

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JUSTICIA PENAL
MILITAR EN COLOMBIA**



Autor:

JOHANA PATRICIA GONZALEZ ARROYO

Tutor:

JAIAME ALFONSO CUBIDES CARDENAS

Especialización Procedimiento Penal y Constitucional y Justicia Militar

Facultad de Derecho

Universidad Militar Nueva Granada

2017

El Principio de Oportunidad en la Justicia Penal Militar en Colombia¹

Johana Patricia González Arroyo
Universidad Militar Nueva Granada

Resumen.

La política criminal del Estado colombiano es muy criticada en la actualidad incluso la Corte Constitucional ha declarado su naturaleza populista e inestable, esto genera que dicho desequilibrio repercuta en cada uno de los sectores que integran esta política, problemática que en el presente, ha querido ser modificada por el mismo gobierno colombiano; el cual, ha proyectado y sancionado varias leyes que la han reestructurado, reformas entre las que se encuentra el replanteamiento del Principio de Oportunidad como medio para la descongestión del sistema penitenciario y carcelario del país; permitiéndole un ámbito de aplicación más amplio. En este contexto la presente investigación busca establecer la concordancia que tiene la aplicación de este principio en la jurisdicción penal militar con la esencia misma de este tipo de justicia penal, para lo cual es necesario analizar la práctica de este principio dentro de esta jurisdicción, junto con sus presupuestos, en suma, todo el contenido teórico de este principio y esta justicia. De esta manera se dividirá temáticamente este escrito en tres ejes, el primero conceptualizará el Principio de Oportunidad, el segundo hará lo propio con la justicia penal militar, para terminar con el análisis sobre la concordancia entre estos.

Palabras Clave: Fuerza Pública, Fuerzas Militares, Policía, Justicia Penal Militar, Principio de Oportunidad, Igualdad, Código Penal Militar

¹ Trabajo presentado como requisito de grado para optar por el título de Especialista en Procedimiento Penal y Constitucional y Justicia Militar de la Universidad Militar Nueva Granada.

Abstract.

The criminal policy of the Colombian State is very Criticize today even the Constitutional Court declared his populist and unstable nature, that generates such instability impact on each of the sectors that are within this policy issue in the present wanted be mortified by the same Columbian government which has designed and enacted various laws in which it is by restructuring this policy, reforms between which lies in rethinking the principle of opportunity as a means to decongest the prison system of the country; allowing a wider scope of application. In this context the present investigation seeks to establish the concordance of the application of this principle in the military criminal jurisdiction the very essence of this type of criminal justice, which is necessary to analyze its enforcement, along with their budgets, sum, all the theoretical content of this principle and the military criminal justice system. Thus this paper is divided thematically into three axes, the first to conceptualize the principle of opportunity, the second will do the same with the military criminal justice, to end the analysis of the concordance of these

Keywords: Armed Forces, Armed Forces, Police, Military Criminal Justice, Principle of Opportunity, Equality, Military Penal Code.

INTRODUCCIÓN.

La Justicia Penal Militar en Colombia ha tenido cambios significativos específicamente en lo concerniente a reformas procesales, en las que se transita de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, transformación donde la Fiscalía Militar asume la dirección del proceso coordinando el recaudo probatorio con personal investigador adscrito a los despachos de la Fiscalía Penal Militar; transformación que entre otras conlleva a cambios estructurales, pero en especial cambios al sistema jurídico militar, el cual se encarga de la protección efectiva de los bienes jurídicos tutelados por el Estado en materia de servicio militar y policial, sustentada esta protección en los fines y deberes que este Estado tienen consagrados en el artículo segundo de la norma superior; pues en ejecución de estos es solo atribuible a este la persecución penal de aquellas acciones contrarias a los estamentos de la ley 1407 del 2010; titularidad que según disposición analógica del artículo 250 de la Constitución, y la misma reforma de la Ley 1765 del 2015 no podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal,

salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del Principio de Oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

