

La excepción de oportunidad* en el nuevo sistema acusatorio de la justicia penal militar

Trabajo indexado para optar por la maestría en derecho procesal penal

Javier González Gutiérrez y Marco Aurelio Bolívar Suárez

Universidad Militar Nueva Granada



* El instituto jurídico de la oportunidad: excepción de obligatoriedad, criterio, discrecionalidad - en el ejercicio de la acción penal.

Presentación

La falta de incorporación del instituto jurídico penal de la “oportunidad” en el actual código penal militar, Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, y la experiencia práctica de ambos autores como operadores judiciales castrenses, han sido los ejes motivadores para proponer como viable su aplicabilidad en la justicia penal militar para algunos delitos comunes y otros típicamente militares, herramienta útil en cualquier sistema procesal acusatorio que se pretenda implementar.

Este propósito hizo necesario abordar previamente el criterio de oportunidad desde la dogmática penal, su naturaleza jurídica, para arribar al interesante cuestionamiento de establecer si en nuestra tradición jurídica penal colombiana corresponde a un principio en estricto sentido, o si por el contrario es una excepción al principio de legalidad, finalidad que necesariamente conduce a realizar un breve asomo a dos sistemas penales a saber: el tradicional de corte continental europeo y el norte americano o common law anglosajón.

Palabras claves: oportunidad, principio, excepción, militar, penal.

Presentation

The lack of incorporation of the criminal justice institute the "opportunity" in the current military penal code, Act 1407 of August 17, 2010, and the practical experience of both authors as military judicial officials have been motivators axis to propose a viable their applicability in typical military military justice for some common crimes and others, this being a useful tool in any adversarial trial system that is intended to implement.

This purpose was necessary previously to address the plea bargain from criminal dogma, their legal status, to get to the interesting question of determining whether our criminal law tradition Colombian corresponds to a principle in the strict sense or whether on the contrary, is an exception to principle of legality, purpose that necessarily leads to make a brief hint two penal systems namely the traditional continental European cut and low common north American or Anglo-Saxon.

Keywords: chance, debut, exception, military, criminal.

Introducción

Uno de los novísimos institutos jurídicos procesales que trajo consigo el nuevo sistema penal acusatorio en la jurisdicción ordinaria a través del acto legislativo 03 de 2002, cuya vigencia tuvo lugar a partir del primero de enero de 2005 con la ley 906 de 31 de agosto de 2004, fue precisamente la “oportunidad” allí entendida como principio, buscando entre otros fines una justicia ágil y eficaz, con respeto de las garantías constitucionales, y como una alternativa al principio de legalidad, cuya importancia radica en dirigir la persecución penal hacia los delitos más graves, orientando los recursos de la administración de justicia a la investigación de las conductas más lesivas, facilitando la colaboración de imputados y acusados para contrarrestar la creciente delincuencia organizada, evitando imponer penas innecesarias, sustituir la pena de prisión por otros métodos alternativos menos violentos, buscar apresurar la administración de justicia para que la pena cumpla sus fines aplicándose en forma oportuna, o la absolución no llegue en forma tardía con detrimento de las garantías fundamentales de la persona sometida a la acción penal del Estado.

La justicia penal militar no ajena a estos propósitos, en hora buena ha implementado a su interior un modelo de procedimiento similar al de corte acusatorio de la jurisdicción ordinaria, solo que como puede observarse en la ley 1407 de 2010 causa extrañeza que no se haya introducido el útil mecanismo de alternatividad penal de la “oportunidad”, con la cual se podría resolver varios asuntos de manera ágil, haciendo efectiva la finalidad de mínima intervención o última ratio que debe tener el derecho penal. Quienes quizá con el falso prejuicio de que al implementarse el criterio de oportunidad se estaría resquebrajando la

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

disciplina propia de las instituciones castrenses, o que de hecho se estaría legitimando la conformación de bandas organizadas al interior de la fuerza pública contrariando su misionalidad constitucional de combatir la delincuencia, se quedan cortos en argumentos frente a la imperiosa necesidad de ponderar los beneficios que representa este importante mecanismo en un sistema procesal penal militar acusatorio como el que se pretende implementar.

En efecto, al conciliar ambas posturas, por un lado de quienes al interior de la fuerza pública descartan la aplicabilidad de la excepción de “oportunidad” con apego a la estricta legalidad, y por el otro, de quienes proponemos su viabilidad, se llega a la conclusión que se puede operacionalizar atendiendo criterios como que se trate de hechos que no afecten significativamente el bien jurídico protegido o la finalidad de la fuerza pública, que el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho un daño físico o psíquico grave, que se torne desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando con ocasión de una conducta culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación, que la pena respecto del hecho que se prescinde carezca de importancia frente a la sanción disciplinaria o administrativa ya impuesta, entre muchos aspectos a evaluar.

Previamente al anterior planteamiento, nos adentraremos a verificar la naturaleza jurídica del instituto jurídico penal de la oportunidad, el antecedente histórico heredado desde el derecho continental europeo que tiene nuestra tradición jurídica, especialmente lo referente al principio de legalidad, comparada con el derecho anglosajón del común law,

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

concretamente de los Estados Unidos de Norte América, cuya influencia ha sido significativa en los últimos años de la historia penal colombiana.

Consideramos que la justicia penal militar no debe seguir siendo un asunto ajeno o de poca importancia a la sociedad civil colombiana, ni para algunos juristas que simplemente la ven como “un canto a la bandera”, como una legislación penal aislada en tanto sólo tiene aplicabilidad para los miembros de la fuerza pública que se dedican al noble ejercicio de las armas, quienes en el ejercicio de su función incurren en delitos típicamente militares y/o comunes en razón del fuero a ellos reconocidos por la Constitución Política en el artículo 221, con desarrollo en sus propias leyes penales y que son juzgados en cortes marciales o tribunales militares.

Por ello nuestra propuesta busca poner en contexto un importante instituto jurídico penal como lo es la “oportunidad” en un sistema penal acusatorio, y a partir de allí su viable aplicación en el sistema judicial que la justicia penal militar implementó en el nuevo código penal militar con énfasis acusatorio, para hacer de ella una jurisdicción dinámica, pronta, ágil y efectiva, no ajena a la dogmática penal universal moderna, sino que sirva de referente de propios y extraños al fuero castrense.

Metodología

En el desarrollo del presente escrito se plantean tres temas fundamentales. El primero trata de la precisión conceptual de lo que se debe entender por principio general del derecho en cualquiera de sus ramas; luego de haber precisado con claridad lo anterior, se determina, a partir de la concepción del derecho penal anglosajón o common law, si el instituto jurídico penal denominado “la oportunidad” debe entenderse en Colombia como un principio o una excepción al principio de legalidad. A partir de allí, se esbozan las razones por las que hemos considerado que la excepción o criterio de oportunidad tiene perfecta aplicación en el sistema de justicia penal militar colombiano, para proponer el trámite a seguir y las causales que consideramos pueden tener auge en esta justicia especializada.

Finalmente, para concretar nociones sobre la teoría del delito en lo que corresponde con las causales a proponer y los elementos que consideramos son relevantes en cada una de ellas, hemos consultado entre otras las siguientes obras: Creus Carlos, Derecho Penal Parte General, 2 ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990; Gómez López, Jesús Orlando, Teoría del delito, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2002; Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Fundamentos de la teoría del delito, Tomo I, Madrid, Civitas Editores, 1997; Jescheck, H.H. Tratado de derecho penal, Parte General, vol. I, Barcelona, 1981; Velásquez Velásquez, Fernando, Manual de derecho penal, Parte General, Bogotá, Temis, 2002; Reyes Echandía, Alfonso, Diccionario de derecho penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1970; López Morales, Jairo, Nuevo Código Penal Comentado, Tomo I, 2 ed., Bogotá, Editorial Doctrina y Ley, 2002; Garcés Velásquez, Jaime, Derecho

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Penal General, 5 ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2005, además de sentencias de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, obras y autores que se utilizaran en la mayoría de los casos bajo la técnica del parafraseo, permitiendo llegar a la propuesta que se presenta a continuación.

La “oportunidad” como excepción.

Sugestivo resulta que se aborde el artículo con este título y no a partir de la generalidad de “principio” para suministrarle, por así decirlo, el calificativo que en el ámbito del derecho procesal penal se le ha venido dando a la “oportunidad”.

Sobre el rigor etimológico del significado y alcance que encierra el concepto de principio en el ámbito del derecho, Valencia (1993) afirmó:

La primera expresión se derivó de la dicción compuesta de *nomos* que significa ley o derecho y *archaí* que significa principios, a las cuales se añadió el sufijo *ca* que implica científicidad, por lo cual *Nomoarquía* significa “la ciencia de los principios jurídicos”. La *principalística*, proviene del nombre latino *neuro plural principia*, que son los principios, y el afijo propuesto *ística* que conlleva la idea de sistematización. (p.2)

Los principios no solo representan el punto de partida de cualquier sistema jurídico, sino el punto de regreso cuando las normas tienden a ser confusas en su aplicación material. Según Valencia (1993) los principios rectores son vinculantes, en el sentido de ser referentes lógico valorativos, independientes, dado que su aptitud jurídica es previa a los principios rectores; prevalentes, por cuanto priman sobre las demás disposiciones, y condicionantes, en tanto su acatamiento le da legitimidad material a las normas positivas.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Para el maestro Alexy (1998) los principios son abstractos y su aplicación penderá de la situación fáctica concreta a dilucidar así como del derecho a emplear, de manera que ante el enfrentamiento de principios es deber del operador judicial aplicar reglas de ponderación en las que unos ceden a otros, mientras que en tratándose de conflictos entre normas se usan los métodos tradicionales de validez: especialidad, ley especial deroga general, jerarquía, ley superior deroga ley inferior, y temporalidad, ley posterior deroga ley anterior.

Concretamente el citado doctrinante (1998) al definir lo que debe entenderse por principio indico:

Un mandato de optimización que ordena que algo sea cumplido en la mayor medida posible dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios se conocen por el enunciado, ordenan que algo sea cumplido en gran medida sin enunciar un supuesto de hecho claro, es decir, admiten varias interpretaciones. Cuando usamos la ponderación enfrentamos dos normas tipo principio, pero no para derrotar a una sobre la otra como ocurriría con las reglas, sino para restringir una en favor de otra, otorgándole más poder o más validez en un caso concreto.(p.139)

Los principios generales se desarrollan a través de las normas rectoras, es decir que estas no crean el principio sino que lo individualizan, lo positivizan para destacarlo otorgándole el poder de imponerse a contenidos normativos que tengan un valor opuesto. Sobre la integridad de las normas rectoras Ramírez (2003) afirmó que:

Precisamente deberán custodiar los jueces de la República como guardianes del imperio de la ley, conforme a los artículos 228 y 230 de la Constitución Política de Colombia,

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

que implica la convivencia en medio de las leyes producidas por la voluntad del pueblo y la garantía plena de los derechos fundamentales, teniendo su fuente esencial en la persona humana y su dignidad, sobre la cual se edificó todo nuestro sistema normativo. (p. 62)

Si las normas rectoras desarrollan los principios, sin duda alguna se constituyen en preceptos que van a enmarcar el alcance, orientación, esencia e interpretación de un sistema penal prevaleciendo sobre cualquier otra norma de la respectiva codificación, tal como claramente lo establece el artículo 13 del Código Penal, 26 del Código de Procedimiento Penal, 19 y 218 del Código Penal Militar (ley 522 de 1999), 19 y 198 del nuevo Código Penal Militar (ley 1407 de 2010), sin que puedan considerarse como una simple exposición de propósitos sino como normas jurídicas rectoras vinculantes, por ende con influencia en todo el ordenamiento jurídico.

Pues bien, dentro de los principios rectores que enmarcan al derecho sustantivo y adjetivo penal colombiano, llámese común o de justicia militar, se encuentra el de “legalidad”. Marchena (1992) lo definió como el canciller de toda una tradición jurídica continental europea a partir de la revolución francesa de 1789 y heredera luego de un proceso de colonización española en el caso de nuestra América latina.

Según Guerrero (2009) el principio de legalidad en derecho penal es producto de la ilustración y uno de los pilares más importantes del estado de derecho. Se consolida con la ideología liberal de la revolución francesa, constituyéndose en un instrumento que impediría

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

los abusos de poder por parte del Estado a través de la racionalidad en la imposición de las sanciones, y delimitaría claramente los ámbitos de libertad en el ser humano (Quintero, 1998). Visto así el principio de legalidad, en la época moderna se ha convertido en el bastión del respeto por las garantías individuales y la seguridad jurídica, razón por la cual se contempló en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en los Convenios I, II, III y IV de Ginebra y Protocolos Adicionales I y II, entre otros, y en el ámbito nacional fue incorporado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política y como principio rector en el artículo 6 de la Ley 599 y 600 de 2000, Ley 906 de 2004, Ley 522 de 1999, y en el artículo 7 de la Ley 1407 de 2010, de manera que el asociado tenga la garantía que lo no contemplado como delito en la ley no existe, la pena es la establecida para cada conducta y los procedimientos para la aplicación del derecho son los reseñados en las codificaciones.

