

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL MILITAR
COLOMBIANO**

Autor

JESUS ANTONIO MOYA ROMERO

Artículo para optar
al título de Magíster en Derecho Procesal Penal

Director Trabajo de Grado
Doctor JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA DERECHO PROCESAL PENAL
BOGOTÁ D.C.**

2011

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL MILITAR
COLOMBIANO

JESUS ANTONIO MOYA ROMERO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA DERECHO PROCESAL PENAL
BOGOTÁ D.C.
2011

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL MILITAR
COLOMBIANO

Autor

JESUS ANTONIO MOYA ROMERO

Artículo para optar

al título de Magíster en Derecho Procesal Penal

Docente

Dr. JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA DERECHO PROCESAL PENAL
BOGOTÁ D.C.
2011

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL MILITAR COLOMBIANO

JESUS ANTONIO MOYA ROMERO*

Resumen

El principio de oportunidad en Colombia es de naturaleza constitucional y otorga facultad a la Fiscalía General de la Nación, para suspender, interrumpir y renunciar a la persecución penal; es decir, es una excepción al principio de obligatoriedad en cabeza del Estado de perseguir cualquier hecho punible.

Sin embargo, hoy dicho instituto procesal penal contemporáneo ha sido restringido en la reforma que trajo la ley 1407 de 2010 al “Código Penal Militar en Colombia”, sin más argumento que la autonomía legislativa; desconociendo la humanización del derecho penal que impone la política criminal en Colombia; además de ser un principio fundamental del orden constitucional en cualquier sistema de procedimiento penal, por lo que es procedente su inclusión y aplicación en el sistema penal militar colombiano.

Palabras Clave

Principio de Oportunidad, política criminal, proceso penal militar, principio de obligatoriedad, humanización derecho penal.

* Jesús Antonio Moya Romero, Oficial en uso de buen retiro de la Policía Nacional en el grado de Coronel; Abogado de la Corporación Universitaria Simón Bolívar; Administrador De Empresas de la Universidad Cooperativa de Colombia; Administrador Policial de la Escuela de Policía “General Santander”, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Seguridad Integral de la Escuela de Policía Nacional “General Santander”; actualmente terminó cuarto semestre de maestría en Derecho Procesal Penal, en la Universidad Militar Nueva Granada; se ha desempeñado como Abogado litigante; Juez de Instrucción Penal Militar y actualmente se desempeña como Fiscal 141 Penal Militar ante la Dirección General de la Policía Nacional.

THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY IN THE COLOMBIAN MILITARY PENAL PROCESS

Abstract

The Principle of Opportunity in Colombia is a Constitutional Nature and provides authority to the attorney general's office, to suspend, discontinue and forgo criminal prosecution; means that, is an exception to the principle of obligatory in the head of the state to pursue any offense.

However, today this contemporary institute of penal process has been restricted in the reform that brought the law 1407 of 2010 to "Military Penal Code in Colombia", without further argument that the legislative autonomy, ignoring the humanization of criminal law that imposes the criminal policy in Colombia, as well as being a fundamental principle of constitutional order in any system of criminal procedure, so it is appropriate its inclusion and application to the Colombian military penal system.

Keywords

Principle of Opportunity, Criminal policy, Criminal Military Principle of Obligation, Humanization of Criminal Law

PROBLEMA A INVESTIGAR

El presente artículo da a conocer un trabajo de investigación desde el punto de vista normativo y jurisprudencial a través del análisis jurídico que permita determinar la viabilidad de incorporar y aplicar el "Principio de Oportunidad Reglado" al procedimiento penal militar colombiano; que permita a la administración de justicia una solución pronta, oportuna y efectiva, como exigencia de la misma sociedad.

Para ello, se abordaran temas relacionados con el principio de oportunidad desde sus antecedentes en Colombia; sus elementos; su fundamento

constitucional y legal; los delitos bagatela, la jurisdicción penal militar en Colombia y sus diferencias con el régimen ordinario; obteniendo una respuesta al interrogante antes planteado sustentado en la jurisprudencia.

METODOLOGÍA

Es una investigación normativa, jurisprudencial que pretende a través del análisis jurídico demostrar que el “principio de oportunidad” es toda una institución procesal fundamental y/o esencial en cualquier sistema de administración de justicia pronta, oportuna y efectiva; por lo tanto, también es aplicable a la justicia penal militar en Colombia.

INTRODUCCIÓN

Para determinar la viabilidad de la aplicación del principio de oportunidad en la Justicia Penal Militar en Colombia², es necesario entrar a revisar la institución procesal del “principio de oportunidad”³ pero, no de forma aislada ya que este no es autónomo, solo puede tener existencia y aplicación frente a la realización de un delito⁴; hecho punible este que sin duda alguna permite el inicio de la acción penal, en cumplimiento a los fines del Estado⁵ a través de la administración de justicia⁶, que se constituye a su vez en el derecho de toda

² Constitución Política de Colombia “ARTICULO 221. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo No. 2 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> De los delitos cometidos por los 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. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.”

³ En oposición a los principios de igualdad de la ley y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, el principio de oportunidad faculta al titular de la acción penal a omitir su ejercicio por razones de conveniencia, y aunque se haya acreditado la existencia de un hecho punible e individualizado o identificado a su autor. Confluyen la decisión política sobre la administración de justicia y la necesidad de justicia material sobre la formal derivada del principio de legalidad.(ESPITIA: 2005: 351)

⁴ Delito lo define REYES ECHANDIA Alfonso como: “...un hecho humano, jurídico, voluntario e ilícito” - Derecho Penal”, Sexta reimpresión de la undécima edición, Editorial TEMIS S.A. Bogotá Colombia.

⁵ Ver artículo 2º de la Constitución Política de Colombia.

⁶ Ver artículo 228 de la Constitución Política de Colombia.

persona al cual el Estado garantiza su acceso⁷ y es en este contexto donde el principio de oportunidad conforme a unas causales taxativas por disposición legal y conforme a unos fines determinados puede llegar a tener vida jurídica, suspendiendo, interrumpiendo o renunciando a la acción penal, convirtiéndose en la excepción al principio de obligatoriedad en cabeza del Estado para perseguir toda causa penal.