Por ello esta jurisdicción al ser integrante del gran marco institucional de la política criminal del Estado, junto con i) el contenido sustancial de los procesos penales ordinarios, ii) la naturaleza acusatoria de los mismos, y por último iii) la materialización de la condena en el sistema penitenciario y carcelario del país (inmiscuidos en ello tanto el INPEC como los jueces de ejecución de pena). Ante esta perspectiva globalizada cualquier cambio que se realice en este tipo de política estatal, como el caso mencionado de la reforma del Principio de Oportunidad que se ha venido contemplando desde el 2009 repercute en este tipo de jurisdicción. Ahora bien, el Principio de Oportunidad es tratado por el artículo 323 de la ley 1312 del 2009 como la facultad Constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación renunciar, suspender o interrumpir la persecución penal por razones de política criminal, según las causales que se encuentran taxativas en dicha ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometida a control de legalidad ante el Juez de Garantías. Pero como se relató anteriormente a causa de la interdependencia antes mencionada es gracias a la Ley 1765 del año pasado en su artículo 30 específicamente en el numeral 14 que se menciona este principio en la jurisdicción penal militar. Sin embargo, la esencia misma de la jurisdicción penal militar es salvaguardar el servicio militar y policial como función del Estado de proteger la soberanía y los derechos de los colombianos. Ante esto no se habla de delitos cometidos por cualquier particular que simplemente contraría una ley, sino ante un servidor público que se extralimita o se abstiene en el cumplimiento de un deber legal². Los miembros de la fuerza pública al momento de cometer los delitos contemplados en la parte sustancial de la ley 1407 del 2010 después de la correspondiente investigación y debido juzgamiento si son responsables de estos deben ser sancionados proporcionalmente al cargo público que ostentan.

En síntesis, ante la aplicación que realiza la reforma de la ley 1765 del 2015 en materia de jurisdicción penal militar roza con la finalidad misma de este tipo de sistema pues busca una sanción ejemplar para aquellos servidores que resultan ser responsables por delitos contra su servicio militar y policial, ahora bien, por el hecho de estar bajo una condición especial y la sujeción especial intensificada que se tiene para con el Estado, no es argumento para violentar

² la norma que impone expresamente el deber de actuación del agente; de tal forma que de tratarse de una ley formal, el agente incurriría en abuso, mientras que si se trata de una norma infralegal, el delito es el de incumplimiento de deberes (Ivanega, 2005, p. 162)

los preceptos constitucionales de igualdad³ y la dignidad, los cuales son comprendidos por el alto tribunal constitucional, como un:

principio descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (Corte Constitucional, Sentencia C250, 2012)

De las anteriores consideraciones se desprende la importancia de reflexionar sobre el Principio de Oportunidad en las normas procesales del ordenamiento penal que regulan la acción penal en Colombia, las cuales sin importar la naturaleza de los fueros especiales, deberán estar ceñidas a una política criminal sin que se desconozca garantías Constitucionales y Legales de los imputados, la cual ante las exigencias de los últimos años a la ley 1407 del 2010 se estableció la aplicación de este principio en la reforma del artículo 30 de la ley 1765 del 2015.

Por ello es indispensable cuestionarse sobre la concordancia que existe entre la aplicación que de la ley 1765 del 2015 sobre el Principio de Oportunidad y la esencia propia de la justicia penal militar al autonomizar delitos de gran envergadura no solo por los bienes jurídico tutelados que protegen sino por la misma naturaleza del sujeto que es procesado, con lo cual se exige mayor destructividad en la aplicación del proceso penal militar. Presentándose necesariamente un choque entre principios constitucionales, los cuales serán solucionados tras una debida

³ El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente formación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad. La igualdad de todas las personas ante la ley y las autoridades, constituye un derecho constitucional fundamental tanto por su consagración como tal en el Capítulo I, Título II de la Constitución Nacional, como por su exaltación como derecho de vigencia inmediata en el artículo 85 de la Carta Política, y también por el valor trascendente que tiene para el hombre, sobre todo dentro de una nación que persigue garantizar a sus habitantes una vida conviviente dentro de lineamientos democráticos y participativos que aseguren un sistema político, económico y social justo (Corte constitucional, Sentencia T432, 1992).

proporcionalidad, por un lado, la igualdad y por otro el deber de los servidores públicos de cumplir cabalmente sus preceptos legislativos.

En razón de la aplicación integral de la política criminal en el país buscando la materialización de los cambios propuestos, el estudio de esta problemática encuentra su pertinencia al debatir la integralidad que se debe presentar al momento de ejecutar estas políticas criminales, pues a la falta de uno de los sectores inmiscuidos dentro de esta complejidad se discute su efectividad en la práctica, siendo para ello exponer cada uno de los insumos teóricos que deben ser tenidos en cuenta al momento de realizar la ponderación citada.

1. Principio de Oportunidad.

1.1.Noción.

Con el Principio de Oportunidad se ha iniciado una era de excepciones al principio de legalidad⁴ en materia procesal (Orejarena, 2007, p. 26), toda vez que, por mandato constitucional el Estado tiene el deber de realizar la persecución penal de todas las conductas punibles, sin embargo, el Estado es incapaz de perseguir todas las conductas criminales (Berrio, Montoya, & Prieto, 2010, p. 16), por lo cual la fiscalía como representante del Estado debe abstenerse de perseguir determinadas conductas punibles, o de suspender el procedimiento en curso, en atención a factores diversos, inmersos en una completa política criminal (Aristizabal, 2005, p. 61); ahora bien, por estos razonamientos este principio se consolida como:

Una importante herramienta para lograr la solución alternativa de conflictos derivados de conductas punibles de poca monta, impulsar la justicia restaurativa como mecanismo de reconstrucción del tejido social, evitar la imposición de penas innecesarias, lograr la colaboración de personas involucradas en conductas punibles para lograr la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, entre otros fines que serán abordados a lo largo de este trabajo (Bedoya, Guzmán & Vanegas, 2010, p. 23).

