

**PRINCIPIO DE INTEGRACION NORMATIVA COMO FÓRMULA PARA LA
APLICACIÓN DEL PRICIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JUSTICIA PENAL
MILITAR EN COLOMBIA**

**GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ DÁVILA
3000198**

**JUAN CARLOS REY ARGOTE
3000183**

**DIRECTOR TRABAJO DE GRADO
JAIME ALBERTO SANDOVAL**

**MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL
2012**

PRINCIPIO DE INTEGRACION NORMATIVA COMO FÓRMULA PARA LA APLICACIÓN DEL PRICIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN COLOMBIA

GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ DÁVILA*

JUAN CARLOS REY ARGOTE**

Resumen

Con la sanción presidencial el 17 de agosto de 2010, de la Ley 1407, por la cual se expide el Código Penal Militar, se implementa un Sistema Penal castrense con tendencia acusatoria, dejando a un lado el principio de oportunidad consagrado en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, el cual constituiría una excelente herramienta para ser utilizada en el Sistema Penal Militar por parte del Fiscal General Penal Militar, ya que a través de él se podría dar mayor agilidad a la administración de justicia, para ciertos delitos netamente militares o de mayor ocurrencia cuando se desarrollan por militares o policiales en servicio activo y en ejercicio de las funciones que les son propias; por tanto y a pesar de tener claro que este principio debe obedecer a una reglamentación específica por parte del legislador, se hace necesario indagar por una posible aplicación de éste en la justicia penal militar.

Palabras clave

Integración Normativa, Principio de Oportunidad, Justicia Penal Militar.

* Capitán GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ DÁVILA. Juez 85de Instrucción Penal Militar. Fuerte Militar de Larandia (Caquetá).

**Teniente abogado Juan Carlos Rey Argote. Juez 34 Instrucción penal militar. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad del Rosario. Especialista en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar por la Universidad Militar Nueva Granada.

Abstract

With presidential approval on August 17, 2010, Law 1407, which is issued by the Military Criminal Code, Criminal Justice System deployed a military-prone accusatory, leaving aside the principle of opportunity enshrined in Article 314 Act 906 of 2004, which would be an excellent tool for use in the military Penal System by the General Prosecutor of Military Justice, as through it could give greater flexibility to the administration of justice, for certain crimes purely military or common when developed by military or police on active duty and exercising the functions that are proper and therefore despite having already clear that this principle must obey specific regulations by the legislature, it is necessary investigate a possible application is in the military justice system

Key words

Integration Rule, Principle of Opportunity, Military Criminal Justice.

INTRODUCCIÓN

La Justicia Penal Militar en Colombia está inmersa en un proceso de reforma procesal, basada en la implementación de un sistema acusatorio donde la figura del fiscal se fortalece asumiendo un papel importante como director de la investigación conforme a los principios de igualdad de armas y contradicción que emanan del proceso, esta reforma está concebida como un proceso de cambio integral que incluye un cambio de la cultura jurídica colombiana dentro de la institución militar.

Dentro del proceso penal se discuten bienes jurídicos vulnerados o puestos en peligro, presentándose un conflicto de intereses, por una parte, el estado en cabeza de la agencia fiscal, en la persecución penal, es decir en el esclarecimiento de las conductas delictivas y por parte del imputado a que se le

respeten sus garantías constitucionales y legales en el proceso, de ahí que nos preguntemos porque razón en el nuevo código penal militar (ley 1407 de 2010), no se consagró el principio de oportunidad para delitos netamente militares. Esto se muestra contradictorio con el ordenamiento constitucional y legal ya que a través de este principio se puede consolidar o dar aplicación a uno de los principios de reparación de las conductas delictivas como es llegar a la verdad y a la justicia de los hechos que se consideran dignos de reproche estatal.

El presente escrito es una investigación donde se hace un estudio desde el campo del derecho en donde la jurisprudencia es y será fundamental para razonar los contextos de interpretación y aplicación del nuevo código penal militar, en donde la filosofía del derecho y el derecho constitucional mismo, se han redimensionado con el objetivo de crear elementos para el análisis de la jurisprudencia como una fuente más del derecho, sobre todo a raíz de la constitucionalización del derecho, mediante Constituciones normativas en donde los principios tienen eficacia jurídica propia.

Por ello, en este escrito se pretende como objetivo general, identificar la viabilidad de la aplicación del principio de oportunidad a través de una integración normativa, para ello como objetivo específico se pretende identificar, si de la interpretación que se haga de la norma que contempla y desarrolla este principio es viable su aplicabilidad en un ejercicio hermenéutico sistemático de la normatividad y de la política Pública para su inclusión, en un futuro, de este principio en la Justicia Penal Militar.

Por otra parte, en el presente escrito se utiliza un método de investigación teórico de investigación básica, en el cual se utiliza el método hermenéutico, igualmente se hace necesario el ejercicio de la interpretación, en busca de las razones que tuvo el legislador para no contemplar el principio de oportunidad en el nuevo

código penal militar. Su aplicación resulta de marcada importancia para el contenido del presente escrito, por cuanto permite dotar de sentido al contenido de la norma y a la jurisprudencia, aplicando éste a los hechos humanos de los cuales provienen, es decir que la interpretación que se haga debe atender al ambiente ideológico en que se generó la expedición de la norma, al igual que las características sociales, culturales, económicas que la rodearon. La discusión y el análisis se reducen al contenido mismo de la norma, dado que en ella se encuentra la solución y la respuesta a todos los interrogantes que en esa materia se planteen.

1. INTEGRACIÓN NORMATIVA

Hoy en día se discute en el mundo entero la aplicación del fuero penal militar¹, Colombia no ha sido ajena a esta problemática, restringiendo el fuero penal militar², puesto que el desarrollo del artículo 93 de la constitución política de 1991 evoluciona la forma de interpretación del fuero militar en lo concerniente a la armonización del derecho interno con el derecho internacional³, así las cosas la aplicabilidad de aquellas materias que no estén expresamente reguladas en este caso en el código penal militar, le serán aplicables las disposiciones penal y procesal de la jurisdicción ordinaria⁴.