De contera, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el principio de legalidad en una sociedad democrática debe estar vinculado inseparablemente al de legitimidad, de manera que debe coincidir la legalidad formal, que corresponde al contenido de la norma, con la legalidad material, encaminada a la finalidad y a la legitimidad en sí misma de la norma. Así por ejemplo en materia penal de este principio se deriva la garantía criminal -nullun crimen sine legem-, la garantía penal -nula poena sine legem-, la garantía procesal -nemodamneturnise per legalemjudicium- de donde se infiere la existencia de los derechos al juez natural, debido proceso, presunción de inocencia, taxatividad de la ley penal, certeza del derecho y la prohibición de aplicación de la analogía, salvo razones de favorabilidad, encaminados a dar legitimidad a los actos de la administración pública en la persecución de conductas que desmejoran la convivencia pacífica de los asociados.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

En este sentido, “la aplicación del principio de legalidad no es el mero resultado de una opción de técnica legislativa, sino que es el fruto de una concreta y determinada cultura legal donde prima fundamentalmente el valor de la seguridad” (Quintero,1998, pp. 131, 132). Por ello para Gimeno (2010) el principio de legalidad en sede de derecho procesal penal debe ser absoluto, en tanto impone la obligación de iniciar un proceso ante la sospecha de la comisión de cualquier delito, sin que la Fiscalía esté autorizada a solicitar la preclusión ni el Juez a otorgarla, en tanto subsistan los presupuestos materiales que lo hayan provocado y se haya descubierto al presunto autor.

Ahora bien, consideramos que a la “oportunidad” no puede otorgársele la categoría de principio por no cumplir con las características que hemos venido haciendo referencia, sobre todo si consideramos que los principios son aquellas fuentes a las que debe acudir el juzgador cuando requiera colmar vacíos o deficiencias legales, con aptitud jurídica y prevalencia sobre las demás disposiciones, otorgando legitimidad a las normas positivas; en tanto que la “oportunidad” no es el punto de partida o de irradiación de la normatividad, no es prevalente ni independiente sobre cualquier otra regla, basta con mirar los condicionamientos que el legislador primario le imprimió para su aplicación (Corte Constitucional, 2005)¹.

Si los principios constituyen fundamentos sobre los cuales se levanta una estructura jurídica y componen una garantía procesal, no puede concebirse que la “oportunidad” sea un principio. Para Vergara (2011) se erige como institución jurídica dado que su aplicación (valoración) está abrogada al órgano estatal encargado de ejercer la acción penal (dependencia), el que además decide los casos en que ha de ser procedente su aplicación

¹ Sentencia C-673 de 2005, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández, discrecionalidad reglada, en igual sentido Sentencia C- 095 de 2007, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

(prevalencia) con sujeción a la política criminal del Estado. De esta manera, la “oportunidad” debe entenderse como una excepción al principio de legalidad, a pesar de que el legislador le dio la denominación de principio en nuestra norma penal adjetiva.

Esta conclusión es compartida por autores como Díez & Picazo (2000), en tanto el principio de legalidad es la antítesis de la “oportunidad”, por ello dentro de los sistemas procesales penales proponen hablar del binomio obligatoriedad-discrecionalidad. Estos catedráticos (2000) afirmaron:

Obsérvese, incidentalmente, que en algunos países existe una tradición legislativa y doctrinal, en virtud de la cual, para designar estas dos opciones extremas, se suele hablar respectivamente de los principios de ‘legalidad’ y ‘oportunidad’; pero se trata de expresiones jurídicamente ambiguas y, sobre todo, provistas de una pesada carga valorativa. Esta carga valorativa, muchas veces ideológica, viene ligada, tal como se verá en su momento, a motivos que de un lado y del otro del binomio, existen para negar bien la legalidad o bien la oportunidad. Pero, respecto de lo que interesa por ahora, se debe agregar, entonces, que a efectos de la descripción, parece que las expresiones ‘obligatoriedad’ y ‘discrecionalidad’ proporcionan mayor precisión conceptual y neutralidad valorativa. (p.13)

Una mirada universal a la excepción de “oportunidad”

Independientemente de la forma como cada país aborde el tema en su sistema penal, la excepción de “oportunidad” se constituye en una herramienta necesaria para equilibrar las

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

fuerzas procesales frente al aumento ostensible de denuncias generadas en las actuales sociedades civilizadas, en las que no solamente se ha impulsado la accesibilidad del Estado para los ciudadanos rompiendo paradigmas y miedos infundados, sino que a partir de ser el hombre el centro sobre el cual debe girar el Estado se ha venido solicitando de este una mayor actividad para conjurar todos aquellos males que afecten la vida en sociedad. Visto de esta manera el uso razonable de este instituto puede otorgarle al sistema tiempo y recursos para dedicar sus mejores y mayores esfuerzos a los casos donde se haya vulnerado en mayor medida los intereses de la sociedad o en aquellos donde las víctimas no han recibido ningún acto de reparación. Garzón & Londoño (2006) estuvieron de acuerdo con este planteamiento, indicando que el obedecimiento al principio de legalidad no pasa de ser una utopía, en tanto ningún Estado cuenta con la capacidad de reacción para iniciar las acciones penales ante el sin número de conductas ilícitas, ni mucho menos para perseguirlas y obtener los resultados esperados.

En la época contemporánea la persecución penal es un tema de interés público a cargo del Estado, asumido de diferente manera por el sistema jurídico imperante encargado de definir qué delitos debían castigarse. Así, en algunos países la excepción de “oportunidad” es reglada, dado que la ley enmarca claros parámetros donde únicamente puede aplicarse, en tanto que en otros suele ser discrecional, dejando en manos del operador judicial un amplio margen para su concepción. En este sentido, recordemos lo manifestado por López (2005): “En términos generales, el sistema penal acusatorio en el derecho continental ha optado por el instituto de la *oportunidad reglada*, mientras que en el sistema anglosajón prima el principio de discrecionalidad para acusar” (p. 341).

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Esta realidad se patentiza en países como Italia, donde constitucionalmente se ha establecido la obligatoriedad absoluta de investigar y sancionar conductas al margen del ordenamiento penal (principio de legalidad), en tanto que en ordenamientos como el common law la discrecionalidad (oportunidad) es fundamental dentro de la política estatal bajo la mirada del costo-beneficio. Con posturas eclécticas encontramos el caso alemán, donde si bien la obligatoriedad es la regla general, es factible aplicar la discrecionalidad cuando la culpabilidad es mínima o no exista un verdadero interés público en la persecución, en tanto que en Francia predomina la discrecionalidad siempre y cuando la víctima no se haya constituido previamente en parte civil (Aponte, 2009).

Concretamente en el sistema de derecho continental europeo se garantiza la igualdad de todos sus asociados, investigando penalmente todo hecho delictivo en claro predominio del principio de legalidad (Chiovenda, 1977)². En razón a ello, la fiscalía depende de la rama judicial, con una marcada reducción del poder de disposición u “oportunidad” sobre el ejercicio de la acción penal. Los casos en que se admite son condicionados a la utilización de mecanismos de justicia restaurativa, siempre y cuando no resulte exagerado el sacrificio en términos de desprotección del interés general (Corte Constitucional, 2005)³. No existe examen probatorio de la acusación por parte de la sociedad, este lo hace un juez o la propia fiscalía a través de los recursos ordinarios a las decisiones judiciales, y la decisión de archivo está sujeta a control judicial en los casos que la ley lo dispone (Granados, 2005).

² En igual sentido Berzosa Francos Victoria, Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal, 1992.

³ Sentencia C- 673 de 2005, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Contrariamente, el sistema jurídico anglosajón de corte adversarial⁴ implantó la “oportunidad” como principio, otorgándole amplias facultades al fiscal para disponer de la acción penal, bajo consideraciones del mejor interés de la justicia y la conveniencia del ejercicio de la acción. En este sistema, el inicio del proceso o su no impulso se encuentra determinado por la negociación a que llegue la fiscalía y el imputado sin limitaciones (*pleabargaining*), el juez sólo decide sobre los términos de la negociación; así mismo, el imputado puede declararse culpable (*pleagUILTY*) para evitar ser juzgado por un jurado y ser condenado por un hecho más grave o por una pena mayor.

Según Aponte (2009) dicha particularidad obedece a razones históricas que han desembocado en dotar la acción penal de un contenido de estirpe político. En este sentido, el fiscal antes de realizar valoraciones de tipo jurídico, hace juicios de valor fundados en la conveniencia de realizar la investigación o someter a juicio a una persona. Esa es una de las razones principales por las cuales el fiscal es elegido popularmente a nivel estatal y designado por el Presidente en el caso de los fiscales federales.

Se deriva de lo expuesto, que al dotar de fundamento político el ejercicio de la acción penal, varía también la naturaleza de los controles respecto del ejercicio de ella. Surge entonces el *indictment* del gran jurado, filtro popular al ejercicio de la acción penal que tiene doble connotación, en tanto constituye un mecanismo idóneo para garantizar que no se somete a juicio a una persona mediante acusaciones infundadas que le causen daño injustificado, y crea un escenario que permite realizar el primer examen a los fundamentos

⁴ El proceso acusatorio acuña su adjetivo de “adversarial”, que proviene del término anglosajón *adversarysystem*”.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

probatorios de la acusación, a efectos de preservar la legitimidad del sistema y evitar que una acusación débil no supere el juicio (Bazzani, 2004). Ese manejo de los casos es sin lugar a dudas una variante importante del principio de oportunidad en ese sistema, pues a pesar que la conducta objetivamente constituya un delito no siempre deviene en un proceso que haya de castigar a los responsables.

Como ya se anuncio, es de común ocurrencia en la dogmática penal los sistemas intermedios, que básicamente mantienen como características principales la estricta legalidad con aplicación de la excepción de “oportunidad” a partir de reglamentación taxativa en la ley y/o con control judicial (Aponte, 2009). Se introducen algunos criterios reglados para la aplicación de la “oportunidad”, tales como la mínima gravedad de la conducta, descongestión del sistema judicial y la pena natural que surge de ciertas conductas donde el sujeto pasivo es una persona muy allegada al victimario.

Alemania es el país bandera de este tipo de sistema intermedio. Desde los años 70 estableció como regla el principio de “legalidad” y como excepción la “oportunidad”, describiendo exegéticamente los casos en los que el ente acusador puede suspender o renunciar la persecución penal, siempre y cuando tal decisión sea aprobada por un juez (Bazzani, 2004). De esta manera, la fiscalía está obligada a iniciar la acción penal sobre todas aquellas conductas que objetivamente puedan constituir delitos y encuentren algún soporte probatorio, pudiendo aplicar la excepción de “oportunidad” frente a conductas insignificantes o de mínima culpabilidad, delitos de mediana gravedad, siempre y cuando medie la reparación, y finalmente en delitos políticos por razones de seguridad del Estado o

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

intereses superiores a la persecución penal. La ley también faculta al Fiscal General Federal para no aplicar la pena en el caso de colaboración con la justicia, cuando el autor de un delito político contribuye a evitar un peligro para la existencia o seguridad de la República o el orden constitucional, y en general ante colaboración con la justicia, bajo el criterio de mayor interés (Corte Constitucional, 2005)⁵.

En Latinoamérica, para la década de los 80 comenzó a cobrar vigencia la implementación de un sistema acusatorio en materia penal, acogiendo instituciones jurídicas anglosajonas como la “oportunidad”. Este cambio se generó principalmente por la congestión judicial que conllevó el desbordamiento de la delincuencia ante la mirada impotente del Estado por sancionar sus conductas. Incorporar la “oportunidad” significó entonces, reconocer una selección de la actividad penal de parte del legislador y no arbitrariamente por el sistema judicial, además de lograr celeridad procesal al abstenerse de investigar hechos de mínima lesividad (Zaffaroni, 2002, pp. 599, 600). Fue entonces una estrategia estatal que buscó mantener el principio de legalidad en cabeza del sistema como garantía para sus asociados de castigar al infractor del orden social, pero a su vez aplicó la “oportunidad” como excepción a favor de los derechos del imputado en aquellos delitos de escasa relevancia social o de mínima culpabilidad (Aponte, 2009). En estos eventos se parte de la base que si bien la conducta se constituye en un injusto de acción y de resultado, no es proporcional la aplicación de penas con el daño causado a la víctima o a la sociedad. Es justo allí donde el fiscal tiene la posibilidad de suspender un proceso para no exponer al imputado a una reacción penal injustificada.