⁴ Así, la formulación del principio de legalidad toma un matiz de claridad, nos enfoca en la competencia y la legalidad, y es en parte estático y en parte dinámico. En su aspecto estático establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo; en su aspecto dinámico, la conformidad de actuación de la autoridad y la conformidad del resultado de su actuación con la ley. Por ello una de sus mejores expresiones es “la autoridad solo puede hacer lo que la ley le permite”, estableciendo la competencia y el control, y la conformidad del ejercicio de la competencia y el resultado de ella con la ley no solo faculta, sino que además vigila la adecuación de los actos de autoridad al orden legal (Islas, 2009, p. 102)

La Corte Constitucional ha dado amplio desarrollo jurisprudencial a este tema peculiar, de tal forma pretorianamente define este principio como (Corte Constitucional, Sentencia C387, 2014) una institución nuclear del sistema penal de tendencia acusatoria que consiste en la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, atendiendo diversos factores inmersos en la política criminal del Estado. Constituye una excepción a la regla general que recae sobre la fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito, siempre que tercier suficientes motivaciones y circunstancias fácticas que permitan advertir la existencia del mismo.

1.2. Reglamentación legislativa del Principio de Oportunidad.

Es a través de la ley 1213 del 2009 que en el ordenamiento jurídico colombiano se reglamenta lo referente al Principio de Oportunidad, pues en su artículo 323 se expresó que la Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este Código para la aplicación del Principio de Oportunidad, materializadas estas directrices en las causales de aplicación las cuales se expondrán a continuación:

1.2.1. Causales – art. 324 de la ley 1213 del 2009

Primero: Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima.

Segundo: Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.

Tercero: Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible.

Cuarto: Cuando la persona fuere entregada en extradición y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia.

Quinto: Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros,

Sexto: Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial.

Séptimo: Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

Octavo: Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

Noveno: Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

Decimo: Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, no afecten sustancialmente el funcionamiento de las correspondientes entidades.

Décimo primero: delitos contra patrimonio de las personas cuando el bien objeto de ilícito este deteriorado.

Décimo segundo: Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

Décimo tercero: 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.

Décimo cuarto: Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

Décimo quinto: Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

Décimo Sexto: 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.

Décimo Séptimo: Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

1.3.Límites a la aplicación del Principio de Oportunidad.

Según lo expresa la Corte Constitucional (2012) la aplicación del Principio de Oportunidad o la concesión de cualquier otro beneficio administrativo o penal, no debe generar ningún tipo de

obstáculo para una debida diligencia en las investigaciones de criminalidad asociada a la comisión de violaciones graves de derechos humanos. Por lo cual se debe limitar en los siguientes preceptos:

a) ante los derechos de las víctimas de los delitos y por el correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad;

b) ante las finalidades que tuvo en cuenta el constituyente para la incorporación del Principio de Oportunidad en el sistema penal acusatorio;

c) por las características constitucionales del Principio de Oportunidad; y

d) el principio de legalidad, respecto del cual afirman que las causales que permiten la aplicación de este principio deben estar establecidas de modo claro y preciso, de tal manera que se configure de modo inequívoco las causales de procedencia con el fin de:

i) permitir que el Juez de control de garantías esté en la capacidad de determinar si en un caso concreto procede o no renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal y garantizar en tal sentido que el control judicial que se adelante sea realmente efectivo;

ii) no entregar a la Fiscalía una potestad extensa y no precisa, que desborde el marco de la excepcionalidad, e imposibilite de tal manera el ejercicio del control de legalidad; y

iii) garantizar la seguridad jurídica del procesado y de las víctimas (Corte Constitucional, Sentencia C715, 2012).

1.4.Pertinencia del Principio de Oportunidad.