¹ DE LA BARRA, Rodrigo. Sistema Inquisitivo versus adversarial; cultura legal y perspectivas de la reforma procesal penal en Chile. Universidad de Talca, Chile. Vol. 5, numero 002. Pág. 140.

² COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia C- 298/ 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz. Limitó el alcance del fuero militar y la aplicación excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar los elementos estructurales de éste, pues expresamente señaló que sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la fuerza pública, entiéndase fuerza militar y policía nacional, cuando éstos comentan un delito relacionado con el servicio mismo.

³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 225/1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero. El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407. (17, agosto, 2010). Por la cual se expide el Código Penal Militar. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2010. no.47.804.Artículo 14. Integración. En aquellas materias que no se hallen

En la ley 57 de 1887, se consagra la forma como se debe interpretar la ley en los casos en que haya oscuridad o vacío de la ley, pues en una interpretación por contexto, en este caso la ley 906 de 2004, esta servirá “para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”⁵.

Es así como se puede observar que la aplicación de de normatividad no consagrada en el articulado del nuevo código penal militar, se puede a través de una interpretación por contexto de la ley 906 de 2004, verbigracia la Corte Constitucional de manera reiterada ha señalado que en el juicio de valor que se debe hacer a la integración de la unidad normativa, esta procede cuando la proposición jurídica tiene un contenido propio y esta se encuentra tan íntimamente ligada con otros contenidos jurídicos, que resultaría imposible estudiar su aplicabilidad sin analizar las otras disposiciones⁶.

El predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley, en cuanto a la doctrina desarrollada en la aplicación e interpretación de la misma, se destaca la teoría de Norberto Bobbio, donde el autor inicia un análisis de la norma jurídica dentro de un todo donde se involucra no solo el sentido de la norma si no el fin de la misma, pues considera que la norma jurídica ha de estudiarse teniendo en cuenta el conjunto de normas en cuanto exclusivos elementos integrantes de su concepto de ordenamiento jurídico⁷; puesto que Bobbio considera acertada y comparte la teoría de que sólo puede hablarse de derecho cuando haya un sistema de normas que formen un ordenamiento, siendo por tanto

expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones de los Códigos, penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este Código.

⁵ LEY 57 DE 1887 (abril 15) . Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial No. 7.019 del 20 de abril de 1887.

⁶ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005.

⁷ BOBBIO, Norberto. prólogo a la primera edición de RUIZ MIGUEL, A. (ED.), *Contribución a la teoría del Derecho*, Norberto Bobbio, Madrid, Editorial Debate, 1990, pp. 9-12

la norma el presupuesto precedente para llegar al ordenamiento⁸, Bobbio identifica la constitución como la norma fundamental, aquella pues, es la norma superior de un ordenamiento jurídico y el término norma significa imposición de deberes.

Surge por consiguiente la siguiente pregunta, porque en el nuevo código penal militar Colombiano no se incorporó el principio de oportunidad, máxime cuando con el acto legislativo 03 de 2002⁹, se le dio la potestad a la Fiscalía General de la Nación, para ejercer la acción penal en los siguientes términos “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. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”¹⁰.

Las últimas líneas del articulado son claras al contemplar que no se suspenderá la acción penal por parte del ente acusador cuando se trata de delitos cometidos por miembros de la fuerza publica en servicio activo y en relación con el mismo servicio, razón por la cual si se hace una interpretación del texto, esto es, prestando atención netamente al significado literal de las palabras atendiendo a lo que omite o diga el dispositivo legal interpretado independientemente del contexto que se encuentre, diríamos que las conductas de los miembros de la fuerza publica consideradas como punibles, que no sean en relación con el servicio

⁸ Ibídem.,

⁹ por el cual se reforma la Constitución Nacional en cuanto a las funciones de 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, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

¹⁰ Congreso, Acto legislativo 03 de 2002. por el cual se reforma la Constitución Nacional. DIARIO OFICIAL 45.040. Art. 2.

serían merecedoras de la aplicación del principio de oportunidad de acuerdo con lo desentrañado en la norma legal¹¹.

Por el contrario si se hace una interpretación sistemática de la norma en mención, junto con el artículo 321, 66, 330, 348, 323¹², presupone un poder correlativo de la norma constitucional¹³, que se deriva necesariamente de un poder normativo, evento en el cual el análisis sociojurídico necesario que se debe hacer, respondería a cual es la política criminal del Estado para dar a aplicabilidad al principio de oportunidad en nuestro país, puesto que es necesario saber que es la política criminal del Estado o que se entiende por ella, por lo que se podría decir que esta es “el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad”¹⁴, que tiene que guardar correlación con el articulado constitucional y mas concretamente con el artículo 2 de la misma, que reza de la siguiente forma:

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional,

¹¹ MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. En: http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/public/12383873132368273109213/Doxa23_23.pdf

¹² Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004 (Agosto 31 de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

¹³ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia 1991(Julio 6 de 1991). Art. 250. Modificado por el 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, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

¹⁴ MARTINEZ, Mauricio. Estado de Derecho y Política Criminal – La Política de Sometimiento en Colombia, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Primera Edición, 1995, página 26.

mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares¹⁵.

Se podría decir que la política criminal no ha sido parte de la agenda política-social del Estado Colombiano, ya que una política criminal requiere de investigación, es decir de una acción activa por parte del Estado sobre la situación de marginación socioeconómica en que se encuentra gran parte de la población, pues dicha situación, es por sí sola violatoria, esta política criminal debe ser eficiente, que dé cuenta de transformaciones legislativas apropiadas para la satisfacción de las necesidades básicas de los sujetos víctimas de la conducta punible.

Así las cosas, el método sistemático por comparación con otras normas permite entender la norma bajo interpretación con los principios o conceptos que fluyen claramente del contenido de otras normas¹⁶, es decir, bajo el presupuesto que la política criminal regulada por el poder legislativo debe propender por la efectividad en la correcta aplicación de los principios constitucionales y legales donde no se vulnere ninguno de ellos, situación que no ocurre en este caso al dejar por fuera el principio de oportunidad en el código penal militar, ya que la política criminal es una sola y no se puede sectorizar su aplicación, infringiendo el principio de igualdad, al no ser aplicado el principio de oportunidad bajo las bases de la política criminal del Estado colombiano a los miembros de la fuerza pública.

