente políticos y subjetivos, por lo tanto debe buscarse la forma de limitar la arbitrariedad mediante la definición de una política criminal clara y coherente con los principios del Estado Social de Derecho.

En este sentido “La oportunidad no sería una forma de referir la desigualdad ante la ley, sino un “intento por conducir la selección según fines concretos (precisamente, corregir la aplicación práctica desigual de la ley) sin dejarla abandonada al arbitrio o al azar”³

No se entiende entonces, el porqué de la exclusión del Principio de Oportunidad en las Fuerzas Militares, si en la Justicia Ordinaria esta institución generará un cambio fundamental en la cultura procedimental penal colombiana, por cuanto permitirá al fiscal optar por la no acusación aún en el evento de encontrar el mérito suficiente para hacerlo, no en el ejercicio de una facultad discrecional absoluta, sino limitada a la existencia de unos requisitos taxativamente contemplados en la ley, y a la aprobación del Juez de Control de Garantías cuando su aplicación conduzca a la extinción de la acción penal y es por esto que cuando se impulsa una reforma al proceso de

³Maier, B.J. Julio, Op. Cit, pp

enjuiciamiento penal, la misma debe estar sustentada en razones de justicia material, es decir, en pro de las garantías de quien en últimas soporta el embate estatal, y en aras de la búsqueda de la verdad real y no simplemente formal.

A la luz del derecho a la igualdad, siendo los militares ciudadanos con todos los derechos (salvo las excepciones señaladas por la misma Constitución), no hay razón alguna para negarles las garantías propias del sistema acusatorio en los procesos penales de la jurisdicción castrense.

El principio de oportunidad en general, puede decirse que en el procedimiento penal militar no opera el principio de oportunidad, propio de un sistema con tendencia acusatoria, por cuanto los funcionarios judiciales en Colombia, por mandato del artículo 230 de la Carta Política “sólo están sometidos al imperio de la ley”, de manera que en los procesos castrenses el Juez de Instrucción Penal Militar no puede cesar procedimiento sino por causas establecidas en el respectivo código, así mismo el Fiscal Penal Militar al calificar no puede tomar en cuenta consideraciones políticas o de conveniencia, ya que tiene que hacer su calificación de acuerdo con la ley.

Por ello el artículo 201 del estatuto castrense concordante con el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 6 del Código de Procedimiento Penal, prescribe imperio de la ley, los funcionarios judiciales en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la Ley.

Puede decirse que este principio de legalidad, que excluye al de oportunidad en la acusación (y en los actos del juez) es más restrictiva aquí que en el proceso penal ordinario, porque mientras en este último cabe la figura de la

sentencia anticipada (artículo 40 de nuevo C.P.P) en la Justicia Penal Militar no tiene aplicación.⁴

De manera excepcional, la Constitución faculta a la Fiscalía General de la Nación para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, 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 funciones de control de garantías”.

Así pues, se trata de un principio de oportunidad reglado sometido a control judicial. Es por esta que la disyuntiva entre principio de legalidad y principio de oportunidad reglado, se sitúa precisamente en el ámbito de la política criminal y no simplemente penal, de cuya elección se desprenden varios efectos concretos, como por ejemplo la redefinición de lo que se entiende por impunidad, pues la introducción de la facultad para someter a juicio tales o cuales conductas, parte de la base de tener muy claro que le importa y que no, en materia de castigo al Estado y entonces nos surge una inquietud ¿Existe en nuestro Estado Colombiano una verdadera Política Criminal

Que se entiende por Política Criminal, respecto a los hallazgos sobre el particular, diversos autores confluyen en que la Política Criminal es el conjunto de medidas de las que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad (delito-delincuente) y la criminalización (pena y función re-socializadora); especialmente en su prevención, represión y control; teniendo en cuenta que la política criminal puede ser vista como acto de control social y solución de conflictos, dirigida hacia las acciones humanas consideradas

⁴Ramirez Bastidas Yesid, Sistema Procesal Penal Colombiano. Edic. Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá D.C, 1997

violentas o nocivas las cuales entorpecen el desarrollo armónico de una sociedad en un país determinado.