El Principio de Oportunidad es una forma organizada, reglada, acotada de hacer selectividad, evitando con ello grandes fuentes de corrupción o desinstitucionalización propias de mecanismos primitivos y latentes de selectividad es decir una correcta aplicabilidad de este principio permite no solo dejar a un lado la acción penal de los delitos de poca monta si no también perseguir los autores intelectuales de las conductas punibles para desarticular efectivamente las bandas criminales que atentan contra el bienestar social de los Colombianos y para de una vez enfatizar el buen uso que puede tener el principio, para enmendar, de alguna forma, por lo menos en casos concretos, las formas de selectividad, en donde los pequeños

delincuentes son siempre los clientes del sistema penal, mientras los grandes escapan a su aplicación (Consejo Superior de la Judicatura, 2010, pp. 43-44)

1.5. Política criminal elemento esencial del Principio de Oportunidad.

Como se ha venido desarrollando a lo largo de este documento uno de los presupuestos que permite la utilización del Principio de Oportunidad por parte de la fiscalía, es la política criminal del Estado que fundamente dichas acciones, pues dicha política es entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad (Martínez, 1995, p. 26), entonces si la política del Estado establece directrices en materia de criminalidad enfocadas en desarticular grupos criminales, faculta por esta razón a la fiscalía para que con las personas vinculadas a estas organizaciones accedan a este principio con la finalidad de desarticular el grupo en su totalidad, este es uno de los paradigmas en esta cuestión, y que tiene la misma aplicabilidad en la justicia penal militar.

2. Jurisdicción penal militar.

2.1. Antecedentes

Es en Roma donde el Derecho Penal Militar adquiere identidad, hasta el punto de que el propio Digesto, en el libro XLIX “Remilitari” hace mención de la jurisdicción militar, señalando dentro de la misma dos potestades como son el imperium –poder de mando, facultades disciplinarias y correccionales- y la jurisdictio –facultad propiamente jurisdiccional (Villamil & Quintero, 2001, p. 10).

2.2. Concepto.

Aquella parte de la ciencia del derecho penal que estudia la violación del orden jurídico militar y la correspondiente sanción penal (Vieco, 1971, p. 4), es la noción propia de la jurisdicción penal miliar; al ser un conjunto de disposiciones legislativas que se encarga de proteger bienes jurídicamente tutelados, en función del correcto funcionamiento de la disciplina militar y el juzgamiento de los militares o de quienes cumplan funciones inherentes a los mismos

reglamentos y jerarquía, mediante la tipificación de relatos propios y el establecimiento tanto de una jurisdicción especializada, como de procedimientos y ritualidades probatorios específicos (Peña, 2001, p. 5)⁵; Con esto se puede establecer que el tipo penal propio de esta jurisdicción describía aquellas conductas que vulneran la disciplina del ejército, por desobediencia o rebeldía de las fuerzas armadas ante los poderes legítimos del Estado y otros inherentes a la condición militar (Cabanellas, 1953, p. 655). Para finalizar es necesario establecer que de esta jurisdicción se excluyen los delitos cometidos por miembros de la fuerza militar y la policía que se consumaran en contra del DIH (Derecho internacional Humanitario), y los DDHH, como son las conductas de genocidio, desaparición, entre muchas otras.

En Colombia la Constitución de (1991) le otorga un valor esencial a la justicia a fin de conservar un orden social justo, considerándose la ley como elemento más que fundamental para asegurar una convivencia pacífica, justicia que le ha sido confiada a funcionarios que se encargan de la administración de justicia y que para el tema que nos ocupa el mismo legislador propicio de especialidad una justicia que se encargara del juzgamiento de las conductas asumidas por militares y policías, es deber del mismo Estado confiar en la administración de justicia de quienes fueron nombrados en cargos que se ocupan de tal actividad y no contrario a ello pensar que como hacen parte de esa estructura orgánica de las instituciones militares y de policía, haciendo referencia a los funcionarios de la justicia penal militar, administraran justicia de manera inadecuada y permitirán a pesar de las implicaciones a que haya lugar, se impregne de impunidad comportamientos que riñen con la actividad decorosa con la que deben cumplir los miembros de nuestras fuerzas militares, consideración de la que sin dudas deviene el contenido de nuestra norma de normas en su Artículo 83: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas” (p. 42). Lo cual riñe con argumentos y consideraciones que hacen referencia a que el otorgar herramientas jurídicas a los operadores de la acción penal militar es sinónimo de impunidad, pues nuestro constituyente cree en las actividades públicas y de sus funcionarios.

⁵ la existencia de una Fuerza Pública es la organización de una jurisdicción, conocida como Justicia Penal Militar, encargada de la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de dicha fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, por lo que el texto constitucional en su artículo 221 atribuye esta competencia a las Cortes Marciales y Tribunales Militares con arreglo a las prescripciones de una Ley Penal Militar (Henao, Marín & Petro, 2015, p. 66).

2.3.Finalidad de la sanción penal.