⁵ Sentencia C- 673 de 2005, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

La excepción de “oportunidad” en la justicia penal colombiana

En el sistema Penal Colombiano surge la obligación de iniciar la investigación una vez se recibe la *notitia criminis*. Tal función fue encomendada por la Constitución Política de Colombia de 1991 a la Fiscalía General de la Nación. Armoniza con los principios y derechos relativos al proceso establecidos en la Carta Fundamental, como el derecho de igualdad ante la ley, artículo 13, que implica la no selección arbitraria de quienes se investigaran; el de independencia de la administración de justicia, artículo 228, que justifica la existencia de un ente investigador distinto al juzgador y obliga a que no dependan de otras ramas del poder público; a la jurisdicción y al acceso a la justicia, artículo 229; al debido proceso y a la presunción de inocencia, artículo 29. De esta manera, mientras la *prosecutorial discretion* anglosajona es regla, en nuestro caso colombiano la “oportunidad” es la excepción (López, 2004)⁶.

La excepción de “oportunidad” en nuestro país tiene rango constitucional. Legalmente fue normada en el título V, libro II de la ley 906 de 2004, título modificado recientemente por la Ley 1312 de 2009 y la Ley 1474 de 2011, además de ser reglamentado por las Resoluciones 6657 de 2004 y 3884 de 2009 de la Fiscalía General de la Nación. En términos generales esta normatividad va encaminada a desarrollar la facultad de la Fiscalía General de la Nación (Ley 1312, 2009)⁷ para aplicar la “oportunidad” después de la formulación de la imputación y hasta antes de la audiencia de juzgamiento (Ley 906, 2004)⁸,

⁶ En igual sentido Ntanda Nsereko Daniel, *Prosecutorial Discretion Before National Courts and International Tribunal*; González Carolina Aristizabal, *Alcance del Principio de Oportunidad en la Nueva Legislación Procesal Colombiana*.

⁷ Artículo 1 cuyo texto fue transcrito en el índice 3.

⁸ Artículo 323 y 327, modificados por la Ley 1312 de 2009.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

siempre y cuando encuentre demostrada una de las causales establecidas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, tenga en cuenta los intereses de las víctimas y este sujeto a la política criminal del Estado (Resolución 6657, 2004)⁹, pero en todo caso, solo procederá “si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad” (ídem)¹⁰, aspectos que permiten diferenciar la “oportunidad” del archivo de las diligencias (ibídem)¹¹.

Podrá concederla bajo la modalidad de suspensión o interrupción de la acción penal, indicando las obligaciones impuestas al beneficiado, caso en el cual después de su cumplimiento procederá la renuncia extinguiendo 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 en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de su aplicación se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas (Ley 906, 2004)¹².

Esta decisión debe ser sometida a control de legalidad material y formal ante el juez control de garantías (Ley 906, 2004)¹³, sin importar la modalidad o fin perseguido con su aplicación (Corte Constitucional, 2005)¹⁴, razón por la cual se puede decir que se trata de una revisión obligatoria y automática desarrollada en audiencia especial, en la que puede

⁹ Modificada por la Resolución 3884 de 2009 de la Fiscalía General de la Nación.

¹⁰ Ley 906 de 2004, artículo 327, modificado por la Ley 1312 de 2009, inciso 3.

¹¹ Ley 906 de 2004, artículo 79

¹² Artículo 329.

¹³ Nos referimos al artículo 327, modificado por la Ley 1312 de 2009, el cual dice: “Control Judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad. (...)”

¹⁴ Sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005, Magistrado Ponente JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

participar la víctima y el representante del ministerio público para controvertir la prueba referenciada por la Fiscalía General de la Nación (Ley 906, 2004)¹⁵. El juez resuelve de plano y contra su decisión proceden los recursos de reposición y apelación, dejando en claro sí, que solo podrá negar la aprobación de la excepción de “oportunidad” si viola un derecho fundamental o una garantía esencial, no desarrolla la política criminal del Estado o hubo en su aplicación un fraude.

La Corte Constitucional (2005)¹⁶ ha venido sosteniendo que en Colombia se acogió un sistema de discrecionalidad reglada, en virtud del cual, si bien es el fiscal el llamado a la aplicación de la “oportunidad” bajo algunos niveles de interpretación, su actuación no es ilimitada, en tanto que las causales están taxativamente enumeradas en la codificación y cada una está constituida por elementos claros que conllevan a valoraciones y fines que indiscutiblemente deben convertirse en el derrotero del fiscal para la aplicación del instituto. Eso explica el especial celo con el que la Corte Constitucional establece su limitación no sólo en la existencia de causales expresas sino también respecto de su claridad, lo que reafirma una vez más nuestra tesis de que la “oportunidad” es una excepción frente al principio de legalidad y no un principio en el rigor etimológico jurídico cuando se trata del ejercicio del *ius puniendi*.

¹⁵ Artículo 327, modificado por la Ley 1312 de 2009, inciso 2.

¹⁶ Sentencia C-673 del 30 de junio de 2005, Magistrado Ponente CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, en armonía con la Sentencia C-095 del 14 de febrero de 2007, Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Bajo estos parámetros de discrecionalidad fue que la Corte Constitucional en la sentencia C-673 (2005)¹⁷ declaró inexecutable la entonces causal 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004¹⁸ por contener elementos vagos y difusos. En esa oportunidad dijo: “ (...) el legislador no reguló con la necesaria precisión y exactitud el ejercicio de esta facultad discrecional con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal en el marco de la política criminal del Estado, vulnerándose de esta manera el artículo 250 constitucional”.

En esa providencia la Corte Constitucional (2005)¹⁹ consideró que las expresiones “dificulte, obstaculice o impida... hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad”, abren la puerta para que el fiscal realice valoraciones subjetivas, que

¹⁷Corte Constitucional, Sentencia No. C-673 del 30 de Junio de 2005, M.P. Clara Inés Vargas: “...Al respecto la Corte considera, que hacer depender la aplicación del principio de oportunidad de una investigación, en cuenta *dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación* hacia otra de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, resulta de esta manera una norma completamente ambigua, indeterminada y oscura... La advertida imprecisión de la norma acusada, imposibilita por su parte el ejercicio de un adecuado y real control por parte del juez de garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del principio de oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley. Es decir, ése diseño normativo vago e indeterminado de la causal acusada, le impide al juez de control de legalidad establecer si el fiscal, al aplicar el principio de oportunidad en el caso particular, dispuso arbitrariamente de la acción penal, o si resultaba desproporcionado su ejercicio previa la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, en razón de los deberes de respeto y protección que enmarcan la actividad del Estado (...).”

¹⁸La causal 16 indicaba: “Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe *dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación* hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas”

¹⁹“Al respecto la Corte considera, que hacer depender la aplicación del principio de oportunidad de una investigación, en cuenta *dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación* hacia otra de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, resulta de esta manera una norma completamente ambigua, indeterminada y oscura... La advertida imprecisión de la norma acusada, imposibilita por su parte el ejercicio de un adecuado y real control por parte del juez de garantías, al no contar con criterios objetivos que le permitan establecer si la aplicación del principio de oportunidad en el caso se ajustó a los límites previstos en la Constitución y la ley. Es decir, ése diseño normativo vago e indeterminado de la causal acusada, le impide al juez de control de legalidad establecer si el fiscal, al aplicar el principio de oportunidad en el caso particular, dispuso arbitrariamente de la acción penal, o si resultaba desproporcionado su ejercicio previa la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, en razón de los deberes de respeto y protección que enmarcan la actividad del Estado”.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

obviamente dificultan la labor del juez de control de garantías para determinar si el fiscal realizó una adecuada ponderación para aplicar el principio de oportunidad.

Dentro de los límites aludidos para la configuración legislativa de las causales de la excepción de “oportunidad”, se encuentra el establecimiento de la verdad, la justicia y la reparación. Sobre este tópico la Corte Constitucional (2010) ²⁰ afirmó:

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, la aplicación de las causales del principio de oportunidad exige un principio de verdad respecto de la autoría y la tipicidad de la conducta, como quiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, a fin de que el fiscal sopesa la pertinencia de dar aplicación al principio de oportunidad y el juez pueda ejercer efectivo control sobre esa determinación. Esto solo es posible a partir de una mínima acreditación de la ocurrencia de un hecho que debe estar previamente definido en la ley.

La excepción de “oportunidad” en la justicia penal militar colombiana

Con la implementación de la excepción de “oportunidad” en la justicia penal militar se levantaría el velo de la arrogante legalidad y del tradicional *ius puniendi*, para dar paso a una justicia histórica y a un aparato que se avenga a las necesidades del momento regulado por una política criminal seria. Vista de esta manera, la “oportunidad” no tendría vocación de ser el antónimo del *principio de legalidad* (Ibáñez & Guzmán, 2005), sino su instrumento

²⁰ Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010, Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

para dar respuesta a las necesidades de la sociedad y especialmente a los integrantes de la Fuerza Pública que son sus destinatarios.

Fueron tan variadas e incisivas las controversias para incluir la “oportunidad” en el borrador del proyecto de Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, que sus autores decidieron eliminar el articulado y con ello continuar con la tradición continental europea de legalidad estricta, distanciándose de la normatividad penal común a pesar de ser ésta la fuente primaria de la nueva codificación. Así entonces, en la actualidad no se cuenta con esta herramienta, propia del sistema acusatorio implantado con esa ley, de modo que cuando se aplique en el territorio nacional será latente la congestión de investigaciones, generando en el mejor de los casos la aplicación de “justicia” tardía o la impunidad producto de las prescripciones, tal como sucede con la justicia ordinaria, donde si bien existe la figura, es bastante tediosa su aplicación. Lo cierto es, que la justicia penal militar no puede ser ajena a institutos jurídicos procesales como la “oportunidad”, si es que se pretende estar a tono con el contexto universal.

Retomando el tema, la excepción de “oportunidad” fue determinada inicialmente como principio por la comisión redactora del nuevo Código Penal Militar²¹. En su aplicación se había determinado la actuación activa del ministerio público, en aras a procurar que la voluntad otorgada fuera real, justa, sin afectación a los principios de la verdad y la justicia. Debía estar regulado dentro del marco de la política criminal del Estado y aplicado por la Fiscalía General Penal Militar y Policial, con control de legalidad por parte del Juez Penal

²¹ Ley 1407 de 2010.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Militar y Policial de Control de Garantías, constituyéndose la “oportunidad” en una de las formas de extinción de la acción penal junto con la muerte del imputado o acusado, la prescripción, amnistía, oblación y caducidad de la querrela. Luego se dijo que no podía tener como referente la política criminal del Estado, sino las necesidades mínimas de la justicia penal militar, sin resquebrajar la disciplina y la estructura jerárquica de la fuerza pública (Acta, 2005)²².

En aquella oportunidad la comisión redactora tuvo en cuenta el principio de oportunidad para aplicarlo en delitos como el tráfico de armas, municiones y explosivos; también para algunos casos de concusión y cohecho dirigidos por verdaderas bandas criminales donde no se podía individualizar responsabilidades, pero que se sabe son dirigidas por uniformados que prevalidos de sus cargos utilizan a los subalternos para hacerle daño a la imagen y funcionamiento de la fuerza pública.

Finalmente fue derrotado la inclusión de la “oportunidad” como principio en la jurisdicción penal militar, argumentado que ninguna de las causales le otorgaba un verdadero beneficio a las Fuerzas Militares o Policía Nacional, en tanto estaban diseñadas para luchar contra la macro criminalidad y desvertebración de organizaciones criminales, lo que a todas luces reñía con la finalidad constitucional para las cuales habían sido creados estos organismos de seguridad del Estado y por ende rompía cualquier nexo para ser aplicados por la jurisdicción especializada.

²²Comentario del Dr. Andrés Fernando Ramírez en la mesa de trabajo de la comisión redactora.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Otra de las razones que tuvieron peso al momento de excluir la excepción de oportunidad del estatuto penal militar fue la lectura equivocada que se hizo del artículo 250 de la Constitución Política Colombiana, modificado por el acto legislativo 03 de 2002. El error consistió en afirmar categóricamente que por mandato constitucional estaba prohibido aplicar la “oportunidad” en la justicia penal militar, cuando lo que en verdad se está delimitando es la exclusiva competencia de la Fiscalía General de la Nación para investigar los delitos comunes, con la consecuente facultad reglada de renunciar a la persecución penal, competencia que no abarca los aspectos del fuero que deben ser tratados por la justicia penal militar en forma exclusiva (Corte Constitucional, 2007)²³.

La Corte Constitucional (2005)²⁴ respecto a esta interpretación errónea indicó:

A primera vista se podría pensar que la expresión final del primer inciso del artículo 3 del Acto Legislativo 03 de 2002 resultaría ser repetitiva o inocua, dado que el artículo 221 de la Constitución excluye del ámbito de competencia de la jurisdicción ordinaria los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. No obstante lo anterior, estima la Corte que en virtud del principio del efecto útil según el cual “debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias”²⁵, es preciso acordarle un sentido a la mencionada expresión en el contexto de la reforma al sistema procesal penal.