En el contexto colombiano, se puede referir la Constitución Política de 1991 en su capítulo VI, artículos 249 y 251 (de la Fiscalía General de la Nación y sus funciones, donde se especifica la participación en el diseño de la Política del Estado en materia criminal).

Consecuentemente la Corte Constitucional, en Sentencia C-646 de 2001 MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, abandona la tesis según la cual la formulación de Política Criminal es exclusividad del Presidente de la República, definiendo la Política Criminal 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 .

Colombia, adelanta esfuerzos importantes en materia de política criminal prueba fehaciente es el cambio de Sistema Penal inquisitivo al Acusatorio y la incorporación del principio de oportunidad.

De tal manera que la Fiscalía General de la Nación, tiene asidero en el Consejo Superior de Política Criminal, está llamada a realizar análisis concienzudos, acuciosos y cualificados de corte cuantitativos y cualitativos que se materialicen en propuestas concisas y pertinentes en la formulación de política criminal que contribuyan en la consolidación del Estado social de derecho del que hacemos parte.⁵

⁵Fuente: Curso de Criminología. Perez P. Álvaro, Colombia 1997 pg.203-219.

De igual manera, la Fiscalía, en principio, está obligada a acusar ante la ocurrencia de hechos punibles, en virtud del principio de legalidad. En consecuencia, es el principio de legalidad y no criterios de conveniencia, el que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal. De igual forma, aquél sólo puede terminar anticipadamente en los casos en que así expresamente lo señale la ley, sin que tal decisión pueda depender de la discrecionalidad de funcionario alguno.⁶ Con todo, es la ley, la que establece los casos en los cuales resulta aplicable el mencionado principio.

El Fiscal Penal Militar es un funcionario judicial de la Jurisdicción Penal Militar, encargado exclusivamente de la calificación del sumario, este funcionario no pertenece a la Fiscalía General de la Nación porque los injustos cometidos “por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, están excluidos de la competencia de la Fiscalía General de la Nación, por expreso mandato del artículo 250 de la Constitución Nacional.⁷

A continuación se mencionara el PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD consagrado en la Ley 1312 de 2009 que modifica la Ley 906 de 2004 así:

El artículo 323 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Principio de Oportunidad. La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

⁶Faustino Cordón Moreno, Las garantías constitucionales del proceso penal, Navarra, 2002, p. 21

⁷Sobre el particular la Corte Constitucional ha ratificado su sentencia C-361 de 2001.

Quedando en el artículo 324 las causales taxativas para su aplicación.

En el proyecto de Código Penal Militar con tendencia acusatoria, en el cual se tenía previsto el Principio de Oportunidad y que ya en el texto legal se decidió no incluirlo, de ahí como quiera que la ley no ha entrado a regir no podríamos estar hablando de problemas en su no incorporación, pero si a la luz del derecho público, estaríamos en una desigualdad ante la ley de los miembros de la fuerza pública que los cobija la ley 1407 de 2010.

De igual forma nos surge una inquietud, que pasa con el personal de militares de rango superior como los son los señores Generales y Almirantes, los cuales por mandato constitucional son investigados por la Fiscalía General de la Nación, en este orden de ideas ellos si tendrían derecho a la aplicación del principio de oportunidad? Entonces quedaría más que claro que como bien lo dice el adagio popular “..La justicia es para los de ruana...” Y que pasa entonces, con la valoración de motivos de honor, ética y condición de garante que tiene la Fuerza Pública, según parámetros establecidos por la Alta Dirección del Ministerio de Defensa Nacional, se tuvieron en cuenta la exclusión del principio de oportunidad de un proyecto de ley a otro???. 9 Se precisa aclarar que el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política establece el fuero constitucional para los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, atribuyendo a la Corte Suprema de Justicia su juzgamiento, previa acusación del Fiscal General de la Nación.