La sanción penal militar tiene los objetivos de: i) prevención general y especial, protectora; ii) protección de bienes jurídicos y iii) reinserción social (cumplimiento eficaz del servicio militar y de policía), tal y como lo describe el artículo 12 de la ley 1407 del 2010:

La pena en materia penal militar tiene como función la prevención general y especial, protectora y reinserción social. Las medidas de seguridad persiguen fines de protección, curación, tutela y rehabilitación. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

2.4.Tipos penales en la jurisdicción penal militar.

De la lectura y estudio de la ley 1407 del 2010 se puede entablar la siguiente descripción de los bienes jurídicos tutelados por esta jurisdicción:

- a) Disciplina
- b) Servicio
- c) Interés de fuerza pública
- d) Honor
- e) Seguridad de la fuerza pública
- f) Población civil (se excluye delitos cometidos en el marco del DIH)
- g) Administración pública

2.5.Acción penal.

La acción penal es un poder – deber donde se efectúa una potestad de ejercicio obligatorio (Castillo, 1992, p. 7), la cual, por mandato constitucional esta en cabeza de la fiscalía general de la nación, sin embargo ante poniendo la particularidad de la jurisdicción objeto de la presente investigación, por función del artículo 243 de la ley 1407 del 2010 esta acción penal militar sigue en cabeza del estado, pero esta vez representado por la fiscalía general penal militar que perseguirá aquellas conductas punibles de la justicia penal militar que correspondan a esas conductas que por omisión o extralimitación incurrieran militares en el ejercicio de su función

y es a esta fiscalía que por mandato del artículo 30 de la ley 1765 del 2015 tiene la facultad de aplicar el Principio de Oportunidad, facultad que desde la promulgación de la ley 1407 del 2010 ha sido una constante demanda por parte de la academia; esto tiene su razón de ser y su fundamento será analizado en los próximos párrafos.

3. Aplicación del Principio de Oportunidad en la jurisdicción penal militar.

3.1.Necesidad.

La necesidad de aplicar el Principio de Oportunidad en la jurisdicción penal militar tiene su base teórica en el artículo 13 de la Constitución Colombiana toda vez que, con esta excepción enablada para la justicia penal militar a la cual se le niega la aplicación del Principio de Oportunidad, implicaría entera en un ámbito de desigualdad material, dado que, violaría la igualdad de los imputados militares frente a los imputados en la jurisdicción ordinaria, sin embargo por la teoría de la igualdad geométrica o proporcional donde exista igual da entre desiguales (Ruiz, 1996, p. 76), justificaría dichas excepciones en las que al tratarse de servidores públicos junto con la protección del servicio militar y policial, razón por la cual merecen ser juzgado de forma más restrictiva, este último argumento tiene su fundamento en la relación de sujeción especial intensificada que se tiene por parte de los militares y policías para con el Estado.

A pesar de estas afirmaciones que establece un sistema de justicia más restrictivo sobre los sujetos pasivos en la justicia penal militar no desvirtúa el hecho de materializar con esta acciones que vulneran los derecho de igualdad y dignidad, aunque se tiene una naturaleza especial en el ejercicio de la función pública, con el permiso a la Fiscalía General Penal Militar de ejecutar el Principio de Oportunidad, de esta manera las autoridades penales militares dedicarían un mayor tiempo a la investigación de conductas que afectaran a individuos sin que se incurriera en el desgaste de investigar comportamientos que solo atentan contra la disciplina castrense, evitando así la impunidad y resultados céleres en procesos tales como lesiones y otros de mayor envergadura.

El Principio de Oportunidad regulado en la Ley 1312 de (2009) antes de la reforma de la ley 1765 del 2015, el medio por el cual se podía utilizar el Principio de Oportunidad solo se daba

teniendo en cuenta el artículo 197 de la ley 1407 del 2010 en la parte que trata el procedimiento penal, debido a que en dicho artículo se consagraba la integración en donde:

En materias que no estén expresamente reguladas en este Código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Penal y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal militar.

Nótese de esta manera que el legislador propicio los medios legales para suplir actos y/o actuaciones procesales que no estuvieran contenidas en el ordenamiento procesal penal militar, es así que le concedió al operador penal la posibilidad de acceder a ordenamientos procesales en aras de completar la acción penal militar.

Con todo esto los delitos relacionados con el servicio de las fuerzas militares o que se relacione con el mismo; adaptándose el Principio de Oportunidad permitirá una justicia penal militar oportuna, célere y represora de las conductas con las que se vulnere el ordenamiento penal castrense, velando siempre por garantizar la disciplina militar y la correcta marcha institucional, además de ejemplarizante, previniendo la repetición de las irregulares conductas.

El Principio de Oportunidad va más allá que la persecución penal, su aplicabilidad en la justicia penal militar conllevaría a un mayor auto control al interior de las fuerzas militares y de policía, por cuanto plantear una política criminal que busque dentro de las fuerzas públicas fortalecer la institucionalidad e investigar aquellas conductas que la afecten gravemente con lo cual puede establecer planes de investigación que tengan como herramienta este principio que les pueda brindar elementos para la mitigación de dichas problemáticas.