El principio de oportunidad reglado, además de ser una institución jurídica que ha hecho escuela en la normatividad penal de varios países como así lo reconoce la honorable Corte Constitucional en sentencia C-592 de 2005⁸; se implementa por primera vez en Colombia, con la reforma del artículo 250 de la Constitución Política que trajo el acto legislativo 03 del año 2002 y que tuvo su mayor despliegue, con la ley 906 de 2004 "*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*"; su implementación no fue el resultado accidental de la expedición de un acto legislativo, por el contrario, se esperaban unas finalidades determinadas en el sistema procesal penal Colombiano entre los que se resaltan:

"... (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, 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 el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad;

⁷ Ver artículo 229 de la Constitución Política de Colombia.

⁸ "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". 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."

(vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio.” (Sentencia C-591/05 de la honorable Corte Constitucional)

Fines estos que durante el debate legislativo para su incorporación en la ley procesal penal ordinaria en Colombia mostró cierta resistencia por parte de los legisladores como así lo cita la sentencia C-979 de 2005 de la Corte Constitucional⁹.

Ahora, es cierto que la justicia penal militar en Colombia es independiente y tiene diferencias marcadas con respecto a la justicia ordinaria¹⁰, pero, es importante aclarar que dichas diferencias hacen relación a la necesidad de crear unos tipos penales especiales al régimen penal común y/u ordinario, debido a la actividad especial que realizan los integrantes de la fuerza pública¹¹ conforme a su misión constitucional¹²; por ello, la necesidad de tipos penales, jueces y tribunales propios que permitan llevar una investigación conforme a las formalidades legales, donde el conocimiento de las reglas de la experiencia de la actividad policial y/o militar juega un papel importante para entender el contexto dónde y cómo se realizó la conducta y el por qué de su enjuiciamiento; criterio que es ajeno a cualquier juez de la justicia ordinaria.

Hoy en Colombia es una necesidad, una justicia expedita, pronta, oportuna y efectiva a través de las nuevas instituciones jurídicas que trae el derecho procesal penal contemporáneo, que permita responder a la exigencia de la misma sociedad que espera una eficaz administración de justicia¹³.

⁹ “Ciertamente, algunas fases del decurso del proyecto de reforma constitucional muestran claramente esta actitud de reserva del Congreso frente a las facultades de la Fiscalía implícitas en la utilización del principio de oportunidad. (...) La lectura del Acta correspondiente a este segundo debate muestra claramente la actitud de recelo frente a la consagración del referido principio, que fue finalmente incorporado en el entendimiento de que su aplicación sería objeto del control judicial. (ver Acta Numero 36 correspondiente a la reunión plenaria del Senado de la República del 11 de diciembre de 2002. Gaceta del Congreso N° 29 del 04 de febrero de 2003)

¹⁰ Ver sentencias C-171 de 2004 y C-676 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹ Ver artículo 216 Constitución Política de Colombia.

¹² Ver artículo 217 y 218 de la Constitución Política de Colombia.

¹³ Al respecto la honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado en sentencia de fecha 23 de agosto de 2005, radicación 21.954, con respecto a la implementación del sistema penal acusatorio en Colombia, lo siguiente:

Nótese, como la administración de justicia penal militar en Colombia, con la implementación de la nueva reforma que consagra la ley 1407 de 2010, aunque si bien consagra los principios de oralidad y celeridad¹⁴ con el fin de darle mayor agilidad al procedimiento y de esta forma ofrecer una justicia pronta y oportuna, puede llegar a quedar realmente corta para alcanzar la finalidad citada, debido a la estricta aplicación del principio de obligación consistente en realizar la persecución irrenunciable de todas las conductas catalogadas como delitos en el código penal militar que lleguen a los despachos de la justicia penal militar, aún cuando la naturaleza propia del cargo del militar y/o el policía que realice el hecho punible, no cause mayor afectación al bien jurídico tutelado.

Al respecto JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES ha considerado que un estricto entendimiento del deber de persecución penal es un atentado contra el principio de proporcionalidad y así mismo cita: *“Por tanto, la existencia de una administración de justicia que de verdad funcione sólo será posible hoy día cuando el Estado actúe de forma selectiva en el ejercicio de su poder punitivo.”*¹⁵

Es precisamente esa selectividad del Estado en el ejercicio de su poder punitivo lo que el principio de oportunidad ofrece a cualquier sistema de administración de justicia, logrando poner fin a muchos procesos, respetando siempre los derechos de las víctimas y de los demás afectados con la conducta punible; como así lo ha reconocido la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 23 de agosto de 2005, radicación 21.954 al referirse al nuevo sistema penal acusatorio, así:

“...el actual sistema se encuentra edificado sobre varios principios fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el de celeridad y eficacia de la administración de justicia, postulados que necesariamente llevan a la búsqueda de una actuación que implique el menor desgaste de la justicia sin desconocer los valores superiores de justicia, equidad y efectividad del derecho material y que, al mismo tiempo, se constituya en un instrumento que prevenga y combata de manera eficaz la criminalidad en todos sus órdenes.”

¹⁴ Ver artículos 180, 308 y 310 de la ley 1407 de 2010 “Código Penal Militar”

¹⁵ JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES “Los Principios de legalidad y Oportunidad.” Universidad Externado de Colombia. Bogotá -2005 pg. 56.

“... el novedoso sistema está diseñado para que a través de las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverán los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de la justicia restaurativa.

Así las cosas, teniendo en cuenta la estructura del proceso penal, la idea es que el mismo se finiquite de manera “anormal”, es decir, a través de la “terminación anticipada”, procurándose que ésta sea la vía que normalmente de fin a la actuación con sentencia condenatoria, ya que, se repite, la concepción filosófica que constitucional y legalmente sustentan el sistema conduce a que así se culminen la mayoría de las actuaciones, pues no de otra manera se explicaría la razón por la cual se incluyeron los preacuerdos, las negociaciones e, incluso, el principio de oportunidad, institutos que, sin lugar a dudas, buscan, dentro del respeto de las garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes, la efectividad material de la administración de justicia dentro del marco propio de celeridad y economía.”