¹⁵ Óp., cit. Constitución política de 1991.

¹⁶ RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al derecho. Lima: fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001. Pág. 267.

Trayendo las palabras del profesor zanotti en cuanto a la aplicación por analogía de la norma, esta indica que “el procedimiento analógico viene comúnmente definido como aquel procedimiento creativo, mediante el cual se disciplina un episodio de vida que no está expresamente regulado en la ley por el trámite de una norma detectada por ser casi símil (analogía legis) o bien recurriendo a los principios generales del ordenamiento jurídico (analogía juris)”¹⁷, es así como se podría decir que la capacidad de adaptación de la ley puede llevarse a cabo por medio de la interpretación, teniendo en cuenta las necesidades de una política criminal adecuada al momento de formulada la ley de tal suerte que la interpretación debe estar “condicionada por las necesidades sociales presentes”¹⁸.

Por consiguiente dentro de la exposición de motivos que se hizo del proyecto de acto legislativo por el cual se adiciona el artículo 246A a la constitución política de 1991 cuyo texto es el siguiente:

[...] La Justicia Penal Militar estará integrada por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro quienes conocerán de la investigación, calificación y juzgamiento conforme al fuero penal militar y al Código Penal Militar.

El personal civil podrá participar dentro de la Justicia Penal Militar en las etapas de investigación, calificación y acusación.

La ley regulará lo relativo a su organización y funcionamiento.

¹⁷ ZANOTTI, Marco. Principio di determinatezza e tassatività. Introduzione al sistema penale. Vol. 1. Edición 2. Editorial, Giampichelli. Torino. 2002. Pág. 151.

¹⁸ DE LA PEÑA, Francisco Gallardo. Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del derecho. México, Porrúa. 1987. Pág. 139.

Artículo 2. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación¹⁹.

Como se puede observar en el articulado no se evidencia ningún lineamiento de la política criminal del estado, lo que hace necesario observar y analizar la exposición de motivos a ver si se hace referencia así sea de manera tangencial, a la política social en cuyo seno se encuentra la consecución de fines, como el bienestar común, la calidad de vida y el respeto de los derechos fundamentales encaminados a menguar los efectos del fenómeno de la criminalidad.

La Justicia Penal Militar encuentra su principal justificación en la voluntad del Constituyente a lo largo de la historia de nuestro país, de crearla como una jurisdicción especializada y excepcional que juzga a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que cometen delitos relacionados con el servicio.

En Colombia se adoptó constitucionalmente la teoría de la tridivisión del poder público (artículo 113 de la Constitución Política), estableciendo como las ramas del mismo, la legislativa, la ejecutiva y la judicial y adicionalmente a los órganos que las integran, existen otros autónomos con separación de funciones, pero a su vez con armónica colaboración para el cumplimiento de los fines propios del Estado social y democrático de derecho.

En este sentido en nuestra actual Constitución Política, la justicia es regulada como un valor esencial del orden político, económico y social justo, que instituye el Estado Social de Derecho, vital para la convivencia pacífica, garantizador y regulador de los derechos de las personas, cuya

¹⁹ Ministerio de Defensa Nacional. República de Colombia. PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO "POR EL CUAL SE ADICIONA UN ARTICULO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA". Ponente: Ex Ministro de Defensa Nacional. Juan Manuel Santos C.

realización está confiada a la administración de justicia entendida como una rama orgánica y funcional²⁰.

la política criminal del Estado debe perfilarse hacia el respeto y cumplimiento del articulado constitucional en correlación con la normativa legal, razón por la cual no puede haber un desprendimiento jurídico entre lo preceptuado en el artículo 2, 246A constitucional con la nueva normativa penal militar ley 1407 de 2010, en razón a que se puede visualizar una política criminal conexas con la política social en cuyo seno se encuentra la consecución de ciertos fines, como el bienestar común, la calidad de vida y el respeto de los derechos fundamentales; la mayoría de estrategias ideadas por los diferentes gobiernos, van encaminadas a menguar los efectos del fenómeno de la violencia, pero sin que se ataquen las causas de la misma, es decir, se pretende erradicar la delincuencia, con normatividad de excepción y con el incremento del aparato represivo, pero en últimas la insatisfacción de necesidades prioritarias de la mayoría de la población, sigue aumentando sin aparente solución.

Por lo que es materia de valoración lo preceptuado por la Corte Constitucional en lo que tiene que ver con la finalidad del nuevo sistema penal acusatorio donde formula lo siguiente:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las finalidades perseguidas con la introducción del nuevo modelo procesal penal se concretó en: (i) fortalecer la función investigativa y de acusación de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba, despojándola en sentido estricto de funciones jurisdiccionales; (ii) la configuración de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado

²⁰ *Ibíd.*

en cabeza del juez de conocimiento; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, buscando garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante la etapa del juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad en cabeza del ente investigador; y (vii) crear la figura del juez de control de garantías, a quien se le asigna la función de ejercer un control previo y posterior de legalidad sobre las actividades y diligencias llevadas a cabo por la Fiscalía General en el ejercicio de su actividad investigativa²¹.

De esta forma dentro del acta No. 20 del comité de reforma del código penal militar, llevada a cabo el día 28 de Junio de 2005, en la casa logística -Brigada de apoyo logístico, se contempló la idea de introducir el principio de oportunidad de la siguiente forma:

[...] EL TITULO___ACCION PENAL CAPITULO_____
DISPOSICIONES GENERALES. Art._____. Titularidad y Obligatoriedad.
“El Estado, por intermedio de la Fiscalía Penal Militar, está obligado a ejercer la acción penal militar y a realizar la investigación de los hechos que revisten característica de delito de competencia de la jurisdicción penal militar, de oficio, o por que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querella o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y la Ley. No podrá, en