(...)

²³Corte Constitucional, Sentencia C-928 del 7 de noviembre de 2007, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁴Corte Constitucional, Sentencia C- 591 del 9 de junio de 2005, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵Corte Constitucional, Sentencia C-569 de 2004

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

En otras palabras, una interpretación sistemática del artículo 221 constitucional con la expresión “Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, del primer inciso del Acto Legislativo 03 de 2002 conduce a afirmar que la jurisdicción penal ordinaria es incompetente para conocer de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo, y que a su vez, en la justicia penal militar, si bien deben respetarse los principios generales consagrados en la Constitución en relación con el debido proceso y las garantías judiciales, no le resultan igualmente aplicables los principios enunciados en el primer inciso del artículo 250 constitucional, referidos de manera particular al sistema procesal penal con tendencia acusatoria. Es decir, el Acto Legislativo 03 de 2002 no modificó los criterios sentados por la Corte en la citada sentencia C- 358 de 1997, para delimitar las competencias entre la justicia ordinaria y la justicia penal militar.

Podemos afirmar que a partir de esta norma superior surgen claramente dos situaciones relevantes para este trabajo, la primera relativa a la competencia de la justicia penal militar para investigar y sancionar al personal activo de fuerza pública por delitos que tengan relación con la misionalidad institucional, concordante con el artículo 221 ídem, y la segunda, la constitucionalización de la “oportunidad” como una excepción al principio de legalidad, por medio del cual se puede renunciar a la persecución penal, aplicable tanto al ordenamiento penal común como al militar, en tanto que no se excluye para este último.

Finalmente debe mencionarse otro aspecto esgrimido para excluir la excepción al principio de legalidad. Consistió en el falso prejuicio, difícil de superar, que la justicia penal militar no hace parte de la estructura de la rama jurisdiccional del poder público y por ende

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

no tiene facultad para decidir sobre la renuncia a perseguir las conductas al margen de la ley. Tal postura olvida que a la luz del artículo 116 de la Carta Magna, administra justicia en su ámbito de competencia, por ende, sus jueces castrenses son operadores judiciales y sus decisiones verdaderas providencias (autos y sentencias) y no simples actos administrativos, a pesar de pertenecer a la Rama Ejecutiva del poder público – Ministerio de Defensa Nacional - Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar. A contrario de lo expuesto por los contradictores, esa pertenencia se convierte en una fortaleza para la Fiscalía Penal Militar y Policial, titular de la acción penal, en tanto supera la discusión política que en la actualidad se genera en la justicia ordinaria, donde se plantea la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación pertenezca al Ejecutivo y no a la Rama Judicial del poder público.

A pesar de no contar normativamente con esta herramienta, es una verdad incuestionable que al interior de la Fuerza Pública se viene aplicando de facto la “oportunidad”. En efecto, ante un caso de retardo, deserción, desobediencia, peculado culposo, etc., los mandos aplican correctivos menores para no “perjudicar” al subalterno con un informe a la justicia penal militar, por ende, en muchos casos no se adelanta investigación penal y a lo sumo la conducta tan solo es sancionada disciplinaria o administrativamente.

No obstante que el sistema penal acusatorio que se implementa en la justicia penal militar a través de la Ley 1407 de 2010, con fundamento en el principio de legalidad establece que la Fiscalía General Penal Militar y Policial está obligada a iniciar la acción penal en todos aquellos eventos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, consideramos que de conformidad con lo dispuesto en éste trabajo,

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

dicho ente puede tener la posibilidad de suspender, interrumpir y renunciar a la persecución penal en los casos concretos que aquí se establecen para la aplicación de dicha excepción.

Lo anterior por cuanto en esa tensión que surge entre el principio de legalidad y la “oportunidad” el primero debe ceder ante esta última, al ser un hecho evidente que ni aun en una jurisdicción especializada, como lo es la justicia penal militar y policial, por eficaz que sea es posible atender en forma efectiva todas las noticias constitutivas de un hecho punible que lleguen a su conocimiento y por ello como lo señala el profesor Gómez (2003) “se plantea la necesidad de tratar con franqueza el problema permitiendo una flexibilización del principio de legalidad o una disminución de su intensidad formal justificada por razones de prevenciones general y especial ligadas a profundas consideraciones sobre la necesidad y la conveniencia de la represión penal en un caso concreto” (p. 168-171).

Así entonces, consideramos que la excepción de “oportunidad” debe incluirse en el nuevo sistema penal acusatorio de la justicia penal militar y policial, para no aplicar el principio de legalidad en toda su extensión, buscando celeridad en los procesos, mayor atención a los casos relevantes para los intereses de la fuerza pública, minimizar los juicios, incentivar la colaboración con la justicia, incentivar la justicia restaurativa, evitar duplicidad de esfuerzos investigativos, entre otras cosas. La propuesta que hacemos consiste en implementar la “oportunidad” de forma reglada, buscando conservar la tradición jurídica continental europea alemana, con el ejercicio plenamente delimitado del fiscal bajo unas causales claramente propuestas y condicionado su aprobación a un juez, aprovechando que en la jurisdicción castrense, contrario de la ordinaria, la Fiscalía como sujeto activo de la acción penal dependerá de la Rama Ejecutiva del Poder Público – Ministerio de Defensa

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Nacional-, y como tal podrá aplicar con mayor amplitud su discrecionalidad a través de la excepción de oportunidad, obviamente bajo una seria “política criminal castrense”.

Aplicando la excepción de “oportunidad” bajo los supuestos que más adelante enunciaremos, no se incentivaría la comisión de delitos en los miembros de la Fuerza Pública, por el contrario, permitiría conocer causas y motivaciones para enfrentarlos, atacarlos de raíz, implementando verdaderas estrategias de prevención al interior de cada institución. A manera de ejemplo, la justicia penal militar en la Policía Nacional lleva un gran número de investigaciones por lesiones, abuso de autoridad, homicidios culposos, donde la carencia de instrucción y desconocimiento de la ley en general por parte del personal, en especial el de base, son las causas generadoras de la mayoría de estas conductas.

La propuesta busca en consecuencia aplicar en el nuevo sistema procesal de justicia penal militar la “oportunidad” como una excepción al principio de legalidad, para suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, según causales taxativamente definidas en una ley que para esta finalidad se implemente, con sujeción a la reglamentación expedida por el fiscal general penal militar y sometido a control posterior de legalidad ante el juez penal militar y policial de control de garantías. Su finalidad concreta será que por medio de la aplicación de la excepción, el Estado renuncie a investigar una conducta con características de delito o a la acusación de los presuntos responsables, a pesar de que existan suficientes motivos para hacerlo, sólo por razones trascendentes de política criminal en justicia militar o policial, a partir de la audiencia de imputación de cargos y hasta antes de iniciarse la audiencia de corte marcial.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Para facilitar el ejercicio de esta excepción, el fiscal podrá acudir a los mecanismos de *suspensión o interrupción* de la actuación con el fin de verificar el cumplimiento de las condiciones convenidas, para que después de satisfechas pueda aplicar la *renuncia*. En caso contrario, si no se verifica la condición o no se cumple la promesa del eventual beneficiado, deberá continuar el proceso sin que los hechos admitidos por parte del imputado o acusado para estos efectos se puedan utilizar como prueba de culpabilidad.

Así entonces, proponemos como regla general que la renuncia operará cuando el fiscal de conocimiento encuentre cabalmente cumplidas las exigencias fácticas, jurídicas, probatorias y las condiciones expedidas por el fiscal general penal militar. Será obligatoria la intervención del juez penal militar y policial de control de garantías, en audiencia preliminar que deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la decisión de la Fiscalía en tal sentido y de la respectiva comunicación al juez.

Si para el cumplimiento de las condiciones convenidas por el imputado o acusado con el fiscal de conocimiento se requiere de un tiempo determinado no superior a 3 años ni inferior a 6 meses, se podrá suspender el ejercicio de la acción penal para que se pueda lograr la renuncia y extinción de la persecución penal, previa autorización del fiscal general penal militar y policial. En caso contrario, se restablecerá la obligatoriedad de proseguir la actuación, sin contar este lapso para efectos procesales distintos a la prescripción. Tanto la suspensión como la posterior renuncia deberán ventilarse ante el juez penal militar de control de garantías.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Ahora bien, la interrupción de la persecución penal, como mecanismo facilitador de aplicación de la excepción de “oportunidad”, podría darse en todas las causales y buscando los mismos fines de la suspensión de la acción, solo que sin superar los 6 meses. En el evento de incumplimiento deberá proseguirse la actuación sin contar este lapso para efectos procesales distintos a la prescripción. Con esta figura se busca darle mayor movilidad al fiscal de conocimiento para que intente, dentro de los casos taxativamente expresos para la aplicación de la excepción de oportunidad, llevar a feliz término el cumplimiento de las obligaciones que adquiriera el procesado, con la finalidad de renunciar a la acción penal. Dado que en la práctica operaria para conductas punibles que no conlleven mayor relevancia social o institucional o de fácil resarcimiento, la interrupción no podrá superar los 180 días. Para efectos de no permitir un lapso bastante significativo de inoperancia de la acción penal, no podrá ser acumulativa con la suspensión, de modo que el fiscal de conocimiento deberá realizar una evaluación sustancial de la acción a ejecutar.

Desde el momento en que el fiscal de conocimiento diseñe el programa metodológico de investigación del caso, debe prever la posibilidad de aplicar la excepción de “oportunidad”. En ese evento, deberá observar la reglamentación interna de la Fiscalía General Penal Militar y Policial sobre la materia que, entre otras actividades y partiendo de la experiencia de la justicia penal ordinaria, le señalaría:

- 1.- La obligación de informar de inmediato a su superior jerárquico.
- 2.- El registro del inicio del trámite en la carpeta del caso.
- 3.- Ubicación de la víctima del injusto, para informarle sobre la eventual renuncia a la persecución penal y escuchar su pretensión de reparación del daño.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

4.- Atender el desarrollo legal previsto para la suspensión o interrupción de la acción penal y el cumplimiento de las condiciones aceptadas por el imputado.

5.- Acudir, previa solicitud de fijación de día y hora para la realización de la audiencia correspondiente, ante el juez penal militar y policial de control de garantías para la verificación de la legalidad de lo actuado y obtener la extinción de la acción penal, con citación del ministerio público y de la víctima, si se conociere.

Al efecto, de conformidad con el Manual de la Fiscalía General de la Nación (2009)²⁶ en el formato correspondiente que adopte la Fiscalía General Penal Militar y Policial se deberá consignar lo siguiente:

- 1.- Ciudad, fecha y hora.
- 2.- Código Único de investigación.
- 3.- Clase de audiencia preliminar que se solicita, para el caso, control de legalidad en la aplicación de la excepción de “oportunidad”.
- 4.- Delito por el que se procede.
- 5.- Datos para citar y notificar a las partes e intervinientes.
- 6.- Sujeto procesal que solicita la audiencia, en este caso, únicamente la Fiscalía.

²⁶ Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, Fiscalía General de la Nación, 2009, p. 218.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación a la excepción de “oportunidad”, el juez penal militar de control de garantías de turno citará a audiencia preliminar de control de legalidad. Deberá ser breve y ágil, desprovista de formalidades innecesarias; robustecida por el respeto a la legalidad, la dignidad humana, la imparcialidad e igualdad; garantista del acceso de las víctimas a la administración de justicia. Atendiendo estos principios, consideramos que la audiencia debe desarrollarse en los siguientes términos:

1.- El fiscal presenta el caso, indica los elementos materiales probatorios que le permite inferir la autoría o participación del imputado en la conducta delictiva.

2.- Expone las circunstancias que acreditan la causal aplicable a la excepción de “oportunidad”.

3.- Señala la pretensión de resarcimiento del daño que invoca la víctima, de haber sido posible su contacto, quien debe acreditar esa calidad.

4.- El juez concede la palabra a víctima y ministerio público para que, si lo estiman pertinente, controviertan la posición de la fiscalía, en especial respecto de los elementos de conocimiento que expuso, luego de lo cual decide procediendo los recursos ordinarios.

5.- La fundamentación fáctica, probatoria y jurídica de la decisión, debe hacer referencia a la existencia del mínimo de medios de conocimiento, elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida, que permitan al juez inferir la tipicidad del hecho, autoría o participación, así como el cumplimiento de las condiciones exigidas para la estructuración de la causal invocada.

6.- La controversia por parte de la víctima y el ministerio público, sólo puede extenderse a las prerrogativas que a cada uno le corresponde legalmente. A la primera,

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

respecto de sus intereses indemnizatorios; al segundo, con el fin de procurar que la voluntad otorgada sea real, así como los principios de verdad y justicia. No podría la víctima, por ejemplo, entrar a controvertir las razones de política criminal invocadas por la Fiscalía para la aplicación de la “oportunidad”.