Selectividad de la acción penal que hoy día se encuentra en cabeza del Estado como una excepción al principio de obligatoriedad de la acción penal en otrora, como así lo reconoce el profesor GOMEZ PAVAJEAU al señalar que: “La obligatoriedad, irrevocabilidad e indisponibilidad de la acción penal que ha caracterizado al proceso penal continental han sufrido un cisma y los cimientos de su dogmaticidad se han visto conmovidos.”¹⁶

1. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Antecedentes

El principio de oportunidad en el sistema penal colombiano, se implementó con la reforma constitucional del artículo 250¹⁷ mediante el acto legislativo 03 de

¹⁶ GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo- “La Oportunidad como Principio Fundante del Proceso Penal de la Adolescencia” Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá.2007 pág. 13.

¹⁷ “ARTICULO 250. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> 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.”

2002 y se desarrolló en las leyes 906 y 890 de 2004; aún así existen varios antecedentes que contribuyeron a su reconocimiento, en primer lugar, se venía aplicando dicho principio de facto por parte de los despachos judiciales bajo otras figuras jurídicas; finalmente, se resalta la actitud omisiva por parte de los ciudadanos afectados con alguna conducta punible de no denunciar, pues consideran más engorroso y costoso presentar la denuncia debido a la tramitología y el tiempo que deben emplear para obtener una respuesta de la justicia frente a su derecho vulnerado con la conducta punible, antecedentes que fueron reconocidos en sentencia C-673 de 2005, así:

“En el texto del “Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara. Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política”, se expusieron los siguientes motivos: (i) se trata de un principio que se viene aplicando “en forma larvada”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial; (ii) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (iii) constituye “una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal”; (iv) ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema americano constituye la regla y se traduce en las figuras del plea guilty o confesión dirigida a evitar el juicio, y del plea bargaining, es decir, negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado; (v) es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y (vi) bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.”

Antecedentes del principio de oportunidad que no son nuevos como así lo reconoce la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 23 de agosto de 2005, radicación 21.954 al referirse al nuevo sistema penal acusatorio¹⁸.

¹⁸ “...Ahora bien, debe reconocerse que varios de esos institutos no son nuevos en los antecedentes jurídicos del proceso penal colombiano, habida cuenta que fueron contemplados en legislaciones pasadas, pudiéndose sostener que si se confrontan aquellos con los actuales se concluiría que algunos de ellos guardan similitudes, lo que no implica que

El principio de oportunidad es una institución procesal necesaria para el sistema procesal penal ordinario en Colombia conforme a los diferentes aspectos citados en la jurisprudencia, que se enmarcan en factores sociales, económicos, culturales y políticos; pero, que también se hacen extensibles al sistema procesal penal militar en Colombia, pues las diferencias ya citadas entre ambos sistemas hace relación a la especificidad de sus tipos penales, los jueces y su procedimiento que no marca diferencia alguna con respecto al procedimiento penal ordinario, a excepción de variar en alguna de las etapas que lo integran, el nombre de las mismas; pero, aún así no deja de ser un procedimiento abierto a los cambios que las normas procesales penales contemporáneas disponen para lograr una justicia pronta, oportuna y efectiva a través de la simplificación de procesos penales y la descongestión de los despachos judiciales; sin llegar a desconocer a las víctimas conforme a sus derechos de reparación y verdad reconocidos por la honorable Corte Constitucional en sentencia C-209 de 2007¹⁹.

El principio de oportunidad surge de la dinámica de la misma sociedad al momento de buscar mecanismos de solución para resolver sus conflictos y/o controversias, cuando la vulneración material de los bienes jurídicos es menor, sin desconocer otros factores donde es viable su aplicación, como lo puede llegar a ser los efectos nocivos de una pena corta; evitando acudir a un largo, costoso y en ocasiones infructuoso proceso penal, descongestionando la administración de justicia, es aquí donde sin duda alguna se resalta la importancia de la política criminal del Estado.

sean necesariamente idénticos o iguales, como sucede con la anterior sentencia anticipada y la figura del allanamiento o aceptación de cargos.”

¹⁹ “Dada la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito, impedir que éstas puedan impugnar la renuncia del Estado a la persecución penal, sí deja desprotegidos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Si bien la satisfacción de los derechos de la víctima no sólo se logra a través de una condena, la efectividad de esos derechos sí depende de que la víctima tenga la oportunidad de impugnar las decisiones fundamentales que afectan sus derechos. Por lo tanto, impedir la impugnación de la decisión del juez de garantías en este evento resulta incompatible con la Constitución.”

En otrora, quien realizara una conducta punible²⁰ necesariamente tenía que enfrentarse a un proceso penal inquisitivo donde el Estado era el titular de la acción penal sin permitir siquiera la intromisión en el mismo por parte de quien se veía afectado con la conducta (víctima), lo que se conocía como justicia retributiva²¹; hoy día, el derecho penal ha cambiado conforme a las necesidades de quienes intervienen en él y ha implementado herramientas de humanización²², como lo es la justicia restaurativa, donde la participación activa de todas las partes involucradas con la conducta punible, permiten aportar a la solución del conflicto, convirtiéndose el Estado a través de las autoridades judiciales en un medio y/o instrumento que permita a las partes involucradas en llegar a la solución esperada; es decir, la víctima en conocer la verdad y ser reparada por los daños ocasionados; así mismo, el victimario en ofrecer la reparación y a su vez dar a conocer la verdad en busca de colaboración con la justicia que se vea reflejado en la pena impuesta y/o su ejecución.

En lo que respecta al origen y evolución del “principio de oportunidad” con respecto al derecho comparado, existen muchas teorías que llegan a confundir dicho principio con los acuerdos realizados por parte de la fiscalía y el procesado al momento de este aceptar los delitos imputados, lo que es totalmente diferente, pues una vez aceptados los delitos por parte del procesado la actuación continúa hasta una decisión de responsabilidad y, es lo que precisamente marca la diferencia con el principio de oportunidad, ya que

²⁰ Entendida esta según lo dicho por ALFONSO REYES ECHANDIA como: “...una conducta típica, antijurídica y culpable para la cual el legislador ha previsto una sanción penal. REYES ECHANDIA Alfonso, “Derecho Penal”, Sexta reimpresión de la undécima edición - Editorial TEMIS S.A. 1998. Bogotá Colombia pág.89.

