

UNIVERSIDAD MILITAR

NUEVA GRANADA



**AUSENCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR-LEY 1407 DE 2010-**

**GINA PAOLA SILVA
ALFONSO RAMÍREZ RUBIO**

Artículo de grado para optar el título de Especialista en Procedimiento Penal
Constitucional y Justicia Militar

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACION EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA
MILITAR**

BOGOTA

2013

RESUMEN

La Fuerza Pública y la Justicia Penal Militar, han hecho un esfuerzo histórico para sostener el fuero penal militar, parte de su lucha está en constituir un sistema penal acusatorio que cubra las necesidades del proceso penal militar actual y así estar acorde al Derecho Penal Contemporáneo, a la política criminal de estado y a la tan nombrada humanización del Derecho. Una de las innovaciones penales que trajo consigo la implementación del sistema acusatorio, fue el principio de oportunidad, el cual fue instituido de forma constitucional y posteriormente legal a la reglamentación colombiana y faculta a la Fiscalía General de la Nación a interrumpir, suspender o renunciar a la persecución penal. Pero esta facultad no fue considerada en la Ley 1407 de 2010, que reformó el Código Penal Militar y se excluyó por completo la aplicación del principio de oportunidad dentro del proceso penal militar, dejando a los miembros de la Fuerza Pública en desigualdad y sin un elemento jurídico, garantista para adelantar un proceso oportuno, expedito y eficaz.

PALABRAS CLAVE.-

Principio de oportunidad, Fuerza Pública, Justicia Penal Militar, Sistema Acusatorio, política criminal, humanización, principio de legalidad, Fiscalía General de la Nación.

ABSTRACT

The Forces and Military Criminal Justice , have made a historic effort to sustain the military criminal , part of their struggle is in form an adversarial trial system that meets the needs of current military criminal process and thus be in line to

Contemporary Criminal Law , to the criminal policy of the state and law as named humanization . One of the innovations brought criminal implementing the adversarial system , was the principle of opportunity , which was instituted in a constitutional and legal subsequently Colombian regulation empowers the Attorney General's Office to terminate, suspend or waive prosecution. But this option was not considered in the 1407 Act of 2010 , which reformed the Military Penal Code and totally excluded the application of the principle of opportunity within the military criminal proceedings , leaving members of the security forces in inequality without an element legal guarantor to advance a timely, expeditious and efficient .

KEYWORDS : Principle of opportunity , Forces, Military Criminal Justice adversarial system , criminal policy humanization , rule of law , the Attorney General's Office .

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el nuevo Código Penal Militar Ley 1407 de 2010, no se incluyó la figura del principio de oportunidad, ésta ausencia del instrumento jurídico que tiene como finalidad la terminación o suspensión de la acción penal, es importante en el proceso penal militar, como quiera que afecta una garantía para los miembros de la Fuerza Pública?

OBJETIVO

Analizar la importancia de la aplicación del principio de oportunidad en los procesos que se adelantan bajo la legislación de la Justicia Penal Militar.

INTRODUCCIÓN

Desde la expedición del Acto Legislativo No. 03 del 2002 se abrió una nueva perspectiva para la administración de la justicia penal en Colombia, situación similar hecha en 1991, como quiera que se había dado un paso importante hacia la implantación de un esquema que rompiera las ataduras a las que el conglomerado social venía sometido de tiempo atrás, para ponernos a tono con una justicia rápida, de carácter oral, con inmediatez entre los sujetos procesales, para hacer menos marcada la impunidad y menos tortuosos los procesos judiciales que en materia penal se aplica.

Es así, como la Ley 906 de 2004 llegó una de las innovaciones introducidas por el sistema oral en materia penal, como lo fue la aplicación del principio de oportunidad, consistente en la posibilidad con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para abstenerse de adelantar investigación en determinados casos. Pero este instrumento eficaz, contemporáneo, no fue tenido en cuenta en la reforma que trajo la Ley 1407 de 2010 al “Código Penal Militar” en Colombia, pues aunque se argumentó que las instancias militares siguen apegadas a la tradición de empapelar los despachos con denuncias no motivadas y en ocasiones por solo exceso de rigor de los superiores frente a delitos como el abandono del puesto, abandono del servicio, delito del centinela, e incluso lesiones personales con incapacidades de uno o dos días que obedecen a actos propios del servicio, se hizo caso omiso al llamado principio de oportunidad desconociendo la humanización del Derecho Penal, además, de tenerse en cuenta que dicho principio tiene sus bases emanados de la misma constitución, por lo que era elemental su inclusión y aplicación en la Justicia Penal Militar Colombiana.

Lo cual, permite a la Fiscalía, caprichosamente, declinar sus obligaciones constitucionales y legales, contrario sensu, se busca dar cauce a la nueva política criminal del Estado, bajo el sometimiento de control de legalidad por el Juez de control de garantías, además, conforme a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación, medidas todas que habrían de tomarse en la hipótesis de su implantación legal en la Justicia Militar.

CONCEPTO

El vocablo principio deriva del latín “principium”, cuyas primordiales acepciones son inicio y fundamento.

En la Filosofía Griega, especialmente Aristóteles entendía el principio como “...la parte esencial y primera de donde proviene una cosa...en tal sentido, se afirma que las premisas son los principios de las demostraciones.”¹

Juan Fernández Carrasquilla (1998) en su obra nos aduce que: “Los principios jurídicos tienen carácter normativo, pero no son normas de conducta, sino ante todo norma de normas...el principio deviene ‘fundamentador’ de todo lo demás en su campo de aplicación... los principios sirven para explicar las normas y las instituciones, así como la práctica...”²

Por lo tanto el Tratadista Robert Alexy, no indica que: “Los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas...”³

¹ Gustavo Morales Marín, Prueba Penal y Apreciaciones Técnico-Científica, 2001, pg.161.

² Juan Fernández Carrasquilla, Principios y Normas Rectoras del Derecho penal, 1998, pg. 47.