7.- No siempre es necesaria la presencia de la víctima en la audiencia especial de control de la legalidad para la aplicación de la excepción de “oportunidad”, toda vez que su intervención es facultativa y depende de la causal invocada. En todo caso, debe tenerse la seguridad de que tuvo oportuno conocimiento de su derecho a ser oída por el juez penal militar y policial de control de garantías.

Tratándose de causales que requieren reparación integral del daño, como condición previa para la aplicación de la “oportunidad”, debe tenerse en cuenta que la víctima podría manifestar desinterés en ella, o la intención de buscarla por la vía de la jurisdicción civil, hipótesis en las cuales nada impediría la extinción de la acción penal a través de este mecanismo (Manual, 2009)²⁷.

En general, el fiscal deberá tener en cuenta una lista de chequeo para realizar una aplicación práctica de la “oportunidad” en la justicia penal militar, por lo cual consideramos que en su exposición oral deberá tener en cuenta los siguientes puntos: (i) en qué momento procesal se encuentra, teniendo en cuenta que la excepción de “oportunidad” opera desde la investigación hasta antes de la audiencia de juzgamiento (Ley 906, 2004)²⁸; (ii) de cuáles

²⁷ Se toman algunos aspectos descritos en el Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, Fiscalía General de la Nación, 2009.

²⁸ Artículo 323, modificado por la Ley 1312 de 2009.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

elementos materiales probatorios e información legal obtenida puede inferirse razonablemente que la conducta punible ocurrió y que el imputado o acusado probablemente es el autor o partícipe, (iii) la causal procedente, para lo que debe analizar cada uno de los requisitos (fácticos, jurídicos, probatorios) y suministrar los medios de conocimiento que le sirven de soporte (Ley 906, 2004)²⁹; (iv) la inexistencia de prohibiciones generales o específicas para cada delito (ibídem)³⁰; (v) la competencia para tomar la decisión de aplicar la excepción de “oportunidad”, de acuerdo con el trámite interno de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y conforme a la causal invocada; (vi) la modalidad de aplicación, sea que se trate de renuncia, suspensión o interrupción ; (vii) la forma cómo se garantiza los derechos de las víctimas, y (viii) las razones de política criminal del Estado frente a la situación específica (Ley 906, 2004)³¹.

Analizados los aspectos de procedimiento para la aplicación de la excepción de “oportunidad”, nos adentraremos en las causales y los delitos en los que podría aplicarse en la justicia penal militar, sin menoscabar los pilares que fundamentan su existencia y bajo el entendido que ninguna de ellas podría operar en delitos contra el derecho internacional humanitario, ni en conductas dolosas cuya víctima sea un menor de 18 años (Corte Constitucional, 2009)³².

Previo a ello, es del caso precisar la existencia de dos tipos de delitos que pueden ser cometidos por los aforados de la Fuerza Pública y que en el desarrollo de las causales

²⁹ Artículo 324, modificado por la Ley 1312 de 2009.

³⁰ Ley 906 de 2004, artículo 324, modificado por la Ley 1312 de 2009, párrafos 1 a 4.

³¹ Artículo 321.

³² Corte Constitucional, sentencia C- 936 del 23 de noviembre de 2010, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

constantemente aquí se mencionaran, a saber: los delitos comunes, por expresa remisión del artículo 177 de la Ley 1407 de 2010, contenidos en el código penal ordinario o normas complementarias, y los delitos típicamente militares, consagrados en la parte especial del código penal militar, con un amplio catálogo desde el artículo 93 al 170 ibídem, entre los que a manera de ilustración podemos citar la insubordinación, desobediencia, ataques y amenazas a superiores e inferiores, abandono del comando, abandono del puesto, abandono del servicio, desertión, delito del centinela, ataque al centinela, de la libertad indebida de prisioneros de guerra, de la omisión en el abastecimiento, de la cobardía, de la falsa alarma, peculado sobre bienes de dotación, revelación de secretos, comercio con el enemigo.

Lo importante a observar en los delitos comunes es que se cumplan los presupuestos establecidos en los artículos 1 al 5 de la Ley 1407 de 2010 para que tenga aplicación el fuero castrense, a saber: i) que el autor o participe sea un miembro de la Fuerza pública en servicio activo, ii) que la conducta investigada tenga relación con el servicio, iii) que la conducta no sea de aquellas de tal gravedad que rompan de por sí cualquier relación con el servicio, como lo son los crímenes de lesa humanidad, genocidio, violencia sexual, desaparición o desplazamiento forzado, ejecución extrajudicial, tortura.

Igualmente se hace necesario indicar, que las fuentes para proponer las causales tienen como sustento principal las contenidas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, y que por metodología tan solo en cada una se mencionara su aplicación o exclusión teniendo en cuenta los dos tipos de delitos ya anunciados.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

En consideración a lo expuesto las causales propuestas para la aplicación de la excepción de “oportunidad” en la justicia penal militar colombiana son:

1.- *Cuando se tratara de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de seis (6) años, o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.*

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior. (Ley 906, 2004, art.324)³³

Se exceptúa de esta causal los delitos contra la disciplina, el servicio, los intereses de la fuerza pública, la seguridad de la Fuerza Pública, cobardía, cobardía en el ejercicio del mando, cobardía por omisión, comercio con el enemigo³⁴.

Esta causal primera plantea los siguientes aspectos a saber: (i) que el extremo máximo de la pena prevista en el respectivo tipo penal no supere los seis años de prisión, (ii) se exceptúa de esta causal los delitos contra la disciplina, el servicio, los intereses de la fuerza pública, la seguridad de la Fuerza Pública, cobardía, cobardía en el ejercicio del mando, cobardía por omisión, comercio con el enemigo, conductas “típicamente militares o policiales”, porque se pretende salvaguardar bienes jurídicos esenciales para la existencia y

³³ Numeral primero.

³⁴ Se busca salvaguardar los pilares fundamentales de la Fuerza Pública en la ejecución del mandato constitucional.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

misión constitucional asignada a la Fuerza Pública, además, porque el sujeto pasivo de la conducta sería el Estado y no podría ser reparado en los términos propuestos; iii) podría operar en delitos como: abuso de confianza, homicidio por piedad, inducción o ayuda al suicidio, lesiones personales, omisión de socorro, actos de racismo o discriminación, privación ilegal de la libertad, peculado por uso, peculado culposo y delitos del estatuto punitivo castrense como el peculado sobre bienes de dotación, peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos, abuso de autoridad especial, hurto de uso, violación de habitación ajena, daño en bien ajeno, tráfico de influencias para obtener ascensos, y (iv) que se haya indemnizado integralmente a la víctima, persona que ha sufrido un daño cierto, real y concreto derivado de la conducta punible, independientemente de que el autor tenga o no vínculos de parentesco con el sujeto pasivo.

Los delitos sucintamente referidos son de menor gravedad y por lo tanto objeto de una menor penalización, gran parte de estos querellables. De acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional (2005)³⁵ el quantum punitivo permitiría establecer la competencia para que el fiscal de conocimiento pueda aplicarla autónomamente, es decir, sin autorización del fiscal general penal militar y policial.

Consideramos novedosa esta causal para la justicia castrense, porque con ella se desarrollaría una nueva alternativa en materia de solución de conflicto penal asociada a la indemnización integral de la víctima; se democratizaría el proceso penal militar, permitiendo una mayor participación de la víctima. La labor del fiscal penal militar sería la de buscar fórmulas para que la obligación civil se cumpla y así acatar uno de los presupuestos para dar aplicación a la excepción de “oportunidad”.

³⁵ Nos referimos a las sentencias C- 673 de 2005, en armonía con la C-098 de 2007.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

En este punto es necesario considerar que todo delito, por insignificante que sea o por la mínima culpabilidad con que actúe el autor o partícipe, genera responsabilidad civil en favor de las víctimas.

Teniendo como derrotero la Ley 906 de 2004³⁶, cuando se tengan claras las condiciones el fiscal deberá fijar el tiempo para el cumplimiento de un periodo de prueba, que no podrá ser superior a tres años, y especificará una o varias de las siguientes condiciones a cumplir el imputado o acusado, según la naturaleza del delito: i) residir en un lugar determinado e informar al fiscal cualquier cambio, ii) someterse a un tratamiento médico o psicológico; iii) no poseer o portar armas de fuego, iv) no conducir vehículos automotores, naves o aeronaves; v) la reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley, vi) la realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas, vii) la colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento, viii) la manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa; ix) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

2.- 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 se comprometa a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

³⁶ Se tomó como referencia el artículo 326.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

En este último evento los efectos de la aplicación de la oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio (Ley 906, 2004)³⁷. Esta causal únicamente aplica para delitos típicamente militares.

Esta causal se puede denominar como de “colaboración” por excelencia, mientras otras causales como la primera están estructuradas a partir de la no necesidad de la pena o de la solución alternativa del conflicto penal. En esta se parte de la base de que sí existe necesidad de pena para la persona que resulte beneficiada con la aplicación de la excepción de “oportunidad” y dicha necesidad no se sule a través de mecanismos alternativos, por lo cual se plantean los siguientes aspectos jurídicos a tener en cuenta: (i) la trascendencia de la información suministrada por el imputado o acusado, la cual se traduce en una “colaboración” que debe ser además “eficaz”, para impedir que continúe la ejecución del delito que ya se ha iniciado o evitar que se realicen otros; (ii) en el evento que el imputado o acusado actúe como “testigo de cargo” (Gómez, 2006 pág. 160), concepto que está ligado a la eficacia probatoria de la declaración y no al testimonio de poca trascendencia, la información debe permitir desvertebrar cualquier conato de organización al margen de la ley o sancionar efectivamente a los autores o partícipes de una conducta al margen de la ley, evitando así que una investigación perdure durante años sin que se obtengan resultados concretos y un verdadero castigo a los responsables (Perdomo, 2005 pág. 135); (iii) la figura de la inmunidad – total o parcial - que permite llevar a juicio el testimonio de una persona a pesar de que los datos que ésta suministre den cuenta de su participación o autoría en una conducta punible,

³⁷ Esta causal fue elaborada con base en las causales 4 y 5 del artículo 324.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

quedando el Estado imposibilitado para utilizar dicha información contra éste (Bedoya, 2008 pág. 160). El tema de la inmunidad prácticamente carece de regulación en Colombia, pues la única norma que lo menciona es el numeral sexto del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, de ahí que algún sector de la doctrina considera que esta causal no puede aplicarse hasta tanto se reglamente lo atinente a este instituto jurídico de política criminal; (iv) el balance de intereses que supone su aplicación, por tal motivo el fiscal penal militar debe analizar en cada situación concreta si la colaboración del imputado es eficaz para detener la ejecución de la conducta punible, evitar que se inicie la ejecución de otros delitos o contribuye decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave. Deberá el fiscal penal militar valorar si lo que se pretende evitar es un delito grave para los intereses de la Fuerza Pública o si por el contrario, es una conducta que podría caer en el delito de bagatela o de poca lesividad³⁸, la imposibilidad de

³⁸La Corte Constitucional en la sentencia C-095 de 2007 indicó: “En efecto, conforme lo dispone el artículo 250 superior, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y no podrá 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.” La Carta no dice expresamente que la colaboración con la justicia no pueda ser un criterio válido para la aplicación del principio de oportunidad.

Antes bien, del estudio de los antecedentes del Acto Legislativo 02 de 2003 en el Congreso de la República se desprende que tal tipo de criterios fueron puestos como ejemplo de la aplicación “en forma larvada” del principio de oportunidad penal, que ya venía haciéndose antes de la reforma constitucional. En efecto, como arriba se dijo, sobre este particular la Corte ha hecho ver lo siguiente:

“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; ... (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 *pleagUILTY* o confesión dirigida a evitar el juicio, y del *pleabargaining*, 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...”