²¹ ROXIN Claus “Política Criminal y Estructura del Delito” (Elementos de delito en base a la Política Criminal) - Traducción JUAN Bustos Ramírez y HERNAN Hormazabal Malaree. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. Barcelona. 1992 pág.10.

²² Sentencia C-038 de 1995 :“Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.”

este, tiene otra finalidad, como lo es, que el ente acusador según corresponda a cada organización de los Estados, suspenda, interrumpa o renuncie a la persecución penal.

Por ejemplo, en Alemania se dio origen a la implementación de la excepción de legalidad (obligatoriedad) y selectividad de la persecución penal, denominado principio de oportunidad: *“...en virtud de la cual el Ministerio Público quedó facultado para abstenerse del ejercicio de la acción penal, previa satisfacción de determinados presupuestos como son: la reparación del daño ocasionado, el otorgamiento de prestaciones de utilidad pública, y el cumplimiento de determinadas obligaciones fijadas en cada caso concreto.”*²³

2. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA

El principio de oportunidad en Colombia tiene su sustento en el artículo 250 constitucional, el cual trae una excepción con respecto a los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo, pero, que ha sido mal interpretada por algunos, entre estos por los Congresistas que debatieron la reforma al Código Penal Militar que trajo la ley 1407 de 2010, al considerar que la aplicación del principio de oportunidad no es procedente frente a los delitos del código penal militar colombiano.

Una interpretación exegética de la norma, permite determinar que dicha excepción a los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, hace relación a la prohibición de la Fiscalía General de la Nación en adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que consagra el Código Penal Militar; al ser competencia de las autoridades que el mismo Código Penal Militar consagra y no a la Fiscalía

²³ De acuerdo a la “Ley Emminger” del 04 de enero de 1924, conforme al artículo 153 según VASQUEZ RIVERA Juan Carlos y MOJICA ARAQUE Carlos Alberto, en su libro “PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD (Reflexiones – Jurídico Políticas), Universidad de Medellín, 2010. Pág. 18.

General de la Nación; sin embargo, tal excepción hoy día se hizo extensible a la no aplicación del principio de oportunidad en la Justicia Penal Militar.

Revisemos el artículo 250 constitucional, antes de la reforma por el acto legislativo No. 03 de 2002, señalaba:

“ART. 250.- Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio...”

Es claro entonces, que por disposición constitucional lo que se ha venido excepcionando frente a los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública, es, la persecución por parte de la Fiscalía General de la Nación, más no así, la aplicación del principio de oportunidad.

Por lo tanto, la autonomía legislativa que trajo la reforma a la justicia penal militar en Colombia, mediante la ley 1407 de 2010 y que eliminó la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad respecto a los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, en primer lugar, desborda sus propios límites²⁴; finalmente, se constituye en flagrante vulneración al derecho a la igualdad frente a los destinatarios del Código Penal Militar, pues en el régimen ordinario muchos integrantes de la fuerza pública se ven beneficiados con la aplicación del

²⁴ "Tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados -particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el legislador, obviamente, dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) e igualmente modifica el procedimiento y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual, dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal del proceso penal." Sentencia C-581 de 2001.

instituto procesal “principio de oportunidad”, aún en delitos de trascendencia y/o de grave afectación como se evidencia de las causales que hoy consagra la ley 906 de 2004 para su aplicación²⁵; pero, en el nuevo régimen de la justicia penal militar en Colombia, sus destinatarios quienes son sujetos calificados al ser todos integrantes de la fuerza pública, es decir, gozan de una formación algunos castrense y otros civil como los policías; con unos principios institucionales en cada caso; sometidos a la legalidad de sus actos conforme a sus funciones y misiones constitucionales; contribuyendo así al logro de los fines esenciales del Estado; son despojados de la posibilidad de la aplicación del principio de oportunidad cuando se vean enfrentados a un proceso penal por haber incurrido en un delito durante el servicio por causa y razón del mismo.

La igualdad en el presente asunto, radica la aplicación de las mismas formalidades procesales como lo es el principio de oportunidad, en atención a la humanización del derecho penal contemporáneo, que no son excluyentes para ningún tipo de sistema penal bien sea ordinario y/o especial como el penal militar, es así que no hay circunstancias que permitan un trato diferente²⁶.

La razonabilidad y proporcionalidad²⁷ de excluir el principio de oportunidad en el nuevo Código Penal Militar es una justificación objetiva; pues en un caso

²⁵ Ver artículo 324 ley 906 de 2004.

²⁶ Al respecto la honorable Corte Constitucional en sentencia C-561 de 2004: “...una norma procesal resulta discriminatoria cuando las personas que deben tomar parte de una determinada actuación procesal, o se verán afectadas positiva o negativamente por ella, reciben un trato distinto a quienes se encuentran en una situación similar, sin que dicho tratamiento distinto encuentre una justificación constitucionalmente aceptable. En otras palabras: un trato legal discriminatorio no se configura frente a las actuaciones procesales en sí mismas, puesto que éstas, en tanto actos jurídicos sucesivos en el tiempo, son diferentes entre sí por naturaleza; un trato legal discriminatorio surge entre las personas relacionadas con dichas actuaciones procesales. Una determinada regulación legal del proceso resultará lesiva del principio constitucional de igualdad cuando las personas que se relacionan de una u otra forma con tal proceso son tratadas por la ley en forma diferente, a pesar de que deberían recibir un trato igual por mandato de la Constitución.”