³ Robert Alexy. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid, 2002, pg.86.

Principio de Oportunidad.- Diferentes doctrinantes han definido el principio de oportunidad, pero Claus Roxin señala que es: “la contraposición teórica al de legalidad, mediante la que se autoriza al fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito...”⁴

En esencia y constitucionalmente el principio de oportunidad tiene las siguientes características y facultades:

...1. La facultad otorgada a la Fiscalía para renunciar al ejercicio de la acción penal, pudiendo también interrumpirla o suspenderla⁵;2. Corresponde a la ley establecer las hipótesis normativas respecto de las cuales tiene aplicación. De acuerdo con el numeral anterior la Corte Constitucional enunció que “...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...”⁶

En esta materia el operador judicial no tiene discrecionalidad absoluta, puesto que su actividad es reglada, aspecto que se conoce como discrecionalidad técnica. 4. La regulación del principio de oportunidad debe llevarse a cabo conforme a la política criminal del Estado, por lo tanto dicha política es obligatoria. 5. Su aplicación está sometida al control de legalidad.

El Principio De Oportunidad y el Principio de Legalidad

⁴ Derecho procesal penal parte general – Claus Rixin

⁵ Artículo 393 de la Ley 906 de 2004 , modificado por el artículo 1º de la Ley 1312 de 2009

⁶ Sent. C-873 de 2003.

El principio de oportunidad, no contrasta con otro principio cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, cual es el de la legalidad, pues éste último impone a los administradores de justicia la obligación de adelantar las acciones legales previstas en la ley, mientras que el primero se torna en excepción a este deber.

Para la Corte Constitucional:

La adopción constitucional del principio de oportunidad penal, llevada a cabo mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, que para ese efecto reformó el artículo 250 de la Constitución Política, obedeció a la verificación de un fenómeno social ampliamente conocido: la imposibilidad fáctica de la justicia penal para satisfacer las exigencias de la aplicación irrestricta del principio de legalidad, conforme al cual, la Fiscalía General de la Nación estaba obligada, sin excepción, a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistieran las características de un delito que llegara a su conocimiento, en todos los casos.⁷

El principio de oportunidad es connatural con los sistemas acusatorios, siendo de observar que en la estructura de administración de justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, el prosecutor, equivalente al fiscal, depende del ejecutivo y cuenta con amplio margen de discrecionalidad; no tiene control previo o posterior, y en función de esa autonomía, decide si adelanta o no la acción penal en cada caso. Su independencia lo faculta para tomar la decisión, sin considerar la existencia o no de pruebas suficientes para elaborar los cargos; es de su buen criterio, seleccionar los episodios de mayor trascendencia y gravedad para ocuparse de ellos, dejando los demás a un lado, con el fin de poder alcanzar mejores resultados en los eventos de interés para la sociedad.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

En la legislación alemana se han consagrado normas legales que marcan el derrotero de cuándo debe iniciarse la acción penal y cuándo operan circunstancias que llevan a la inoperancia judicial. Bajo los postulados constitucionales y previsiones de la Ley 906 de 2004, existe la protección de legalidad que le impone al juez de control de garantías cumplir su función frente a las solicitudes individuales o colectivas, dentro de los cinco días siguientes a la determinación fiscal de dar curso al principio ya mencionado; control que es obligatorio y automático el cual se ejercerá en audiencia especial en donde la víctima y el Ministerio Público pueden controvertir la prueba invocada por la fiscalía para acogerse a la facultad inhibitoria, ante lo cual decide de plano el juez.

Las causales que permiten la aplicación de ésta figura, aparecen señaladas en el artículo 324 de la Ley 906, modificado por la Ley 1312 de 2009, referidas a criterios varios, orientados todos a obtener beneficios para la justicia, así como para la víctima y para el orden social, valores que consideró el legislador más importantes que la imposición de correctivos que, por severos que sean, no se traducen en los resultados favorables que pueden derivarse de la abstención de promover o continuar la acción penal.

El principio de oportunidad prevé un período de prueba sometido a condiciones que debe cumplir el imputado o acusado, durante un período fijado por el fiscal, pero que no pasará de tres años y vencerá antes del inicio de la audiencia de juzgamiento, teniendo como efectos de la aplicación del instrumento legal, la extinción de la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado para perseguir el hecho, situación en la cual, las consecuencias de la medida se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta criminal, a no ser que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

Otro argumento a favor del principio de oportunidad, es la crisis en que ha venido cayendo la pena, cuya función social es cada vez más discutida, sin que los aumentos de su quantum hayan servido significativamente para rebajar los índices de la criminalidad; Así, las penas y sus incrementos, se han convertido en infructuosa y perjudicial medida, no solo para quienes las padecen, sino además para la sociedad que las impone, como quiera que no contrarresta el fenómeno delictivo, sino que transforma su operatividad desde el interior de las cárceles y en el momento de recobrar la libertad el interno, sale más experimentado en las lides del delito; amén de los altos costos que significa para el erario público el permanente y sistemático crecimiento de una población carcelaria hacinada en el insuficiente esquema de instalaciones y cuyos costos en alimentos, salud, seguridad, bienestar y atención social, son desmedidos. Además del constante incremento de los penados, situación que no guarda relación con la implementación de centros de reclusión, ni con la adecuada dotación de servicios para su funcionamiento.

Desde el punto de vista de la política criminal, no cabe duda que la introducción del principio de oportunidad es una solución clara para incentivar la persecución penal de los delitos más graves y perseguir a las organizaciones criminales sin descuidar la legalidad que rige también como principio, síntesis ésta del pensamiento penal que puede encontrarse en Hassemmer, citado por José Cafferata Nores quien acepta la existencia de los dos principios al expresar: “tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como sea necesaria (política y económicamente en el momento)”.⁸

El principio de oportunidad no se apoya en la búsqueda de la verdad, como sí lo hace el principio de la legalidad; pues responde, sencillamente a una política criminal del Estado, relacionada con la diferencia de tratamiento que debe darse a

⁸ El Principio de Oportunidad en el Derecho Argentino, citado en publicación de la Fiscalía General de la Nación, “Módulo de Formación para Fiscales en Principio de Oportunidad”, Bogotá, 2007.

los delitos **bagatela** frente a los que merecen una mayor atención y respuesta de las autoridades. En este sentido, dijo la Corte Constitucional:

...Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del legislador en estas áreas, se encuentra aquél, según el cual, las medidas que se tomen, deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución.