Para finalizar hablaremos del principio de igualdad en relación con el fuero penal militar y su implicación en el principio de oportunidad, Si bien es cierto constitucionalmente se establece que la fuerza pública tiene una

jurisdicción especial y gozan de un fuero , no menos cierto es que dichas fuerzas militares están integradas por seres humanos y como tales se debe tratar sin ninguna clase de discriminación , todos somos iguales y este principio rige a la humanidad pues están consagrado como norma iuscogens y Colombia como miembro de la comunidad internacional a suscrito varios tratados tales como ;

La declaración Universal de derechos humanos adoptada por la asamblea general en su resolución 217 A de derechos humanos, declaración esta que rige a toda la humanidad establece en sus Artículos

1.- Todos los seres Humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia y deben comportase fraternalmente los unos a los otros.

Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción , derecho a igual protección ante la ley , todos tienen derecho a igual discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 10 .- toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones (Declaración Universal de Derechos Humanos 1948)

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre - aprobada en la novena conferencia internacional Americana Bogotá en abril de 1948

“Artículo II todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.” (Declaración americana de los derechos y deberes del hombre - aprobada en la novena conferencia internacional Americana Bogotá en abril de 1948)

Todas estas declaraciones y tratados deben entrar dentro de nuestra legislación y es así que nuestra carta política en primer lugar nos habla en su artículo 13 “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos , libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo o raza , origen nacional” (Cata Política de 1991 Art 13)

El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Los instrumentos internacionales entran por bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política, pero solo aquellos que hablan de derechos humanos, y es así que siendo Colombia miembro activo de todos estos tratados vemos como existe una gran abismo cuando se habla de derecho a la igualdad, pues nuestra carta política nos habla por un lado del derecho de la igualdad en el artículo 13 y por otro lado nos habla en el artículo 221 del fuero militar y establece que los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio conocerán las cortes marciales o tribunales militares.

La ley 1407-2010 Ley penal Militar en su artículo 10 nos indica el derecho a la igualdad que a la letra dice la ley penal militar se aplicara a los miembros de la fuerza pública sin tener en cuenta circunstancias diferentes a la establecida en la constitución y la ley . el funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trata de valorar el injusto, la culpabilidad las consecuencias jurídicas de delito , en relación con los miembros de la fuerza pública que se encuentran en situación descritas en el inciso final del artículo 13 de la constitución política.

Es así que se nota claramente que no se está cumpliendo con los postulados y convenios internacionales cuando se establece el derecho de igualdad, pues no se puede concebir que la Constitución Política nos hable en el artículo 235 que la justicia ordinaria investigara a altos miembros de la fuerza pública tales como Almirantes y Generales , siendo estos rangos los más altos dentro de la milicia, si tengan derechos a gozar del beneficio del principio de oportunidad . La justicia ordinaria en el área de penal está regida desde el año 2005 con el sistema Penal Acusatorio ley 906 del 2004, dicha ley contempla en una de sus institutos la figura del principio de oportunidad como herramienta de la política criminal del estado.

El articulo 321 y subsiguientes nos establece la figura , la legalidad de la aplicación, y las causales, la potestad de dar aplicación a este tan alto beneficio se le concedió a la Fiscalía General de la Nación, cabe anotar que se enmarca una clara discriminación y desigual con respecto a la ley 1407 que entrara a regir el 17 de agosto de 2011 ,Codigo Penal Militar el cual incursionara en el sistema con tendencia acusatorio, y uno de sus principios es la oralidad, la igualdad y cabe destacar que en este

código no se contempló el instituto del principio de oportunidad, en esta ley no se incluyó, entonces debe verse que para unos militares si se aplicara por ser investigados por la justicia ordinaria y para otros no por regirse por la ley 1407 de 2010, ley netamente de la justicia castrense.