²⁷ Sentencia C-911 de 2004 “...la Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que “una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.” “El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad (cf.

hipotético entre la realización de una conducta penal entre un integrante de la fuerza pública y un ciudadano del común en similitud de hechos y como consecuencia del mismo, se causen daños físicos en su propia integridad, en el caso del ciudadano, seguramente en la justicia ordinaria sería procedente aplicar la causal señalada en el numeral 7º del artículo 324 de la ley 906 de 2006²⁸ y en el caso del integrante de la fuerza pública en un delito propio del servicio, conforme al nuevo Código Penal Militar Colombiano; se debe imponer un reproche penal y como si no fuera suficiente también se haría acreedor a un reproche disciplinario, gracias a la omisión del legislador de suprimir el principio de oportunidad, desconociendo la humanización del derecho penal como una necesidad de todo sistema punitivo; eso sin contar con los gastos que debe asumir el integrante de la fuerza pública conforme a lo señalado en el artículo 68 de la ley 1407 de 2010²⁹.

Al respecto de la humanización el régimen penal ordinario cada día cobra más importancia como es notorio en la ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”*, al incluir una nueva causal para la aplicación del principio de oportunidad al régimen penal común.

infra, 6.3.1.): ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?. Esta Corte, en la sentencia T-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad...” (Cour Européenne des Droits de l’Homme. Arrêt MARCKX c. Belgique. 13 juin, 1979.)

²⁸ Ver numeral 7º del artículo 324 de la ley 906 de 2004 “Código de Procedimiento Penal”.

²⁹ Ley 1407 de 2010 nuevo “Código Penal Militar” “ARTÍCULO 68. RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE. El Juez Penal Militar de Ejecución de Penas podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el Inpec, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta...”

3. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SUS CARACTERÍSTICAS

El principio de oportunidad en Colombia es una facultad constitucional que tiene el Estado en cabeza de las autoridades judiciales más exactamente de la Fiscalía General de la Nación³⁰ para determinar la conveniencia de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal de los autores y/o partícipes de delitos cuando se dan ciertas características tanto fácticas como jurídicas, que le restan impacto social y/o es mínima la afectación al bien jurídico tutelado, entre otras; logrando de esta forma una oportuna y eficiente administración de la justicia que se puede ver reflejado en la descongestión de los despachos judiciales, restableciendo y manteniendo la paz social, respetando siempre los derechos de las víctimas y los demás fines del Estado.

Facultad que no está al arbitrio de las autoridades judiciales, al estar reglada de forma clara e inequívoca, conforme a unas causales plenamente establecidas para su aplicación de forma excepcional, conforme a la política criminal³¹ del Estado y sometido a control de legalidad; como así lo ha reconocido la honorable Corte Constitucional en sentencia C-673 de 2005³². Por lo tanto, hoy día la discrecionalidad es propio de la persecución penal, cobrando validez lo dicho por JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES al afirmar que: “La

³⁰ Ley 904 de 2006 “Código de Procedimiento Penal” Artículo 323. *Aplicación del principio de oportunidad.* La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

³¹ Entendida la política criminal como: “...aquella que está conformada por principios que orientan la creación de normas de codificación penal, entre estos se encuentran: absoluta necesidad de intervención penal; control penal de sus consecuencias; extrema ratio y subsidiariedad; fragmentariedad del derecho penal; proporcionalidad; alternatividad; dignidad humana; exclusiva protección de bienes jurídicos y principio de culpabilidad.” (VILLANUEVA MEZA Javier Antonio, “El Principio de Oportunidad” Editorial Leyer, 2005, Bogotá, Colombia. Pág.96.)

³² “En tal sentido, el principio de oportunidad presenta las siguientes características (i) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; (iii) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; y, (iv) su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.”

*posibilidad de ejercicios judiciales de discrecionalidad es algo inherente a la actividad de la administración de justicia.*³³

4. LA FINALIDAD DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad como institución del derecho procesal penal contemporáneo, busca humanizar el derecho sustantivo penal desde el punto de vista de la pena, en atención al principio de dignidad humana centro del Estado Social de Derecho; ya que en ocasiones existen delitos que por su insignificancia y/o en atención a circunstancias propias del condenado, su internación en un centro carcelario es más gravosa que frente al delito cometido; descongestionando además los centros carcelarios y penitenciarios; finalmente, simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; logrando así una justicia pronta, oportuna y efectiva.

Finalidad que no es ajena al derecho penal militar en Colombia; pero, que hoy parece estar excluido bajo el paradigma que la aplicación del principio de oportunidad es para el beneficio únicamente de los integrantes de las bandas organizadas que delinquen.

4.1 Elementos para la aplicación del Principio de Oportunidad en Colombia

Al revisar la definición que la ley procesal penal ordinaria trae del principio de oportunidad, es claro, que la misma define cuales son los elementos para su aplicación y el primero de ellos hace relación a la necesidad de la existencia de una conducta punible, es decir, que sea típica, antijurídica y culpable, lo que genera que por principio de obligatoriedad se deba adelantar la persecución penal; el segundo de estos elementos hace relación a que el ente del Estado encargado de adelantar la persecución penal, pueda suspender, interrumpir o

³³ PERDOMO TORRES Jorge Fernando, "Los Principios de legalidad y Oportunidad." Universidad Externado de Colombia. 2005 Bogotá, Colombia. Pág. 177.

renunciar a ella, conforme a la política criminal del Estado³⁴, que se desarrollan en unas causales taxativas por disposición legal; y, finalmente, el último elemento hace relación al control de legalidad ante un juez de control de legalidad, sobre la decisión que tome el ente del Estado encargado de realizar la persecución penal.

Identificados dichos elementos se hará una valoración sobre su existencia jurídica en la justicia penal militar en Colombia, determinando si es debido a la ausencia de alguno de estos elementos que justifica la no inclusión del principio de oportunidad en el régimen procesal penal militar colombiano.