Queriendo decir, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; e igualmente, puede contemplar la creación de mecanismos orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad. En los términos utilizados recientemente por la Corte en la sentencia C-592/98 (M.P. Fabio Morón Díaz), pronunció que:

El legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como,

la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros⁹.

Aquí claramente se aprecia la igualdad ante la Ley Penal.

Es así, como en sentencia C-420/02, con ponencia del H. Magistrado Jaime Córdoba Triviño señaló: “Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular, sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales. De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. En el caso de la política criminal, no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán concebirse mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el diseño de la política criminal del Estado

⁹ Sentencia C-592 de 1998.

implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental”.¹⁰

Antecedente y evolución del principio de oportunidad.- el principio de oportunidad se ha convertido en fundamento y herramienta precisa para determinados procesos penales y en su mayoría con la función de abstener a iniciar o continuar la persecución penal. La práctica del principio ha sido progresiva en países, europeos como España, e Italia, siendo Alemania el país que más ha desarrollado doctrina acerca del manejo y utilización de dicho principio. En Latinoamérica países como Guatemala, Panamá, Venezuela, Chile, Honduras y el Salvador ha sido taxativo y delimitado el principio de oportunidad en su articulado penal procesal.

En Colombia el derecho penal por ser copia de múltiples códigos, doctrinas y además de tener las diferentes variaciones que sufre nuestra jurisprudencia nacional, hace que nuestro derecho penal sea confuso y difícil de aplicar, pero es la Corte Constitucional la que ha dicho:

Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados, que inciden de una 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

¹⁰ Fiscalía General de la Nación, publicación Módulo de Formación para Fiscales en principio de Oportunidad, Bogotá, 2007. En el mismo sentido ver entre otras, la sentencia C-1404/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis y la sentencia C-173/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi 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...¹¹

Lo anterior en pocas palabras se traduce a que la Constitución Política de Colombia como norma de normas es, la fuente directa del Derecho Penal y de allí se define el fin, el fundamento y la función del Derecho Penal, de la pena y la protección amplia de los diferentes bienes jurídicos.

Luego de la constitucionalización viene lo que se llamó la internacionalización del Derecho penal, que de forma exacta se reduce al termino de bloque de constitucionalidad donde los tratados, convenios internacionales ratificados en Colombia, y los que reconocen derechos humanos, prevalecen en el ordenamiento interno.

Ahora bien, el Derecho Penal, además de constitucionalizarse e internacionalizarse se vio en la necesidad de realizar reformas como la que se hizo con la inclusión del principio de oportunidad en el Artículo 250 de la Carta Política mediante el Acto legislativo 3 de 2002. Principio que fue presentado en la exposición de motivos como una novedad constitucional la cual antes de incluirla como fundamento ya se aplicaba difusamente en las preclusiones cuando hay conciliación por indemnización integral, desistimiento, transacción o la aplicación en la sentencia anticipada.

¹¹ Sent. C-038 de 1995.

INCLUSIÓN Y APLICACIÓN.- Fueron entonces múltiples los debates en donde se dio a conocer el principio de oportunidad, su concepto, su funcionamiento y debida aplicación, a continuación se transcriben unos extractos de las actas de debate:¹²

Algunas legislaciones han llegado a catalogar el principio, como una más de las excepciones tradicionales al principio de legalidad entre las que se pueden contar los llamados delitos privados o aquellos que requieren denuncia o querrela por parte del ofendido para el inicio de la actuación.¹³

Jaime Granados Peña, Abogado Penalista reconocido a nivel nacional, defendió el principio y en palabras que se citan textualmente por la importancia que revisten para la precisión conceptual del tema adujo: “Hay dos dimensiones en el derecho comparado del “principio de oportunidad”, el de origen continental europeo, principalmente alemán, y el anglosajón que es de absoluta discrecionalidad. “En el sistema anglosajón el Ministerio Público, el Ministerio Fiscal, tiene la absoluta facultad de investigar y de acusar solamente en casos de crimen, principalmente político o por razón de sexo o de raza, de lo contrario es responsabilidad de la Fiscalía investigar y acusar; y como se trata de una Fiscalía en ese esquema anglosajón, que hace parte del ejecutivo y que responde electoralmente, es el Ejecutivo el que tiene que velar y controlar si se hizo un buen o mal uso de dicha facultad discrecional.

El sistema continental europeo, principalmente el alemán, establece un sistema en donde sí se puede ejercer el “principio

¹² Comisión Preparatoria, Acta No. 1 del Primero de Febrero de 2002, contenida en la publicación Reforma Constitucional de la Justicia Penal, Tomo I, Actas de la Comisión Preparatoria y Documentos de Trámite legislativo, Corporación Excelencia en el Justicia, 2002.