²¹ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-144/10 por la cual se contempla la LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Principios y garantías procesales del debido proceso/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance/PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Conceptos jurídicos indeterminados. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el 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 de control de garantías". Dice el doctor RAMÍREZ que tiene una observación y la observación es la siguiente y quiere traer a colación la historia. Este artículo que corresponde al artículo 66 de la ley 906 está básicamente tomado sobre el patrón del artículo 250 modificado por el artículo segundo del acto legislativo 3 de 2002. Allí se colocó una frase que suscitó todo tipo de discusiones al interior de la comisión redactora constitucional, que es una frase absolutamente vacía, más en el contexto colombiano, se dice: no podrá en consecuencia suspender, interrumpir renunciar a la persecución penal salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad... y aquí viene el problema... o regulado dentro del marco de la política criminal del Estado. Porque se está introduciendo en una categoría política que no tiene una definición precisa como es la política criminal del Estado. Recordaba en aquel entonces en la comisión redactora constitucional, el ex Ministro de Justicia Rómulo González, teniendo en cuenta que el Consejo Nacional de política criminal no se reúne en Colombia, que es lo primero que hizo cuando asumió la cartera de justicia pueden preguntar por las actas del consejo y las actas del consejo no existen. Que es política criminal, ahí... es uno de los temas que se discute al interior de cualquier programa de estudios superiores, de estudios de postgrado en materias penales; para algunos la política criminal no es más que un capítulo de la política social, en fin es un tema supremamente enredado. Pero a nivel del artículo que es un Código de Procedimiento el principal problema que genera entonces el marco de la política criminal del Estado, es y si es un procedimiento y el principio de oportunidad está encaminado como un principio de oportunidad reglado y sometido a un control judicial, es que si hablamos de política criminal entonces hay que definir quién genera la política criminal y esa fue una discusión muy

profunda desde Código está reflejada en los artículos correspondientes al principio de oportunidad que ahora le ilustra al Dr. FERRO; es necesario revisar sobre lo que en particular ha hablado la Corte Constitucional. Este preámbulo de repente largo pero para significar algo: a mí dentro del artículo justamente por las necesidades de la Justicia Penal Militar, le parecería que no tuviera como referente la política criminal del Estado, sino que el referente tiene que ser las necesidades mínimas de la Justicia Penal Militar[...]”²².

Como se puede observar dentro del comité de redacción del nuevo código militar, se deja de presente que no hay una política criminal Estatal establecida o por lo menos clara que deslumbre de forma eficaz la aplicación del principio de oportunidad por parte del Estado colombiano y más aún en el nuevo sistema penal militar, por lo tanto se debe analizarse como lo dice el doctor Alberto Binder:

“el análisis debe superar este nivel de comprensión del sentido común para formular con claridad los supuestos de esa visión y de esa manera facilitar el debate público. En especial porque en todo momento debemos evitar la tendencia a que el análisis, por más riguroso que sea, reemplace aquello que es propio de las decisiones democráticas. Muchas decisiones político-criminales, como veremos, no son comprensibles en su magnitud o en su eficacia sin conocer los presupuestos de la visión social de la que se parte”²³.

²² MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DIRECCIÓN EJECUTIVA JUSTICIA PENAL MILITAR. Acta no 20 que trata de la reunión del comité de reforma del código penal militar, llevada a cabo el día 30 de junio de 2005, en la casa logística de la brigada de apoyo logístico.

²³ BINDER, Alberto M. TENSIONES POLÍTICO-CRIMINALES EN EL PROCESO PENAL. En: Dianelt, isbn. 1133-0627.pag. 7.

Razón por la cual una política criminal estatal no debe obedecer a una fragmentación de la misma, para la correcta aplicabilidad de la misma dejando a un lado un sector de la población como lo son los miembros de la fuerza pública vulnerándose de esta manera su igualdad ante la ley y ante la política pública.

Ahora bien pretender que a través de los pronunciamientos se deslumbrase la aplicabilidad del principio de oportunidad en el nuevo sistema penal militar, comprendería una interpretación de la corte en un análisis político- jurídico de la norma a través de un método sistemático, teleológico y social en el cual la corte tendría que hacer una interpretación en conjunto donde la constitución articula los principios y fines del ordenamiento superior en el Estado colombiano. Dentro del comité de reforma del código penal militar también se tocó lo concerniente a la política criminal del Estado de la siguiente forma:

Continúa el Mayor SUAREZ haciendo alusión al inciso segundo, indicando que el tema fue objeto de revisión por la subcomisión y les inquietó un aspecto que quiere poner a consideración de toda la comisión, cuando hablamos de la política criminal del Estado, era si nosotros podíamos fraccionar ese concepto, que una sea la política del Estado para la Justicia Ordinaria y otra para el ámbito penal militar, para llegar a concluir que somos del pensar que la política criminal del Estado es una sola y ese aspecto fue que nos llevó a mantener la redacción que aquí se presenta. Manifiesta el Doctor RAMIREZ que no comparte el criterio porque le parece que los temas de la Justicia Penal Militar no se encaminan dentro de ese concepto macro genérico de política criminal del Estado por esa consideración de la finalidad de la Justicia Penal Militar como herramienta del control, de la disciplina, del mando. Yo recuerdo la primera clase de Justicia Penal Militar que tome en la Escuela Militar y el Auditor de Guerra que nos daba la cátedra nos decía, muchachos en la vida civil fumarse un

cigarrillo jamás es delito, en la vida militar si, en la vida civil dormir no es un delito, en la vida militar si, refiriéndose pues al delito de centinela etc, que éstos no son temas de política criminal, porque es que nosotros realmente dentro de ese concepto de criminalidad que maneja el Estado no estaríamos contando con el centinela que está allí cometiendo cualquiera de las faltas, entonces hablemos o hablamos de la referencia si se quiere, porque además esa referencia es una referencia vaga, usted perfectamente puede redactar el artículo, "la ley para aplicar el principio de oportunidad estará sometido al principio de legalidad por parte del Juez de Garantías", por una razón muy sencilla, porque si estamos hablando de una oportunidad reglada, las mismas reglas van a estar dentro del Código y a tener esa fijeza, que es lo que le está pasando al principio de oportunidad del Código. Hay un arreglo pero lo condicionaron a su vez a un reglamento. El Dr. FERRO indica que además el artículo es contradictorio en esa parte, porque dice, salvo en los casos que establezca la ley, está referido al principio de legalidad y simultáneamente habla o a renglón seguido, para aplicar el principio de oportunidad, entonces yo creo inclusive que la alusión al principio de oportunidad no es la única que permitiría la suspensión, la interrupción o la renuncia a la persecución penal, entonces puede dejar perfectamente el artículo redactado en, no podrá en consecuencia suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, salvo en los casos establecidos por la Ley²⁴.