4.1.1 Conducta Punible

Fue definida de forma clara en el presente trabajo conforme a lo dicho por el maestro ALFONSO REYES ECHANDIA como: "...una conducta típica, antijurídica y culpable para la cual el legislador ha previsto una sanción penal"³⁵; desarrollando esta definición encontramos que la justicia penal militar si bien es una excepción a la justicia penal ordinaria, no deja de ser un sistema de administración de justicia con las formalidades propias de cualquier sistema penal, por lo tanto, el concepto de conducta punible también es del ámbito de la justicia penal militar como es notorio en el artículo 15³⁶ de la ley 1407 de 2010, pero, que se desarrolla de forma más clara y detallada en el artículo 20 y siguientes de la citada ley; la diferencia entre ambos sistemas la resalta la honorable Corte Constitucional en sentencia C-178 de 2002³⁷, pero aún así las

³⁴ "Como la misma norma lo prevé, la formulación de la política criminal dentro del Estado es asunto del resorte exclusivo del señor presidente de la República (Art. 189-4 C.P.), claro está con la colaboración armónica de las demás ramas y órganos del poder público. En ese orden de ideas, aparece evidente que la creación de un Consejo Superior de la Política Criminal y la asignación de sus respectivas funciones, es un asunto que resulta de competencia propia del Jefe de Estado." Sentencia C-037 de 1996.

³⁵ REYES ECHANDIA Alfonso, "Derecho Penal", Sexta reimpresión de la undécima edición. Editorial TEMIS S.A. 1998 Bogotá Colombia. Pág. 90.

³⁶ Artículo 15. "Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. (...)"

³⁷ "La Justicia Penal Militar constituye, así, "una excepción a la regla general que otorga la competencia del juzgamiento de los delitos a la jurisdicción ordinaria". Se trata de un desarrollo normativo particular, tanto a nivel sustancial como procedimental..."

diferencias como se citó de forma previa hacen relación a aspectos de la especialidad de la actividad de los integrantes de la fuerza pública, pero, no desconoce en ningún momento que corresponda un sistema de responsabilidad penal igual al de la justicia ordinaria.

4.1.2 La política Criminal del Estado

Su definición es variada conforme a los diferentes autores y/o corrientes³⁸ todas respetables pero, discutibles; sin embargo a continuación se cita la que la honorable Corte Constitucional ha resaltado en la sentencia C-646 de 2001 y así mismo, los aspectos que regula la política criminal, así:

“Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.

La misma corte en esta sentencia clasifica las respuestas que el Estado puede adoptar frente a conductas que causan un perjuicio social y que conforman la política criminal, así:

- *Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito.*³⁹

³⁸ ROXIN Claus, “Política Criminal y Estructura del Delito” (Elementos de delito en base a la Política Criminal) Traducción JUAN Bustos Ramírez y HERNAN Hormazabal Malaree. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. 1992, Barcelona. Pág. 9.

³⁹ Las autoridades académicas francesas en materia de política criminal le otorgan a la respuesta social frente al fenómeno criminal una dimensión especial. En efecto han desarrollado una tipología de políticas criminales a partir de la diferenciación entre respuesta estatal, de un lado, y respuesta social, de otro lado. La respuesta social se dirige a los comportamientos desviados, mientras que la respuesta estatal se dirige a las infracciones. Según esta concepción, cuando la respuesta estatal también se encamina a "normalizar" los comportamientos desviados la política criminal empieza a adquirir visos totalitarios o

- *También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales.*
- *Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables.*
- *Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social.*
- *Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria.*
- *Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica.”*

Definida la política criminal del Estado, ahora, es necesario conocer que aspectos regula, como se materializan esas respuestas y cuál es su verdadero alcance desde el punto de vista constitucional, para ello sin apartarnos de la sentencia de la honorable Corte Constitucional ya mencionada, a continuación se citan algunas medidas que son parte de la política criminal, reconocidas en diferentes sentencias de la misma corte; así:

- *Definen los bienes jurídicos que se deben proteger a través del orden jurídico penal, mediante “la tipificación de las principales hipótesis de comportamiento, que ameritan reproche y sanción punitiva sobre las principales libertades del sujeto que incurre en ellas”. (Sentencia No. C-599/92)*

- *Determinan los instrumentos a través de los cuáles se protegerán los bienes jurídicos “La selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración.” (Sentencia C-198/97)*
- *Señalan “las competencias de los jueces y los procedimientos aplicables, en materia de persecución de los delitos”. Esta es una atribución del legislador que debe ejercerse dentro del marco de la Constitución. (Sentencia No. C-093-93)*
- *Establece “el aumento punitivo (...) coherente con la gravedad de la conducta delictiva, en función del interés tutelado”. (Sentencia No. C-127/93)*
- *Determina “el tratamiento de la delincuencia política”, distinguiéndola de la delincuencia común y otorgándole un tratamiento privilegiado. (Sentencia No. C-207/93)*
- *Fijan criterios para descongestionar los despachos judiciales y lograr mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia. (Sentencia C-277/98)*
- *Determinan “penas clasificándolas en principales y accesorias”. “El legislador establece los tipos penales, señala, en abstracto, conductas que, dentro de la política criminal del Estado y previa evaluación en torno a las necesidades de justicia imperantes en el seno de la sociedad, merecen castigo según el criterio de aquel”. (Sentencia No. C-626/96)*
- *Gradúa la intensidad de la respuesta estatal frente a las conductas que afectan un determinado bien jurídico cuya protección se ha considerado necesaria. “La política criminal del Estado puede variar, bien en el sentido de disminuir las penas o de suprimir delitos, ya en el de hacerlas más severas, o en el de consagrar figuras delictivas nuevas, según las variaciones que se van presentando en el seno de la sociedad, tanto en lo relativo a las conductas que la ofenden, como en lo referente a la magnitud del perjuicio que causan, no menos que en la evolución de los principios y valores imperantes dentro del conglomerado. (Sentencia C-292/97)*
- *Establecen criterios sobre protección a intervinientes en el proceso penal. “El objeto primordial de las disposiciones sobre protección a intervinientes en el proceso penal (Título II de la Segunda Parte) no es otro que el de asegurar una administración de justicia eficiente, mediante el señalamiento de pautas y normas de política criminal que permitan adelantar los procesos penales, descubrir y sancionar a los delincuentes, sin sacrificar a los jueces, testigos e intervinientes en aquellos, ni a las víctimas de los delitos, pues tales objetivos, propios de la actividad del Estado, deben ser compatibles con el más elemental deber de las autoridades públicas, que consiste en salvaguardar la vida y la integridad personal de los asociados (artículo 2º C.P.), lo cual requiere, además de una normatividad interna, la*

indispensable cooperación internacional, de parte de estados y organizaciones, que se cristaliza y traduce en convenios, acuerdos y tratados de esa índole.” (Sentencia C-344-95)