Es verdad que de la Carta emanan otros límites implícitos a los que está sujeto el legislador a la hora de establecer las causas de aplicación del principio de oportunidad, a los que la Corte antes hizo referencia. Por ejemplo, las normas internacionales que imponen la efectiva obligación de prevenir, perseguir y sancionar ciertos crímenes considerados muy graves por la comunidad internacional constituyen una limitación a esa facultad legislativa, como anteriormente se ha analizado. No obstante, ni de dicha preceptiva internacional ni de la Constitución Política se desprende la prohibición general de establecer la efectiva colaboración con la justicia como criterio válido de aplicación del principio de oportunidad.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

lograr dichos resultados a través de los mecanismos ordinarios de persecución penal; (v) también cuando la información eficaz suministrada por el imputado o acusado permita la desarticulación de agrupaciones al margen de la ley. El fiscal deberá tener en cuenta que esa colaboración del imputado evitaría que delitos iniciados se consumen o que se inicien otros, debe ser tan importante que permita resolver casos de investigación compleja, de manera que el fiscal concluya que por razones de política criminal es benéfico renunciar a la acción penal de uno de los investigados, a fin de sancionar a varios de los demás integrantes; (vi) resulta claro que al interior de la Fuerza Pública no pueden existir bandas de delincuencia organizada, precisamente por ello no es aplicable a delitos ordinarios. Lo que se pretende es que ante la consumación sistemática de delitos “militares” que afecten el normal desarrollo de las labores de las Fuerzas Militares o la Policía Nacional o pongan en entre dicho su efectividad, exista la posibilidad de aplicar la “oportunidad” para el imputado o acusado que libremente decida colaborar eficazmente en desenmascarar los autores o partícipes de ella. Tenemos casos como el delito de inutilización voluntaria para obtener el reconocimiento de prestación social, donde son varias las personas que coadyuvan en su perpetración; o el delito de comercio con el enemigo, el de revelación de secretos, sabotaje por destrucción o inutilización, delito de peculado por apropiación, por mencionar algunos en los que es evidente la coautoría o participación y por falta de mecanismos como la excepción de “oportunidad” no se puede lograr la desarticulación de todos los que actuaron de una u otra forma; (vii) la adopción de medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el imputado o acusado y la modalidad en que procedería la facultad del fiscal

Ahora bien, dentro de las causas que llevaron al constituyente a modificar el artículo 250 superior para incorporar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad penal, se encuentra la consideración según la cual el aumento de la criminalidad y el consecuencial retraso de la justicia penal aconsejaban definir mecanismos para hacer efectiva la actividad estatal y los medios personales y materiales para perseguir dicha criminalidad, dentro de los cuales la llamada colaboración con la justicia puede ser una importante herramienta para conseguir la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.”

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

sería la de suspensión, interrupción, para luego renunciar a la acción; en los dos primeros eventos los efectos de la aplicación del criterio de “oportunidad” serán revocados si la persona beneficiada incumple con la obligación que la motivó y se podrá procesar al testigo penalmente por el delito con relación al cual invocó el privilegio, pero sólo se podrá utilizar en su contra elementos materiales de pruebas totalmente independientes o desvinculados de lo que el testigo declaró obligado bajo inmunidad.

Se propone que esta causal sea del resorte exclusivo del Fiscal General Penal Militar y Policial, en atención al balance de intereses que supone su aplicación.

3.- Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, 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. (Ley 906, 2004, art. 324)³⁹

Esta causal tiene tres requisitos básicos: (i) que se trate de conductas culposas y no pueda aplicarse para delitos dolosos o preterintencionales, a manera de ejemplo en la justicia penal militar podemos citar el homicidio culposo y lesiones personales culposas, (ii) que el imputado haya sufrido daño físico o moral grave debido a un acto imprudente (culposo) originado por el mismo. Es posible que en un mismo caso concurran el daño físico y el daño moral grave (como cuando el padre, por culpa, causa la muerte de su hijo y además se causa lesiones graves, Bedoya, 2007 pág. 121), evento en el cual el fiscal debe hacer alusión a cada

³⁹ Numeral 6.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

tipo de daño e indicar los medios de conocimiento en que se soporta. El daño debe ser grave en el contexto de esta causal, precisamente porque ante consecuencias significativas de la conducta punible para el autor, la imposición de la pena puede resultar desproporcionada o inhumana; (iii) que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique el desconocimiento del principio de humanización de la pena (Velásquez, 1997 pág. 612).

La esencia de la pena natural supone que la vida lo ha castigado suficientemente con un daño físico o moral que supera los efectos represivos de la sanción legal a la que se enfrentaría, o que haría inhumano adicionarle a ese daño un nuevo castigo, esto es conocido como *poena naturalis* (Bacigalupo, 1998 pág. 131 y ss.).

Esta causal se condensa la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, de manera que la sanción legal se convierte en innecesaria (Perdomo, 2005 pág. 143). Dado que no es posible establecer criterios generales para calificar la gravedad del daño físico o moral, le corresponderá al fiscal apoyarse en las reglas de la experiencia y en informe pericial, de manera que pueda obtener resultados cuantitativos y cualitativos, y un real conocimiento del monto de los gastos médicos para recobrar la normalidad alterada, estableciendo si hubo pérdida funcional o anatómica de algún miembro de su cuerpo, incapacidad permanente o transitoria, entre otras situaciones.

Para la configuración de esa causal no hay exigencia de reparación patrimonial, porque el daño se lo auto-infringe el autor de la conducta culposa (Zaffaroni, 2000 pág. 952), a no ser que el perjuicio haya sido a un tercero.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Consideramos importante esta causal en la aplicación práctica que pueda tener en la actividad policial o militar, cuando por ejemplo se enfrenta la delincuencia común u organizada, guerrilla o incluso en guerras internacionales, escenarios donde es posible que por imprudencia, negligencia o violación a los reglamentos se presenten daños colaterales a bienes estatales o pérdidas de vida de amigos, compañeros de armas o como se dice en el lenguaje militar: “propias tropas”, aunado a graves lesiones físicas del autor de la conducta, o a penosas enfermedades psicológicas a consecuencia del sentido de culpa que los acoge. Es en esos casos específicos donde podría operar la causal propuesta.

4.- Cuando la conducta punible imputada o acusada implique riesgo o amenaza grave a la seguridad interior o exterior del Estado (Ley 906, 2004)⁴⁰.

Está basada en la ponderación de los intereses del Estado en el marco de la seguridad nacional o internacional, los fines del ejercicio de la acción penal militar y policial, y en la posibilidad de que éstos cedan ante aquellos en eventos específicos, que deben ser analizados con detenimiento por el funcionario judicial y del fuero penal militar.

A manera de ejemplos de esta causal, citemos la iniciación de un proceso penal contra los integrantes de la Policía que realizaron la captura en Venezuela del integrante de las FARC alias “RODRIGO GRANDA” o contra los miembros de la Fuerza Pública Colombiana que en territorio ecuatoriano dieron de baja al 2º de esa organización terrorista alias “RAÚL

⁴⁰ Se tuvo como referencia la causal 8 del artículo 324. Tal causal fue analizada por la Corte Constitucional en Sentencia C- 095 de 2007.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

REYES”, que en su momento generó grave tensión en las relaciones internacionales en Colombia y el mundo, donde se manejó información clasificada considerada como secreta, sensible y con compromiso de la seguridad del Estado colombiano. También se podría pensar en aquellos asuntos en los cuales el personal de la Fuerza Pública actúa infiltrado en las organizaciones narco guerrilleras.

La hipótesis refiere riesgos o amenazas graves contra la seguridad del Estado. La Constitución Política en su artículo 189-6 al definir las funciones que le corresponden al Presidente de la República como Jefe de Estado, lo obliga a “proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera; y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso”.

Esta clase de medidas extremas se encuentran ligadas de manera íntima con la ejecución de delitos contra la existencia y seguridad del Estado, que incluye los delitos de traición a la patria, menoscabo de la integridad nacional (art. 455), hostilidad militar (art. 456), traición diplomática (art. 457), instigación a la guerra (art. 458), atentados contra hitos fronterizos (art. 459), actos contrarios a la defensa de la nación (art. 460), ultraje a emblemas o símbolos patrios (art. 461) y aceptación indebida de honores (art. 462). Delitos contra la seguridad del Estado, entre los que se encuentran: espionaje (art. 463), violación de tregua o armisticio (art. 464), violación de inmunidad diplomática (art. 465) y ofensa a diplomáticos (art. 466).

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Lo anterior es consecuencia natural del balance de intereses que sirve de fundamento a esta causal, que justifica en cada evento en particular el sacrificio de los fines inherentes al ejercicio de la acción penal en pro de la seguridad del Estado. La causal encuentra fuentes constitucionales y legales que permiten darle sentido y alcance, y evitan cualquier asomo de arbitrariedad por parte de la fiscalía. Será frente a cada caso concreto en donde el ente acusador determinará qué clase de procedimientos e investigaciones pueden conllevar un riesgo o amenazas graves para la seguridad exterior del Estado colombiano⁴¹.

A manera de síntesis, la aplicación de esta causal en la justicia castrense conlleva el análisis de varios aspectos centrales: (i) el riesgo o amenaza grave a la seguridad del Estado, y (ii) que dicho riesgo o amenaza pueda derivarse del ejercicio de la acción penal. Por su connotación o importancia de la causal y sus efectos, consideramos que su aplicación debe ser de competencia exclusiva del fiscal general penal militar y policial.

⁴¹La Corte Constitucional en la sentencia C-095 de 2007 sobre este tópico explicó: “(...) Todas estas referencias constitucionales permiten precisar el alcance de la expresión “seguridad exterior del Estado”. Ella hace alusión a atentados contra la existencia del Estado, contra su integridad territorial, contra la soberanía del poder público, o a agresiones armadas sobre la población y el territorio nacional. En estos casos, los bienes jurídicos que constituyen tal soberanía, tal integridad territorial y la existencia misma del Estado prevalecen sobre el interés también público implícito en la persecución de los delitos. Es decir, la persecución criminal debe renunciarse para garantizar la efectividad de aquellos fundamentos mismos de la organización política.

De esta manera, para la Corte la definición del concepto de “seguridad exterior del Estado” viene dada por los mismos términos constitucionales. Es cierto, sí, que los servicios de seguridad fueron confiados por el constituyente de manera exclusiva al Jefe de Estado, como jefe supremo de las Fuerzas Armadas, con el fin de que pueda cumplir con su obligación de “proveer a la seguridad exterior de la República”. Es cierto también que al jefe de Estado le corresponden facultades discrecionales para evaluar cuándo determinada circunstancia constituye una amenaza para dicha seguridad exterior, y competencias para responder con acciones concretas destinadas a defender al Estado en esa situación. No obstante, de todo lo anterior no se desprende ni que el término “seguridad exterior del Estado” sea absolutamente indeterminado, pues como se vio hace referencia a precisos aspectos señalados expresamente en la propia Constitución, ni tampoco que, dentro del ejercicio concreto de la acción penal, al Ejecutivo le corresponda intervenir en los procesos para definir cuándo el procedimiento penal pueda significar una amenaza para la seguridad exterior del Estado, asunto que en todo caso queda librado a la decisión del fiscal, sujeto al control de juez de garantías.”

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

5.- *Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social. (Ley 906, 2004, art. 324)*⁴².

Esta causal presenta los siguientes requisitos: (i) que la imputación subjetiva sea culposa (Caro, 2007 pág. 275), y el resultado haya sido ocasionado por una serie de factores que le permitan al fiscal calificar la conducta como de escasa o de poca significación jurídica y social, sin que ese juicio desnaturalice la conducta y la haga atípica, le quite el carácter de antijurídica o elimine el juicio de reproche (inculpable). En los delitos culposos que consagra nuestro ordenamiento jurídico común y extensivo al penal militar encontramos, entre otros, los siguientes: lesiones personales culposas, homicidio culposo, peculado culposo, favorecimiento de la fuga de presos culposo, incendio y otros delitos derivados del art. 331 del Código Penal, daño a los recursos naturales y contaminación ambiental culposa; (ii) la conducta debe estimarse como de mermada significación jurídica y social, que en palabras de la Corte Constitucional se tratarían de las conductas denominados por la doctrina como “delitos de bagatela” , caracterizados por la poca o reducida significancia frente al bien jurídico tutelado, esto es, en la que los factores que la determinan permiten calificarla como una acción de reducida importancia jurídica y social⁴³.

⁴² Numeral 11.

⁴³ La Corte Constitucional en la sentencia C-095 de 2007 sobre el significado de la expresión mermada significación jurídica y social, indicó: “(...) la mermada significación social de una conducta punible es la causal que en el derecho comparado resulta ser más común como motivo de aplicación del principio de oportunidad penal. Se trata de los llamados por la doctrina “delitos bagatela”. (...) dentro del grupo de países seleccionados como muestra para hacer un estudio relativo al tipo de causales que usualmente son admitidas para este propósito, el criterio de insignificancia del hecho es admitido en todos ellos. Ahora bien, la mermada significación social de una conducta proviene de una serie de circunstancias como, por ejemplo, las condiciones personales en las que el agente actuó (bajo cansancio extremo, tensión extrema, insomnio, ingesta de medicamentos, etc.), el poco valor del objeto del delito en los tipos penales que protegen el patrimonio económico (hurto de una fruta...), el contexto social en el cual la conducta se ejecuta, o cualquiera otras que sólo se conocen en las circunstancias concretas e infinitas en posibilidades que compete conocer al fiscal en cada

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

En la adecuación que de esta causal realice el operador judicial castrense, debe influir el análisis de las condiciones personales en las que el miembro de la fuerza pública ejecutó la conducta, V. gr., bajo extremo agotamiento o situaciones de debilidad física manifiesta, estrés extremo, situaciones de vigilia o insomnio, ingesta de medicamentos o sustancias químicas que por violación al deber objetivo de cuidado genere la producción del resultado nocivo pero intrascendente jurídica y socialmente, como cuando un conductor integrante de la fuerza pública por violar las reglas de prevención de accidentes en el manejo de un automotor oficial, olvida colocar el freno de mano al bajar a conocer un caso de policía y el vehículo rueda y lesiona de manera leve a una persona.