De acuerdo con Corte Constitucional (2010) Sentencia C-144 la jurisprudencia de las finalidades perseguidas con la introducción del nuevo modelo procesal penal se concretó en:

- (i) fortalecer la función investigativa y de acusación de la Fiscalía General de la Nación.
- (ii) la configuración de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado en cabeza del juez de conocimiento;

- (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar;
- (iv) descongestionar los despachos judiciales
- (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante la etapa del juicio oral;
- (vi) introducir el principio de oportunidad en cabeza del ente investigador;
- (vii) crear la figura del juez de control de garantías.

Visto de esta manera el Principio de Oportunidad, ha sido un tema de debate en la inclusión del sistema punitivo castrense, tema en el que intervienen diferentes actores de la vida social, jurídica y militar de nuestro Estado y que en atención a posibles desviadas consideraciones más allá de una Política criminal sino inclusión en el Código Penal Militar, puede obedecer a caprichos políticos más que a un estudio sociológico y hermenéutico de las herramientas jurídicas que son necesarias para que los operadores penales cumplan con su actividad de investigar y sancionar, pero que también itero conductas punibles que por su naturaleza netamente disciplinaria pudieran entenderse como de “bagatela” se concluirían de manera célere para prestar y concentrar todos los esfuerzos jurídicos e investigativos en los casos de la justicia penal militar en los que se haya afectado derechos fundamentales de los asociados colombianos.

3.2.Procedencia.

Con base a las causales anteriormente estudiadas sobre la aplicación del Principio de Oportunidad, junto con las asaciones que establece la ley 1407 del 2010 (incluyendo las reformas de la ley 1765 del 2015), se cumplen los requerimientos exigidos para la mencionada utilización de este principio.

Dado que las penas principales en la jurisdicción penal militar, es la prisión y la multa, siendo accesorias a estas las restricciones, y prohibiciones sobre las funciones que realiza como miembro de la fuerza pública de la nación, vinculándose no solo su ámbito profesional sino su misma vida personal por estas sanciones; sin olvidar que el tiempo de duración de las penas privativas son iguales que las del derecho penal, por lo cual ante esta simetría entre lo penal militar y lo penal ordinario, la aplicación de este principio no violentaría en ningún momento el fin propio de la sanción penal militar.

3.3. Impedimentos para la aplicación del Principio de Oportunidad en la jurisdicción penal militar.

Los servidores públicos comportan una relación de sujeción especial para con el Estado, por cuanto su actuar es en representación de las decisiones Estatales y como tal requieren de un comportamiento propio que exige esa representación; en el caso de los miembros de las fuerzas militares y de policía en atención a la naturaleza especial del ejercicio de sus actividades a quienes se les han otorgado el uso de la arma para el cumplimiento de los fines del Estado según lo establecido en el artículo segundo de la Constitución Política, antes bien, en razón de ello la relación de sujeción se intensifica.

La relación especial de sujeción para los servidores públicos con el Estado, se encuentra establecida en el artículo sexto de la carta magna donde se estipula que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; con lo cual se demuestra la carga adicional que es impuesta a los servidores públicos pues no solo deben cumplir la ley; sino al mismo tiempo evitar extralimitarse u omitirse en sus funciones por lo cual se configura la relación especial de sujeción, cual es consecuencia de la voluntad del servidor que se vinculó a la administración y que entre otras al asumir su cargo, juró conocer de sus funciones y cumplirlas a cabalidad, este deber implica que judicialmente cuando no cumplen o se extralimitan en sus funciones los servidores públicos serán sometidos ante los jueces por esas razones; sin embargo, en la jurisdicción ordinaria estos servidores públicos pueden acceder al Principio de Oportunidad, sin desconocer por ello la especial relación de sujeción, antes bien, este hecho responde a la política criminal que el Estado colombiano practica en la actualidad.

De esta manera siguiendo los preceptos de la igualdad material⁶, junto con la eficacia de la política criminal del Estado, poniendo de presente la finalidad no solo de la jurisdicción penal

⁶ Obsérvese como la Corte Constitucional señala la importancia en un Estado de sistema político, económico y social como el colombiano garantizar el principio de igualdad, considerándose que los miembros de las fuerzas

militar y la sanción que en ella se decreta, es que con la ley 1765 del 2015 se abre la posibilidad para aplicar el Principio de Oportunidad en la jurisdicción objeto de estudio.