Como se puede observar dentro de la comisión redactora del nuevo código militar, se contemplaron dos teorías, una que afirma que la política criminal del estado es una sola y no puede ser fraccionada e instituirse otra política criminal, tesis con la cual guardamos afinidad teniendo en cuenta lo preceptuado en los párrafos anteriores y además porque si fuese como lo sostiene la otra tesis al manifestar que en la política criminal, los temas de la justicia penal militar no se encaminan

²⁴ Ibid.

dentro de ese concepto macro genérico de política criminal del Estado por la finalidad de la justicia penal militar como herramienta de control de la disciplina, en cuanto a criminalidad se estaría diciendo que el nuevo sistema penal militar debe ser en su conjunto totalmente integral al ordenamiento penal ordinario, queremos con esto decir que si no se puede aplicar el principio de oportunidad mucho menos se podrá aplicar la ley 906 de 2004 como referente para la elaboración del nuevo código castrense, toda vez que este es una copia del nuevo sistema penal acusatorio por lo tanto si se puede aplicar lo más por qué no lo menos y a la vez guardaría correlación con la política criminal del Estado y del ordenamiento Constitucional y legal.

2. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.

El Acto Legislativo N° 003 de 2002 que reformó el artículo 250 de la Constitución Política de 1991, modifica las funciones de la Fiscalía General de la Nación y le da paso al sistema acusatorio, en cumplimiento de lo cual se expide 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 aplicación²⁵.

El nuevo articulado constitucional y legal da paso a que se conciba un nuevo sistema punitivo, donde le corresponde al fiscal a través de los miembros de policía judicial iniciar una labor previa de investigación caracterizada por la recopilación de los elementos materiales probatorios o evidencia física que le

²⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 906 (31 de Agosto, 2004), por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá D.C., Diario Oficial. no. 45.657, Art. 323, 324.

permita²⁶, formular imputación y acusación cuando se considere que el investigado ha incurrido en la comisión de un delito, de tal suerte que si el trabajo investigativo no proyecta la prueba necesaria para formular acusación, el fiscal se tendrá que abstener de hacerlo y en consecuencia, no se llevará a cabo el juicio oral²⁷.

En consecuencia, saber que es evidencia física, es de tal importancia para saber en qué momento del proceso el juez hace valoraciones de los hechos en el proceso con la cual forjara sus decisiones judiciales, por lo que tanto los elementos materiales probatorios como la evidencia física, no son lo mismo, en la actualidad se pretende encontrar “diferencias entre los conceptos de elemento material probatorio y evidencia física, a partir de entender que el primero siempre tiene vocación probatoria, como se infiere de su predicado, mientras que la evidencia puede cumplir esta condición o tener sólo el carácter de elemento con potencial simplemente investigativo, de utilidad en el campo de las actividades exclusivamente averiguatorias”²⁸.

Por otro lado, la decisión de acusar o no depende de la discrecionalidad dada por el artículo 250 constitucional teniendo que hacer el ente acusador un raciocinio propio que no es equivalente a la valoración de la prueba que realizaría un fiscal en el antiguo sistema ya sea para dictar resolución de preclusión o resolución de acusación. Así las cosas la función fiscal está definitivamente diferenciada de la función judicial, en el nuevo sistema penal acusatorio, la única prueba legalmente

²⁶ Ibid. Art. 114, 117,200.

²⁷ BEDOYA SIERRA, Luis. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Bogotá, D. C., 2008, ISBN - 978-958-8374-10-9, Pág. 24.

²⁸ Los antecedentes inmediatos del código permite establecer que el proyecto original utilizaba únicamente la expresión “elementos materiales probatorios” (artículo 284), como enunciado de su definición, y que en el curso de los debates en la Cámara de Representantes le fue agregada la expresión “y evidencia física”, sin modificar el contenido de la norma, que continuó siendo el mismo, en el propósito, no registrado, de conciliar la discusión que venía presentándose alrededor de cuál de las dos expresiones resultaba más técnica, lo que indica que su voluntad fue utilizar las dos de manera indistinta. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso No 29626, M. P. José Leónidas Bustos.

válida es la decretada por el juez y practicada en desarrollo del juicio y como tal únicamente puede ser valorada como prueba por el juez para dictar sentencia²⁹.

Por lo tanto y teniendo en cuenta lo analizado anteriormente compartimos lo preceptuado por el doctor Cristian salas Beteta:

El Principio de Oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, para (bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por ley) abstenerse de su ejercicio, o en su caso, para solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos. Debiendo para ello existir elementos probatorios de la comisión del delito y de la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio. Definición que corresponde al Sistema de Oportunidad Reglada, toda vez que los criterios de oportunidad obedecen a supuestos expresamente señalados por ley, a diferencia del Sistema de Oportunidad Libre, propia de países anglosajones, como Estados Unidos donde el Titular de la Acción Penal tiene plena disponibilidad y discrecional en su ejercicio³⁰.

En atención al principio de oportunidad debemos decir que la actividad probatoria del ente acusador debe girar en el ahorro de actividades procesales e investigativas de la confesión simple de los hechos por parte del indiciado a tal punto que lo que se provee con la aplicación de este principio es descongestionar los estrados judiciales y por otra parte dismantelar las organizaciones criminales como política pública criminal lo que lleva a contextualizar lo preceptuado por la corte constitucional con respecto al tema:

²⁹ BOUZAT, Andrés y CANTARO, Alejandro. Verdad y Prueba en el proceso acusatorio. En: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_06.pdf. consultado febrero 15 de 2011.

³⁰ SALAS BETETA, Cristian. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007. Pág. 2.

La legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado. 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. En este sentido, la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma. Sobre estos dos momentos de la creación del derecho penal actúa la doctrina jurídica. Su labor consiste en precisar el alcance de las instituciones jurídicas, integrar en un sistema interpretativo lógico las decisiones legislativas muchas veces divergentes y hasta contrarias, elaborar reglas de lenguaje con poder conceptual y de definición de las determinaciones de política criminal y servir de sustrato crítico que posibilite una futura modificación de la política penal³¹.