Cabe anotar que los tratados suscritos y ratificados por Colombia se deben cumplir de buena fe, se les debe dar estricto cumplimiento a catar el principio de pacto sunservanda.

Se entiende que si bien es cierto existe ciertos delitos en el que por la misma dimensión y calidad no cubre el principio de oportunidad en la ley 906 de 2004, como es investigaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, ni cuando la víctima sea un menor de 18 años, pues a si debe realizarse ciertos estudio sobre los delitos militares y militarizados en lo pertinente a dar la posibilidad de introducir el principio de oportunidad y que pueda contribuir a una eficaz y recta administración de justicia con garantías de oportunidad e igualdad y para esto es indiscutible incorpora la institución del principio de oportunidad.

Entremos en verdadero auge con los nuevos modelos de justicia, dejando de lado el autoritarismo y dándole paso abierto a los derechos humanos para todos, aplicando en verdad un modelo de justicia internacional, ajustados de hombres para hombres en igualdad de condiciones, sin ningún tipo de discriminación por raza, religión u ocupación

RECOMENDACIONES

Ofrecer una visión general sobre el principio de oportunidad y su urgencia de incorporar esta institución a la nueva Justicia Penal Militar en Colombia, teniendo en cuenta los convenios y tratados internacionales, desde el punto de vista del garantismo constitucional y basándose en la justicia ordinaria

El derecho a la igualdad se debe aplicar en la todas las legislaciones y no está bien visto para la comunidad internacional que los altos rangos de la fuerza pública si tenga derechos al principio de oportunidad y los subalternos no , eso deja el sin sabor de seguir infringiendo los derechos humanos.

CONCLUSIONES

Así como ha venido siendo ajustado el nuevo Código Penal Militar, creemos en la firme necesidad de incorporar el Principio de Oportunidad para los miembros de las Fuerzas Armadas, partiendo de la debida aplicación del principio de igualdad, sin dejar a un lado su inherente condición de ser humano, al servicio de la Patria y como garante del Estado Social de Derecho.

Estamos frente a un renovación mundial de justicias basadas en primer lugar en tratados y convenios internacionales de derechos humanos , donde los miembros de la fuerza pública no están excluidos por su condición y que la rigidez estricta de los sistemas que lo manejaban se desechen, no con el ánimo de dejar de lado la disciplina que los caracteriza y los consagra como un modelo de justicia excepcional, es brindar la oportunidad de tener derecho por principio de igualdad de una justicia igual de garantista a la ordinaria con todos los beneficios que la consagra.

Sería el momento oportuno, teniendo en cuenta que se tiene en mente presentar el proyecto de ley que crea la Fiscalía Penal Militar, el Cuerpo Técnico de Investigación y la Defensoría Técnica Militar, a fin de incluir principio de oportunidad para así cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos.

Es necesario ir bajo la vanguardia de los nuevos modelos penales y este para Colombia es el sistema penal con tendencia acusatorio , que su gran pilar está en el garantismo de los infractores de la ley y así exista una justicia cástrense para ciertas personas catalogadas como

miembros de la fuerza pública, es claro que se debe incluir el principio de oportunidad en dicha justicia para así no ir en contra vía de lo que plantea el mismo sistema penal.

BIBLIOGRAFIA

- Código de Procedimiento Penal ley 906 de 2004
- Constitución política colombiana de 1991
- Convenio Internacional sobre Derechos Humanos.
- Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “ Rodrigo Lara Bonilla) (.Dr. José Francisco Acuña Vizcaya
- El Principio de Oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, Apuntes clase Fundamentos, estructuras y destinatarios de la Justicia Penal Militar en la Especialización Procesal Penal Constitucional y Justicia Penal Militar – Dra Luz Marina Gil García, marzo 10,11 y 12 de 2011.
- Jurisprudencias de la Corte Constitucional Colombiana.
- Nuevo Código Penal Militar ley 1407 de 2010