Este cambio sobre el otorgamiento de esta facultad es en razón de que con ello la regulación del principio en la normatividad militar deberá ser clara y expresa en señalar los delitos a los que la nueva Fiscalía Penal Militar, pudiera renunciar a esa persecución penal o incluso llegar a ciertos acuerdos que permitieran desquebrantar las posibles “organizaciones” al interior de Instituciones que en razón a su actividad requiere de funcionarios íntegros, ejemplo de rectitud y cumplimiento del deber creyendo así el ciudadano Colombiano en una justicia en la que por ejemplo los funcionarios de Policía como primeros conocedores de las conductas punibles, no sean permeables a los actos de corrupción que busquen entre otros desviar investigaciones a través del recaudo probatorio como investigadores y colaboradores con las unidades de Fiscalía; evitando en todo momento la impunidad.

3.4.Ámbito de aplicación.

El estudio a simple vista del Código Penal Militar (Ley 1407 2010) permite inferir que es posible adecuar como un principio del ordenamiento penal Castrense el Principio de Oportunidad, por cuanto es el mismo Código el que establece las características de los delitos que deben ser considerados como del servicio y como consecuencia del mismo; además de establecer aquellos que no lo son⁷. Con lo cual resulta viable adecuar para ciertas conductas de este Código la posibilidad de acceder al Principio de Oportunidad.

En este orden de ideas por la naturaleza misma del bien jurídico tutelado en materia de disciplina en el servicio, ante la poca gravedad del mismo; el Principio de Oportunidad en materia de justicia penal militar, los delitos en contra de este bien deben ser los tipos penales que integren el ámbito de aplicación de este principio, estos son:

militares y de policía aún sobre su condición especial requieren de un ordenamiento penal que si bien conozca de conductas especialísimas, también permita principios como el de Oportunidad que les permita acceder a beneficios legales, siempre y cuando sus conductas no lesiones derechos individuales.

⁷ como fundamento de lo que se viene afirmando se trae a colación el contenido jurídico: Artículo 2°. Delitos relacionados con el servicio. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado. Artículo 3°. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrá relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conducta, que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio

- a) **Insubordinación:** El que mediante actitudes violentas en relación con orden legítima del servicio emitida con las formalidades legales, la rechace, impida que otro la cumpla, o que el superior la imparta, o lo obligue a impartirla, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años (Art. 93, ley 1407 del 2010).

- b) **Insubordinación por exigencia:** El que mediante actitudes violentas haga exigencias de cualquier naturaleza al superior, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años (Art. 95, ley 1407 del 2010).

- c) **Desobediencia:** El que incumpla o modifique una orden legítima del servicio impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, incurrirá en prisión de dos (2) a tres (3) años (Art. 95, ley 1407 del 2010).

- d) **Abandono del comando:** El que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro (24) horas consecutivas, en tiempo de paz, o por cualquier tiempo en estado de guerra exterior, conmoción interior o grave calamidad pública, incurrirá en la pena de que tratan los artículos siguientes (Art. 102, ley 1407 del 2010).

- e) **Abandono del puesto:** El que estando de facción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, incurrirá, en prisión de uno (1) a tres (3) años. Si quien realiza la conducta es el comandante, la pena se aumentará de una cuarta parte a la mitad (Art. 102, ley 1407 del 2010).

Con esta exposición se evidencia en primer lugar que en función de la proporcionalidad se está ante la presencia de conductas punibles en la cual su antijurídica materialmente no representa daños significativos sobre el bien jurídico tutelado de la disciplina, incluso no representa mayor cosa para la propia fuerza pública; por otra parte, como se evidencio de la pena que es atribuible por la comisión de las conductas anteriormente relatadas en su máximo no supera los seis años, con lo cual objetivamente, también sea procedente la aplicación de este principio; reglamentación que es necesaria consolidar como complemento de la ley 1765 del 2015.

Nótese que la misma ley penal militar hace referencia de aquellos delitos que no serán considerados como en servicio o consecuencia del mismo, así mismo en aras de evitar impunidad, es necesario como se ha realizado hasta el momento el señalamiento de cuales delitos accederían al Principio de Oportunidad, recabando en que esos delitos serían los que atenten únicamente contra la disciplina militar como ya se menciona