¹³ Guerrero Peralta, Oscar Julián. Op. Cit. Pág. 120

de oportunidad”, pero en casos concretos y con control judicial, lo hacen en la ordenanza procesal penal párrafo 152 a, b, c en adelante, y allí se dice en qué casos, como los de pequeña criminalidad y delitos denominados bagatela, es decir, da unos criterios y a eso nos referimos cuando decimos reglados. Es una norma y debe someterse a la Fiscalía en su aplicación para no abusar y poder garantizar que es un ejercicio adecuado de esa facultad. Ahora, aquí no está dicho, pero podría llevarse ante el juez cuando se estime que hay un abuso de esa facultad, es decir, el Fiscal puede tomar las decisiones sin consultarlas y sin intereses del poder judicial, pero si hay un abuso, una víctima de un delito, si ésta siente que no está siendo atendida, tiene la oportunidad de quejarse ante el juez. Pero no es que la Fiscalía tenga que investigar o tenga que pedir permiso si no va a investigar.¹⁴

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 tutelados por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema. Es así que 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. Recibido y radicado el proyecto de Acto Legislativo, se surtieron en el Congreso los ocho debates reglamentarios en dos vueltas, de conformidad con lo ordenado en la Carta Política para el trámite de las reformas constitucionales, lo que se llevó a cabo de la siguiente manera:

¹⁴ Jaime Granados Peña, Abogado Penalista, Comisión Preparatoria, Acta No. 1 del Primero de Febrero de 2002.

1. Primer debate. (Mayo 7 de 2002) :“El mencionado principio se concreta en una excepción al de legalidad, y funcionaría de una manera similar a como operan las figuras del plea guilty y el plea bargaining en el sistema anglosajón, donde la primera es la confesión y su efecto es evitar el juicio, y la segunda es la 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.”.¹⁵

En el proyecto del Acto legislativo 237 de 2002, de Cámara, quedaron expuestos los siguientes motivos: “se trata de una principio que se viene aplicando de **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. Existen números conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos los que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica. Constituye una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal.

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 de plea quality o confesión dirigida a evitar el juicio, y del plea bargaining, o negociación... es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad. Bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la

¹⁵ Gaceta del Congreso número 148, Año XI. 7 de Mayo de 2002. Pág. 2

acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.”¹⁶

Su implementación quedó contenida en la reforma del artículo 250 de la Constitución Política, mediante el acto legislativo 03 de 2002 y se desarrolló en las leyes 906 y 890 de 2004 y posteriormente en la Ley 1312 de 2009, de este modo quedó incluido el principio de oportunidad en la legislación colombiana, con funciones claras y taxativas.

POR QUÉ NO SE INCLUYÓ EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 1407 DE 2010.- Con sólo el argumento de autonomía legislativa, no se consagró el principio en el Código Penal Militar. Normatividad cuya redacción se tomó casi íntegramente de la Ley 906 de 2004, y como lo hemos vendido observado el principio de oportunidad es una herramienta normativa básica en el procedimiento penal actual, que ha sido materia de reformas, tema de varios pronunciamientos constitucionales y jurisprudenciales, además tuvo su desarrollo en la Ley 1312 de 2009 y mediante las resoluciones 6657 y 6658 de diciembre de 2004 y 3884 del 27 de julio de 2009, disposiciones de la Fiscalía General de la Nación, notando con ello que se trata de un principio de aplicabilidad inmediata en cualquier sistema penal acusatorio.

Recabando que el principio aquí expuesto está contemplado en el artículo 250, que a la letra dice:

Artículo 250 ARTICULO—Modificado. A.L. 3/2002, art. 2º. 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

¹⁶ Texto Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002, por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución política de Colombia.

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....**

Esta excepción, mal interpretada por muchos, fue el talón de Aquiles para que dicho principio fuera cercenado, por así decirlo, de la Ley 1407 de 2010, la cual reforma el Código Penal Militar e instituye un sistema acusatorio en la jurisdicción penal militar.

Dicha prohibición de la Fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y de investigar a los miembros de la Fuerza Pública que hayan cometido delitos en servicio activo o con relación con el mismo servicio, ha ido más allá y también dentro de esa excepción se incluyó que el principio de oportunidad por ser un elemento de aplicación únicamente de la Fiscalía. Razón por la cual se fundamenta que estamos frente a una vulneración al derecho de igualdad, pues la excepción entiéndase es frente a la persecución penal, más no a las prerrogativas o aplicación de principios que son ante todo constitucionales.

La igualdad es apremiante, imperiosa, según el estamento constitucional es fundamental, y así lo hemos observado a lo largo del ejercicio de la profesión, y es tan claro que algunos de los miembros de la Fuerza Pública, estando en servicio

activo, se han visto beneficiados por el principio de oportunidad sólo por el hecho de que se haya considerado que su caso es competencia de la jurisdicción ordinaria. Y no son sólo estos casos, es en todos, no importando la jurisdicción en la que se encuadre la conducta, es en atención a la humanización del derecho penal, pues con ello no hay excluyentes de ningún tipo, así mismo lo reconoce la Corte Constitucional en su sentencia C-561 de 2004, que dice en uno de sus apartes “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, reciban un trato distinto a quienes se encuentren en una situación similar...”¹⁷. Estamos frente a una omisión del legislador, desconociendo las bases del derecho penal contemporáneo y alejándose de la esencia del sistema acusatorio.

Se reitera que la Constitución Política es norma de normas, goza de supremacía siendo la base del Derecho Penal y por ende el principio de oportunidad viene ligado a toda una cadena de normas y leyes que por igualdad hay que aplicar, razón por la cual en la ley 1047 de 2010 es procedente su inclusión. Como bien lo reconoce la sentencia C-592 de 2005 “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 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...”¹⁸ aquí queda evidenciado que es un elemento jurídico aceptado universalmente, donde hay un sistema acusatorio, se aplica el principio de oportunidad.

¹⁷ Sentencia C- 561 de 2004

¹⁸ Sentencia C-592 de 2005

RAZONES PARA PENSAR EN LA CONVENIENCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LA JUSTICIA MILITAR.-

El principio de oportunidad es una institución necesaria en Colombia y así se ha reconocido en múltiples pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, pero no hay que dejar de lado que se hace lógicamente extensible a la Justicia Penal Militar, pues las diferencias que son notables se encuentran en algunos de los tipos penales, pero no de la misma forma en su procedimiento, pues las etapas son muy parecidas y las dos jurisdicciones tanto la ordinaria como la militar buscan los mismos objetivos: celeridad, prontitud, oportunidad y efectividad.