En el entendido que adoptar por sí mismo medidas relativas a la persona para el otorgamiento del principio de oportunidad solo es válido en cuanto este es posible siempre y cuando haya certeza de la existencia de un delito, de allí que la aplicación está sujeta a la existencias de evidencia física y material probatorio que dé cuenta de la probable responsabilidad del procesado³². [...] En la ponencia del primer debate 237 de 2002 cámara, gaceta No 148 de 2002, se incurre nuevamente en tal dislate. En efecto, se dice que su campo de aplicación es la “criminalidad de poca monta” y va referido a los conflictos menores que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos tutelados por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema³³.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-504/93 Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz.

³² URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Los fines constitucionales del proceso como parámetro de control del principio de oportunidad. Bogotá. 2005. Pág. 96.

³³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. La oportunidad como principio complementario del proceso penal. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección derecho penal No 3. ISBN.958-8295-02-5. Bogotá, 2005. Pág. 98.

Con fundamento en lo anterior se puede anotar que el principio de oportunidad tiene como fin mucho más que descongestionar los despachos judiciales del país, pues bien, podría decirse en términos más contundentes, que el principio de oportunidad es una forma organizada, reglada, acotada de hacer selectividad, evitando con ello las grandes fuentes de corrupción o desinstitucionalización propias de mecanismos primitivos y latentes de selectividad (negociaciones entre policía y posibles autores o partícipes de delitos, comercio con los delitos que llegan o no llegan al sistema, presiones sobre los operadores, etc) es decir una correcta aplicabilidad de este principio nos permite no solo dejar a un lado la acción penal de los delitos de poca monta si no también perseguir los autores intelectuales de las conductas punibles para desarticular efectivamente las bandas criminales que atentan contra el bienestar social de los colombianos y para de una vez enfatizar el buen uso que puede tener el principio, para enmendar, de alguna forma, por lo menos en casos concretos, las formas de selectividad, en donde los pequeños delincuentes son siempre los clientes del sistema penal, mientras los grandes escapan a su aplicación³⁴.

Así que cuestionar la conveniencia de adoptar el Principio de Oportunidad en la institución castrense por razones de conveniencia práctica, resulta violatorio al principio de dignidad humana y de igualdad frente a los ordenamientos jurídicos debatidos en este trabajo académico ya que el cuestionamiento debe versar sobre si debería reconocerse a la Fiscalía la facultad de decidir por sí misma, si acusaba al presunto infractor de la norma penal o si por el contrario, debería limitarse a la Fiscalía penal militar la facultad acusadora para condicionarla a la aprobación por parte de un juez de control de garantías.

Eventualmente señalar que la aplicación del principio de oportunidad no debe obedecer a la política criminal del Estado si no a la particularidad y eficacia de la justicia penal militar es contradictoria, toda vez que el mismo código no solo

³⁴ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Principio de oportunidad y política criminal de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada. En: http://www.ejrlb.net/medios/docs/146/236_01_principio_de_oportunidad.pdf. consultado el 15 de febrero de 2011.

señala conductas que atenta contra la disciplina, sino que en su articulado contempla conductas que van mucho más allá de la desobediencia, de la deserción es decir se contemplan delitos como el comercio con el enemigo, Fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos, Hurto de armas y bienes de defensa etc., recíprocamente se puede entender que no contemplar una política criminal conexas con la justicia penal militar, esta en contravía con el ordenamiento legal, máxime cuando dentro de la misma institución se crean empresas criminales donde sería de gran importancia la aplicabilidad del principio de oportunidad para llegar a la cabeza de estas organizaciones.

TÍTULO IX

DELITOS COMUNES

Artículo 171. Delitos comunes. Cuando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el Código Penal Ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar³⁵.

La Corte Constitucional ha venido sosteniendo los límites a los que se encuentra sometido el legislador en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, haciendo alusión a los límites implícitos en el ejercicio de esta facultad, en donde tipifica delitos y fija penas, el legislador debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado artículo 2 de la norma superior, de manera que en desarrollo de tal facultad, debe garantizar y respetar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo, de la misma forma, la corte ha dicho:

³⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407. (17, Agosto, 2010). Por la cual se expide el Código Penal Militar. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2010. no. 47.804.

“El supuesto en el que el criterio político-criminal del legislador es susceptible de controvertirse en el juicio de inconstitucionalidad, tiene lugar cuando dicho criterio ha llevado a la expedición de normas contrarias al Estatuto Superior. En dichos casos, lo que se cuestionaría no sería un modelo de política criminal en sí sino la legitimidad de reglas de derecho por su contrariedad con la Carta y de allí que, en esos supuestos, la decisión de retirarlas del ordenamiento jurídico tenga como referente esa contrariedad y no el criterio de política criminal que involucran”³⁶.

Lo que lleva a concluir que no solo la política criminal invalida la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar sino también su contrariedad con la Constitución Política verbigracia cuando se observa la vulneración del principio de igualdad como política pública.

Después de todo el principio de oportunidad debe ser concebido como “una opción institucional del sistema de administración de justicia que supera las formalidades del proceso penal”³⁷ después de todo la relación del principio de oportunidad junto con el de legalidad no se excluyen.

[...] podemos sostener que los gobiernos nuestros carecen de una política criminal coherente y que las medidas penales son tan contradictorias que más parecen un esfuerzo por cambiar la imagen de la realidad, antes que incidir sobre la realidad misma. Es por lo tanto, la política criminal nuestra, una escena más del espectáculo de la política general; política criminal que sacrifica las funciones instrumentales que la ciudadanía espera de la

³⁶ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 468/09. LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL-Alcance/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL-Límites. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁷ ANGULO ARANDA, Pedro. El principio de oportunidad en el Perú. Lima, Palestra Editores, 2004. Pág. 39.

intervención del Estado por medio de la justicia penal, dando prioridad a las funciones simbólicas para tranquilizarla y garantizar su apoyo político. El derecho es convertido así en una respuesta política derivada del hacer creer que del hacer³⁸.

Así que el principio de oportunidad es una alternativa al principio de legalidad, que involucra en su aplicación la política criminal del Estado, “pues el aparato de justicia de cualquier lugar no alcanza develar todos los delitos que se cometen y denuncian, generándose de esta manera una creciente cifra de impunidad, frente a la cual las políticas públicas deben adoptar mecanismos que propendan por su reducción, en pro de la convivencia pacífica”³⁹, tema este que no es ajeno a la justicia penal militar.