- *Determinan las causales de detención preventiva, como instrumento para perseguir adecuadamente el delito, pero siempre dentro de criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garantizan la libertad personal como derecho fundamental. (Sentencia C-327/97)*
- *Definen el papel y las funciones de los instrumentos del derecho penitenciario y carcelario “En la política criminal los centros de reclusión juegan un papel de significativa trascendencia: no se trata de meras edificaciones que empleando medidas de seguridad más o menos rigurosas, confinan en su interior a quienes han delinquido con el único interés de castigarlos privándolos de la libertad. No se trata simplemente de una expiación, sino de un proceso de reamoldamiento del recluso a las condiciones de la vida social, esto es, a un ambiente en el que se respeten los derechos de los demás y en el que se contribuya a la comunidad en la medida de las inclinaciones, los gustos, las oportunidades y los talentos de cada cual.” (Sentencia C-184/98)*
- *Establecen criterios de mitigación y humanización de la sanción punitiva, mediante el establecimiento de subrogados penales. “En el marco del Estado social de derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado.” (Sentencia C-679/98)*
- *Señalan los plazos para la prescripción de la acción penal. (Sentencia C-345-95)*

Todas las demás medidas de política criminal antes citadas en su gran mayoría fueron también adoptadas por el nuevo Código Penal Militar, como es notorio en la actual ley 1407 de 2010 “Por la cual se expide el Código Penal Militar”, en la cual y en atención a los criterios de mitigación y humanización de la sanción punitiva como política criminal del Estado, incluyó mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad⁴⁰.

Nótese, como cobra fuerza lo afirmado por la honorable Corte Constitucional en la sentencia C-504/93⁴¹, al señalar que la manifestación concreta de la política

⁴⁰ Ver artículo 63 y siguientes del Código Penal Militar.

⁴¹ “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

criminal del Estado se manifiesta en la legislación penal, la cual obviamente debe respetar la constitución, lo que genera una estrecha relación en palabras de la honorable Corte Constitucional en sentencia C- 646 de 2001: “*Por eso, la Corte ha reconocido que existe una estrecha relación entre la Constitución y la política criminal, como quiera que ha habido una constitucionalización de aspectos medulares del derecho penal tanto en materia sustantiva como procedimental.*” Lo que para el doctor ESQUIVO MANUEL SANCHEZ HERRERA se denomina “El Fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Procesal Penal”⁴²

4.1.3 Control de Legalidad por Juez de Control de Garantías

Finalmente, el otro elemento a que hace relación el principio de oportunidad en el actual régimen penal ordinario, hace relación a que la decisión que asuma el Fiscal General con respecto a dar aplicación al principio de oportunidad sea revisada por el Juez de Garantías, para evitar la discrecionalidad del fiscal y así mismo, controlar que sus decisiones sean ajustadas al principio de legalidad; control que también es procedente en la nueva reforma al Código Penal Militar, conforme a su nueva estructura de modelo acusatorio, al ser una copia del actual sistema penal ordinario.

5. DELITOS BAGATELA

No puede desconocerse que para el derecho penal militar colombiano, también existen delitos de menor entidad al igual que en el derecho penal común, conocidos en el mundo jurídico como delitos bagatela, por su insignificancia con respecto a la afectación del bien jurídico⁴³; es decir, si bien la conducta

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.”

⁴² SÁNCHEZ HERRERA Esiquio Manuel, “La Constitucionalización del Proceso Penal y la Justicia de Oportunidad” Colección Derecho Penal No. 6, Instituto de Estudios del Ministerio Público- Procuraduría General de la Nación. 2008. Bogotá, Colombia. Pág. 27.

⁴³ Al respecto la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 18 de noviembre de 2008, radicación 29183, ha señalado:

puede ser punible, la afectación al bien jurídicamente tutelado es tan irrelevante que no requiere conforme a la razonabilidad y aplicación del principio de proporcionalidad, intervención penal alguna.

Por lo expuesto, es notoria la necesidad del principio de oportunidad reglado en la Justicia Penal Militar en Colombia, conforme a las limitaciones que dicho principio trae, hoy reconocidas por la honorable Corte Constitucional en sentencia C-095 de 2007, así:

“...(i) en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de racionalidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal; (ii) no obstante, respecto de la naturaleza de los delitos frente a los cuáles puede operar el principio de oportunidad penal, por razones que tocan con la dignidad humana, el legislador encuentra un límite explícito en los compromisos internacionales de perseguir las más graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario; (iii) finalmente, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone diseñar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse.”

“En lo que respecta a las implicaciones procesales que acarrea la afectación irrelevante del bien jurídico, el máximo Tribunal en sede de control constitucional ha señalado en fallos como C-591 y C-673 de 2005, C-098 de 2006 y C-095 de 2007, que el modelo acusatorio del acto legislativo 03 de 2002 contempla la aplicación del principio de oportunidad no sólo como un instrumento para enfrentar el crimen organizado, sino esencialmente para excluir del ejercicio de la acción penal a los delitos de resultado de bagatela, tal como lo reiteró la Sala en la sentencia de 18 de noviembre de 2008:

“Consultadas las actas correspondientes, se observa que el propósito del constituyente era dar a la Fiscalía la posibilidad de desbrozarse de la cantidad de asuntos menores que desgastaban su actividad, para que pudiera concentrarse en lo que verdaderamente ponía en peligro nuestra convivencia y por ello se concibió, entre otros mecanismos, el del principio de oportunidad.

”Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema.

”La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta”.

CONCLUSIONES

Pueden existir varias afirmaciones que traten de justificar la exclusión del principio de oportunidad de la justicia penal militar en Colombia, pero, hasta el momento dichas afirmaciones y de acuerdo a lo expuesto no soportan un análisis jurídico sustentado en la jurisprudencia de las altas cortes y conforme a la razonabilidad que el derecho penal en un Estado Social de Derecho exige para su humanización.