Es así, como la Ley 1312 de 2009 en su artículo 1º define el principio así: "...El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías".¹⁹ Con la Ley 1407 la Justicia Penal Militar creó la Fiscalía General Penal Militar y adoptó un sistema acusatorio del cual hace parte un Juez de Garantías, por ende para la aplicación del principio de oportunidad, no existe diferencia en la parte subjetiva entre la jurisdicción ordinaria y ahora la jurisdicción militar.

Para la aplicación del principio en estudio la Fiscalía General de la Nación enumeró varias funciones claras para su debida aplicación, entre ellas: (i) conocer adecuadamente el caso a partir de los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida (ii) establecer la procedencia de alguna de las causales de aplicación del principio de oportunidad (iii) precisar la modalidad de aplicación del principio de oportunidad (iv) velar por la protección de la víctima y

¹⁹ Artículo 2º de la Ley 1312 de 2009 que modificó el artículo 323 de la Ley 906 de 2004

garantizar su participación en el proceso de aplicación del principio de oportunidad (v) determinar la competencia al interior de la Fiscalía General de la Nación para la aplicación del principio de oportunidad (vi) adelantar el trámite regulado al interior de la Fiscalía General de la Nación, bien cuando el fiscal del caso pueda aplicar directamente el principio de oportunidad o cuando dicha decisión debe ser tomada por el Fiscal General de la Nación o su delegado especial (vii) agotar el trámite ante el equipo de principio de oportunidad y (viii) solicitar y participar en la audiencia de control ante el juez de garantías...” funciones que puede claramente adelantar la pretendida y anhelada Fiscalía Penal Militar, pues esta institución es una propuesta a crearse en la JUPEM y que está contemplada en el Artículo 274 de la Ley 1407 de 2010.

La Fiscalía en su obra acerca de la aplicación del principio de oportunidad aduce que es un deber del Estado dar su aplicación y con ello se brinda una respuesta adecuada a las diferentes manifestaciones de criminalidad, pero si es un deber de Estado donde queda la obligación cuando se habla de la Justicia Penal Militar?

De acuerdo a las funciones ya expuestas por la Fiscalía respecto al principio de oportunidad, analizándolas podemos apreciar claramente que en los procesos penales adelantados o investigados en la Justicia Penal Militar también pueden ser tenidas en cuenta tales funciones, sin necesidad de discriminar el tipo de autor o su calificativo por ser policial o militar.

Inicialmente, el conocer los hechos y familiarizarse con los mismos es un requisito esencial para la aplicación del principio de oportunidad, el cual se encuentra reglado en la parte final del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal descrito como “... un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta o su tipicidad...” esta exigencia establece una protección de la presunción de inocencia, porque aunque el principio de

oportunidad en su aplicación favorezca al implicado no tiene los mismos alcances de la preclusión o del archivo, pues en estos últimos, se da por entendido que no existió conducta punible, situación muy diferente en el principio de oportunidad, donde se debe probar que existió una conducta que está tipificada.

Como segundo requisito encontramos la adecuación de las causales y su procedencia, pues estas tienen fines diferentes, unas ajustan a la indemnización, otras son para evitar que se impongan penas desproporcionales e innecesarias; causales que se utilizan como información para así desarticular bandas criminales, por ejemplo. A partir de este momento el Fiscal debe tener claro el desarrollo jurisprudencial y doctrinario para poder dar aplicación debida a la causal que haya sido invocada para la aplicación del principio de oportunidad a un caso concreto.

Así mismo, y como tercer requisito, las modalidades para la aplicación del principio son la suspensión, interrupción o renuncia, pero las dos primeras están orientadas elementalmente para la renuncia a la persecución penal, esto lo ha llamado la Fiscalía figuras intermedias, que en nuestra opinión lo único a lo que conlleva es en dilatar el fin de principio de oportunidad.

En cuarto lugar se tiene la protección de las víctimas, en donde se puede observar que la Fiscalía es quien velará por sus derechos, como lo dejó claro la Corte constitucional en su sentencia C-095 de 2007, donde manifiesta que los derechos de las víctimas deben ser protegidos en toda y cada una de las causales de aplicación del principio de oportunidad y no sólo en las causales que habla de la indemnización integral.

Aquí también se encontró que aunque el trámite de la aplicación del principio haga de un proceso penal algo “rápido” sin el trámite de un juicio oral, el Fiscal debe asegurarse del agotamiento del primer requisito para cumplir con el principio de verdad.

En el sexto lugar se encontro la competencia de aplicación del principio de oportunidad, para esto el Fiscal ya debe haber determinado con precisión los hechos, la conducta, calificación, la aplicación de la causal y con esto determinar así la competencia y ésta está regulada en el parágrafo segundo del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal y en las resoluciones mencionadas anteriormente, allí se determina si la competencia la tiene el Fiscal General de la Nación o el Fiscal delegado.

La Ley 1407 de 2010 en su artículo 275, habla de las atribuciones de la Fiscalía General Penal Militar entre ellas:

1. Investigar y acusar...
2. Asegurar en cada caso particular los elementos materiales probatorios...
3. Dirigir y coordinar las actividades de policía judicial...
4. Presentar acusación...
5. Solicitar ante el Juez de Conocimiento las medidas judiciales para la asistencia de las víctimas...

Y en el artículo 276 atribuciones del Fiscal.-

1. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera sea el estado en que se encuentren...

Determinando que las funciones son muy parecidas y que como Institución no existe impedimento para la aplicación del principio de oportunidad, entraremos a valorar en esencia, cuál puede llegar hacer el yerro para que en la Justicia penal Militar se haya optado por la no aplicación del principio en estudio.