Después de todo la carta constitucional en su artículo 13 inciso 1 reconoce el principio de no discriminación, “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”⁴⁰. Ahora bien contextualizar el principio de oportunidad bajo la concepción de que este deba aplicarse a delitos de poca monta o como suele decirse delitos de bagatela no resulta acertado en el entendido que si bien el legislador lo contempla dentro de su ordenamiento penal es porque este debe alcanzar todos los órganos, instituciones y operadores de la administración de justicia, sin embargo, en Colombia se ha venido neutralizando o reduciendo los parámetros tolerables, los resultados negativos del principio de la persecución

³⁸ MARTINEZ, Mauricio. Estado de Derecho y Política Criminal. La Política de Sometimiento en Colombia. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1995. Pág. 47.

³⁹BEDOYA SIERRA, LUIS FERNANDO. GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS y VANEGAS PEÑA, CLAUDIA PATRICIA. Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación. Fiscalía General de la Nación. ISBN: 978-958-8374-25-3.

⁴⁰ Constitución política., óp. Cit

penal pública obligatoria (legalidad procesal), esto es, del principio de oportunidad frente a la magnitud de la crisis de la justicia⁴¹.

Indudablemente el Estado no solo está legitimado para intervenir en la política criminal sino:

Que el carácter social del Estado no solo lo legitima para intervenir, sino que lo obliga a intervenir en los procesos sociales en general y en las soluciones de los conflictos en particular frente a un conflicto social, el Estado social y democrático de derecho debe antes que nada desarrollar una política social que conduzca a su prevención solución o en último término [...] cuando así lo hace está ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomara el nombre de política criminal tanto que está referida a la criminalización del conflicto⁴².

En efecto la política criminal en Colombia es entendida como el conjunto de respuestas que el Estado estima necesarias adoptar para hacerle frente a conductas consideradas como punibles o promotoras 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 jurisdicción⁴³.

⁴¹ Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina. En: <http://federacionuniversitaria55.blogspot.com/2008/08/principio-de-oportunidad-y-proceso-de.html>

⁴² BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL, Hernán. Lesiones de derecho penal. Valladolid. Trotta, 1999. Pág.28 y 29.

⁴³ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 646/2001. competencia del Fiscal General de la Nación en materia de diseño de la política criminal del Estado no es exclusiva, pero sí expresa y suficiente para presentar proyectos de ley al respecto. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

El diseño de una política es la etapa central y, en ocasiones más técnica, de la toma de decisiones públicas. Diseñar una política es establecer sus elementos constitutivos, definir la relación entre ellos, ordenar prioridades, articular sus componentes de una manera inteligible para sus destinatarios, programar de qué forma, por qué medios, y a qué ritmo se alcanzarán las metas trazadas. Sin duda, el diseño de una política puede ser plasmada en un documento político o en un instrumento jurídico. En el segundo caso, el instrumento puede tener la naturaleza de un acto administrativo o de una ley. Puede concretarse también en normas de rango superior o inferior a los mencionados, pero generalmente se emplean estos dos actos jurídicos⁴⁴.

En otras palabras la ciencia jurídica debe acercarse a la comprensión de lo consagrado en el estatuto penal militar como nuevo código, pues este debe tener por objeto el análisis sistemático de las instituciones en correlación con el miembro de la fuerza pública donde este es el punto inicial y terminal del análisis ante todo, porque su conducta es objeto de análisis por parte de la sociedad en los aspectos que trascienden al exterior y para con los demás, por lo que la no consagración del principio de oportunidad en la justicia penal militar es atentar contra los derechos fundamentales de los miembros de la fuerza pública⁴⁵ ya que en palabras del doctor Recaséns Siches una “norma jurídica es un pedazo de vida humana objetiva. Una norma jurídica encarna un tipo de acción humana; por ello, para comprenderla cabalmente, deberemos analizarla desde el punto de vista de la índole de la estructura de la vida humana”. Así por ejemplo, no aplicar este principio en delitos netamente militares ocasionaría atentar con el ordenamiento superior como se señaló al inicio de este escrito.

⁴⁴ IBIDEM.

⁴⁵ RECASÉNS SICHES, Luis. NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. Segunda Edición. México, Porrúa. 1973 pág. 136.

Luego el nuevo código penal es más vulnerable a futuros juicios donde se analice su razonabilidad en la medida en que la relación entre los medios jurídicos y los fines de política pública es remota, inasible y probablemente inadecuada. Mientras que se debe asegurar que las normas no sean un capricho del poder sino un medio para alcanzar fines prioritarios de política pública en casos tales que la puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados por el Estado no sean jurídicamente relevantes en cada caso en particular así “existe una integración lógica entre la política criminal y la dogmática jurídico penal que se manifiesta en la construcción de una teoría sistemática del delito, la política criminal estructura nociones que con posterioridad se cristalizan en normas penales a partir de fórmulas constitucionales que son expresión de los principios del Estado Social de Derecho. La política criminal, afirma además, asume la función garantista de delimitación de la intervención punitiva estatal”⁴⁶.

CONCLUSIONES

El ente acusador acude a las penas como medio de control social, también este sólo puede tenerse como último recurso, pues el derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, sólo tiene justificación como la última *ratio* que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad, la cual es cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado aspecto de gran relevancia para la aplicabilidad del principio de oportunidad en la justicia penal militar, toda vez que ella respondió a los cambios estructurales de una sociedad cambiante y más aún cuando dentro de la institución castrense se hace necesaria la aplicabilidad de este principio por política criminal.

⁴⁶ Sentencia 646/01. Óp. Cit.

La aplicación del principio de oportunidad debe obedecer a la necesidad de una interpretación sistemática bajo la potestad reglamentaria, que no vincula a autoridades o agentes diferentes a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, se deben fijar pautas institucionales para el desarrollo del principio de oportunidad en la institución castrense, así como de la mediación, en éste sentido el Fiscal General de la Nación y sus delegados no pueden quedar atados a su propio reglamento, lo que implicaría que el juez de control de garantías sea participe en la implementación de la política pública en cuanto a criminalidad se trata, al momento de determinar la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad este debe dar absoluta cuenta de los principios y derechos constitucionales que pueden resultar afectados con estas figuras como de los preceptos constitucionales sobre el sistema procesal penal de tendencia acusatoria.