Es del caso precisar que esta causal tiene claras diferencias con la causal primera, puesto que en esa no se hace un juicio sobre el grado de la culpa (o imprudencia), sino que se soluciona el conflicto creado con el delito por el camino de la indemnización integral. También puede diferenciarse de la causal tercera, pues aunque ambas hacen alusión a conductas culposas, aquella está basada en que la pena resultaría desproporcionada o inhumana ante las graves consecuencias sufridas por el sujeto activo a raíz de su conducta, mientras que esta se orienta a evitar los rigores del ejercicio de la acción penal frente a comportamientos culposos de escasa trascendencia.

caso, y que son establecidas probatoriamente en cada ocasión. A juicio de la Corte, tal gama de posibilidades es imposible de reducir en concretas y muy precisas fórmulas legales, pues la naturaleza de las cosas hace que no sea factible prever de manera general, impersonal y abstracta, pero al mismo tiempo completamente precisa y determinada, este amplísimo espectro de hipotéticas situaciones.

Así pues, es la naturaleza misma de las cosas la que obliga a reconocer al fiscal facultades evaluativas de la “mermada significación jurídica y social” de una conducta punible.”

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

6.- *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 o institucional, o la infracción al deber funcional haya tenido como respuesta adecuada la sanción disciplinaria y/o responsabilidad administrativa, o la protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal respecto al reducido y aleatorio beneficio (Ley 906,2004)⁴⁴. No podrá aplicarse a los delitos típicamente militares.*

Podríamos denominar esta causal como la “de menor juicio de reproche o culpabilidad disminuida”, la que centra el análisis de necesidad de pena a partir del nivel de reproche de culpabilidad, bajo los siguientes temas: (i) el juicio de reproche de culpabilidad, (ii) fundamentos normativos de lo que se denomina juicio de reproche de culpabilidad disminuido (López,2002 pág. 517), (iii) la obligación de allegar evidencia de este requisito esencial de la causal, (iv) la sanción penal sea innecesaria y sin utilidad social como respuesta del ius puniendi, (v) o la infracción al deber funcional haya tenido como respuesta adecuada o suficiente la sanción disciplinaria y/o responsabilidad administrativa, o la protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal respecto al reducido y aleatorio beneficio, y (vi) la excepción para los delitos típicamente militares en tanto protegen bienes que se estructuran en la razón de ser de la Fuerza Pública, a manera de ejemplo tenemos delito de desertión, abandono del puesto, abandono del servicio, insubordinación, del centinela, sólo para citar algunos.

⁴⁴ Esta causal fue compuesta tomando en consideración las causales 9, 10, 12.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

En cuanto al juicio de reproche de culpabilidad, se debe tocar así sea tangencialmente lo que doctrinal y jurisprudencialmente se acepta, que son los elementos de la culpabilidad, así: la exigibilidad de un comportamiento ajustado a derecho, la capacidad de comprensión del injusto y de determinarse por esa comprensión, la consciencia actual o actualizable en términos de razonabilidad de lo antijurídico de la conducta (Garcés, 2005 pág. 93 y 94).

Ahora bien, debe partirse de la base que la culpabilidad es un elemento estructural de la conducta punible y si falta uno de los elementos mencionados en el párrafo anterior, no se podría afirmar que se pueda imponer legítimamente una pena. Estos elementos pueden dejar de concurrir por insuperable coacción ajena o miedo insuperable (que anula la exigibilidad); por error de prohibición invencible (que deja sin valor la consciencia de antijuridicidad); o en los eventos de inimputabilidad (de quien no tiene la capacidad de comprensión), sin perjuicio de otras razones (Velásquez, 1997 pág. 414).

Por ello la culpabilidad es la medida de la pena⁴⁵, es decir, que la sanción penal no puede resultar desproporcionada al juicio de reproche y esta causal permite renunciar al ejercicio de la acción penal cuando este juicio de reproche de culpabilidad sea de secundaria consideración. La gradualidad del juicio de reproche de culpabilidad permite ubicar situaciones de culpabilidad reducida, sin llegar al extremo de la ausencia de culpabilidad. A manera de ejemplo el artículo 56 del Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, menciona las circunstancias de menor punibilidad como la del numeral 4, por obrar en estado de emoción, pasión excusables o temor intenso, que son estados psíquicos que afectan la libertad de quien

⁴⁵ Contrariamente a lo expuesto por Jakobs, Gunther, Derecho Penal, parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Madrid, Marcial Pons, 1997, donde sostiene que es la pena la que determina la culpabilidad.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

delinque, sin que pueda llegar a excluir la responsabilidad, como sí sucede con la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable, que eliminan la opción de obrar conforme a derecho.

La falta de ilustración, en cuanto haya influenciado en la ejecución de la conducta punible del No. 10 del artículo 56 ídem podría incidir, por ejemplo, en el análisis del juicio de reproche de culpabilidad en caso de error de prohibición, cuando el mismo sea vencible (lo que se traduce en una reducción de la pena a imponer), pues es claro que si el error es invencible no hay lugar a la imposición de la sanción penal (López, 2002 pág. 169)

En lo referente a la culpabilidad encuentra fundamento en circunstancias de menor punibilidad tales como obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso, la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible, la falta de ilustración, ignorancia, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad (Gómez, 2002 pág. 195).

El artículo 57 de la ley 1407 de 2010 dispone que cuando se realice la conducta punible en estado de ira o intenso dolor por comportamiento ajeno grave e injustificado, incurrirá en una sanción menor a la señalada en la respectiva disposición.

Nuestra jurisprudencia ha dicho respecto del estado de ira: *“En tales condiciones no le es posible discernir sobre los actos que ejecuta, ni sobre las más elementales*

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

consideraciones de tiempo, de lugar, ni sobre el modo de ejecutarlo, o sobre la calidad de la persona de su víctima. Carece de discernimiento completo y aún de tiempo físico para mediar, no sólo sobre actos generosos a favor de su contrincante en orden a equilibrar los medios de lucha para no dificultar la defensa de quien tiene delante...” (Corte Suprema de Justicia, 2003)⁴⁶. Conforme a lo anterior, la ira es un estado de locura breve, que no permite, ni puede permitir al sujeto activo del delito, consideraciones diferentes de las que dicta su propio impulso, su reacción dislocada e incontrolable.

Por su parte el intenso dolor, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (2003)⁴⁷: “Es más que una verdadera emoción adinámica, una pasión prolongada, como que constituye una idea dominadora y absorbente, pero ambos perturban en un mismo grado. Es, entonces, una crisis psicológica profunda y duradera”.

Fenómenos como la ira o el intenso dolor disminuyen la capacidad de motivación al interferir gravemente en el dominio de la voluntad (Gómez, 2002, pág. 195), por consiguiente el reproche de culpabilidad resulta atenuado y podríamos afirmar sin lugar a equívocos que en estos eventos la causal sexta propuesta para la jurisdicción penal militar tendría perfecta aplicación práctica, exceptuándose los delitos típicamente militares como se anunció.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal-, radicado 14863, Sentencia del 27 de agosto de 2003, Magistrado Ponente JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS).

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal-, radicado 17160, Sentencia del 27 de agosto de 2003, Magistrado Ponente MAURO SOLARTE PORTILLA.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Especial mención merece para este trabajo traer a colación la singular consagración que hace el código penal militar (ley 1407 de 2010) en el artículo 56 numeral 12, como una de las circunstancias de menor punibilidad para los miembros de la fuerza pública que actúen motivados por defensa del honor militar o policial, situación que al igual que la ya analizada daría lugar a la aplicación de la excepción de “oportunidad”.

Es factible aplicarla a delitos contra la administración pública o la recta impartición de justicia, siempre que la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico tutelado resulte de escasa significación y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria.

De esta manera, lo pretendido es que si al aplicar tales circunstancias atenuantes genéricas o específicas se obtiene una rebaja sustancial de la pena, el fiscal penal militar debe evaluar en cada caso concreto los fines perseguidos por el autor, sus características personales, el arrepentimiento, la conducta que asumió con posterioridad a la ejecución de la conducta punible, las causales de inculpabilidad incompletas y los diversos tipos de error, de manera que ante la mínima o secundaria culpabilidad es factible la aplicación de la excepción de “oportunidad”, en tanto la sanción penal se constituye en una respuesta superflua y sin utilidad social.

Otro criterio de insignificancia puede aplicarse al daño causado, como por ejemplo la pérdida de un proveedor, de un carnet de identificación policial o de una placa, por mencionar alguno de los casos de constante ocurrencia y que da origen a uno de los delitos

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

comunes en la fuerza pública como es el peculado culposo, de manera que se logre consonancia entre los principios de igualdad y proporcionalidad de la pena.

Puede aplicar para los delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, y la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio. El deterioro del objeto material encontrará demostración a través de elementos materiales de prueba que le permitan primero al investigador, luego al fiscal y finalmente al juez de garantías, establecer en forma real que aunque la conducta se ejecutó cumpliendo la descripción típica, aquél bien mueble o inmueble sobre el que se estructuró la vulneración o puesta en peligro efectivo al bien jurídico tutelado, se encuentra para su propietario, poseedor o tenedor en avanzado estado de avería, desperfecto o menoscabo que permita inferir de manera razonable que se está en presencia de una afectación intrascendental para el objeto jurídico.

7.- 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. (Ley 906, 2004, art.324)⁴⁸

Importante resulta esta causal propuesta para los miembros de la Fuerza Pública⁴⁹, si tenemos en cuenta la especial misión encomendada por la Constitución Nacional en el

⁴⁸ Corresponde a la causal 15.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

artículo 217 a las Fuerzas Militares, como es la defensa de la soberanía , la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, mientras que el artículo 218 le encomienda a la Policía Nacional el fin primordial del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

Esta causal así propuesta para la jurisdicción penal militar, plantea como elementos a tener presente: (i) el concepto de exceso en la justificante, (ii) que el exceso se derive de la desproporción, (iii) que tal desproporción signifique un menor valor jurídico y social explicable en la culpabilidad.

Referente al exceso en la justificante, Reyes (1970) mencionaba que en el código penal de 1936, como en el decreto Ley 100 de 1980, el legislador había diferenciado entre causales de inculpabilidad y de justificación, igual situación se hizo en el código penal militar anterior, Ley 522 de 1999, en todo caso, se llegó al punto de reconocer a la legítima defensa y al estado de necesidad como las únicas causales de justificación.

Lo contrario sucedió en el actual código penal, Ley 599 de 2000 y penal militar, Ley 1407 de 2010, los que incorporaron de manera general todas las fórmulas de ausencia de responsabilidad (inacción, atipicidad, justificación e inculpabilidad), dejando a la doctrina y la jurisprudencia su ubicación en la teoría del delito.

⁴⁹ Integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, según el artículo 216 de la Constitución Política de Colombia.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

No es el objeto de este trabajo adentrarnos en los tortuosos caminos de la teoría del delito, basta centrarnos en la finalidad de nuestra propuesta y decir que esta causal así sugerida para que haga parte de la ley penal militar que a futuro se pretenda implementar, debe armonizarse con el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, específicamente con las causales de ausencia de responsabilidad descritas en los numerales 3, 4, 5, 6, y 7, referidas respectivamente al estricto cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, salvo cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura; el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, la legítima defensa y el estado de necesidad, pues sin lugar a dudas hacen parte de las causales de justificación contempladas en nuestra normatividad y mal podría dejarse al margen de la aplicación del criterio de “oportunidad” en detrimento del imputado o acusado.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que en el artículo 33 del código penal militar se indica que el exceso de los límites propios de las causales consagradas en los numerales tres a siete serán sancionados con una pena no menor de la sexta parte del mínimo, ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible, no distingue si el exceso es doloso o culposo, de manera que abarca las dos modalidades de conductas.

Conclusiones

Bajo los argumentos vertidos en el presente trabajo, culminamos señalando que en estricto rigor etimológico-jurídico proponemos que el instituto de la “oportunidad”, propio de un sistema penal acusatorio, acogido en la ley penal colombiana como principio, sea entendido como excepción al principio de legalidad o como criterio de oportunidad.