Ahora, es importante dar una mirada a los elementos subjetivos de la aplicación del principio de oportunidad que entre ellos están la existencia de una conducta punible, es decir, típica, antijurídica y culpable y así iniciar una

persecución penal por el principio de obligatoriedad, luego que la institución este facultada para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución, aquí está el error para su aplicación en la jurisdicción penal militar y por último que se cumpla con una o unas de las causales taxativas, con la reunión de estos elementos el juez de control de garantías valorará y determinará la procedencia del principio de oportunidad. Queda claro cuál de los tres elementos por, reiteramos, omisión legislativa no maneja la Justicia Penal Militar.

A pesar de que la justicia ordinaria y la justicia penal militar, tienen características diferentes no sólo por sus actores sino también por algunos tipos penales únicos hay que resaltar también que la necesidad inmediata de justicia en Colombia es que sea una justicia eficaz, válida, oportuna, que ponga en funcionamiento todos los elementos jurídicos que le ofrece el derecho procesal penal contemporáneo, entre ellos el principio de oportunidad, y así cumplir con una función judicial que se ajuste a la realidad nacional actual.

La Corte Suprema de Justicia señaló: "... 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..."²⁰. Agilidad, oralidad y efectividad es el clamor de una sociedad ante un proceso penal y es lo mínimo que debe garantizar el Estado, la prevención y lucha contra la criminalidad en todos sus aspectos.

Además, se resaltó, en procedimiento penal tanto la ordinaria como la jurisdicción militar es muy similar, por ello el principio de oportunidad considerado un elemento jurídico para resolver los conflictos donde la vulneración de algún o algunos bienes jurídicos es menor es aplicable también a los policías y militares

²⁰Corte suprema de Justicia, Sentencia Rad. 21954 de 2005

que cometen infracciones penales que no conllevan a disparar un aparato jurisdiccional en toda su potencia y al contrario se puede buscar descongestionar los despachos y sin desconocer a la víctima, cumplir con los objetivos de verdad y reparación.

Se ha considerado que el tratamiento legal para los delitos contra el servicio, es demasiado drástico. La verdad es que la preparación del personal subalterno, soldados, auxiliares de policía, patrulleros y aun, suboficiales, no es suficientemente ilustrativa para que tengan claridad conceptual que les permita distinguir los delitos, de las contravenciones penales y las faltas disciplinarias. Muchos de ellos incurren en abandonos del puesto, del servicio y no conciben la trascendencia que tienen estas conductas ante la ley penal, a pesar de la instrucción que sobre materias penales reciben en sus escuelas.

Como consecuencia de ello, son detenidos, condenados, privados de sus ingresos laborales, en la mayoría de los casos sus familias son demasiado humildes, carentes de recursos que les permitan visitarlos y atender sus necesidades primarias, amén que la inmensa mayoría no queda amparada por asignación de retiro o pensión. ¿Tendrá sentido tanta drasticidad? ¿Cómo no pensar en aplicarles el principio de oportunidad cuando los flagelos sufridos como consecuencia de su conducta son particularmente graves e irreversibles?.

Las sanciones penales así entendidas pierden todo su sentido de reinserción social, de beneficio personal y comunitario, de reconstrucción de hogares y quedan con un sabor de venganza antes de de otra cosa.

Un ejemplo sin ir más allá y dejar en claro la necesidad de la implementación del principio de oportunidad en esta legislación especial en casuística puede ser: un conductor de vehículo militar o policial sufre un accidente de tránsito en actos del servicio, llevando en el automotor a su esposa y un hijo; se establece que todo

ocurrió por imprudencia en la conducción, pero como consecuencia del siniestro, fallecen sus seres queridos. Será justo y equitativo condenarlo por homicidio culposo y obligarlo a cargar con las consecuencias del punible, a pesar de tener que sobrellevar la pena moral que le deja el remordimiento de haber causado la tragedia? ¿No sería de recibo el principio de oportunidad?.

Los beneficios que se generan del principio de oportunidad han sido indiscutibles en la jurisdicción ordinaria y obedecen a unas condiciones establecidas en la ley, sometidas a reglamentación administrativa y ponderada en cada caso particular por el juez para su adopción. No es de obligatoria imposición; por qué no dejar la puerta abierta en nuestro Estatuto para examinar cada uno de los eventos y poder conjugar los intereses individuales con los comunitarios?

Tratar de enmarcar la aparición del principio de oportunidad nos remite recordar que nuestro sistema jurídico demostró, de manera contundente, una respuesta negativa a las necesidades que el Estado tiene en cuanto al control punitivo, eficaz y oportuno ante acciones inocuas. Es así que en tales circunstancias debía asumirse, de manera urgente, criterios de simplificación que permitieran corregir los excesos disfuncionales del sistema legal preponderante, permitiendo con ello eficacia del sistema y la oportuna llegada al destinatario del mismo. A la ineficacia del sistema, en el sentido de no atender todas las conductas que debería, se suma el no alcanzar su finalidad.

con el rechazo, al menos parcial, de las teorías absolutas o retributivas sobre la pena y el ingreso masivo de teorías utilitarias para legitimar la pena y acordarle un fin, el principio de legalidad pierde todo sus sustento ideológico; ... es, precisamente, la utilidad, como, fin y fundamento legitimante de

la pena , la regla que justifica el principio opuesto, esto es, el principio de oportunidad.²¹

Lo se pretende con la aplicación del principio inverso, el de oportunidad, no es, precisamente, someter a un habitante al poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él y de ese riesgo, al evitar la persecución (Maier)

Para precisar la naturaleza del principio de oportunidad, es necesario advertir que existen dos acepciones generales del mismo, una propia del sistema anglosajón, en el sentido de ser una función ejecutiva, ejercida de manera discrecional, sujeta a criterios de conveniencia política, y con el fin especial de dar eficacia al sistema penal (por lo cual se enmarca dentro de todas las modalidades de negociación entre el acusador y el acusado); y por otro lado en la noción del sistema europeo, en la cual la oportunidad remite no a la discrecionalidad sino a una competencia jurídica orientada a la racionalización del sistema penal (Urbano).La oportunidad es en ocasiones vista como una más de las facultades discrecionales de la fiscalía en la negociación del sistema penal (Castro).