Las diferencias marcadas entre el régimen penal común y el penal militar en Colombia, en ningún momento conllevan a la exclusión del principio de oportunidad.

El excluir el principio de oportunidad de la justicia penal militar en Colombia, es una flagrante vulneración al derecho de igualdad, si se tiene en cuenta la aplicación de dicho instituto procesal en el régimen penal ordinario al cual además se le incluyó una nueva causal aplicable a todos los servidores públicos, conforme al artículo 40 de la ley 1474 de 2011⁴⁴.

Incluir el principio de oportunidad en la justicia penal militar colombiana, bajo una reforma a la ley 1407 de 2010, es una necesidad que persigue los mismos fines que se citaron en el presente trabajo cuando se realizó la implementación del sistema penal acusatorio en Colombia en aplicación a la reforma del artículo 250 Constitucional.

La autonomía legislativa, si bien es una facultad constitucional de nuestros congresistas, no puede desconocer la realidad de la sociedad para la cual legisla y mucho menos, los avances de las diferentes instituciones jurídicas que facilitan la humanización del derecho penal.

Se presenta la siguiente propuesta para una mayor comprensión de la teoría del presente trabajo frente a la falencia legislativa en la reforma al Código Penal Militar Colombiano; donde se resaltan algunas causales que pueden

⁴⁴ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”

llegar aplicarse en la Justicia Penal Militar en Colombia, obviamente algunas traídas directamente del régimen penal ordinario y otras, modificadas para adecuarlas al contexto de la Justicia Penal Militar en Colombia, así:

- Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.
- Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
- Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.
- Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
- Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
- Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
- Cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria.

- Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.
- Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz que permita identificar a otros autores en la realización de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

1. BAYTELMAN A. Andrés – DUCE J. Mauricio “Litigio Penal Juicio Oral y Prueba” Grupo Editorial Ibáñez, 2007, Bogotá, Colombia.
2. BECCARIA Cesare, “De los delitos y las penas” quinta reimpresión de la tercera edición - Editorial TEMIS S.A. 2010, Bogotá, Colombia.
3. CARRARA Francesco, Programa de Derecho Parte Especial. Tomo I, Editorial Temis, 1956, Bogotá, Colombia.
4. ESPITIA GARZÓN Fabio, “Instituciones de Derecho Procesal Penal” Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, 2005, Bogotá, Colombia.
5. FERRO TORRES José Guillermo, “Constitución y Derecho Penal Militar” REVISTA DERECHOS Y VALORES Universidad Militar Nueva Granada, 2005, Bogotá, Colombia.
<http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2d2005/ConstDerPenalM.pdf>
6. GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo “La Oportunidad como Principio Complementario del Proceso Penal” Instituto de Estudios del Ministerio Público Procuraduría General de la Nación. 2006 Bogotá, Colombia.
7. GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo “La Oportunidad como Principio Fundante del Proceso Penal de la Adolescencia” Ediciones Nueva Jurídica. 2007 Bogotá, Colombia.
8. OSORIO Luis Camilo y otros, “Prólogo, Presentación y SPA: una política criminal para la lucha contra la impunidad en un marco reforzado de derechos, en el nuevo código de procedimiento penal. 2004, Bogotá, Colombia.
9. PERDOMO TORRES Jorge Fernando “Los Principios de legalidad y Oportunidad.” Universidad Externado de Colombia. 2005, Bogotá, Colombia.

10. REYES ECHANDIA Alfonso, "Derecho Penal", Sexta reimpression de la undécima edición Editorial TEMIS S.A. 1998, Bogotá Colombia.
11. ROXIN Claus "Política Criminal y Estructura del Delito" (Elementos de delito en base a la Política Criminal) Traducción JUAN Bustos Ramírez y HERNAN Hormazabal Malaree. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. 1992 Barcelona.
12. SÁNCHEZ HERRERA Esiquio Manuel, "La Constitucionalización del Proceso Penal y la Justicia de Oportunidad" Colección Derecho Penal No. 6, Instituto de Estudios del Ministerio Público- Procuraduría General de la Nación. 2008 Bogotá, Colombia.
13. VALLEJO Mario Arboleda, "Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado", Vigésima Quinta Edición, Editorial LEYER, 2009, Bogotá, Colombia.
14. VASQUEZ RIVERA Juan Carlos y MOJICA ARAQUE Carlos Alberto, "Principio de Oportunidad (Reflexiones Jurídico Políticas)" Universidad de Medellín. 2010, Medellín, Antioquia.
15. VILLANUEVA MEZA Javier Antonio, "El Principio de Oportunidad" Editorial Leyer, 2005 Bogotá, Colombia.
16. Constitución Política de Colombia.
17. Ley 1474 de 2011 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública."
18. Ley 1407 de 2010 "Código Penal Militar"
19. Ley 906 de 2004 "Código de Procedimiento Penal"
20. Ley 888 de 2004 "*por la cual se modifica el Decreto 200 de 2003 en lo relacionado con el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria.*"
21. Ley 522 de 1999 "Código Penal Militar"
22. Ministerio del Interior y de Justicia - Dirección de Política Criminal y Penitenciaria.

Jurisprudencias Corte Constitucional

23. Sentencia C-209 de 2007 Corte Constitucional de Colombia
- Sentencia C-095 de 2007 Corte Constitucional de Colombia
- Sentencia C-988 de 2006 Corte Constitucional de Colombia
- Sentencia C-673 de 2005 Corte Constitucional de Colombia
- Sentencia C-592 de 2005 Corte Constitucional de Colombia
- Sentencia C-591 de 2005 Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-979 de 2005 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-171 de 2004 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-911 de 2004 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-561 de 2004 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-178 de 2002 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-581 de 2001 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-646 de 2001 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-676 de 2001 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-1149 de 2001 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-037 de 1996 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-038 de 1995 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-277 de 1998 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-626 de 1996 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-292 de 1997 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-327 de 1997 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-148 de 1998 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-679 de 1998 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-345 de 1995 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-099 de 1992 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-093 de 1993 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-127 de 1993 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-207 de 1993 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-198 de 1997 Corte Constitucional de Colombia