Como quiera que el delito vulnera un bien jurídico protegido por la ley, la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, lo cual nos lleva a establecer causales tales como cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe interés alguno en la persecución penal, cuando el interés en la persecución puede ser satisfecho de otro modo como por ejemplo desarticular bandas criminales dentro de la institución y cuando existen intereses estatales prioritarios, cuando la conducta no vulnera ni pone en peligro el bien jurídico tutelado es evidente por lo tanto que los límites en la aplicabilidad del principio es un asunto que le corresponde establecer tanto al operador judicial como al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizando las circunstancias concretas de modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la aplicación del principio en la justicia penal militar.

La política criminal como respuesta organizada del Estado a combatir el crimen en todo el territorio Nacional, no puede ser el producto intelectual de un solo organismo público, sino que es indispensable la concurrencia de la Participación del resto de los organismos y funcionarios del Estado con el fin de hacer a un lado la concepción de que la política criminal estatal es una y la de la justicia penal militar es otra, si del análisis de estas premisas la diéramos como ciertas, tendríamos que decir que para cada entidad estatal habría que estructurarse por parte del ente estatal una política criminal publica, fundamento que no tendría hacedero toda vez que el estado es uno solo y como tal se estudia como las suma de organismos vinculados a este.

Es viable la aplicabilidad del principio de oportunidad, teniendo que hacer el operador judicial una interpretación en conjunto o lo que es lo mismo una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ya que el principio de oportunidad es una norma que guarda una conexión formal, perfectamente articulada desde el punto de vista orgánico. Tal es así que no se podría percibir la existencia del ordenamiento jurídico positivo si esté precepto no tuviera una conexión e integración en un todo sistemático, avalado por la corte constitucional donde hace el control de legalidad correspondiente en la aplicabilidad de la norma.

BIBLIOGRAFÍA

ANGULO ARANDA, Pedro. El principio de oportunidad en el Perú. Lima, Palestra Editores, 2004.

BEDOYA SIERRA, LUIS FERNANDO. GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS y VANEGAS PEÑA, CLAUDIA PATRICIA. Principio de oportunidad. Bases

conceptuales para su aplicación. Fiscalía General de la Nación. ISBN: 978-958-8374-25-3.

BEDOYA SIERRA, Luis. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Bogotá, D. C., 2008, ISBN - 978-958-8374-10-9.

BINDER, Alberto M. TENSIONES POLÍTICO-CRIMINALES EN EL PROCESO PENAL. En: Dianelt, isbn. 1133-0627.

BOBBIO, Norberto. Prólogo a la primera edición de RUIZ MIGUEL, A. (ED.), Contribución a la teoría del Derecho, Norberto Bobbio, Madrid, Editorial Debate, 1990, pp. 9-12

BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL, Hernán. Lesiones de derecho penal. Valladolid. Trotta, 1999.

DE LA BARRA, Rodrigo. Sistema Inquisitivo versus adversarial; cultura legal y perspectivas de la reforma procesal penal en Chile. Universidad de Talca, Chile. Vol. 5.

DE LA PEÑA, Francisco Gallardo. Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del derecho. México, Porrúa. 1987.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. La oportunidad como principio complementario del proceso penal. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección derecho penal No 3. ISBN.958-8295-02-5. Bogotá, 2005.

MARTINEZ, Mauricio. Estado de Derecho y Política Criminal – La Política de Sometimiento en Colombia, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

RECASÉNS SICHES, Luis. NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. Segunda Edición. México, Porrúa. 1973.

RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al derecho. Lima: fondo editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 2001.

SALAS BETETA, Cristian. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Los fines constitucionales del proceso como parámetro de control del principio de oportunidad. Bogotá. 2005.

ZANOTTI, Marco. Principio di determinatezza e tassatività. Introduzione al sistema penale. Vol. 1. Edición 2. Editorial, Giampichelli. Torino. 2002.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia 1991 (Julio 6 de 1991). Art. 250. Modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002.

LEY 57 DE 1887 (abril 15) Diario Oficial No. 7.019 del 20 de abril de 1887. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional.

Congreso, Acto legislativo 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. DIARIO OFICIAL 45.040. Art. 2.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DIRECCIÓN EJECUTIVA JUSTICIA PENAL MILITAR. Acta no 20 que trata de la reunión del comité de reforma del código penal militar, llevada a cabo el día 30 de junio de 2005, en la casa logística de la brigada de apoyo logístico.

Artículo 14 ley 1407 de 2010. Artículo 14. Integración. En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones de los Códigos, penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este Código.

BOUZAT, Andrés y CANTARO, Alejandro. Verdad y Prueba en el proceso acusatorio.

En:http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_06.pdf. consultado febrero 15 de 2011.

Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004 (Agosto 31 de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 906 (31 de Agosto, 2004), por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá D.C., Diario Oficial. no. 45.657, Art. 323, 324.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407. (17, Agosto, 2010). Por la cual se expide el Código Penal Militar. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2010. no. 47.804.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Principio de oportunidad y política criminal de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada. En: http://www.ejrlb.net/medios/docs/146/236_01_principio_de_oportunidad.pdf. Consultado el 15 de febrero de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso No 29626, M. P. José Leónidas Bustos.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-144/10 por la cual se contempla la LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Principios y garantías procesales del debido proceso/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance/PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Conceptos jurídicos indeterminados. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 468/09. LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL-Alcance/LIBERTAD

DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL-Límites. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte constitucional. Sentencia C- 646/2001. Competencia del Fiscal General de la Nación en materia de diseño de la política criminal del Estado no es exclusiva, pero sí expresa y suficiente para presentar proyectos de ley al respecto. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-504/93 Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz.

MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. En: http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/public/12383873132368273109213/Doxa23_23.pdf. Consultado mayo 20 de 2011.

Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina. En: <http://federacionuniversitaria55.blogspot.com/2008/08/principio-de-oportunidad-y-proceso-de.html>. Consultado junio 6 de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 225 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 298/ 2000