En este sentido es clara la referencia al eficientísimo e inseguridad del sistema, éste tipo de naturaleza del principio de oportunidad la rechazamos de plano, ya que dentro de un Estado Social de Derecho, es inconcebible un sistema penal gobernado por un criterio de eficacia y no un criterio de selectividad del sistema penal constitucionalizado. Para nosotros el principio de oportunidades un mecanismo de garantía del estado social de derecho, por lo cual su esfera no se reduce a la simple exclusión de un comportamiento, en atención a la descongestión del aparato judicial, sino que, a pesar de ser parte del sistema penal, queda excluido de éste por no responder a las finalidades del mismo.²²

²¹ ROXIN, CLAUDIA. Citado por MAIER, Derecho procesal penal, parte general. Pág. 831

²² Acuña Vizcaya, José Francisco, Director ponencia para el Concurso de Derecho Procesal, Universidad Nacional de Colombia, Pg. 13

Cuatro afirmaciones deben hacerse y justificarse, en el sentido de comprender el principio de oportunidad desde su naturaleza garantista, no se opone a la legalidad, ni al debido proceso, ni al derecho a la igualdad, y por último que la oportunidad no es sinónimo de arbitrariedad.

La primera de estas afirmaciones va en contra de lo que muchos autores sostienen a cerca del principio de oportunidad cómo una excepción al principio de legalidad, entre ellos Tiedermann, encuentra en el principio de oportunidad un quiebre de la obligación de acusar, que identifica expresamente con el principio de legalidad. Esta noción considera al principio de oportunidad antitético con el de obligatoriedad u oficiosidad, en el sentido que el principio de oportunidad desvirtúa la inexorable persecución penal, por el mero hecho de la comisión de una acción delictiva, dejándola restringida a los criterios de selectividad del sistema penal.

Es innegable que la aplicación del principio de oportunidad o el de obligatoriedad en un determinado caso esta indefectiblemente ligado al cambio de racionalidad de la fórmula política, la razón del uno se opone a la razón del otro. Por lo cual es necesario precisar la confusión teórica entre legalidad y obligatoriedad, la obligatoriedad no se equipara a la legalidad, y mucho menos a una legalidad constitucionalizada; el principio de oportunidad no es antitético del de legalidad, sino una necesaria consecuencia de la legalidad constitucionalizada.

En la segunda afirmación, sostenemos que el principio de oportunidad no se contraponen en manera alguna al debido proceso, como si pudiese ocurrir en los procedimientos de negociación de la acción penal (típica del sistema anglosajón), éstas chocan con la presunción de inocencia, la regularidad y legalidad probatoria, la verdad material, y propician la inseguridad jurídica (Castro). La oportunidad como proceso de selección del sistema penal, lo que obtiene es la reafirmación del mismo, y con ello el sostenimiento de categorías base de él, como el debido proceso (principio, valor y derecho fundamental).

Como tercera afirmación tenemos que el principio de oportunidad no se opone al derecho fundamental a la igualdad. Para quienes construyen un baluarte del principio de legalidad, la oportunidad no resulta siendo más que una excepción a la misma, y por ende debe estar enmarcado dentro de criterios preestablecidos legislativamente, de manera que se garantice una autorización para el uso del mismo, fuera de la arbitrariedad de criterio del funcionario, de sus prerrogativas personales (Maier).

El temor a que la oportunidad decayera en desigualdad, se fundamenta principalmente en su oposición a la obligatoriedad, en tanto se argumenta que la aplicación de los criterios de oportunidad estaría mediatizada por la irracionalidad y arbitrariedad de los operadores judiciales, quienes en respuesta a “determinados” intereses aplicarían o no la oportunidad. Al respecto es innegable que la aplicación de la oportunidad conlleva criterios eminentemente políticos y subjetivos, por lo tanto debe buscarse la forma de limitar la arbitrariedad mediante la definición de una política criminal clara, coherente con los principios del Estado Social de Derecho y esta política se ha entendido como “...aquella que está conformada por principios que orientan la creación de normas de codificación penal, entre estos se encuentra: absoluta necesidad de intervención penal, control penal de sus consecuencias, extrema ratio y subsidiariedad, fragmentación del derecho penal, proporcionalidad, alternatividad, dignidad humana..”²³. Según Maier, la selección natural del sistema penal, regido bajo el mero principio de legalidad, es realizada de manera extrajurídica, extrasistémica, en el sentido que los factores a tener en cuenta para hacerla están fuera del derecho penal. “Son criterios ordinarios de selectividad, por ej., la estimación del mayor o menor daño social, según apreciación de los órganos de persecución, el cálculo económico en virtud de la efectividad de la persecución penal; la persona del autor (los ya condenados o reincidentes, los disidentes, las capas más necesitadas de la población).

²³ VILLANUEVA MEZA Javier Antonio, “El principio de Oportunidad”, Editorial Leyer, 2005, Bogotá, Pág. 96.

Importante es advertir que, en todo caso, ya se produzca esta selección consciente o inconscientemente, lo cierto es que ella escapa a todo control jurídico y político, por los órganos de decisión de la justicia penal o por los que detentan el poder políticos según criterios transparentes y razonables ”La oportunidad no sería una forma de referir la desigualdad ante la ley, sino un “intento por conducir la selección según fines concretos (precisamente, corregir la aplicación práctica desigual de la ley) sin dejarla abandonada al arbitrio o al azar” (Maier).

La oportunidad se basa en criterios materiales como pilar de análisis de los casos que ante al operador jurídico son sometidos a su consideración, de esta manera se cuenta con los mismos criterios para todos los casos, Respetando la igualdad al hacer estos criterios intrasistemáticos, Jurídicos.

El cuarto elemento es fundamental, la oportunidad no es en ningún caso sinónimo de arbitrariedad, esta noción es absolutamente contraria al garantismo y al Estado Social de Derecho. Afirmamos que la oportunidad debe ser reglada, es decir, permeada por unos principios básicos que indiquen los casos de aplicación del mismo, como también unos límites, sobre los cuales su aplicación sería ilegítima. La idea de reglarlo pretende ante todo que la operación de aplicación del principio de oportunidad corresponda a una noción de límite, que lo haga parte del sistema jurídico como garantía y no solo del Sistema político como arbitrio.²⁴

Es eminente unas reformas entre ellas constitucionales, al Código Penal Militar y a la ley estatutaria, hoy en trámite, en lo posible, para dar paso a la aplicación del principio de oportunidad, con las causales ya existentes y adecuadas para los delitos cometidos en servicio activo. Conductas tales como cuando el imputado haya sufrido lesiones ya sean físicas o morales al cometer una conducta culposa; cuando la afectación de los bienes jurídicamente tutelados, sea mínima y se haya dado reparación integral o además que la afectación no sea significativa se le

²⁴ Opc. Cit. Pag. 16

haya impuesto sanción disciplinaria o cuando el imputado o acusado antes de la celebración de la audiencia de juzgamiento, haya colaborado eficazmente para la continuación de un delito o delitos, e identifique los autores y partícipes.

CONCLUSIONES

1. Una de las finalidades del principio de oportunidad aplicativo en el derecho penal contemporáneo, es el de humanizar el derecho penal desde la pena y con ello dignificar al imputado o acusado.
2. La aplicación del principio de oportunidad en la jurisdicción ordinaria, ha contribuido de forma significativa a la descongestión de los despachos judiciales.
3. En la ley 1407 de 2010 se hizo un esfuerzo en la humanización de la sanción punitiva y un ejemplo claro fue la inclusión de los mecanismos sustitutivo de la pena privativa de la libertad, pero aún así y sin atender los criterio de la política criminal de estado, se excluyó el principio de oportunidad.
4. En la Justicia Penal Militar así como en la jurisdicción ordinaria existen delitos menores, que no afectan en gran medida los bienes jurídicos tutelados, que no merecen que el aparato judicial se ponga en marcha y haya un desgaste legal, conductas las cuales muchas de ellas encuadran como beneficiarias para la aplicación de unas de las causales taxativas del principio de oportunidad.

5. Hemos sido en Colombia víctimas de tres errores fundamentales: i. Dejarnos imponer un contexto inadecuado respecto a la situación fáctica en el país. ii. Dejarnos aplicar unos estándares inapropiados. iii. Realizar constantes reformas en virtud de las presiones ejercidas y brindar explicaciones sin tener en buena medida consistencia jurídica, académica y mucho menos argumentativa. Lo anterior es una demostración paladina de que la soberanía en la actualidad sólo existe como concepto jurídico en los libros de derecho y ciencia política, porque las presiones políticas externas e internas lo único que aclaran es que en la práctica ya no existe.²⁵
6. Existen diferentes posiciones ante la exclusión del principio de oportunidad pero ninguna de ellas con un sustento legal o constitucional, que sustente del por qué ese descalabro legislativo, para nosotros no existe lógica o razonabilidad, pues el Derecho Penal Contemporáneo tiene bases como la política criminal de un estado o también la humanización del derecho, términos que se desobedecieron al no permitir que el principio de oportunidad funcionara en la Justicia Penal Militar.
7. Con todo lo dicho hay una flagrante vulneración al principio fundamental de igualdad, como ya quedó expuesto anteriormente.
8. Lo miembros de la Fuerza Pública además de no tener un piso jurídico definido en la actualidad, se ven enfrentados a un proceso penal sin garantías, a una pena y un reproche social exagerado y además a responder administrativamente y económicamente al Estado.

²⁵ MEJIA AZUERO, Jean Carlo, El Fuero Militar en Colombia, publicación Héroes Invisibles.

REFERENCIAS

1. Acuña, J. Director ponencia para el concurso del derecho procesal, Universidad Nacional de Colombia, pág. 13.
2. Alexy, R.(2002). “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 86.
3. Carrera, F. “Programa de Derecho”, Tomi I, Editorial TEMIS, Bogotá.
4. COMISIÓN PREPARATORIA, Para la Reforma de la Justicia penal, “Actas Comisión Primera”, Bogotá, 2002.
5. Fernández, J. (1998). “Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal”, 1998, pág. 47.
6. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, “Modulo de Formación para Fiscales en Principio de Oportunidad”, Bogotá, 2007.
7. Gómez, C.(2006). “La Oportunidad como principio Complementario”, Bogotá, 2006.
8. Guerrero, O. (2002). relator, comisión primera, 2002.
9. Granados, Mejía, J. (2012). “El Fuero Militar en Colombia”, publicación Héroes Invisibles, Bogotá, 2012.
10. J.(2002). “Acta Comisión primera, reforma a la justicia penal”, Bogotá, 2002.
11. Morales, G. (2001). “Prueba Penal y Apreciaciones Técnico-Científica”, 2001, pág. 161.
12. Roxin, C. “Derecho Procesal Penal” parte General, pág. 831.
13. Villaveva, J. (2005). “El Principio de Oportunidad”, Editorial LEYER, 2005, Bogotá, pág. 96.

Legales.-

1. Artículo 393 de la Ley 906 de 2004.
2. Artículo 2º de la Ley 1312 de 2009
3. Artículo 275 y 276 de la Ley 1407 de 2010
4. Gaceta del congreso número 148, año XI, 7 de mayo de 2002.
5. Proyecto del Actor Legislativo 237 de 2002, por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia.

Jurisprudenciales.-

1. Sentencia C-878 de 2003
2. Sentencia C-095 de 2007
3. Sentencia C-592 de 1998
4. Sentencia C-1404 de 2000
5. Sentencia C-173 de 2001
6. Sentencia C-038 de 1995
7. Sentencia C- 561 de 2004
8. Sentencia C-592 de 2005
9. Corte suprema de Justicia Rad. 21954 de 2005