Lo anterior tiene como consecuencia práctica no entrar en pugna con el principio de legalidad, que tiene fuerte raigambre en nuestra tradición jurídico penal continental de origen europeo y evitar así la poca o nula aplicación que en nuestro medio ha tenido. Sin dudarlo es una herramienta valiosa dentro del engranaje del sistema penal acusatorio que se ha pretendido implantar en Colombia, en tanto con este se dota a nuestros fiscales de un margen de discrecionalidad frente al ejercicio o no de la acción penal, como ocurre en los países de tradición penal acusatoria anglosajona (*common law*), donde el ministerio público (fiscal) goza de gran autonomía para decidir si ejercita o no la acción penal respecto de conductas punibles conocidas por su despacho. Al entender la “oportunidad” como una excepción al principio de legalidad aplicable discrecionalmente por el ente acusador, el papel del juez tiende a ser de mayor pasividad, en tanto debe limitarse a controlar materialmente la decisión.

Consecuente con lo anterior estaríamos reconociendo que en nuestra legislación penal colombiana de tendencia acusatoria, la regla general sigue siendo el “principio de legalidad” para investigar toda denuncia penal y la excepción sería el “criterio de oportunidad” aplicada reglamentadamente por el fiscal de conocimiento.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Quizá por la misma errada concepción de que “la oportunidad” es un principio, que estaría al mismo nivel de la “legalidad de los delitos y de las penas”, para la justicia penal militar se convirtió en uno de los motivos que en principio hizo desecharse la posibilidad de su aplicación en los procesos que cursarían bajo el nuevo sistema con tendencia acusatoria, adicionando el hecho de que sólo se tuvo en cuenta algunas causales para no incorporarlo, como por ejemplo las que tienen que ver con el propósito de desarticular bandas criminales que obviamente deslindan cualquier relación con el servicio. Así pues, en este trabajo se analizaron causales que pueden coexistir con el diario trajinar de los miembros de la Fuerza Pública y que pueden ser aplicables para terminar un proceso bajo el criterio de “oportunidad” reglado.

El consenso que aquí se logró para armonizar la coexistencia del principio de legalidad y la excepción o criterio de oportunidad en ambas legislaciones (ordinaria y castrense), se hizo a partir de los objetivos comunes que en conjunto se buscan, a saber: lograr una rápida y eficaz administración de justicia, salvaguardar los derechos fundamentales del imputado y lograr la pronta reparación a la víctima, entre otros, servir de solución alternativa al principio de legalidad, cuya importancia radica en dirigir la persecución penal hacia los delitos más graves, orientando los recursos de la administración de justicia a la investigación de las conductas más lesivas, facilitando la colaboración de imputados y acusados para contrarrestar la creciente delincuencia organizada, evitando imponer penas innecesarias, sustituir la pena de prisión por otros métodos alternativos menos violentos, o buscar apresurar la administración de justicia penal militar para que la pena cumpla sus fines aplicándose en forma oportuna, o la absolución no llegue en forma tardía

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

con detrimento de las garantías fundamentales de la persona sometida a la acción penal que en nuestro sistema sigue estando en cabeza del Estado.

Para llegar a la anterior propuesta, fue necesario realizar una breve reseña de los sistemas penales, su evolución, especialmente en cuanto tiene que ver con el criterio de oportunidad y su aplicación en el actual código de procedimiento penal colombiano con tendencia acusatoria (ley 906 de 2004), para finalmente proponer la viabilidad de implementarlo en la legislación penal militar, buscando de esta manera se incluya en la reforma del actual código de esa justicia especializada (ley 1407 de 2010) bajo parámetros claros que no desnaturalicen el espíritu y misionalidad de la Fuerza Pública.

Se buscó no desnaturalizar la razón de ser de la Fuerza Pública conforme al mandato constitucional encomendado a las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) en el artículo 217, y a la Policía Nacional en el artículo 218 , especialmente en cuanto a los bienes jurídicos que buscan proteger la disciplina, el servicio, la orden, la jerarquía y el honor para citar algunos, razón por la cual en la mayoría de causales propuestas para aplicar el criterio de oportunidad se exceptuaron los delitos típicamente militares, los que fueron mencionados en el desarrollo del escrito.

Por la misma situación se descartaron varias causales descritas en el artículo 324 del código penal común, Ley 906 de 2004 y sus modificaciones, como las siguientes: la 2 y 3 (en eventos de extradición), 7 (justicia restaurativa), 10 (objeto material en alto grado de deterioro), 13 (bienes colectivos), 14 (asonadas, efectos sociales de mayor gravedad), 16

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

(colaboración de testaferros), 17 (declarada inexecutable), 18 (anticorrupción ej. cohecho al que denuncie primero).

Algunas causales se acogieron en su integridad, a varias se les hicieron modificaciones atendiendo la finalidad constitucional que debe cumplir la Fuerza Pública y otras se integraron así: la número 1 quedó igual, la 4 y 5 se integraron en la que propusimos como segunda, la 6 quedó como tercera en la propuesta, la 8 como cuarta con algunas modificaciones, la 9, parte de la 10 y la 12 quedaron integradas como sexta en la propuesta, la 11 quedó como quinta y la 15 quedó como séptima.

Finalmente, esperamos que este trabajo permita servir como herramienta útil a la Fiscalía General Penal Militar y Policial, y en general a todos los funcionarios de esta justicia penal especializada, coadyuvando de esta manera el significativo esfuerzo gubernamental por reformar el fuero castrense, lo que ha concentrado la opinión pública en partidarios y detractores.

Lista de referencias

Aristizábal González, Carolina. Alcance del Principio de Oportunidad en la Nueva Legislación Procesal Colombiana, Tesis para Optar para el Título de Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2045.pdf>, pág. 14).

Armenta Deu, Teresa. Mecanismos de Simplificación del Proceso Penal: El proceso penal, Principio de Oportunidad y los Procesos Monitorios. En: Un Codice Tipo de Procedura Penale per l' América Latina, Padova, Cedam, 1994, pág. 273 y siguientes.

Aponte Cardona Alejandro David, *Principio de oportunidad y política criminal de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada - Una breve mirada de la excepción de "oportunidad" en el sistema penal europeo, anglosajón y latinoamericano*, Módulo de Aprendizaje Auto dirigido Plan de Formación de la Rama Judicial 2009 Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Bacigalupo, Enrique. Principio de culpabilidad, carácter del autor y poenaturalis en el derecho penal actual. En Congreso Internacional de Derecho Penal. 75 Aniversario del Código Penal. "Teorías Actuales del Derecho Penal". Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1998, Pág. 131 y ss.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Bazzani Montoya, Darío, El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal acusatorio, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2ª edición, imprenta nacional de Colombia, Bogotá 2004.

Bazzani Montoya, Darío, Un Sistema Acusatorio para Colombia. Apuntes para la discusión en torno a la desjudicialización de la Fiscalía General de la Nación. En Justicia y Desarrollo. Debates. Corporación Excelencia en la Justicia, año IV, No. 16 junio de 2001.

Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre, Lynett, El Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio. Universidad Externado de Colombia, año 2004.

Bedoya Sierra, Luis Fernando. La argumentación jurídica en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2007.

Bedoya Sierra, Luis Fernando. La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. Bogotá, Comlibros, 2008. Pág. 160.

Bedoya Sierra, Luis Fernando y otros. Principio de oportunidad, bases conceptuales para su aplicación, Bogotá D.C., manual Fiscalía General de la Nación, 2010.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Berzosa Francos, Victoria, Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal, Revista Justicia 1992, núm. III, pág. 581.

Caro John, José Antonio, ensayo sobre “Imputación Subjetiva”, publicado en Derecho Penal y Sociedad. Universidad Externado de Colombia, tomo I, Bogotá, 2007. Pág. 275.

Chiovenda, José, Principios de Derecho Procesal Civil, traducción del profesor José Casais y Santalo, tomo I, Madrid, 1977, Editorial Reus (S.A.), pág. 581.

Código Penal, Ley 599 de 2000, artículos 10, 11 y 12

Constitución Política de Colombia, artículo 13, 29, 228 y 229.

Corte Constitucional, Sentencia C-569 del 8 de junio de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional, Sentencia C- 591 del 9 de junio de 2005, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia N° C-673 del 30 de junio de 2005, M.P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, Sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Corte Constitucional, Sentencia N° C – 095 de 2007 del 14 de febrero de 2007, M.P. Marco

Corte Constitucional, Sentencia C-928 del 7 de noviembre de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia C- 936 del 23 de noviembre de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-715 del 13 de Septiembre de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 14863, Sentencia del 27 de agosto de 2003, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 17160, Sentencia del 27 de agosto de 2003, M.P. Mauro Solarte Portilla.

Creus Carlos, Derecho Penal Parte General, 2 ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Díez-Picazo, L.M., (2000). *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel S.A., Barcelona, 2000.

Forero Ramírez, Juan Carlos. Aproximación al estudio del Principio de Oportunidad, Bogotá, Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez, 2006. Pág. 147.

Garcés Velásquez, Jaime, Derecho Penal General, Biblioteca jurídica Dike, quinta edición, Medellín Colombia 2005. Pág. 96.

Garzón, Marín Alejandro & Londoño, Ayala Cesar Augusto (2006). Principio de Oportunidad, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, Colección de Estudios No. 8, Pág. 33.

Gimeno Sendra. José Vicente, Manual de derecho procesal penal 2ª edición 2010, editorial Constitución y leyes S.A., Madrid España.

Guerrero Palomares Salvador. (2009) El principio acusatorio, segunda edición, biblioteca de derecho positivo lex, editorial Aranzadi, Madrid España.

Granados Peña. Jaime. Antecedentes y Estructura del proyecto de Código de Procedimiento Penal. Revista Universitas, junio de 2005. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Gómez, Carlos Arturo. El Principio de la Antijuridicidad Material, Giro Editores, Bogotá, 2005, pág. 139-140.

Gómez Colomer, Juan Luis. El Tribunal Penal Internacional: Investigación y Acusación Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2003, pp.168 a 171

Gómez López, Jesús Orlando, Teoría del delito, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2002.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. La oportunidad como principio complementario del proceso penal. Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 2006.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal. Tomo II. Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2002, pág. 195.

Ibáñez Guzmán. Augusto J. El principio de oportunidad, en: Revista Universitas No. 109, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p.77.

Jakobs, Gunther, Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1997.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Jescheck, Hans Heinrich. Tratado de derecho penal, Parte General, vol. I, Barcelona, 1981.

Ley 906 de 2004, artículos 321 y siguientes modificados por la Ley 1312 de 2009, Ley 1474 de 2011.

López Barja, Jacobo. (2005). Tratado de derecho procesal penal. Navarra: Ediciones Aranzadi.

López Morales, Jairo, Nuevo Código Penal Comentado, Tomo I, 2 ed., Bogotá, Editorial Doctrina y Ley, 2002. Pág. 517.

Manual de Procedimiento de la Fiscalía General de la Nación.

Marchena Gómez, Manuel. (1992). El ministerio fiscal, su pasado y su futuro. Madrid: Ediciones Marcial Pons.

Mestre Ordóñez, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. 2 ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pág. 284 a 285.

Nsereko, Ntanda Daniel David, Prosecutorial Discretion before National Courts and International Tribunals (March 2005). Journal of International Criminal Justice, Vol. 3, Issue

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

1, pp. 124 - 144, University of Bostswana Department of law, Uganda, p. 4. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=915687>

Nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010.

Perdomo Torres, Jorge Fernando. Los principios de legalidad y oportunidad. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 135

Quintero Olivares Gonzalo., La justicia penal en España, Pamplona 1998, editorial Aranzadi S.A.

Ramírez, Y. & Ramírez, R. (2003). *Principialística Procesal Penal*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.

Reyes Echandía, Alfonso, Diccionario de derecho penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1970. Pág. 14

Robert Alexy, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1989, pág. 139.

Robert Alexy, libro teoría de la argumentación jurídica, Madrid, Centro de estudios constitucionales, año 1989.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Fundamentos de la teoría del delito, Tomo I, Madrid, Civitas Editores, 1997.

Sentencia Tribunal Superior Militar, radicado 156.357 del 31 de agosto de 2010 – con ponencia del magistrado Teniente Coronel ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, cuarta sala de decisión.

Valencia, H. (1993). *Nomoarquía, principialística jurídica o los principios generales del derecho*: Editorial Temis.

Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de derecho Penal. Parte General. Bogotá, Editorial Temis, 1997.

Velásquez Velásquez, Fernando, Manual de derecho penal, Parte General, Bogotá, Temis, 2002.

Velásquez, F. (2007). *Manual de derecho penal*. Medellín: Comlibros editores.

Vergara Mosquera Gilbert Stein (2011). Manual del sistema acusatorio - Guía práctica. Segunda edición. Bogotá D.C. – Colombia. Ediciones nueva jurídica.

LA EXCEPCIÓN DE OPORTUNIDAD

Welzel, H., Citado por Reyes A. (1994) Derecho Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. Derecho Penal, parte general, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Ediar, 2000. pág. 599 y ss. - pág 952)