Conclusiones

El desarrollo del presente artículo con lleva a reflexionar sobre la importancia de la persecución penal de las conductas cometidas por los funcionarios de las fuerzas militares y de policía, pero también de la necesidad de una justicia penal militar que no se desgaste investigando conductas que solo afecten la disciplina castrense, dejando de lado las conductas en las que se hubiesen afectado derechos fundamentales individuales, conductas que a gritos pide la sociedad Colombiana resultados ejemplares mediante condenas que permitan moralmente considerar que ha imperado la justicia y no la impunidad, por ello acceder al *Principio de Oportunidad* en las conductas que tan solo contraríen la disciplina militar y de policía a fin de concentrar todos los esfuerzos jurídicos e investigativos en los comportamientos que requieran del mayor de los desgastes a fin de evitar la impunidad, siendo ejemplo de justicia y equidad, es génesis de la presente propuesta, itero el *Principio de Oportunidad* será la herramienta jurídica que requiere la justicia penal militar para evitar el desgaste innecesario. Lo anterior sin dejar de lado que el principio de igualdad ante la ley será vulnerado para los militares y policías al desconocerse del Principio de Oportunidad dentro de los procesos que adelante la jurisdicción especial, dicho desconocimiento quebrantaría disposiciones Constitucionales y generaría acciones legales en contra de las sentencias proferidas por la jurisdicción especial en las que el interés y estabilidad de unos se vea en mengua en razón a ostentar la investidura militar y de policía.

Finalmente cabe señalar que si bien el sistema de justicia militar, ha sido señalado como amañado en favor de los intereses de militares y policías, también es que se le debe propiciar herramientas jurídicas que permitan imprimir celeridad y eviten desgastes innecesarios en procesos por conductas consideradas de poca monta o que como se ha indicado solo afecten la disciplina militar, sin que se afecten derechos fundamentales de asociados Colombianos, generando respeto y confianza por la justicia Penal Militar.

Referencias.

- Aristizabal, C. (2005). Alcance del Principio de Oportunidad en la nueva legislación procesal penal colombiana. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Bedoya, L. F. Guzmán, C. A. & Vanegas, C. P. (2010). Principio de Oportunidad. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Berrio, A. A. Montoya, A. M. & Prieto, J. R. (2010). El Principio de Oportunidad en Colombia se constituye en una facultad discrecional o en una conveniencia. *Verba Iuris* 1, 1-19.
- Cabanellas, G. (1953). Diccionario de Derecho usual. Argentina: Editorial Arayú.
- Castillo, M. A. (1992). El monopolio del ejercicio de la acción penal del ministerio público en México. México: UNAM.
- Consejo Superior de La Judicatura. (2010). *Principio de Oportunidad y política de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada*. (1ª ed). Bogotá D-C). Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Recuperado de <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a16/14.pdf>.
- Defensoría del Pueblo. (s.f.). *Axiología y Deontología del Proceso Penal y el precedente judicial*, Módulo II. Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia. Bogotá D.C.
- Henaó, C. A. Marín, F, A. Petro, I. R. (2015). La justicia penal militar colombiana y los principios procesales constitucionales de independencia e imparcialidad, después de la separación de la función de jurisdicción con la función de comando. *Revista justicia* 63-74.
- Ivanega, M. M. (2005) las responsabilidades de los funcionarios públicos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México DF.
- Islas, R. (2009). Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 97-185.

Martínez, M. (1995). Estado de Derecho y Política Criminal – La Política de Sometimiento en Colombia. (1ª ed.): Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo.

Orejarena, V. (2007). El Principio de Oportunidad en el nuevo sistema penal acusatorio. *Justicia iuris* 8, 25-30.

Peña, É. (2001). Comentarios al nuevo Código Penal Militar. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Vieco, P. (1971). *Diritto Penale Militare*. Milano.

Villamil, E. A. & Quintero, M. C. (2001). Principios rectores y estructura del proceso penal militar el sistema acusatorio en el nuevo código penal militar. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Jurisprudencia.

Colombia, Corte Constitucional (1992). Sentencia de Tutela N° 432. M.P: Simón Rodríguez Rodríguez.

Colombia, Corte Constitucional (2010) Sentencia de Constitucionalidad, N° 144; M. P: Juan Carlos Henao Pérez.

Colombia, Corte Constitucional (2012). Sentencia de Constitucionalidad N° 715, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia, Corte Constitucional (2014). Sentencia de Constitucionalidad, N° 387; M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Legislación.

Colombia, Constitución Política de Colombia. (1991). *Actualizada y revisada*. Bogotá D.C., Leyer

Colombia, Ley 1312 (2009, julio 9). Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad. Bogotá DC., Diario Oficial No. 47.405 de 9 de julio de 2009.

Colombia, Ley 1319 (2009, julio 4) por medio de la cual se adicionan los artículos 377A y 377B a la Ley 599 de 2000 (Código Penal), se crea el tipo penal de uso, construcción, comercialización, tenencia y transporte de Semisumergibles o Sumergibles. Bogotá D.C.: Diario Oficial número 47.405 de 9 de julio de 2009.

Colombia, Ley 1407 (2010, agosto 17). Por la cual se expide el código penal militar. Bogotá D.C., Diario Oficial.

Ministerio de Defensa Nacional. Concepto. Bogotá D.C., Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar