

**REFLEXIONES PARA LA INCLUSION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL. LA REFORMA
CONSTITUCIONAL COMO PROPUESTA**

PAOLA TATIANA PERAZA TRASLAVIÑA

AUTOR

MAURICIO HENAO BOHORQUEZ

ASESOR

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL PENAL**

BOGOTA D.C.

2018

Resumen

La limitación al *principio de oportunidad* en la jurisdicción castrense colombiana mediante la Sentencia C-326 de 2016, luego de ejercer un juicio de constitucionalidad a los artículos de la Ley 1765 de 2015 referentes a la aplicación de dicho principio por parte de los administradores de justicia militar, ha generado inconformidad en algunos sectores de la población colombiana, más cuando el debate en torno a la posibilidad de su aplicación en los procesos llevados a cabo por los tribunales especiales ha tenido lugar a lo largo de la historia.

Entonces, mediante este trabajo se pretende realizar un estudio que permita determinar la factibilidad de aplicación del *principio de oportunidad* en el Estado Social de Derecho Colombiano, teniendo presente la caracterización de la justicia como principio y valor constitucional, así como la naturaleza misma de la justicia penal militar; análisis que hará las veces de insumo para explorar la posibilidad de aplicar tal figura normativa, esto es el *principio de oportunidad*, al interior de la justicia castrense, poniendo de presente, desde ya, que tal situación sería posible a través de una reforma constitucional al artículo 250.

Palabras clave: jurisdicción castrense, justicia, principio de oportunidad, principio de igualdad, reforma constitucional.

Abstract

The limitation to the opportunity principle in the Colombian military jurisdiction through sentence C-326 of 2016, after exercising a constitutionality judgment to the articles of Law 1765 of 2015 regarding the application of this principle by the administrators of military justice has generated nonconformity in some sectors of the Colombian population, more so when the debate about the possibility of its application in the processes carried out by the special courts has taken place throughout history.

The purpose of this research is to study the feasibility of the principle of opportunity application in the Colombian Social State, taking into account the characterization of justice as a constitutional principle and value, as well as the nature of justice itself military criminal; analysis that will serve as an input to explore the possibility of applying such a normative figure, that is, the principle of opportunity, within the military justice and thinking that this situation could change through a constitutional reform to the article 250.

Key words: military jurisdiction, justice, principle of opportunity, principle of equality, constitutional reform.

Introducción

El Acto Legislativo 03 del año 2002 reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política Colombiana, para el presente trabajo tiene relevancia el contenido del segundo de ellos dado que mediante él se da a origen a la figura jurídica del *principio de oportunidad*. Al respecto, debe adelantarse que dicha figura surge como excepción a la obligación que el constituyente le otorgó a la Fiscalía General de la Nación mediante la promulgación de la carta política y jurídica de 1991, la cual se traduce en adelantar el ejercicio de la acción penal e investigación de hechos que revistan las características de delito, teniendo presente que dicha excepción sólo podrá operar en las circunstancias señaladas en la ley (Congreso de Colombia, 2002, art. 250).

Por otro lado, la jurisdicción en Colombia es entendida como “la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, [... mediante la cual] se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada [...]” (Ministerio de Justicia, 2016, pre. 32), así, puede decirse que en el país existen tres jurisdicciones dentro de las cuales se encuentra la especial y dentro de ella, a su turno, tiene lugar la jurisdicción penal militar o jurisdicción castrense. Así las cosas, puede deducirse que las jurisdicciones tienen los mismos fines: administrar justicia conforme a la ley, por lo que entre ellas podría predicarse una igualdad tanto de derechos como de obligaciones a la hora de ejercer las funciones propias de cargo.

Pero no obstante lo anterior, en el año 2015 se expide la Ley 1765 por medio de la cual se realiza restructuración a la justicia penal militar y policial, y como era de esperarse, debido a que quienes integran la jurisdicción penal militar bien sea como administradores de justicia o porque hacen parte de la Fuerza Pública Colombiana, dentro de dicha ley se otorgó a los Fiscales Penales Militares y Policiales la facultad de aplicar el *principio de oportunidad* en su jurisdicción y conforme a la política criminal del Estado colombiano (Congreso de Colombia, art. 30). Por esa razón unos ciudadanos deciden ejercer la acción pública de constitucionalidad y demandar los artículos de dicha ley que tenían relación con el *principio de oportunidad* por considerar que vulneraba de forma directa el artículo 250 de

la Constitución Política de Colombia debido a que en el Acto Legislativo 03 de 2002 se dio una regulación taxativa a dicha figura, luego dar un alcance diferente a través de una ley de menor jerarquía era inconstitucional (Sentencia de Constitucionalidad, 2016, p. 8). Aunado a ello, otros sectores manifestaban públicamente su inconformidad debido a que la ampliación de prerrogativas para la Fuerza Pública se traducía en la impunidad a la hora de juzgar los crímenes en contra de los Derechos Humanos (CPDH, FIDH, ILSA , Prensa - Colectivo, 2016), ante ello, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-326 (Sentencia de Constitucionalidad, 2016, pp. 37-38) declara inexecutable los artículos demandados y por tanto se tiene como constitucional la limitación del *principio de oportunidad* en la jurisdicción penal militar.

Aun cuando dicho planteamiento está revestido de legalidad, debe comprenderse que el derecho tiene como objetivo cuestionar las diferentes acciones que suscitan en una sociedad determinada, a partir de la reflexión y de la argumentación, más cuando puede decirse que aquellas conductas que hoy son consideradas legales, pueda que con el paso del tiempo y debido a la costumbre, mañana no lo sean, aunado a ello, el deber de la epistemología jurídica consiste en la preocupación por aquellos problemas que tienen lugar en las relaciones sociales, donde el derecho actúa como sistema que pretende regular las conductas.

Con todo, si bien se mencionaba que las jurisdicciones tenían el mismo fin y los mismos derechos, es de reconocerse y aceptarse que quienes acuden a ella deben ser merecedores de un trato igual con base en el artículo 13 Superior (Asamblea Nacional Constituyente, 2016) que en el caso de la jurisdicción ordinaria sería cualquier ciudadano y en el caso de la jurisdicción especial según el caso, en el supuesto de la Castrense serían los miembros de la Fuerza Pública, quienes ostentan una calidad especial debido a su función social. Entonces, es oportuno ahondar en el tema y más cuando se tiene la certeza que el derecho es un sistema abierto que da lugar al debate, y donde la política criminal no ha sido establecida de manera seria ni desde una perspectiva de Derechos Humanos (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pp. 48-50), por lo que esta tampoco podría ser considerada un argumento de peso a la hora de limitar la prerrogativa, pues actualmente

Colombia cuenta con políticas gubernamentales, las cuales tienen el mismo tiempo de vigencia que el periodo presidencial.

Es por esta razón que surge el cuestionamiento sobre la aplicación limitada de dicha figura al interior de la justicia penal militar aun cuando dentro de la justicia ordinaria está permitido, de ahí que este escrito se ocupará de responder la pregunta en el sentido que su respuesta no induzca a un sí o a un no, por lo que se sugiere ¿Cómo incluir el *principio de oportunidad* en la justicia penal militar?

Por lo anterior, el objetivo general trazado consiste en proponer una alternativa de redacción del artículo 250 para que el *principio de oportunidad* se incluya en la justicia penal militar colombiana. Para satisfacer lo expuesto en el objetivo general, se plantearon los siguientes objetivos específicos: 1. Examinar la naturaleza y marco normativo del *principio de oportunidad* en Colombia a la luz de la justicia como fin del Estado Social de Derecho 2. Analizar la jurisprudencia colombiana con relación a la aplicación del *principio de oportunidad* en la Ley 906 de 2004, 3. Realizar un análisis crítico de la Ley 522 de 1999 y de la Ley 1407 de 2010, con relación al fundamento del principio de oportunidad en la justicia penal militar, y 4. Proponer una reforma al artículo 250 de la Constitución Política de Colombia.

En ese sentido y en aras de cumplir con lo propuesto, este trabajo se enmarca dentro de una metodología cualitativa, la cual “propone como alternativas para el análisis las categorías de sujeto, subjetividad y significación, cuya mutua filiación se irá a encontrar en los conceptos de interioridad y vivencia” (Sandoval Casilimas, 2002, p. 31), cuyo propósito principal “es conocer la realidad sociocultural desde la perspectiva de los actores sociales que la construyen” (Sandoval Casilimas, 2002, p. 151), aspectos que se identifican dentro del trabajo en la medida que la preocupación por la limitación al *principio de oportunidad* genera una afectación dentro de la realidad social de quienes cumplen una función social dentro del país; la Fuerza Pública, pero que al mismo tiempo genera un sentimiento relacionado con el miedo a la impunidad de las acciones por parte de la población civil, es por esta razón que el corte del trabajo es socio-jurídico, en la medida que se relaciona una decisión jurídica con las implicaciones que conlleva dentro de la realidad social en general,

pero al mismo tiempo los argumentos aquí expuestos giran en torno a los límites constitucionales y el debate entre la ponderación de derechos, razones que llevan a definir dicho trabajo, además, como crítico, debido a que cuestiona la realidad social a partir de argumentos jurídicos y se llega a una conclusión a partir de un método sistemático que incluye no solo el análisis de la Constitución Política sino que se enfoca en la naturaleza tanto de la justicia penal militar como del *principio de oportunidad*.

Finalmente, se debe mencionar que los estudios teóricos sobre el particular se han enfocado en dos posiciones: quienes están a favor de la aplicación del *principio de oportunidad* en la justicia penal militar y quienes no, y que el argumento principal de los primeros recae en la justificación al derecho a la igualdad, aplicabilidad del principio del juez natural y en la protección especial a quienes cumplen una función social dentro del país, en tanto quienes pertenecen a la segunda, tienen como argumento que su aplicación traería consigo impunidad y que aunado a ello el sentir del legislador tenía implícito la aplicación de dicho principio únicamente en la jurisdicción ordinaria, teoría adoptada por la Corte Constitucional, no obstante, este debate será entendido a profundidad dentro del texto.

1. Implicaciones jurídicas en la aplicación del Principio de Oportunidad en el sistema procesal penal militar colombiano

La justicia penal militar tiene fundamento en la consolidación de dos jurisdicciones dentro del país, donde esta hace parte de una de las especiales, no obstante dicha jurisdicción tiene una relación especial con el Fuero. Es así como históricamente el contenido de la palabra Fuero, “está ligado de manera especialísima al de jurisdicción, siendo entendido como la competencia de un tribunal para juzgar a determinadas personas en consideración a su investidura o profesión” (Cermeño Petro, 2004, p. 2), aspecto que tiene relación con la idea de jurisdicción, tal y como se vio en el apartado anterior, donde existe una forma especial de juzgar a las personas según sus calidades o las características del hecho o acto jurídico.

Al respecto, es oportuno mencionar su connotación histórica, por lo que debe decirse que en la Edad Media tuvieron origen las jurisdicciones atendiendo al lugar donde habitaban los sujetos y existían prerrogativas según su oficio, marineros, políticos, militares, etc., prueba de ello es que en el siglo XVII en España, existieran alrededor de veinte jurisdicciones o fueros dentro de los que se encontraban el de León, de Castilla, de Salamanca, de Burgos, de Navarra, etc., y al mismo tiempo existiera un fuero respecto de los militares, el cual atendía a la superioridad jerárquica de quien sería juzgado, al arma que utilizaba, ya que portarla era una cuestión de honor, y/o a la condición social del militar que había cometido presuntamente un ilícito.

Con lo anterior, puede decirse que históricamente han existido dos tipos de fueros, el fuero ordinario que hace referencia al hecho de conocer todas las causas siempre y cuando no sean competencia de un tribunal especial; y, el fuero privilegiado, es decir el poder para conocer de aquellas causas que cometen ciertas personas, conforme a su condición especial o debido a la función que desempeñan, teniendo claro que estas deben existir previa comisión del delito (Cermeño Petro, 2004, pp. 2-4).

En ese orden de ideas, el Fuero Militar relacionado con la Jurisdicción Castrense o Jurisdicción Penal Militar, ha existido desde la historia misma de la humanidad, de ahí que

haya estado presente en culturas como la de Atenas, Cartago, Macedonia, Persia, India, entre otras, y donde su fin estaba orientado a juzgar a los militares que se habían visto involucrados en un delito a propósito de las situaciones relacionadas con la guerra, y donde los procedimientos que les eran aplicados se caracterizaban por ser de carácter especial, bien fuera a los ejércitos de ocasión, mercenarios etc., no obstante su desarrollo ocurrió en Roma y su aplicación tenía justificación en la idea de disciplina y necesidad de su mantenimiento. (Cermeño Petro, 2004, pp. 9-10).

Hoy, dicho fuero se relaciona con

la protección de los bienes jurídicos inherentes a la Fuerza Pública y a sus miembros activos; en procura de evitar cualquier irregularidad en el desempeño de las funciones que la Constitución Nacional, les ha encomendado, con restricción al ejercicio de la fuerza, con miras a fortalecer la existencia del derecho y la conservación del Estado. (Franco Álvarez, 2016, p. 3).

Es por ello que algunos autores manifiestan que este hace parte de los derechos fundamentales propios de quien o quienes actúan en cumplimiento de un mandato constitucional, pero por otro lado, otras personas manifiestan que se debe tener cuidado dado que este es un tema que genera el uso desmedido de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas, de ahí que exista otra corriente que critique dicha prerrogativa a la luz del derecho internacional humanitario, donde el debate tiene que ver con la relación entre el fuero militar y el juzgamiento a los autores de graves violaciones a los Derechos Humanos, situaciones que tienen lugar en medio del conflicto armado. De esta forma, la Declaración sobre la protección de las personas contra la desaparición forzada de Naciones Unidas, ha sido reconocido como el primer instrumento en enfrentarse de forma directa al tema al sostener que quienes comentan este tipo de delitos deberán ser sancionados por la jurisdicción ordinaria, teniendo presente que hoy por hoy diversos instrumentos están adoptando dicha idea (Andreu-Guzmán, 2003, pp. 51-52), sin embargo se cree que esta no sería una solución de fondo debido a que la idea está en combatir de manera preventiva dicha situación, aspecto

que sólo será posible una vez se haya erradicado el conflicto social, económico, jurídico y por supuesto militar.

Entonces, la justicia penal militar ha sido entendida desde su origen como “[...]una jurisdicción especializada que se encarga de la investigación y juzgamiento de hechos relacionados con el servicio, cometidos por miembros de la Fuerza Pública en actividad” (Ministerio de Defensa Nacional, 2016, pregunta 15), de ahí que si el miembro de la Fuerza Pública comete un ilícito en servicio activo y al margen de la tarea encomendada, debe ser sometido al derecho penal común, jurisdicción ordinaria, situación que ocurre de la misma forma cuando se comentan acciones propias de los delitos de lesa humanidad, y por tanto contrarios a la dignidad humana, pues se es claro que dicho accionar no guardaría, bajo ninguna circunstancia, conexidad con la función de la Fuerza Pública (Sentencia de Constitucionalidad, 2000, p. 22).

Su misión se orienta bajo la defensa de la soberanía nacional y del territorio, y su soporte está constituido por 1. La defensa y protección de los Derechos Humanos, por lo que sus funciones pueden ser resumidas en la defensa del orden institucional procurando la estabilidad y conservación de la armonía dentro de los territorios que le son asignados, campo-ciudad, así como dentro de las instituciones públicas cuya esencia es la sociedad; 2. La garantía de existencia del Estado, haciendo un uso legítimo de la fuerza si es necesario; 3. Asegurar los valores que emanan de la Constitución Política Colombiana y que permean las relaciones sociales entre los ciudadanos y entre ellos y el Estado como ente protector de sus derechos. (Salazar Molano, 2015, p. 6).

En ese orden de ideas, en el año 1999 se expidió la Ley 522 de 1999, la cual establecía, en 607 artículos, el Código Penal Militar, contentivo tanto de la parte general como especial (Congreso de Colombia, 1999, ar. 607). Como se ve, la Jurisdicción Penal Militar hace las veces de excepción a la regla constitucional del juez natural general, por lo que fuero militar es estrictamente penal y de interpretación restrictiva (Sentencia de Constitucionalidad, 1997, pp. 33), lo que quiere decir que en otras materias, como por ejemplo la disciplinaria, no opera aquel fuero establecido constitucionalmente.

Posteriormente, la Ley 1407 de 2010 (Congreso de la República, 2010, ar. 628), nuevo Código Penal Militar, deroga el código anterior mediante el artículo 628, entrando en vigencia a partir del año 2011 bajo los preceptos del sistema acusatorio, adoptado en Colombia mediante la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal e implementado el primero de enero de 2005 como respuesta a la problemática de la justicia penal en el país y luego de varias discusiones entre servidores de la rama judicial, académicos, profesionales del derecho etc. (Reyes, 2005, p. 8). En ese sentido, es menester mencionar que aun cuando se reconoce “que es este [la Ley 1407 de 2010] un código moderno, garantista, adecuado a la filosofía [de la] actual Carta Política y [a] los compromisos adquiridos por Colombia en el ámbito Internacional de los Derechos Humanos” (Beltrán Moncada & Herrera Peñuela, 2011, p. 11), se encontraba una omisión sobre la aplicación del *principio de oportunidad*, aspecto que generó en algunos sectores del país inconformidad en algunos sectores de la población colombiana por considerar que dicha omisión atentaba en contra del derecho a la igualdad respecto de las personas sancionadas bajo la jurisdicción ordinaria.

Y finalmente, sobre la última reforma relacionada con el fuero penal militar, debe decir que debido a los reclamos insistentes por parte de la Fuerza Pública colombiana, orientados a cuestionar la seguridad jurídica, y por tanto al afirmar la existencia de una inseguridad jurídica originada en los procesos adelantados por los jueces ordinarios en su contra, debido al desconocimiento de la labor tanto militar como policial, evidenciando fallas dentro de la apreciación y juzgamiento de los hechos, demanda que ha sido evidente a lo largo de la historia, sin embargo, ha sido un tema controversial debido a las conocidas violaciones a los Derechos Humanos, la objetividad que pudiese llegar a tener el juez y por supuesto, el juzgamiento por las ejecuciones extrajudiciales o más conocidas como “Falsos Positivos”, donde algunos miembros de la Fuerza Pública han resultado como sujetos activos en la comisión del punible a propósito de las “funciones propias de su cargo”, además de los asesinatos selectivos masacres (Universidad del Rosario, 2016, par. 2-14).

El Principio de Oportunidad

Según Alexander Godoy y German Laverde, la institucionalización de esta figura jurídica data a comienzos del siglo XX cuando se empezó a observar en las personas conductas contrarias a la ley y se estableció la Ley del Talión, luego la Ley de las XII Tablas las cuales fijaban una alternatividad o salida negociable a aquellas conductas que alteraban el orden social; por su parte en Colombia, esta figura es concebida desde la implementación de la alternatividad penal por parte de diferentes culturas, (Godoy Godoy & Laverde Arce, 2014, pp. 7-9), un ejemplo de ello es que los planteamientos de algunos preceptos legales a lo largo de la historia colombiana se han acercado a dicha figura, por ejemplo el artículo 143 de la Constitución Política de 1886, la reforma constitucional de 1978 mediante la cual se intentó un acercamiento al sistema penal acusatorio, la terminación abreviada del proceso penal, entre otros, (Gómez Pavajeau, 2007, p. 35), sin embargo su origen jurídico se remonta a la implementación del sistema penal acusatorio dado que este “centra el interés procesal en la terminación anticipada del procedimiento por la no formulación de acusación en ejercicio de la facultad de discrecionalidad (principio de oportunidad) o por la concentración del proceso en la audiencia de juzgamiento.” (Ramírez Aristizabal & Sanchez Roa, 2010, p. 8). Así las cosas, en Colombia su implementación tiene plena relación con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002.

Por lo que puede colegirse que el *principio de oportunidad* hace las veces de herramienta a través de la racionalización de sistema, concibiendo unas reglas especiales en casos determinados, con la intención de fortalecer el aspecto cualitativo así como la selectividad operativa en la administración de justicia (Valles Romero, 2014, pp. 13-14), es por ello que la Ley 1312 de 2009, la cual reforma la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal, define en su artículo 1, el cual modifica el 323 del código en mención, dicha figura jurídica como

la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal,

según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías. (Congreso de Colombia, art. 1)

Con lo anterior, y teniendo como presupuesto la constante pugna entre aquellos que consideran constitucional la puesta en práctica del *principio de oportunidad* dentro de la jurisdicción penal militar y los que no, en el año 2015 se efectúa una reestructuración a la justicia castrense mediante la promulgación de la Ley 1765, en esta oportunidad el legislador decidió otorgar a los Fiscales Penales Militares, la función de implementar el principio de oportunidad a los integrantes de que hubieran cometido un delito con ocasión al servicio y durante el ejercicio de su actividad. Debido a ello, unos ciudadanos decidieron demandar por inconstitucionalidad los artículos que se referían de forma directa o indirecta a la mencionada aplicación, fue así como demandaron los artículos 30 (parcial), 111, 112 (parcial), 113, 114, 115 (parcial), 117, 118, 119 y 120. El argumento jurídico consistía en que dichos preceptos eran contrarios al mandato del artículo 250 de la Norma Básica colombiana, mediante la cual se establece, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, la obligatoriedad de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar hechos que revistan características de delito, salvo en los casos que la ley permita la aplicación del *principio de oportunidad*, exceptuando de dicha posibilidad a los miembros de la Fuerza Pública cuando son sujetos pasivos de la comisión de una conducta punible (Asamblea Nacional Constituyente, 2016).

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana establece como punto de partida que el mandato constitucional

no solo se excluye la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación investigue los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, sino que también se establece que en estos casos, que por disposición del artículo 221 seguirán a cargo de la justicia penal militar, no tendrán aplicación las demás reglas atinentes a la forma como el ente investigador cumple sus funciones dentro del ámbito de la justicia ordinaria, entre ellas, la relativa a la posibilidad de dar

aplicación al principio de oportunidad. (Sentencia de Constitucionalidad, 2016, pp. 22)

De ahí que para dar respuesta al problema jurídico, la corte hizo uso del método sistemático de interpretación, entendido como “la lectura de la norma que se quiere interpretar, en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento en el cual aquella está inserta y guardando coherencia con la Carta Constitucional” (Sentencia de Constitucionalidad, 2001, pp. 31), mediante el cual concluyó que el artículo 250 constitucional incorpora una prohibición a la aplicabilidad del principio de oportunidad, dado que, además, es una atribución otorgada exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación. Por lo que finalmente declara inexecutable dichos artículos y por tanto se continua con la tesis que el principio de oportunidad no debe ser aplicado a quienes son sancionados dentro de la justicia penal militar (Sentencia de Constitucionalidad, 2016, pp. 37-38).

No obstante, ello, se coincide con que dicha decisión podría vulnerar el derecho a la igualdad entre quienes son juzgados por la justicia ordinaria y aquellos que reciben sanción en la jurisdicción penal militar, por lo que aun cuando lo planteado hace las veces de antecedentes, surge la necesidad de ahondar en la naturaleza jurídica del *principio de oportunidad*.

El principio de oportunidad es considerado una herramienta de la política criminal del Estado, siendo a su vez una institución jurídica compleja la cual puede ser entendida desde cuatro perspectivas: 1. Desde el punto de vista del infractor a la ley, dado que mediante su aplicación queda extinguida la sanción penal; 2. La de la administración de justicia; 3. La de la sociedad y por último la víctima; bien sea directa o indirecta (Sentencia de Constitucionalidad, 2016, pp. 25-26), teniendo claro que como requisito indispensable para su aplicación es necesario, que tal y como ocurre en Colombia, existe diferencia entre quien acusa, la Fiscalía General de la Nación, y quien juzga, pero teniendo además que la aplicación de dicho principio, se sustenta en la proporcionalidad, el cual hace un llamado a sancionar las conductas que realmente constituyen una amenaza para la convivencia pacífica (Sentencia de Constitucionalidad, 2007, pp. 68).

Las 18 causales para su implementación, una de ellas declarada inexequible mediante Sentencia C-936 de 2010, se encuentran establecidas de manera taxativa en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, teniendo presente que este principio puede ser aplicado por una sola vez y con base en requisitos tanto de orden objetivo como subjetivo, teniendo como efecto jurídico final la extinción de la sanción penal.

Como regla general, puede afirmarse que la aplicación del principio de oportunidad no es inherente al procedimiento penal militar, puesto que este es propio de un sistema acusatorio puro. Ello ocurriría por cuanto, al tenor del mandato del artículo 230 de la Constitución Política de 1991, los funcionarios judiciales únicamente se encuentran sometidos al imperio de la ley, y en ese orden de ideas, no podría el Juez de Instrucción Penal Militar estar facultado para cesar procedimientos por causas diferentes a las que establece el régimen penal militar, e igualmente, los Fiscales Penales Militares tampoco podrían tener en cuenta consideraciones políticas o de conveniencia, cuando califican la instrucción (Villamil Jaramillo & Quintero Torres, 2001, pp. 61).

En tal sentido, es pertinente señalar que la Ley 1765 de 2015 había establecido entre sus controversiales disposiciones, que los fiscales pertenecientes a la justicia penal militar podían conceder a militares investigados el Principio de Oportunidad, sin ellos pertenecer a la Fiscalía General de la Nación (contraviniendo lo dispuesto en la Constitución Política). Por esta vía se señaló al Congreso de la República al haber aprobado la reforma a la justicia penal militar, ya que se extralimitó en sus funciones, pues para introducir una modificación de tal magnitud, tendría que haberse llevado a cabo el procedimiento propio de la expedición de un Acto Legislativo -al tratarse de una reforma no legal sino constitucional- (Noticia judicial, 2016, pars. 1-2) y (Caracol Radio, 2016, párr. 1-3).

Aquí, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-326 de 2016 (M.P. Mendoza Martelo, pp. 22-24), efectuó un análisis sistemático y teleológico del artículo 250 de la Constitución, y del propósito, las características e implicaciones del principio de oportunidad, recordando que este principio es una institución heredada del derecho anglosajón, a partir del cual, el titular de la acción penal puede suspender su ejercicio, e incluso renunciar definitivamente a ella, en vista de la ocurrencia de circunstancias

particulares, no previstas al momento de tipificarse la conducta punible, aconsejando una nueva valoración para evitar que el aplicar la ley penal pueda generar un desbalance o el rompimiento de la proporcionalidad que debe existir entre la conducta cometida y sus consecuencias (Ley al día, 2016, párr. 3).

Todo este análisis adquiere especial relevancia, si se tiene en cuenta que desde la óptica de múltiples organizaciones no gubernamentales e instituciones de investigación socio política y jurídica, ha sido posible identificar las modalidades más concurridas de conductas punibles atribuidas directamente a agentes estatales, como lo son por ejemplo, las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales, que indudablemente constituyen delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, caracterizados por ser realizados de manera generalizada y sistemática en este sentido.

Por otro lado, es pertinente mencionar que la justificación de la aplicación del *principio de oportunidad*, esto es, la respuesta a las preguntas ¿por qué? y ¿para qué?, puede darse desde dos perspectivas, a saber, el *principio de oportunidad* evita el desgaste del sistema penal en circunstancias en las que el daño es mejor a la afectación causada en el bien jurídico y, además, la aplicación del *principio de oportunidad* propicia espacios para el desarrollo de la justicia restaurativa. Se puede decir entonces que la primera razón para instaurar el *principio de oportunidad* contribuye en gran medida a la función judicial, que consiste en la obligación de perseguir los crímenes cometidos al interior del Estado. Por otro lado, la segunda razón se basa en la perspectiva de quien ha cometido un delito, pero tiene el deseo de resarcir su accionar a través de la realización de un conjunto de acciones que van desde la reparación de las víctimas hasta la contribución con la realización de justicia, las cuales hacen referencia a las causales contempladas en la ley para la procedencia de la referida figura.

Con relación a la primera perspectiva, es necesario mencionar que la “inclusión del *principio de oportunidad* como instrumento para buscar mayor eficacia en la justicia, al concentrar su acción en la persecución de los delitos más graves, es comprensible desde las tesis criminológicas modernas que se preocupan por dar respuestas proporcionadas según los hechos que se investigan, ponderando el caso individual y las consecuencias de la pena”

(Berrio Alarcón, Montoya Castellanos, & Prieto Espinosa, 2018). En este sentido, el *principio de oportunidad* resulta ser un modo de optimización efectiva del sistema penal, razón por la que la aplicación de tal principio contribuiría a la materialización de la política criminal del Estado en el sentido de obligar a investigar y juzgar de forma eficaz y eficiente los delitos graves cometidos en Colombia, pero teniendo claro que en aras de evitar el desgaste institucional, puede existir una excepción a tal deber cuando se contempla una situación fáctica menos gravosa así como unos elementos objetivos determinados de forma previa, cuando el castigo generado con el accionar ha sido tan fuerte que no es justificable una sanción desde el aparato judicial, o cuando, gracias a la verificación de unos hechos determinados, es posible llegar al problema estructural. Teniendo esto en cuenta, la razón que justifica la aplicación del principio es, principalmente, la escasa lesión social producida al cometer el delito y por esto mismo, la falta de insistencia en la persecución penal (Ramírez y Meneses, 2010). Esta perspectiva contribuye, además, a evitar los efectos criminógenos de las penas cortas que pueden resultar en otra conducta delictiva y producir procesos judiciales diferenciales acordes a la criminalidad menor, lo que permite aplicar mayores recursos al enjuiciamiento de delitos más graves y complejos que no entran dentro de la aplicación del *principio de oportunidad*. En todo caso, la aplicación de este principio también se justifica en que, eventualmente contribuye a la descongestión de las cárceles, que es también una ventaja derivada de la optimización del sistema penal. Por otro lado, y como uno de los motivos que tiene que ver con la labor de las instituciones judiciales, con el papel del sujeto activo de la conducta punible y con el papel de la sociedad en general; es el considerar que, además de lo anterior, la aplicación del *principio de oportunidad* contribuye a celeridad procesal y, por esa misma razón, se constituye como una apuesta por combatir la congestión judicial.

Ahora bien, al contemplar la segunda perspectiva, los críticos podrían decir que tal figura es contradictoria con los fines de los Estados, pues “De un lado, el Estado criminaliza una serie de conductas en el Código Penal y posteriormente eleva todas las penas; de otro, descriminaliza esas mismas conductas en el Código de Procedimiento Penal por lo que tal situación deja la sensación de que se desea engañar al ciudadano” (Berrio Alarcón, Montoya

Castellanos, & Prieto Espinosa, 2018), no obstante ello, lo cierto es que desde la criminología crítica presentada por Raúl Eugenio Zaffaroni (2011), tal figura puede verse justificada en virtud de la aplicación del minimalismo penal; a lo que se suma el mensaje que se transmite a la sociedad, consistente en reconocer que los ciudadanos pueden cometer un delito pero que la verdadera reparación, el asumir una sanción moral o el contribuir con el sistema penal acusatorio, podría contribuir a enmendar tal error por única vez.

Es importante mencionar además que una de las justificaciones del *principio de oportunidad* radica en que su formulación misma permite la aplicación de la justicia restaurativa, la cual consiste en un enfoque penal que se concentra en reparar el daño ocasionado a las personas, más que en castigar a los delincuentes (Márquez, 2007). En este sentido, por medio de figura se reivindica el papel activo de la víctima como parte principal en la resolución del conflicto. El artículo 519 del Código de Procedimiento Penal consagra las reglas generales por las cuales se debe regir el principio de justicia restaurativa. Estas reglas son aplicables en los 18 escenarios aceptados en los que incurre el principio de oportunidad y se dan cuando la víctima y el delincuente reconocen que existe un delito a base del cual se puede iniciar un proceso restaurativo que genere acuerdos proporcionados al agravio cometido (Sierra, Díaz, Peña, 2010). La justicia restaurativa tiene tres escenarios en la aplicación del principio de oportunidad. El primero es la restitución es un proceso que se enfoca en que el delincuente pueda devolver a la víctima al estado previo antes del ilícito. El segundo es la indemnización que son las medidas orientadas a resarcir los daños a partir de una retribución económica. El cuarto es la rehabilitación que consiste en las acciones orientadas al bienestar médico, psicológico y jurídico de la víctima y el quinto, son las garantías de no repetición. En últimas, según la Fiscalía General de la Nación, la aplicación del principio de oportunidad se sustenta en “permitir la terminación anticipada del proceso penal” (Sierra, Díaz, Peña, 2010, p.7). y “el incentivar la participación de la víctima y el victimario en la solución de conflictos” para “lograr la solución alternativa del conflicto derivado de delitos de menor intensidad, para destinar los recursos estatales a la investigación de los delitos más graves” (Sierra, Díaz, Peña, 2010, p.7).

2. Análisis jurisprudencial de la aplicación del Principio de Oportunidad en la Ley 906 de 2004

No es poca la jurisprudencia que ha surgido en torno a la polémica figura del *principio de oportunidad*, puesto que por un lado es una figura nueva en el ordenamiento jurídico y por el otro el mensaje que se le da a una sociedad acostumbrada a entender la privación de la libertad como el fin de la justicia es una situación que dificultó inicialmente la asimilación de la figura, puesto que claramente el derecho se debe adaptar al contexto al que se destina.

Así mismo lo entendió la corte tal como se refleja cuando dice refiriéndose a la percepción social de este tipo de medidas

con frecuencia, será factible que ella no comparta, y en general repudie, la aplicación de medidas como el principio de oportunidad, pues el simple rechazo que de ordinario genera el crimen, [y] la sensación de indefensión que la frecuente noticia sobre la comisión de delitos suele generar en el conglomerado social, son razones suficientes para explicar el espontáneo rechazo de estas medidas, que son usualmente percibidas como provenientes de la debilidad del Estado y sus autoridades, o de su condescendencia con el crimen. (Sentencia C-326/16, 2016)

Sin embargo la misma Corte concluye que pese a esto la sociedad debe llegar a un punto de comprensión, el cual es difícil de alcanzar lo que implica que estas figuras estén sólidamente estructuradas y arraigadas en la Constitución y el ordenamiento jurídico. (Sentencia C-326/16, 2016). Por lo cual no es extraño que el terreno se empezara a abonar para la constitucionalización del derecho penal a través del Acto Legislativo 03 de 2002 que incluso sería una primera referencia a la figura del principio de oportunidad incluido en el texto constitucional como se sustrae de la lectura de sus artículos 116, 221 y 250 (Constitución Política de Colombia, 1991).

Además el fortalecimiento de la estructura legal del Estado se complementa con la promulgación de la Ley 906 de 2004, y la fundamentación de una política criminal del Estado debido a que hablando del

Código Penal, su contenido no es nada diferente que la articulación de las decisiones fundamentales de dicha política. Por lo tanto, forma parte de la etapa de diseño de la política criminal. Sin embargo no agota dicha política. Al ser tan sólo la articulación de la política criminal en un conjunto normativo, no comprende otros aspectos del diseño de la misma. (Sentencia C-646/01, 2001)

En ese sentido, el impacto que tuvo la aparición de esta norma, y lo que implica puesto que no se trata de una modernización o actualización de una ley o la variación de un criterio jurídico sino de un cambio total del paradigma que tenía la institución del derecho penal, lo que explica porque pese al arraigo que se le pretendió dar en las instituciones superiores se haya tenido que dar claridad a muchos puntos por vía jurisprudencial.

De este modo, se toma como punto de partida la Sentencia C-591 de 2005 por ser la que tal vez se reconozca como sentencia fundacional en lo que refiere al sistema penal acusatorio, pronunciamiento en el que claramente la Corte se vio avocada a emitir apreciaciones sobre el principio de oportunidad, en tal sentido, se parte por expresar que una de las cuestiones a las que llama atención la corte de manera enfática es a que tal figura solo es aplicable dentro de la justicia ordinaria, a la vez que aclara la imposibilidad de los militares a ser juzgados por el procedimiento de tal justicia, también señala el cambio de la estructura de la fiscalía que ya se venía previendo desde el 2003 con el Acto Legislativo mencionado en el párrafo anterior, señalando que ahora es uno de los extremos procesales, a la vez que crea la figura del juez de control de garantías que juega un papel predominante en el tema del principio de oportunidad (C-591, 2005).

Se debe tener en cuenta que esta Sentencia conceptualiza el *principio de oportunidad* en los siguientes términos:

se consagró a nivel constitucional el *principio de oportunidad*, por oposición al principio de legalidad. El principio de oportunidad ha sido reconocido en múltiples ordenamientos penales del mundo, y se basa en el postulado de que la acusación penal requiere no sólo que exista suficiente *mérito* para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que no existan razones de *oportunidad* para archivar el proceso, esto es, razones válidas por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una determinada conducta, en los “casos que establezca la Ley” y “dentro del marco de la política criminal del Estado (C-591, 2005)

concepto importante puesto que se recoge de manera reiterada en diversos pronunciamientos, además tiene gran relevancia porque este mecanismo al igual que la mayoría de los que componen la legislación del país corresponde a una mixtura de modelos, pues es un *principio de oportunidad* reglado, pero mucho más amplio que el que existe en otros países como ya se mencionó en otro apartado del trabajo.

Aquí es pertinente poner de presente que se entiende por política criminal del Estado, ya que es el eje del cual se desprenden las variaciones que pueda llegar a tener la aplicación y concepción del principio de oportunidad para lo cual bastará con decir que

Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. (Sentencia C-646/01, 2001)

También, resulta oportuno tener en cuenta que la Sentencia que se viene observando casualmente cierra una de sus principales problemáticas sobre si la exclusión de la aplicación del *principio de oportunidad* a los militares se debe conservar o no, y el argumento para determinar que la frase final del artículo 250 de la Constitución, que actualmente es el fundamento legal que impide la aplicación o la inclusión del *principio de oportunidad* en la justicia penal militar, se fundamentó en ese

entonces en la Sentencia C-358 de 1997, principalmente en cuanto este pronunciamiento señala que el fuero penal militar por ser un excepción a la regla general tiene un acceso restrictivo y que en todo caso este no tiene por qué ser idéntico al de la justicia ordinaria pues bastara con que se ajuste a la Constitución.

Ahora, tras haber establecido este concepto que, como ya se mencionó, es recurrente en las demás Sentencias sobre el tema, se debe plantear que al ser planteado el principio de oportunidad como una limitación del principio de legalidad se deben observar unos presupuestos:

Primero que tanto el principio de oportunidad como el de legalidad aparecen como una forma de racionalizar el uso del derecho penal puesto que

La pena, para tener legitimidad en un Estado democrático, además de ser definida por la Ley, ha de ser necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles, asunto éste que encuentra en Colombia apoyo constitucional en el artículo 2 que entre otros fines asigna al Estado el de asegurar la “convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (C-647 de 2001, 2001)

Lo que equivale a decir que el derecho penal tiene como principal derrotero la búsqueda de la justicia y que

[m]ediante la pena y en virtud de la definición legal, el Estado le impone a una persona determinada la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señalen la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos. (C-647 de 2001, 2001)

Cuestiones que finalmente la Sentencia C-647 de 2001 resume en unos criterios para aplicación de la pena siendo; la necesidad, la proporcionalidad y la utilidad, que son finalmente los criterios de exclusión que fundamentan la aplicación del *principio de*

oportunidad puesto que finalmente todas sus causales presentan o por lo menos deben presentar correspondencia con si quiera uno de los tres criterios.

En relación con esta situación resulta pertinente mencionar la Sentencia C-673 de 2005 que pese a que se recoge sobre el pronunciamiento 591 de 2005, realiza un análisis de una causal específica, la 16, que según quien demanda por inconstitucionalidad es vaga lo que impide un control de legalidad real que permita determinar si el fiscal tomo la decisión conforme a derecho o contrario a ello se basó en un criterio personal, percepción que la corte comparte por lo que la declara inexecutable puesto que el numeral señalado imponía al fiscal la carga de determinar la relevancia o trascendencia social de un hecho delictivo, lo que en efecto podría prestarse para divagaciones y diferentes interpretaciones en detrimento de derechos de los implicados en el proceso.

Sin embargo, esta Sentencia tiene salvamentos de voto por cuanto limitar la posibilidad del fiscal de renunciar a la persecución penal de un delito de merma de identidad para atender a uno de mayor impacto social se puede reflejar en un desconocimiento del fin de la figura del *principio de oportunidad*, en cualquier caso se tiene que esta Sentencia es fundamentadora de línea pues pese a que sus pronunciamientos no resulta en exceso novedoso respecto a los pronunciamientos que le precedieron si deja asentado el concepto y la razón de ser del *principio de oportunidad* a la vez que llama la atención hacia otra particularidad de la idea inicialmente planteada respecto a que este mecanismo necesita un arraigo jurídico fuerte, y es que si bien este se estableció, en la práctica se empiezan a encontrar puntos de quiebre que pueden afectar la manera como se aplique el *principio de oportunidad*, por lo que llamar la atención sobre la importancia de la precisión de la norma sería el nuevo objeto de atención.

Lo anterior se observa en la Sentencia C-979 de 2005, la cual centra su atención en dos puntos importantes, por un lado la vaguedad que se puede dar en atención a la redacción del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal tomando en cuenta que aparece como una contradicción al control de legalidad que la misma Constitución

Política de Colombia estableció como necesario para la aplicación del *principio de oportunidad*.

La segunda que en este punto ya se empiezan a notar los problemas de funcionamiento que derivan de la puesta en marcha del nuevo sistema que colisiona con los principios de la justicia restaurativa que está en boga en el país y que tiene como base la idea de que

El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido. Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad, debe diversificar las finalidades del sistema. (Sentencia C-979 de 2005, 2005)

Lo anterior implica desde luego un cambio en la política criminal del Estado toda vez que si la actuación penal se debe dirigir a la satisfacción de los intereses de las víctimas ya no se puede fundamentar el Estado en una idea de castigo de la punibilidad, sino que con más veras se debe atender a los criterios de utilidad, necesidad y proporcionalidad.

Además esta decisión de la corte llama la atención sobre uno de los temas pendientes que deja la reestructuración del sistema penal y es el papel que desempeña la fiscalía y como esta debe regular y estandarizar sus procesos para atender a sus nuevas obligaciones y a las prerrogativas que derivan de su papel en el proceso y de la cambiante política criminal del Estado, con ello

Resulta acorde con la Constitución (Art. 249, 250 y 251.3) que el Fiscal General de la Nación, en desarrollo de la autonomía limitada que le reconoce la Constitución, y para el cumplimiento de las responsabilidades que la Constitución y la ley le asigna en materia de aplicación del

principio de oportunidad, establezca procedimientos internos orientados a que este nuevo instituto procesal se aplique y se proyecte con los efectos de política criminal que alimentaron su creación. (Sentencia C-979 de 2005, 2005)

Sin embargo, la Corte hace hincapié sobre una de las características sobresalientes de la institución del principio de oportunidad y reitera que este principio es reservado y que por lo tanto la fiscalía solo podrá establecer procedimientos internos que empalmen su papel en el proceso con lo establecido por Ley, además debe ajustarse también al precedente jurisprudencial trazado por la corte. (Sentencia C-979 de 2005, 2005)

Siguiendo con la tendencia de establecer claridad sobre las causales y los límites de aplicación del principio de oportunidad se trae a colación la Sentencia C-095 de 2007 la cual plantea una nueva dimensión frente al marco de aplicación del principio de oportunidad, y corresponde ya no –como centro de la discusión- a la taxatividad o la claridad con la que se deben plantear las causales de aplicabilidad del principio de oportunidad sino que se enlaza con el tipo de derecho vulnerado y con ello problematiza la facultad de configuración legislativa, insistiendo en que tal configuración a la hora de plantear causales de aplicación del principio de oportunidad deben estar limitadas por la racionalidad, los compromisos internacionales del Estado. (Sentencia C-095/07, 2007)

De esta disposición se resaltan como puntos fundantes la idea del respeto de los derechos humanos y fundamentales como límite explícito a la aplicación del *principio de oportunidad*, y la idea de razonabilidad ampliada que permite incluir en su concepto la racionalización de los recursos del aparato jurisdiccional del estado en la persecución penal. De lo que se concluye que en este punto se le exige al operador judicial que evalúe la posibilidad de la aplicación del *principio de oportunidad* no solo en relación con un encuadramiento típico y un análisis que permita responder si un hecho se compadece o no con una causal de aplicación del *principio de oportunidad*, sino que

debe estudiar la situación de una manera global que le permita caracterizar el proceso específico atendiendo a los criterios que aparecen en este caso.

Las dos últimas sentencias empleadas como objeto de estudio permiten ver una tendencia a la variación de la línea jurisprudencial que se venía dando donde la estabilidad de la figura del *principio de oportunidad* se determinaba por el respaldo legal, político e institucional y la estricta aplicación de los preceptos legales a todos y cada uno de los casos, ahora se observa que con la tendencia a la atención y priorización de la víctima el enfoque se flexibiliza para dar paso a contemplaciones desde el derecho de fenómenos que pueden surgir con ocasión de una actuación delictual, la cual pese a encuadrar desde la exégesis en las premisas normativas que señalan las posibilidades de aplicar el *principio de oportunidad*, pueden ser venerantes de derechos de orden superior.

La anterior tendencia se evidencia en la Sentencia C-209 de 2007 en la cual se centra el problema jurídico en una confrontación entre el papel de las víctimas y la posibilidad del investigado de acogerse al *principio de oportunidad*, en este sentido lo que resalta de la Sentencia es la declaratoria de inexecutable del condicionamiento que impedía a la víctima impugnar la Sentencia que concedía el *principio de oportunidad* pues como lo señala la corte.

Dada la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito, impedir que éstas puedan impugnar la renuncia del Estado a la persecución penal, sí deja desprotegidos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral (Sentencia C-209/07, 2007)

En el mismo sentido se observa que por medio de las decisiones adoptadas en esta Sentencia se da mayor posibilidad de actuar a las víctimas, sin que ello signifique una mayor limitación al *principio de oportunidad*, simplemente implica un aspecto adicional

a evaluar por parte del juez de control de garantías, y es que en el proceso de conceder el *principio de oportunidad* no se vulneren los derechos de las víctimas, situación que incluye de acuerdo a la precitada Sentencia la necesidad de evaluar si se realizó el correspondiente proceso de reparación integral a la víctima, lo cual si bien es una condición que está en una de las causales de aplicación del *principio de oportunidad*, se vuelve una condición general.

De lo anteriormente expuesto se sustrae que el juez de control de garantías como decisor final en cuanto a la concesión del *principio de oportunidad* tiene la obligación de ponderar derechos y validar que se den las garantías mínimas tanto para las víctimas como para la parte pasiva del proceso, con el fin de que en estricta aplicación de lo reglado no se desconozcan o vulneren derechos de ninguno de los partícipes, a la vez que debe asegurarse que sus decisiones no se alejen demasiado de lo reglado.

El avance jurisprudencial que hasta este punto ha tenido la Corte se materializa en la Sentencia C-936 de 2010, en la cual se observa como la corte aprovecha todos los criterios que las Sentencias anteriores observaron para la evaluación de las problemáticas entorno al principio de oportunidad, así retoma el asunto de la política criminal del Estado en los términos planteados en la precitada Sentencia 646 de 2001 y le complementa expresando que

la jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas(...), y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la Ley penal. (Sentencia C-936/10, 2010)

Adicionalmente señala que “ “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada

por su redactor en el elemento teleológico de la norma”. ” donde cualquiera de estas dos expresiones corresponde a la articulación progresiva de la política criminal del Estado que se entiende como una etapa que surge de haber analizado los elementos constitutivos de la política y la relación entre sus componentes, del mismo modo reitera que los derechos de las víctimas y la gravedad de los delitos son un límite directo a la posible aplicación del mecanismo del principio de oportunidad, para lo cual los estándares e instrumentos internacionales deben ser revisados y tenidos en cuenta (Sentencia C-936/10, 2010)

Tomando como punto de partida todos estos criterios retoma el concepto de principio de oportunidad que se había estandarizado y le circunscribe una serie de atributos que le distinguen siendo el primero, y que ha acompañado desde su constitucionalización, el carácter excepcional de su aplicación y la potestad del fiscal para disponer de ella; segundo la taxatividad de las causales de aplicación del principio de oportunidad que debe estar acompañada por una condición de claridad al definir las que permita una aplicación inequívoca; tercero que debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado, en cuarto lugar su sometimiento al control de legalidad por parte del juez de control de garantías; quinto una regulación debe ser compatible con el respeto por los derechos de las víctimas, siendo este último punto dentro del cual se suscriben la mayoría de las contemplaciones, por lo que se fija un sexto requisito que surge de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y es “que la aplicación de las causales del principio de oportunidad exige un principio de verdad respecto de la autoría y la tipicidad de la conducta” (Sentencia C-936/10, 2010)

Lo que resulta razonable debido a que en efecto la aplicación del *principio de oportunidad* requiere una adecuación típica concreta, la determinación de los partícipes, y el grado de vulneración de derechos resultante de la acción emprendida a lo que se debe sumar el principio de legalidad que se debe sobreponer a toda inferencia lógica que realice el fiscal para decidir desistir de la acción penal por encontrarse frente a una causal del *principio de oportunidad*.

Se puede concretar que en este punto la Corte Constitucional ha logrado estabilizar su línea de decisión situación latente al observar Sentencias como la C-387 de 2014 en la cual los criterios evaluados se mantienen dentro del marco de la jurisprudencia que hasta este punto se han tenido como referentes, no obstante por el tema se brinda especial atención al tema de la verdad que aparentemente es una de las más recientes inclusiones al tema pero que a la luz de la justicia restaurativa se podría decir que se había venido manejando tras bastidores desde hace bastante tiempo, además al plantear el sistema penal acusatorio como un sistema con tendencia a la especial protección de las víctimas resultaría predecible la tendencia que se fue adoptando paulatinamente.

Ahora pese a que el tema de las víctimas y la verdad sigue siendo bastante importante a la luz de la aplicación de la política criminal aparece otra apreciación que se puede poner de presente trayendo a colación al Sentencia C-233 de 2016 y es respecto a la política penitenciaria, situación que se empieza a incluir en la cuestión del *principio de oportunidad* por cuanto se ha declarado el estado de cosas inconstitucional en relación con las condiciones de las cárceles lo que aunado a que

sólo son compatibles con los derechos humanos la ejecución de las penas que tiende a la resocialización del condenado, esto es, a su incorporación a la sociedad como sujeto capaz de respetar la Ley penal. Por consiguiente, adquiere preponderancia la política penitenciaria [...] [para determinar], sí es posible que el condenado avance en el régimen progresivo y pueda acceder a regímenes de privación de la libertad de menor contenido coercitivo [...], logrando la readaptación social del condenado. (Sentencia C233 de 2016, 2016)

En consecuencia, se puede determinar a partir de las Sentencias depuradas y seleccionadas para el desarrollo de este acápite varios puntos:

- El concepto del *principio de oportunidad* en la justicia penal ordinaria ha estado en constante expansión, así como todos sus componentes, sin embargo se ha mantenido homogéneo en sus principios de aplicación.
- Se entendió desde el tránsito al sistema penal acusatorio como un sistema penal con arraigo constitucional que este obedece y guarda estrecha relación a la política criminal del estado, política que tiene dos aspectos uno político y uno legal, en el primero se suscriben los criterios a tener en cuenta al momento de evaluar las acciones penales, incluido recientemente la política penitenciaria como punto a tener en cuenta y las leyes forman parte de tal política, es decir la ley penal, sin embargo de la lectura de las Sentencias se sustrae que esta percepción de la ley penal es amplia pues todos los casos se estudian a la luz de la integración normativa.

Consecuentemente se tiene que este aspecto incluye la Constitución Política de Colombia, vigente, los tratados y acuerdos internacionales relativos a la protección de los derechos fundamentales y de los derechos de las víctimas la ley penal sustantiva, la ley penal procesal, la normatividad interna de la Fiscalía General de la Nación incluida la resolución 4155 de 29 de diciembre de 2016 que reglamenta la aplicación del *principio de oportunidad* y deroga la resolución número 2370 de 2016 y todas las normas de orden nacional que existen en relación con los derechos de las víctimas. Excluyendo en todo caso la ley penal militar.

- El control de legalidad y la ponderación de derechos son una constante que se ha vuelto más visible con el tipo pero que ha aparecido en el transcurso de todo el desarrollo de la figura del *principio de oportunidad*.
- El desarrollo del mecanismo del *principio de oportunidad* se ha desarrollado mayormente por vía jurisprudencial lo que se observa en que incluso la corte

señala que uno de los criterios de evaluación para la aplicación del mismo es la línea jurisprudencial que se ha generado en torno a tal mecanismo.

Ahora bien, de la conceptualización de lo que es el *principio de oportunidad*, el cual de ninguna forma podrá considerarse como un derecho, y de ver la manera como se administra se puede deducir que desde luego esta figura tiene una serie de beneficios para el Estado y para los usuarios de la justicia que depende por un lado de la autonomía del fiscal en la valoración de los hechos y el manejo de la investigación así como de las posibilidades que presente cada caso específico, así como la voluntad del investigado y de la víctima para que se aplique el mismo, por lo que tal como lo presentan el legislador y la Corte Constitucional es una posibilidad un simple derecho de disposición en cabeza del juez, el cual está condicionado.

Consecuentemente, afirmar que es un derecho adquirido de los sujetos pasivos de acciones penales sería erróneo por el carácter excepcional que le da forma, sin embargo el *principio de oportunidad* como posibilidad reconoce de fondo que es conexo con una serie de derechos de carácter fundamental como la igualdad y la libertad, por lo que otorgarlo diferenciadamente a los sujetos que conforman la sociedad es un desconocimiento tácito de los derechos de unos sobre los otros, esto refiriendo a la diferencia que existe entre la jurisdicción ordinaria y la penal militar.

En todo caso teniendo en cuenta que el *principio de oportunidad* es el estandarte del modelo penal acusatorio, y que se concibe como parte de la política criminal del Estado, es posible asegurar que es a la vez una herramienta ya que permite descargar la administración de justicia y flexibiliza la manera como se maneja la política penitenciaria, puesto que si el principio general del sistema penal colombiano es que prima la libertad, lo más lógico sería que este principio sirviera a que se establezca tanto el sistema penitenciario como el de administración de justicia.

Lo anteriormente expuesto no quiere llamar a un uso indiscriminado de la figura, ni mucho menos a la desnaturalización de sus fines, sino a salir un poco de las ideas que llevan a tener percepciones negativas sobre los sistemas que castigan poco con privación de la libertad. Pues la sociedad también está llamada a ponerse en marcha con los esfuerzos que realiza el Estado para equilibrar los derechos en un contexto tan difícil como el de Colombia.

Con todo, es pertinente mencionar que en palabras de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en el salvamento de voto obrante en la Sentencia C-326 de 2016, el estudio en cuanto a la constitucionalidad de los ya mencionados artículos es un tema que no puede presentarse reducido, habida cuenta que

(i) las conclusiones de la decisión no se derivan del artículo 250 de la Constitución, que además no regula la Justicia penal militar. Dicha norma guarda absoluto silencio sobre su aplicación en el ámbito castrense y esto no puede ser entendido como una prohibición. En este sentido, el principio de oportunidad es una herramienta de política criminal válida y al prohibirle al Legislador que la establezca para la JPM, en razón de no haberse consagrado expresamente en la Constitución, se desconoció la cláusula general de competencia legislativa del Congreso. Así mismo, (ii) la decisión ignora el precedente para la justicia especial que permite excepciones a la persecución de todos los delitos, como sucede en la jurisdicción indígena. Por lo tanto, estimo que el ordenamiento jurídico patrio no se enmarca en un sistema de derecho punitivista, sino en uno que admite diferentes opciones para garantizar una adecuada política criminal. Y, (iii) la Constitución no se puede entender mediante una aproximación que exija que cada situación se encuentre expresamente regulada mediante una norma específica, como lo hizo la decisión mayoritaria, ya que esto atenta contra el elemento de estabilidad de la norma constitucional. Finalmente, en mi concepto, las normas acusadas sí tenían un problema de constitucionalidad, pero éste radicaba en la omisión de incluir las graves violaciones a los derechos

humanos dentro de las causales de improcedencia del principio de oportunidad. [...] (p. 44).

Es pertinente señalar aquí la investigación que realizaron Javier González Gutiérrez y Marco Aurelio Bolívar Suárez (2015), ambos funcionarios de la jurisdicción castrense, acerca de la falta de incorporación del principio de oportunidad en el actual Código Penal Militar y de su posible aplicabilidad en la justicia militar para algunos delitos comunes. En su investigación estos autores cuestionan las razones por las cuales no se aplica dicho principio en la Justicia penal militar que son, por lo general, la idea de que al hacerlo se legitima la conformación de bandas criminales al interior de la Fuerza Pública. En todo caso, reconocen los autores se pueden reconocer dos posturas (Gutiérrez y Bolívar, 2015). La primera sería la de aquellos que descartan la aplicabilidad del *principio de oportunidad* ceñidos a la legalidad y la otra que señala que es posible dicha aplicación mediante criterios que no afecten la finalidad de la Fuerza Pública. Además, quienes defienden esta última postura señalan que es necesario que para que la aplicabilidad del principio de oportunidad no se dé, ocurra un delito de afectación grave.

Esta propuesta se centra en entender el principio de oportunidad como una excepción al principio de legalidad. Este se entiende como el marco legal mediante el cual se inicia un proceso estricto ante la sospecha de cualquier delito. Se trata de principios rectores y vinculantes. En todo caso, según los autores, la oportunidad no cumple las condiciones para ser un principio vinculante, pues no es el punto de partida de la normatividad penal y no prevalece sobre cualquier otra ley (Gutiérrez y Bolívar, 2015). Por esto, la oportunidad es más bien una excepción al principio de legalidad aplicada a discreción por el ente acusador. Así pues, dada esta distinción en la naturaleza del principio de legalidad y la oportunidad como excepción de dicho principio se pueden entender que el principio de legalidad prevalece en toda denuncia penal (Gutiérrez y Bolívar, 2015). Esta distinción establece que el principio de legalidad no se categoriza de la misma manera que la oportunidad y podría ser aplicable a la justicia penal militar. En el trabajo, los autores analizan aspectos que son

comunes en la jurisdicción castrense y en la ordinaria y cuáles pueden ser factores de aplicabilidad del criterio de oportunidad.

Los autores proponen unas causales y delitos en los que podría aplicarse el criterio de oportunidad en la justicia penal militar. La primera causal se acoge en su integridad, se trata de delitos comunes sancionados con pena privativa de la libertad de menos de seis años y con previa existencia de reparación (Gutiérrez y Bolívar, 2015). Se exceptúan los delitos típicamente militares. Los autores proponen integrar la causal 4 y 5 en la causal de aplicación número dos que señala que el acusado colabora antes del juicio eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose (Gutiérrez y Bolívar, 2015). Esta causal sería aplicable exclusivamente para delitos típicamente militares. La causal 6 de aplicación del principio de oportunidad se reformula en una tercera propuesta de aplicación para la JPM que señala que el acusado, antes del juicio y gracias a la conducta culposa ha sufrido algún daño grave, físico o moral (Gutiérrez y Bolívar, 2015). Esta causal se entiende en entornos típicamente policiales y militares en donde, gracias a los escenarios, se pueden presentar daños colaterales emocionales o físicos. La cuarta causal propuesta por los autores es la número 8 de la reglamentación actual se refiere a la eventualidad en la que existan riesgos que pongan en juego la seguridad estatal. La sexta propuesta de los autores integra las propuestas 9, 10 y 12 y excluye delitos propiamente militares (Gutiérrez y Bolívar, 2015). Finalmente se realiza una séptima propuesta incluye la causal 15 actual y hace especial énfasis en el evento en el que la conducta ocurra excediendo una causal de justificación. Se hace hincapié en la misión de las fuerzas militares que es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

3. Breve crítica a las normas nacionales en relación con el Principio de Oportunidad en la justicia penal militar.

Colombia se esgrime Como Estado Social de Derecho lo que significa que uno de los principios rectores que da forma a la concepción de Estado que se adopta es la dignidad humana que aparece como derecho fundamental innominado, de acuerdo a lo dispuesto

por la Corte Constitucional (Sentencia T-881/02, 2002), lo que para el tema que se desarrolla en este trabajo y para analizar la dogmática de las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, debido a que la dignidad humana se fundamenta en un respeto por los derechos intrínsecos del hombre entre los que se cuenta como uno de los principales la libertad, no en vano la garantía de esta sería una de las consignas que dieron forma a los Estados modernos.

Pese a ello, se ha entendido que existe la posibilidad de privar de la libertad a las personas cuando esta sea el último recurso para corregirle o sancionarle por obrar al margen de lo establecido en la ley, por lo que aparecen figuras como el *principio de oportunidad* que, alineándose con la política criminal del Estado trabaja en función a que en efecto la privación efectiva de la libertad sea la última ratio previendo casos que por su connotación no sean tan gravosos para la sociedad y que permitan otorgar una segunda oportunidad, como se ha señalado en apartados anteriores.

Ahora, es cierto que la Constitución Política del país habla en su artículo 13 de la libertad y la igualdad que todas las personas ostentan ante la Ley (Constitución Política de Colombia, 1991), no obstante la manera como se desarrollan los presupuestos constitucionales, es decir por medio de leyes llamadas a desarrollar cada artículo concreto, hacen que en el tránsito de la Constitución a la promulgación de normas de carácter inferior se pierdan de vista algunos de esos principios que dan forma a la Constitución y al modelo político del Estado.

Ahora bien, en su formulación el artículo 13 de la Constitución de Colombia afirma que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades” y más adelante señala que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”. En este sentido, se podría entender que, por cuanto el *principio de oportunidad* les brinda a ciertas personas la posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, este podría ser equivalente a

la protección que brinda el principio de igualdad que se enfoca en las condiciones particulares y fácticas y otorga tratos diferenciales y protección a ciertos grupos poblacionales.

No obstante, estos dos principios no son equivalentes pues no operan de igual manera. Mientras que el principio de igualdad es aplicable a todos los sujetos de derecho, es decir, en la jurisdicción ordinaria y castrense el principio de oportunidad tiene una naturaleza diferente, pues opera, actualmente, solo en la jurisdicción ordinaria. Adicionalmente, el principio de oportunidad es aplicable solo por la Fiscalía General de la Nación, en los casos en los que exista una conducta punible limitada a las causales establecidas en la Ley 1312 de 2009.

Así las cosas, al observar por ejemplo el artículo 116 de la Carta Superior se observa que este señala quienes son competentes para administrar justicia y expresa taxativamente que lo es la justicia penal militar (Constitución Política de Colombia, 1991), lo que desde luego resulta plenamente concordante con expedición de un modelo legal que sirva de referente a tal jurisdicción por lo que aparece la Ley 522 de 1999 en la cual se establecieron con precisión los lineamientos que se tienen en relación con el fuero penal militar, quienes podrán ser juzgados conforme a su reglas y para qué casos se ha previsto la aplicación de un jurisdicción diferenciada siendo esta la ley que regiría entre el 12 de Agosto de 1999 y el 17 agosto de 2010.

Sin embargo y pese a su derogatoria, la Ley 522 de 1999 mostraba en su estructura una tendencia que es rígida y limita a las personas que con ocasión del servicio se ven supeditadas a ser juzgadas por la justicia castrense, puesto que si bien el artículo 18, de la ahora suprimida ley, señalaba que en “aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este código” (Ley 522 de 1999 Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar., 1999), lo que llevaría a pensar que en efecto atendiendo al principio de favorabilidad acogido por el artículo 11 de la misma norma (Ley 522 de 1999 Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar., 1999) se podrían aplicar a

casos concretos, desde luego, figuras como las del principio de oportunidad. No obstante, el artículo 12 de la misma norma expresa la imposibilidad de aplicar normas analógicamente (Ley 522 de 1999 Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar., 1999).

Lo expresado en precedencia, sumado a que en efecto en la pre mentada norma no se tomó en cuenta la posibilidad de que los militares tuvieran la posibilidad de acogerse al *principio de oportunidad* en relación con los casos en los que la transgresión de la norma se diferían con ocasión de servicio, llevando a que a la luz de lo dispuesto en el artículo 250 constitucional se cerrara aún más la posibilidad de que tal figura se aplicara a los casos de los aforados, pues solo señala que tal potestad corresponde al fiscal pero de manera reglada y con un control de sus actuaciones, sino que expresa además que “Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 250)

Lo anteriormente expuesto lleva a entender que a los ojos del legislador esta figura parece improcedente o incluso lesiva para los intereses del Estado cuando se trata de situaciones que tengan relación con el servicio que prestan los miembros de la Fuerza Pública, desconociendo de paso que la justicia penal militar también adolece de cuestiones como congestión judicial, que es precisamente, como se verá en el siguiente apartado con mayor precisión, una de las razones de ser para que se haya acogido con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 el *principio de oportunidad*.

Así el sustento que se da a la ruptura que se observa entre la norma y el principio rector de igualdad queda claramente sustentado por la Corte Constitucional cuando pretende recoger lo que ya desde algunos pronunciamientos de la corporación incluso de 1997, previo a la aparición de la Ley 522 de 1999, reflejando que en el caso de los militares es posible desconocer tal principio así en la Sentencia C-171 de 2004, expresa que le corresponde a las autoridades estatales la obligación de proteger a todas las personas y suministrarles el mismo trato sin distinción alguna,

Lo anterior, sin embargo, no implica que no puedan establecerse diferencias. Ciertamente, el principio de igualdad constitucional no excluye el trato diferenciado. La igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales (Sentencia C-171/04, 2004)

De esta manera, se pretende llevar al entendimiento de que en efecto aunque la idea de que exista una jurisdicción, o una rama jurisdiccional más precisamente dicha radica en que se pueda administrar justicia en atención a los preceptos legales para conservar el orden legal, social y constitucional del Estado, este último como estamento superior, por medio de sus legisladores ha definido que no puede existir una justicia única y universal, precisamente porque como se señaló anteriormente existen condiciones personales que diferencian a los sujetos que conforman la sociedad con lo cual también se entiende justificado un trato diferente en atención a calidades preestablecida.

En efecto, la corte manifiesta que

la identidad entre la jurisdicción penal militar y la justicia penal ordinaria no es plena y que, en cambio, entre ambas jurisdicciones existen distinciones profundas que obligan al legislador a conferir un trato abiertamente diferenciado. Si bien entre la jurisdicción penal ordinaria y la penal militar no se concibe un trato diferenciado en tratándose de asuntos como el sometimiento del juez a la voluntad legal, el respeto por el debido proceso y los principios de imparcialidad, independencia y autonomía judiciales - dado que éstos son los fundamentos esenciales de la función de administrar justicia que ambas jurisdicciones comparten – (Sentencia C-171/04, 2004)

situación que es entendible pues el sustrato de las actividades los miembros de la Fuerza Pública conlleva una serie de actividades diferentes, regidas también bajo unos principios y criterios que de por sí limitan desde la misma concepción que se eleva como estandarte de la profesión castrense, es decir, el obrar en detrimento de los valores del Estado, la patria y lo que representa el honor militar¹, el obrar en contra de la ley.

Pese a ello se ha entendido que “el legislador [puede] **establecer diferencias relevantes en relación** con la organización y estructura de cada jurisdicción, **con el procedimiento que debe respetarse en los juicios correspondientes y con el juzgamiento de los delitos puestos a su consideración**” [negrilla fuera de texto original] (Sentencia C-171/04, 2004) lo que ha llevado a entender que se debe ser más rígido con aquel que se desempeña como militar, por lo que corresponde limitar ya no solo en sentido positivo con el arraigo y la presión de unos principios y unos valores sino con la imposición de normas más estrictas.

Vale la pena aclarar que tal percepción se basa en un principio innominado que opera para las sanciones que derivan de la ley penal militar y es el de la doble connotación de la pena, como medio de ejemplarizante y sancionador (Sentencia C 228 / 2003, 2013), lo que quiere decir que pese a que la imposición de las penas, tal como en la justicia ordinaria esta mediada por el principio de proporcionalidad, legalidad y respeto de los principios constitucionales, si se busca que la imposición de la misma disuada a quien pretendiere transgredir en similar manera la ley para que con ello baje la cantidad de conductas típicas que emanen de los miembros de la Fuerza Pública, no obstante siendo el deber ser de la norma penal, sea cual sea su destinatario, prevenir y controlar la criminalidad, el hecho de que este tipo de apreciaciones sean de recibo por

¹ Se tiene en cuenta que para ilustrar este punto se entienden como *Valores militares*: depurado patriotismo, clara concepción del cumplimiento del deber, acendrado espíritu militar, firmeza de carácter, sentido de la responsabilidad, veracidad, valor, obediencia, subordinación, compañerismo y preocupación por cultivar y desarrollar, en el más alto grado, las virtudes y deberes antes mencionados.

Uno de sus pilares fundamentales es el Honor Militar el cual es el conjunto de cualidades morales y profesionales que sustentan las virtudes castrenses del valor, lealtad, rectitud y decoro y que colocan al militar en condiciones de aprecio dentro de la institución y la sociedad a que pertenece. (Reglamento del Regimen Disciplinario de las fuerzas Militares, 2003, p. Artículo 24)

parte de las cortes y el legislador permiten entender por qué se admite tan flagrantemente la diferenciación entre la justicia ordinaria y la penal militar en lo que refiere a la aplicación del *principio de oportunidad*.

Ahora, hablando de la Ley 1407 de 2010, que llega a proponer unos cambios sustanciales a la derogada norma, si se observan los debates que en torno al proyecto de modificaciones que este debía contener en relación con la Ley 522 de 1999, es visible que en efecto que el legislador entiende las implicaciones del contenido de una norma de este talante, lo que se hace evidente al definir el procedimiento legislativo exprese que

[...] el procedimiento legislativo a seguir cuando se trate de establecer un código punitivo como es en este caso en particular el Código Penal Militar que, como se sabe, **por antonomasia toca derechos fundamentales** sería un ejercicio académico interesante para dilucidar si el trámite correcto correspondería al tipo de Leyes ordinarias o estatutarias **en razón de los derechos constitucionales en juego.**”[negrilla fuera del texto original] (Eduardo Enriquez Maya Presidente Comisión Primera Senado de la República., 2016)

Más allá del formalismo que se observa en esta selección procedimental, lo que importa resaltar es que en efecto como se señaló al inicio de este acápite se entiende que la inclusión o no de normas, principios o postulados normativos genera un impacto directo a la garantía de los derechos fundamentales de aquellos que deban someterse al imperio de tal Ley, de hecho en relación con la cuestión de las sanciones ejemplarizantes a las que se refirió como una de las premisas que perpetúan la idea de la inaplicación del principio de oportunidad para los militares la propuesta inicial que se depuraría para dar forma a la Ley 1407 de 2010 tiende a dirigir tal cuestión más al principio de legalidad para que las penas sean más justas, menos discrecionales y con ello menos gravosas para al imputado. (Eduardo Enriquez Maya Presidente Comisión Primera Senado de la República., 2016)

En tal sentido, lo que se plantea es el establecimiento de

criterios y reglas claras para la determinación de la pena y así dar cabal cumplimiento a los criterios de prevención especial y general de la pena, una retribución justa, y lograr así la reinserción social. Se fijan, en consecuencia, límites claros de movimiento entre los máximos y mínimos imponibles. (Eduardo Enriquez Maya Presidente Comisión Primera Senado de la República., 2016)

Hasta este punto se observa que en efecto el legislador ha reconocido que la flexibilidad de la pena no corresponde a impunidad sino al respeto de derechos fundamentales, pues en ningún caso se pretende abogar con este trabajo por un régimen de impunidad, contrario a ello lo que se pretende es concientizar sobre la forma en la que se ponen en tela de juicio los derechos de los militares por cuenta de la manera como se plantean las normas de juzgamiento para los aforados.

En este sentido lo que propone el legislador es consistente con la realidad por cuanto fija la vista en que la diferencia entre los aforados militares y los civiles deviene no de la gama de derechos que les son connaturales sino de la actividad que desempeñan y de los principios y valores que los primeros representan al ser miembros de instituciones de orden del Estado, por lo que centra estos criterios para determinar la punibilidad en causales no idénticas a las de la justicia ordinaria sino que reconozcan la realidad y permitan a partir de ello buscar un sistema de justicia justo. (Eduardo Enriquez Maya Presidente Comisión Primera Senado de la República., 2016)

De ello deriva que una de las correcciones propuestas se fije precisamente en el artículo 75 de la derogada Ley 522 de 1999 que determinaba las causales de extinción de la acción penal, limitándolas a la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía, la prescripción, la caducidad de la querrela, la oblación, el pago, la retractación y la indemnización integral en los casos previstos en la ley (Ley 522 de 1999 Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar., 1999), pero en ningún caso el acogerse al *principio de oportunidad*, como si es posible hacerlo en la justicia penal ordinaria.

Lo anterior no se debe tomar como un argumento vacío pues como se ha señalado se concuerda con el legislador en el sentido de que no se trata de tener jurisdicciones idénticas o si quiera causales iguales, sino que tal como lo argumenta el mismo magistrado ponente Dr. Enríquez Maya. Se debe tener en cuenta por ejemplo que la justicia ordinaria

establecen como causales de extinción de la acción (...) La aplicación del principio de oportunidad en los términos previstos en este código, **lo que comporta causales muy específicas y relacionadas con la actividad de la Fuerza Pública, que de manera alguna generaría impunidad.** De igual forma se consagra la oblación, el pago en los casos previstos en la Ley, la indemnización integral y la retractación en los eventos consagrados en la Ley. (Eduardo Enriquez Maya Presidente Comisión Primera Senado de la República., 2016)[Negrilla fuera del texto original]

al ver estos debates, se observa que en efecto una porción de las personas que legislan en el país tiene presente que los principios constitucionales son rectores para todos los sujetos que formen parte del conglomerado, no obstante en el curso de los debates termina por entenderse nuevamente que es improcedente la adaptación de esta figura a la justicia castrense, así si bien se toma la justicia penal militar y se dispone de manera que sea acorde al sistema penal acusatorio, no se subsana el problema de ruptura de la igualdad que representa el desconocer la posibilidad de que los militares se acojan al principio de oportunidad como una forma expedita de resolver conflictos jurídicos.

Tal situación, pese al reconocimiento de la importancia de su inclusión en la normatividad penal militar se dio debido a que claramente el precitado artículo 251 constitucional (Constitución Política de Colombia, 1991) como superior limita expresamente la aplicación de tal principio a los miembros de las fuerzas militares, lo que sugiere entonces que el desconocimiento de derechos fundamentales se deriva precisamente del ordenamiento superior llamado a consagrarlos y brindar los mecanismos que eviten su vulneración.

Sin embargo, una nueva luz de esperanza parece asomarse con el proyecto que daría forma a la Ley 1765 de 2015 “Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones.”, que nuevamente abre el debate frente a la necesidad de que esta figura legal sea incluida en el ordenamiento jurídico para su aplicación a los aforados militares.

Lo anterior pese a que como se infiere del mismo título la idea es reestructurarla para dar forma a las instituciones propias de los modelos penales acusatorios, obviamente adaptados a la Justicia penal militar, más no a realizar cambios sustanciales a los derechos y deberes que derivan de la justicia castrense, no obstante tomando en cuenta que el *principio de oportunidad* se postula como un acto de potestad reglada del fiscal, figura que entra a reglarse en esta norma se toca el punto y se propone que se tenga en cuenta el *principio de oportunidad*.

Para ello se propone que este, a igual que el que existe en la justicia ordinaria sea reglado y se pueda hacer uso del mismo solo cuando se estructuren una serie de causales taxativas para lo cual en el proyecto de ley se estructuran ocho motivaciones específicas que se pueden aplicar en cualquier etapa entre la etapa de investigación y el juicio poniendo como límite la audiencia de Corte Marcial (Comisión Primera del Congreso de la República, 2013), dichas causales se resumen entonces en el artículo 114 del proyecto de ley y se permitirá hacer la enunciación de los mismos para poder, a partir de su análisis identificar su objeto y razón de ser a la luz del derecho así, se tiene entonces que la primera causal dispone que se otorgará principio de oportunidad

[c]uando se trate 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. (Comisión Primera del Congreso de la República, 2013).

Situación que claramente atiende al principio de necesidad y proporcionalidad de la pena, puesto que se entiende que la penalidad es proporcional a la gravedad del delito cometido con lo cual estas penas suelen corresponder a delitos que generan un impacto menor a la sociedad que otros previstos, no obstante entran a ser resueltos en el mismo sistema haciendo que este se congestione y genere retrasos para la resolución de otros casos que representan mayor gravedad y de los cuales la resolución es primordial en atención a garantizar los derechos de los coasociados, estando de cualquier modo sustentada en el principio de proporcionalidad y necesidad.

También se podrá solicitar la aplicación del principio de oportunidad

[c]uando 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 (Comisión Primera del Congreso de la República, 2013).

Lo que se entiende plenamente relacionado con la dignidad humana y todos los principios rectores de un Estado Social de derecho ya que propende la garantía de los derechos fundamentales de una persona, y entiende tal como lo hace un Estado que se suscriba bajo esta concepción que incluso las personas contra quienes se adelante un proceso judicial es sujeto de derechos, siendo relativa al principio de la proporcionalidad y necesidad de la pena. Además guarda sujeción con la causal quinta que reza:

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.

En cuanto a la tercera causal, para retomar el orden se dispone que se puede apelar al *principio de oportunidad*

[c]uando el ejercicio de la acción penal implique riesgo o amenaza grave a la seguridad del Estado. (Comisión Primera del Congreso de la República, 2013)

Salvaguarda que resulta obvia puesto que la seguridad del Estado es esencial para la garantía de la conservación de los derechos de los asociados y la correspondiente posibilidad de estos para ejercer sus derechos y el estilo de vida que esta institución le garantiza, aquí se aplica el principio de primacía del bien común, y con ello la utilidad real de emprender la persecución penal.

Igualmente

[c]uando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio. (Comisión Primera del Congreso de la República, 2013).

Ya que este punto refiere a la protección de los bienes del Estado pues es totalmente injustificado que los investigadores y el aparato jurisdiccional generen erogaciones superiores al daño causado cuando este no tiene una repercusión para la sociedad, además está relacionado con el punto uno en cuanto a la descongestión de los estrados judiciales y los beneficios que ello conlleva para la garantía y protección de derechos, y la persecución penal más efectiva de otros casos que lo ameriten en mayor medida, por lo cual se observa que está totalmente alineado con el fundamento de utilidad de la sanción punitiva.

Las causales quinta y sexta propuestas por el legislador buscan un mismo propósito ya que postulan que se tendrá *principio de oportunidad* cuando

6. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando que se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse. (Comisión Primera del Congreso de la República, 2013) [y]

7. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes. (Comisión Primera del Congreso de la República, 2013)

Casos en los que se prevé que ya existió otra medida sancionatoria que se hizo efectiva y que en todo caso la infracción no es de mayor gravedad, por lo que el mismo actor que vulneró el derecho está en la capacidad de enmendar el yerro y con ello no congestionar la administración de justicia, teniendo en cuenta el principio de necesidad de la pena.

La causal que se propone en el numeral octavo a la luz de algunos podría ser problemática en el caso de los aforados militares debido a que dispone que se podrá solicitar el principio de oportunidad:

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 (Comisión Primera del Congreso de la República, 2013).

Se aclara con el fin de ser objetivo que podría aparecer problemática porque en todo caso las fuerzas militares y policiales del Estado son entes armados y con un nivel de autoridad que es reconocido por la sociedad civil lo que podría volver algo difusa la línea de desproporcionalidad en el ámbito de la culpabilidad, no obstante la misma norma establece los mecanismos de control, y se entiende que en la administración de justicia de cualquier índole media la prueba como elemento de convicción que permita al juez tomar decisiones razonadas, con lo cual se debe entender esta causal como una medida de protección a los derechos del investigado, imputado, etc., en el entendido que la culpa en este caso no es por su accionar imprudente, por inobservancia de la norma, o impericia, si no por un exceso al que no se le puede atribuir el peso que tiene una acción

emprendida con un grado de convicción por lo que atiende al principio de proporcionalidad y utilidad de la pena.

Lo anterior lleva a entender que estas se encuentran alineadas con el fin de la política criminal del Estado de hacer más ágil, efectiva y justa la administración de justicia, valga la redundancia, y que en ningún caso representan una forma de generar espacios de impunidad, contrario a ello son prácticamente las mismas que se contemplan en la justicia ordinaria, incluso, cuando se observa que para el caso de la Justicia penal militar se exceptúa la aplicación de estas frente a investigaciones o acusaciones adelantadas por delitos que vulneren bienes jurídicos especialmente protegidos por el legislador castrense por ser cimiento de la estructura de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, extendiéndose la restricción a las conductas punibles dolosas en que la víctima sea menor de 18 años (Comisión Primera del Congreso de la República, 2013), se tiene que en este caso se propone poner un límite mayor al uso de la figura del principio de oportunidad.

A lo que se suma un control judicial obligatorio y automático en la aplicación del *principio de oportunidad*, similar al de la justicia ordinaria,

el cual se deja a cargo del juez penal militar o policial de control de garantías y debe realizarse en una audiencia especial en que tanto la víctima como el Ministerio Público, podrán entrar a controvertir las pruebas aducidas por la Fiscalía Penal Militar para sustentar la decisión (Comisión Primera del Congreso de la República, 2013).

Cabe resaltar que como esto fue entendido en los debates adelantados tal proyecto de ley culminó en la sanción de la Ley 1765 de 2015, que incluía el principio de oportunidad y las causales enunciadas sin modificación alguna, y que además contemplaba como efectos de la aplicación del principio de oportunidad la extinción de la acción penal respecto del autor y los partícipes supeditando tal situación a que se haya reparado a las víctimas si así se hiciera necesario. (Ley 1765 de 2015 “Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el

desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se se, 2015)

Sin embargo, esa luz esperanzadora con la que se empezó el análisis de esta norma, cesa cuando sin que haya operado tan si quiera un año la Sentencia C-326 de 2016 declaró inexequibles totalmente los artículos 111 y 114 que consagraban el *principio de oportunidad* y sus respectivas causales y parcialmente en artículo 112 en el apartado que planteaba como excepción al principio de legalidad el *principio de oportunidad*, la totalidad del artículo 117 que consagraba el mecanismo de control judicial para el *principio de oportunidad*, y del artículo 118 que planteaba que en todo caso pese al *principio de oportunidad* la víctima tenía que ser reparada, el 119 que describía a los efectos del *principio de oportunidad* y el 120 que refería a la necesaria alineación con la Constitución y la ley de la aplicación del *principio de oportunidad*. (Sentencia C-326/16, 2016)

La citada Sentencia declara que

En esta medida, y aunque la sociedad tiene el derecho de imponer una pena al infractor de la Ley penal, resulta, sin duda, positivo y beneficioso (...) resulta en todo caso saludable que en casos concretos puedan alcanzarse los fines de retribución y resocialización que de ordinario se persiguen con la aplicación de la pena, sin que sea necesario asumir los costos que su efectiva ejecución implica (Sentencia C-326/16, 2016)

No obstante, la Corte Constitucional es enfática en decir que “la opción de dar aplicación al principio de oportunidad es claramente excepcional y de interpretación restrictiva.” (Sentencia C-326/16, 2016) y especifica que el fundamento constitucional del fuero penal militar como institución especial “se encuentra en la necesidad de poder sancionar, desde una perspectiva claramente institucional y especializada, aquellos comportamientos que, de manera particular, afectan la buena marcha de la fuerza pública, y los bienes jurídicos que a ella interesan” sin que esto represente una

preferencia o ruptura del principio de igualdad o aplicación de una justicia mas laxa (Sentencia C-326/16, 2016)

Entonces cabe preguntarse qué otras precisiones se contemplan para determinar que no es pertinente la aplicación del *principio de oportunidad* para los aforados militares, en ese sentido se observa que la Corte Constitucional pone de contera dos situaciones:

Una que tiene que ver con que la asignación de determinados hechos o situaciones como de competencia de los jueces militares, no se traduzca en circunstancias que favorezcan la impunidad frente a los delitos investigados, o en un tratamiento más laxo o benigno que el que la gravedad intrínseca de las acciones investigadas requieren, razón adicional para interpretar siempre, de manera estrictamente restrictiva, los criterios de asignación de competencia a favor de esta jurisdicción especial. (Sentencia C-326/16, 2016)

Lo que implica presumir que todas las acciones emprendidas por los militares en ejercicio de sus funciones implican una mayor gravedad, lo que obliga a que las normas en este caso solo puedan ser entendidas de manera restrictiva y la

Otra [que]se relaciona con la necesidad de evitar que la estructura judicial desarrollada con estos propósitos sea puesta al servicio de otros intereses u objetivos, como podría ser el juzgamiento criminal de civiles, quienes bajo ninguna circunstancia deben ser justiciables ante estas instancias, las que, se reitera, solo resultan constitucionalmente admisibles, siempre que se contraigan a la específica finalidad prevista en el texto superior (Sentencia C-326/16, 2016).

Que justifica la aplicación de las normas con mayor severidad para evitar que los civiles busquen ser juzgados por los jueces militares, lo que resulta una justificación algo vana puesto que la competencia ha sido suficientemente decantada por vía legal y por cuenta de múltiples sentencias que hablan del fuero penal militar. Al argumento

anteriormente esgrimido suma la Corte uno que describe que en efecto la justicia penal militar no forma parte de la rama judicial por lo que las jerarquías guardan un peso en la toma de decisiones (Sentencia C-326/16, 2016). Lo que no es óbice para desconocer derechos pues independientemente de la rama del poder existen jerarquías y niveles de subordinación.

Así, pese a estas consideraciones se observa que la principal razón de declaratoria de inexecutable se da por el estudio sistemático del entramado normativo, donde de nuevo las disposiciones del artículo 250 constitucional en concordancia con el artículo 116 y 121 de la Carta Superior aparecen como una de las principales situaciones que lleva a que la corte tome tal decisión.

Ahora, es cierto que la corte ha sido reiterativa en expresar que “[l]a Constitución no establece que las normas procesales del Código Penal Militar deban ser idénticas a las del Código de Procedimiento Penal.” (Sentencia C-358/97, 1997), a lo que ya se había referido pero que se trae nuevamente a la discusión con el fin de plantear un punto, se tiene que en relación con el asunto del *principio de oportunidad* no es de recibo pensar que se busca que se planteen normas idénticas, porque se entiende que de la prestación del servicio surgen diferencias, derechos y obligaciones correlativas, lo que se busca entonces es la posibilidad de acceder a mecanismos como el *principio de oportunidad*.

Es plenamente entendible la posición de la corte cuando afirma que

Si las disposiciones de la legislación especial garantizan el debido proceso y se sujetan a la Constitución Política, en principio, no son de recibo las glosas que se fundamenten exclusivamente en sus diferencias en relación con las normas ordinarias, salvo que éstas carezcan de justificación alguna. (Sentencia C-358/97, 1997)

A pesar de esto cuesta entender porque sigue siendo este un argumento de la corte, cuando como se estableció la fundamentación de la necesidad de que el *principio de oportunidad* sea aplicado a los casos de aforados militares no se basa como se ha argumentado en “una pretendida desigualdad no podrá basarse en la mera disparidad de

los textos normativos” (Sentencia C-358/97, 1997), si no en una justificada desigualdad de los derechos que pueden ser restaurados con la implementación de tal figura.

Pues es cierto también que “[l]a Constitución ha impuesto directamente una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común. [...]Lo anterior no significa que toda diferencia adquiera validez por el simple hecho de que se inserta en una norma especial” (Sentencia C-358/97, 1997) con lo cual así como no basta con que se inserte una cuestión particular en una norma especial para adquirir validez, tampoco resulta que por tener una jurisdicción diferenciada se puedan obviar que en el caso de las normas penales, por lo sensible de sus temas se lleguen a vulnerar derechos, por la simple negativa de incluir algunos postulados normativos.

4. Reforma constitucional al artículo 250 de la Constitución Política de Colombia. Efectos en la aplicación y factibilidad del Principio de Oportunidad en la justicia penal militar.

No obstante esta situación hay opiniones encontradas, en el sentido de que la Corte Constitucional debe realizar la revisión total del Acto Legislativo y declararlo inconstitucional por vicios de procedimiento que únicamente hayan sido rogados, pues de lo contrario estaría siendo contraria a los principios orientadores del control constitucional. (Manrique & Castillo, 1999, p. 158)

A propósito de entender cómo es posible la aplicación del *principio de oportunidad* en la jurisdicción militar en los casos contemplados por la ley, y por las razones expuestas en este escrito, es necesario proponer el mecanismo que permitiría tal reforma al interior del Estado Colombiano, mismo que tiene que ver de forma directa con la reforma a la Constitución Nacional. En ese sentido, a continuación, se efectuará un análisis del artículo 377, el cual plantea las tres posibles rutas que permiten reformar la Constitución colombiana, a saber:

- Por medio de una asamblea nacional constituyente: que consiste en reunir la mayoría de votos de alguna de las dos cámaras el pueblo decida a través del voto: “mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine” (Const. 1991, art. 376).
- El referendo: Mecanismo que puede ser tanto aprobatorio como derogatorio de la ley, cabe resaltar que por medio de esta mecanismo el ex presidente Álvaro Uribe Vélez logro la reelección: “Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley.”. (Const. 1991, art. 378).
- El Acto Legislativo: Mismo que para su materialización requiere del agotamiento de dos momentos, en el primero debe cumplir con el voto de la mayoría de los asistentes y en el segundo con el voto de la mayoría de votos en la Cámara en esta segunda etapa se pueden debatir los puntos de la iniciativa de reforma lo cual brinda imparcialidad en el procedimiento como genera solidez al momento de efectuarlo. Los facultados para solicitar este tipo de reforma son: “diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente” (Const. 1991, art. 375).

Después de evidenciar los tres mecanismos que otorga la Constitución Política para efectuar la reforma a la Constitución, es de resaltarse que para el caso objeto de investigación, resulta relevante ahondar en la propuesta de reforma respecto de reforma al artículo 250 Superior, el cual, de conformidad a lo expuesto, sería posible a través de un Acto Legislativo, teniendo presente que su fin es el de derogar, reformar o adicionar una ley.

En este sentido, y ante la necesidad de generar un equilibrio entre la justicia ordinaria y la justicia militar, se hace necesario aunar los esfuerzos necesarios a fin de aplicar el *principio de oportunidad* sin recaer en acciones discriminatorias, y respecto de todos los colombianos. “El análisis de las reformas realizadas a una Constitución por medio del trámite de un proyecto de Acto Legislativo, parte del hecho de conocer al órgano encargado de la función de legislar, que para el caso colombiano, es el Congreso de la República” (Méndez, 2016, p.24).

Cabe señalar que el objetivo con esta alternativa de solución no es colocar en una situación de primacía a la justicia penal militar y aunque este concepto o principio puede depender de la interpretación o enfoque que tenga cada sujeto, se puede evidenciar de manera objetiva que la forma de juzgamiento es diferencial debido a que cada jurisdicción tiene unas características particulares, pero este distintivo no debe limitar el acceso a prerrogativas y beneficios a los militares que se presentan ante la justicia ya que deben cumplir unos postulados normativos que les permitan el acceso a un debido proceso. “El poder de reforma debe permitir que el ordenamiento constitucional tenga continuidad pero por ningún motivo puede romper justamente con dicho ordenamiento e imponer un constituyente distinto, ello desvirtúa su propia naturaleza y se arroga facultades que no le corresponden”. (Balbuena, 2007, p. 176).

Como lo expone al autor Balbuena (2007), la reforma constitucional obedece a una continuidad en el ordenamiento, máxime cuando se entiende que las normas son dinámicas y que, en este sentido, el derecho tiene la obligación de adecuarse a las demandas sociales de cada época. De este modo, debe comprenderse que el contexto del Acto Legislativo 03 de 2002 responde al denominado “populismo punitivo”, el cual consiste en la limitación de derechos y en la ejecución de penas más radicales, debido a que alrededor de la historia del derecho penal se ha pensado que la justicia es sinónimo de sanción, pero se ha demostrado que la severidad y limitación de los derechos de las personas que son juzgadas por un delito no va a cambiar las problemáticas sociales de fondo, como lo es en este caso el manejo que se le proporcione al poder militar con respecto a la sociedad civil, el cual debe partir de criterios y fundamentos éticos del ejercicio profesional, diferentes a la limitación del acceso

a un mecanismo o herramienta jurídica más favorable como lo es el *principio de oportunidad*.

Ahora bien, lo cierto es que los actos legislativos han tenido éxito en los últimos 15 años, debido a que han demostrado que la Constitución otorga a los ciudadanos y al país a través de sus representantes la generación de cambios que se adecuen a cada época, además de proporcionar elementos que solventen los vacíos jurídicos que quedaron en la Asamblea Nacional Constituyente o que se generaron después de la misma.

Uno de los periodos de mayor actividad en cuanto a trámites de este tipo se refiere, fue el periodo de Gobierno comprendido entre los años 2002-2006, el cual cuenta entre sus haberes 8 proyectos de Acto Legislativo que contaron con su procedimiento de manera íntegra y llegaron a feliz puerto, es decir, lograr modificar algunos artículos de la Constitución. (Méndez, 2016, p. 24)

De este modo, y gracias al éxito de diversos actos legislativos, se han efectuado trabajos en los cuales se cuestiona la solidez de la Constitución Política colombiana, puesto que se argumenta que su flexibilidad puede llegar a desconocer los principios que la fundaron, lo que da apertura al debate que indaga la solidez de las normas constitucionales, pero esta situación lo que ha evidenciado es que existen las herramientas que brindan el cambio que debe tener en un ordenamiento jurídico y en la sociedad misma, lo que garantiza el distanciamiento a un gobierno dictatorial que no permite el cambio y el dinamismo que tiene cada momento histórico en un país.

Aunque el autoritarismo también puede reintegrarse con los diversos cambios y con una transformación total de la Constitución, este tampoco es el caso frente al enfoque del debate que pretende por una lado mostrar una flexibilidad total del constituyente y por el otro la limitación de todos los derechos y las herramientas jurídicas ya que muchos actos legislativos no se han aprobado y la Corte Constitucional los ha declarado inexecutable, es por ello que el control de constitucionalidad ampara dicho equilibrio entre la normativa, la justicia y los cambios a los que se enfrenta la sociedad. “El análisis de la reformas realizadas

a una Constitución por medio del trámite de un proyecto de Acto Legislativo, parte del hecho de conocer al órgano encargado de la función de legislar, que para el caso colombiano, es el Congreso de la República”. (Manrique & Castillo, 1999, p. 43).

Otro de los factores que en su momento no permitieron la aplicabilidad del *principio de oportunidad* en la justicia penal militar se refirió a las reclamaciones por parte de algunos sectores de la sociedad que indicaban que esta situación, generaría impunidad argumento que determina todos los casos bajo los cuales se aplicaría este principio y no se da cabida a la evaluación de los jueces y su determinación como soporte en las decisiones que acudan a este principio, el acceso al *principio de oportunidad* no quiere decir, que será optado en todos los casos en donde se aplique la justicia penal militar.

Para comprender este postulado, debe efectuarse un paralelo que permite entender que la percepción de impunidad o injusticia es un argumento que tiene variables y que no puede generalizarse como se hizo en el impedimento citado en el año 2015, ya que desde diversas demandas sociales que no han sido eficaces con respecto al derecho penal se ha solicitado que por ejemplo, con el aumento de penas un efecto diferente a los crímenes que se cometen en la sociedad, pero se ha vivenciado que aún siguen los hacinamientos en las cárceles y la delincuencia, motivo por el cual aunque se piense que con la solicitud de penas más severas se pueda hacer justicia y los casos no queden impunes los resultados son adversos, ya que estos criterios se suplen dependiendo de cada caso en particular.

El concepto de impunidad ha cobrado especial relevancia en la Comunidad Internacional, debido a las graves violaciones de los derechos humanos acontecidas a lo largo de la historia y que han quedado sin castigo. En la actualidad este concepto ya no se relaciona únicamente con la ausencia de castigo, sino con la existencia del estado de derecho y la eficacia de los órganos jurisdiccionales. (Escobedo, 2013, p. 10).

El objetivo de la justicia castrense es, entonces, conseguir que se suplan las fallas que se ocasionaron bajo la responsabilidad que implica tener un rango militar, el cual se debe llevar con honor y transparencia que son los valores que se instruyen a los militares de nuestro país, la idea entonces de generar un sistema penal no es solamente la de castigo sino además, de brindar las garantías que permitan a la persona que cometió una falta no repetirlas razón por la cual, la justicia penal militar con el *principio de oportunidad* no contrarían dicho objetivo, sino que por el contrario está actuando en equidad con todos los actores sociales sin discriminación de su función en la sociedad.

La verdadera impunidad es la que deviene de una completa falta del cumplimiento de la obligación estatal de investigación con debida diligencia y/o la decisión sobre la culpabilidad del acusado en el contexto de un proceso que no esté dotado de las garantías básicas que asisten tanto al supuesto culpable como a la víctima. (Escobedo, 2013, p. 26).

El control constitucional que ejerce la Corte Constitucional, debe tener limitantes los cuales establece la misma Constitución, puesto que su función es velar por el cumplimiento y respeto de la Carta Política pero en algunos casos esta corte ha cometido fallas al tomar decisiones, es por esta razón, que el equilibrio que plantea la carta política permite un escenario en donde se limite el abuso del poder y las arbitrariedades ya que hay frenos y contrapesos tanto a las propuestas de reforma como a quienes toman la decisión de avalarlas o rechazarlas. “La Corte Constitucional no puede olvidar los parámetros competenciales establecidos en la Norma Suprema y por tanto sería una extralimitación de funciones fallar *ultra y extra petita* sobre la revisión de una demanda de inconstitucionalidad sobre un Acto Legislativo reformativo” (Osorio & Osorio, 2013, p. 108).

La factibilidad que permite la aplicabilidad del *principio de oportunidad* en la justicia penal militar es entonces, la reforma al artículo 250 de la Constitución Política, que impide su viabilidad, puesto que con esta reforma como se ha señalado no se están

transgrediendo derechos y por el contrario se está generando una inclusión a la limitación e impedimentos de aplicar esta normativa a la justicia castrense.

Las autoridades internacionales han optado por entender que los delitos más graves, denominados delitos de Lesa Humanidad, sean evaluados desde el procedimiento y las garantías que se le brinde a las víctimas de reparación y no repetición, el *principio de oportunidad* en este caso no es contrario a estos propósitos, la reparación no depende solo del cumplimiento de una pena privativa de la libertad, es brindarle a las personas la certeza que el imputado tendrá una oportuna rehabilitación y reinserción en la sociedad además de garantizar la no repetición de los hechos que provocaron la conducta punible, es decir, que otras personas no vivan la misma transgresión a sus derechos jurídicamente tutelables.

Ante la situación de impunidad y guerra vivida en los pueblos de la antigua Yugoslavia, el reconocimiento público de los crímenes, la individualización de los responsables, su posterior juzgamiento juega un papel fundamental en la obtención de justicia. La justicia en estos casos representa el medio más importante para disuadir la futura comisión y para combatir la impunidad. (Escobedo, 2013, p. 116).

Uno de los retrocesos de la jurisdicción penal en nuestro país es asimilar el derecho penal en términos de eficiencia en el cumplimiento de protocolos legales pero no por el contrario en términos de eficacia material en donde se evidencie que se dio cumplimiento al fin para el cual fue propuesta la pena, lo que no genera ningún desarrollo en nuestra jurisdicción y da apertura a un estancamiento de las problemáticas a las que se enfrenta la sociedad solo por medio de restricciones, este es un tema que reviste muchos debates mediáticos ya que los conceptos de lo que está bien y es justo y lo que es erróneo se centran en argumentos que carecen de solidez argumentativa pero que no aportan a la construcción de un modelo social y jurídico diferente.

No obstante lo anterior, en el caso de la jurisdicción especializada, se pone de presente una vez más que no se tiene competencia para adelantar investigaciones penales por hechos protagonizados en contra de los derechos humanos.

Si no se integra el principio de oportunidad a la jurisdicción penal militar, se legitima la discriminación legal y de acceso a este principio a los militares en nuestro país, por ende los manejos diferenciales de cada justicia tanto ordinaria como militar, dan cabida a un derecho penal estático y a la permanencia de artículos y actos legislativos como el 03 del año 2002.

En este enfoque tradicional, al Derecho penal le viene a faltar no solo el orden sistemático, sino, sobre todo, el substrato que justifica la misma existencia de un histórico derecho de penar. Ante la ausencia de los auténticos bienes a tutelar, la sanción puesta para la defensa del supuesto no puede justificarse ni desde una óptica retributiva, ni menos con vistas a objetivos de prevención. (Musco, 2014, p. 3).

Teniendo en cuenta que la justicia ordinaria como la militar los sujetos de cada una por un lado son los ciudadanos y por el otro los militares de nuestro país que además de cumplir las funciones de un ciudadano, tienen una función social, basada en la protección de toda la población, una de las formas en las que se hace viable la aplicación del principio de oportunidad es en el rompimiento del paradigma que genera una visión de la función del derecho penal contraria a la que establecen sus principios.

[...]La introducción de racionalidad en las decisiones político-criminales contingentes se puede perseguir también con otros y quizás más democráticos medios. La referencia es –ahora– al requisito del consenso social que tiene que acompañar la actividad de criminalización de los comportamientos humanos. Nosotros, los modernos, sabemos bien que las decisiones de política criminal están condicionadas por factores muchas veces opinables de

tipo cultural, económico, político, de costumbre, religioso, y adquieren consistencia y espesor solo si son compartidas ampliamente (Musco, 2014, p. 13).

Es de esta manera como se soporta la viabilidad que tendría la reforma a este artículo debido a que, en términos de integrar el objeto para el cual ha sido creado el derecho penal en nuestro país debe desligarse de la teoría del “derecho penal del enemigo” y aunque sea difícil aceptar las inconsistencias en las que puede recaer el ser humano, es aún más difícil tolerarlas y repetirlas si no se hace algo que permita que los efectos no sean meramente restrictivos y por el contrario tengan un fin pedagógico.

Ahora bien, en el año 2015, la Ley 1765 de 2015 establece la implementación de la Fiscalía General Penal Militar y Policial. En el artículo 111 se establece la aplicación del *principio de oportunidad* que “deberá hacerse con sujeción a la política criminal del estado”. Sin embargo, como ya se ha visto, la Sentencia C-326 de 2016 declaró inexecutable el artículo 113 de esta Ley que señala las facultades de dicha fiscalía para aplicar el *principio de oportunidad*. Como se ha señalado, la Ley 1312 le otorga a la Fiscalía General de la Nación el poder de aplicar el principio de oportunidad, pero únicamente en la jurisdicción ordinaria.

Lo anteriormente señalado, establece el amparo a la Fiscalía General de la Nación para que acuda al *principio de oportunidad* cuando consideren y se enfrenten a las diversas causales que el mismo establece, este principio ha tenido diversas críticas alrededor de la justicia penal ordinaria, por ende la aplicación en la justicia penal militar va a generar controversia, pero más allá de los preconceptos que tenga la sociedad y el populismo punitivo como los fines de la pena que ya se han expuesto es entender que la fiscalía no es juez y parte entonces el hecho que la misma tenga la opción de aplicar el *principio de oportunidad* no quiere decir que este sea inmediatamente aceptado por el juez y por otro lado las víctimas que consideren vulnerado algún derecho a partir de la trasgresión a un bien jurídicamente tutelable pueden acudir a la impugnación de la Sentencia.

Cabe anotar que hay razones por las cuales en su momento se cuestionó esta medida ya que en el contexto en que se pretendió implementar el principio de oportunidad, estaba y sigue siendo cuestionable el papel de los militares y la policía en la participación de crímenes contra civiles que han sido justificados dentro del contexto del conflicto armado interno y aunque se han tenido en cuenta estos precedentes históricos la idea del derecho penal no puede quedarse en la sanción penal esta debe llegar a ser en un momento determinado el último mecanismo al que se acudirá, el cambio tanto político como social que se ha dado en el país ha dado la apertura a que se integren este tipo de propuestas.

La reforma a leyes constitucionales se hace necesaria en las circunstancias que soporten un cambio social en donde el objetivo sea mejorar un acontecimiento, el poder de ciertas instituciones en la toma de decisiones generales tiene la peligrosidad de mantener un modelo que mantenga la igualdad en el papel y en donde las garantías y la justicia sean formales y no materiales que ha sido uno de los grandes paradigmas de las legislaciones en el siglo XXI, en donde se ha replicado la defensa y promoción de los derechos en igualdad de condiciones pero materialmente carece de fundamentación, es por esta razón que se requiere constantemente cambiar este paradigma.

Finalmente, se expondrá el modelo de propuesta del Acto Legislativo, que por medio de la difusión a la comunidad de este trabajo por diversos medios pretende que la misma sea la que soporte con debates y votación en las cámaras, además, que también se buscara la posibilidad de exponerla en espacios académicos que permitan una retroalimentación y construcción de un modelo de Acto Legislativo que integre los puntos a favor y en contra de la alternativa de solución con el fin de fundamentar y fortalecer el presente proyecto.

Propuesta de Acto Legislativo

Por medio del cual se integra el principio de oportunidad a la jurisdicción penal militar. Con el propósito de aplicar una herramienta útil en el sistema procesal penal militar acusatorio,

generando una justicia más eficaz y se reforma el artículo 250, el cual al mismo tiempo tiene el deber de corresponder al principio de juez natural.

Por lo tanto, se hace necesario modificar el artículo 250, incluyendo el segundo inciso y suprimiendo las últimas líneas del primero, esto con el fin de permitir la inclusión del *principio de oportunidad* en la justicia penal militar, ya que de tal manera como se encuentra enunciado ha causado una interpretación errónea en la lectura del mismo, por cuanto algunos han sostenido que por la ausencia de su estipulación se infiere que está prohibido aplicar el principio de oportunidad en la justicia penal militar, toda vez que como reza el artículo 250 de la Constitución Nacional sólo le es dable la facultad de aplicar este principio a la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal. Por dicha razón, se propone, incorporar el segundo inciso al mencionado artículo Superior para que el artículo expresamente señale que la Fiscalía General de la Nación no tendrá competencia para conocer los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública ya que dicha competencia es exclusiva de la jurisdicción especializada y al mismo tiempo sea procedente la aplicación del plurimentado principio en los casos señalados en la ley, y con el respectivo control judicial obligatorio y automático por el juez penal militar y policial de control de garantías.

El Congreso de la República

Decreta

Adiciónese un Inciso al Artículo 250 de la Constitución Política el cual quedará así:

"Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación

del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.”

La Fiscalía General de la Nación no tendrá competencia para conocer los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. El ejercicio de la acción penal estará a cargo de los órganos respectivos de la Jurisdicción Penal Militar siendo procedente la aplicación del principio de oportunidad en las condiciones y situaciones que prevea la ley. El ejercicio de esta facultad excepcional será sometido al control del juez penal militar y policial de control de garantías².

“En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.

² Cursiva Propuesta Propia.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.
4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.
5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.
6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.
8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tengan noticia incluida los que le sean favorables al procesado.”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con todo lo anterior, se considera que la exposición de motivos relativa a tal reforma deberá contener como mínimo:

Introducción

Implicaciones jurídicas en la aplicación del principio de oportunidad en el sistema procesal militar colombiano.

El acceso al principio de oportunidad como una excepción al principio de legalidad siendo esta una herramienta útil en la aplicación del sistema penal acusatorio de la jurisdicción ordinaria y la especial.

El cumplimiento de la prevención de faltas penales a partir del principio de oportunidad.

Impunidad vs acceso a la justicia y reparación integral.

A Manera de Conclusión

En efecto el *principio de oportunidad* surge dentro y como parte exclusiva del sistema penal acusatorio en lo referente a los casos de conocimiento de la justicia penal ordinaria, siendo su destinación altamente restringida, debido a que en un Estado Social de Derecho como lo es el colombiano, deben amalgamarse la totalidad de los principios para atender a las garantías constitucionales, los cuales deben guardar correspondencia con la necesidad, razonabilidad y a la política criminal del Estado.

Por tal razón, si bien se ha entendido la importancia del *principio de oportunidad* en términos de eficiencia también se ha comprendido que este no puede obrar dentro de una indeterminación legal por lo que ello podría representar para la administración de justicia, y

se le ha ubicado dentro de un modelo de discrecionalidad reglada que le otorga al Fiscal un cierto control del ejercicio de sus funciones, sin que pueda dejar de lado la persecución penal haciendo uso del *principio de oportunidad*, salvo que se cumplan las condiciones dispuestas para tal fin por el legislador.

En virtud a lo expuesto, es comprensible que se haya decidido mantener una diferencia entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar, por la connotación y alcance de los delitos que pueden observarse comúnmente en una y otra jurisdicción, además del impacto social de los mismos y por tanto ha determinado que tal figura es aplicable únicamente en el primero de los casos y está en cabeza del fiscal de acuerdo a las modificaciones que introdujera el artículo 2 del Acto Legislativo 3 de 2002 al artículo 250 constitucional; razón por la que se justifica la propuesta de este trabajo.

No obstante, lo anterior, lo cierto es que la falta de regulación de un tema, en este caso la posibilidad de aplicar el *principio de oportunidad* en la jurisdicción castrense, no implica su prohibición, aspecto que a todas luces atenta en contra de la estabilidad de la norma superior al pretender regular aspectos que escapan su margen de determinación. En ese contexto, también se debe considerar que la regulación de la Justicia penal militar no obedece únicamente a lo contemplado en el artículo 221 superior, pues tal texto normativo debe ser entendido de forma sistemática, máxime cuando se trata de temas tan relevantes como la determinación de la política criminal de un Estado.

Así las cosas, se entiende que la aplicación del *principio de oportunidad* en la justicia penal militar puede brindar la posibilidad de una eventual descongestión en el sistema penal militar acusatorio mediante la evaluación de conductas punitivas realmente graves buscando una justicia más eficaz, evitando el desgaste institucional que surge al aplicar penas innecesarias, cuando se contempla una situación fáctica menos gravosa así como unos elementos objetivos determinados de forma previa, cuando el castigo generado con el accionar es tan fuerte que no es justificable una sanción desde el aparato judicial, o cuando gracias a la verificación de unos hechos determinados es posible llegar al problema estructural. Se trata entonces de una herramienta útil para la aplicación del mencionado sistema. Además permite que se extienda la justicia restaurativa, que es un modelo que le da

espacio para la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario sin que medie un castigo. Esto produce un escenario en el que la víctima es oída y cobra relevancia, lo cual se traduce en un espacio favorable de participación que puede ser trasladado al escenario de la justicia penal militar.

Finalmente, es importante señalar que el hecho de que una persona sea parte de la Fuerza Pública, no legitima sus conductas delincuenciales. Por tal razón, aun cuando una de las mayores preocupaciones a la hora de examinar la factibilidad de la inclusión del *principio de oportunidad* es el escenario de la posible impunidad en lo que a delitos de derechos humanos se refiere, es claro que la eventual implementación de la propuesta que trae consigo este trabajo investigativo no permitirá la materialización de la impunidad, en virtud de la falta de competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de delitos en contra de los derechos humanos, a lo que se suma la lucha internacional en contra de tal accionar vulnerable a través de la Corte Penal Internacional. En todo caso, la aplicación del *principio de oportunidad* es restrictiva al respecto.

Bibliografía

- Alcívar Trejo, C., Calderón Cisneros, J., & Roca Pacheco, E. (21 de 11 de 2016). *La Epistemología Jurídica, su Filosofía, Influencia y Aplicación en el Derecho Ecuatoriano*. Obtenido de <http://xn--caribea-9za.eumed.net/wp-content/uploads/epistemologia2.pdf>
- CPDH, FIDH, ILSA , Prensa - Colectivo. (21 de 11 de 2016). *Ampliación del Fuero Penal Militar en Colombia abre Camino a la Impunidad*. Obtenido de <http://www.colectivodeabogados.org/?Ampliacion-del-fuero-penal-militar-en-Colombia-abre-camino-a-la-impunidad>
- Senado de la republica de Mexico. (S/A). *Anteproyecto de Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales*. Recuperado el 20 de 11 de 2016, de Senado de la republica: http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Anteproyecto_Dictamen_CNPP_211113.pdf

Yañez Cortés, A. (11 de 21 de 2016). *El Principio de Juez Natural o Regular y la Prohibición de los Tribunales de Excepción*. Obtenido de 2016

Código de Justicia Militar, Ley 14029 (El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina 16 de 07 de 1951).

Constitución Política de Colombia, 1991 (Senado de la republica 1991).

Acción de Tutela, C-396 (Corte Constitucional Colombiana 1993).

M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo, C-358 (Corte Constitucional de Colombia 1997).

Sentencia C-358/97, Sentencia C-358/97 (Sala Plena de la Corte Constitucional 05 de 08 de 1997).

Sentencia de Constitucionalidad, C-358 (Corte Constitucional 1997).

Código procesal penal de El Salvador, DECRETO N° 733 (ASAMBLEA LEGISLATIVA - REPUBLICA DE EL SALVADOR 20 de 04 de 1998).

Código procesal penal de Paraguay , Ley 1286 (Corte suprema de Justicia 1998).

Código procesal penal de Bolivia, LEY N° 1970 (Congreso Nacional 25 de 03 de 1999).

Ley 522 de 1999 Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar., Ley 522 de 1999 (Congreso de la república 12 de 08 de 1999).

Sentencia de Constitucionalidad, C-878 (Corte Constitucional 2000).

C-647 de 2001, C-647 de 2001 (Sala Plena de la Corte Constitucional M.P. doctor Alfredo Beltrán Sierra 20 de 06 de 2001).

Código Procesal Penal de la república de Nicaragua, LEY No. 406 (LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DE NICARAGUA 21 de 12 de 2001).

Sentencia 647 de 2001, Sentencia 647 / 2001 (Sala Plena de la Corte Constitucional 20 de 06 de 2001).

Sentencia C-646/01, Sentencia C-646/01 (Sala Plena de la Corte Constitucional 20 de 06 de 2001).

Sentencia de Constitucionalidad, C-649 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia de Constitucionalidad, C-646 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia de Unificación, SU-1184 (Corte Constitucional de Colombia 2001).

Acción de Tutela, T-930 (Corte Constitucional 2002).

Salvamento de Voto, Sentencia de Tutela, T-466 (Corte Constitucional de Colombia 2002).

Sentencia T-881/02, T-881/02 (sala Séptima de revisión de la Corte Constitucional Magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett 17 de 10 de 2002).

Reglamento del Regimen Disciplinario de las fuerzas Militares, Ley 836 de 2003. (EL CONGRESO DE COLOMBIA 16 de 07 de 2003).

Sentencia de Constitucionalidad, C-873 (Corte Constitucional de Colombia 2003).

Código de procedimiento Penal , 906 (El Congreso de la República de Colombia 31 de 08 de 2004).

Sentencia C-171/04, Sentencia C-171/04 (Sala Plena de la Corte Constitucional M.P Marco Gerardo Monroy Cabra 03 de 03 de 2004).

C-591, C-591/05 (Corte constitucional 09 de 06 de 2005).

sentencia C-673 de 2005 , sentencia C-673 de 2005 (Sala Plena de la Corte Constitucional 30 de 06 de 2005).

Sentencia C-979 de 2005, Sentencia C-979 de 2005 (Sala Plena de La Corte constitucional 26 de 09 de 2005).

Sentencia de Constitucionalidad, C-984 (Corte Constitucional 2005).

Sentencia de Constitucionalidad , C-673 (Corte Constitucional 2005).

Código Penal Militar, 1407 (EL CONGRESO DE COLOMBIA 17 de 08 de 2007).

Sentencia C-095/07, Sentencia C-095/07 (Sala Plena de la Corte Constitucional 14 de 02 de 2007).

Sentencia C-209/07, Sentencia C-209/07 (ala Plena de la Corte Constitucional 21 de 03 de 2007).

Sentencia de Constitucionalidad, C-095 (Corte Constitucional 2007).

Sentencia de Constitucionalidad, C-1184 (Corte Constitucional 2008).

Sentencia C-936/10, Sentencia C-936/10 (Corte Constitucional 23 de 11 de 2010).

Sentencia de Constitucionalidad, C-816 (Corte Constitucional 2011).

Sentencia de Constitucionalidad, C-461 (Corte Constitucional 2011).

Sentencia C 228 / 2003, Sentencia C 228 / 2003 (Corte constitucional M.P Alfredo Beltran Sierra 18 de 03 de 2013).

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Última Reforma DOF 17-06-2016 (EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS 05 de 03 de 2014).

Sentencia C-387/14, Sentencia C-387/14 (Sala Plena de la Corte Constitucional 25 de 06 de 2014).

Acción de Tutela, T-099 (Corte Constitucional 2015).

Ley 1765 de 2015 “Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se se, Ley 1765 de 2015 (Congreso de la republica 23 de Julio de 2015).

Ley 27147 por la cual se modifica el código penal de la república Argentina, Ley 27147 (El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso 17 de 06 de 2015).

CÓDIGO MILITAR DE PROCEDIMIENTOS PENALES, DOF 16-05-2016 (EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANO 16 de 05 de 2016).

Gaceta Parlamentaria, año XIX, , número 4474-V (Diputado Virgilio Mendez 23 de 02 de 2016).

M.P. Mendoza Martelo, Eduardo Alejandro, C-326 (Corte Constitucional de Colombia 2016).

Sentencia C233 de 2016, Sentencia C233 de 2016 (Sala Plena de la Corte Constitucional 11 de 05 de 2016).

Sentencia C-326/16, Sentencia C-326/16 (Sala Plena de la Corte Constitucional 22 de 06 de 2016).

Sentencia de Constitucionalidad, C-326 (Corte Constitucional 2016).

Andrade, D., Martinez, V., & Rosa, S. (06 de 04 de 2005). *La contribución del imputado como un mecanismo viable par ala aplicación de los criterios de oportunidad* . Recuperado el 20 de 11 de 2016, de Corte suprema de justicia biblioteca judicial "Dr. Ricardo Gallardo":
<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/f8d2a0b5ee4651a386256d44006c123c/e9107ad43f2c982d062576cf0062c9d2?OpenDocument>

Andreu-Guzmán, F. (2003). Fuero Militar y Derecho Internacional - Sección I. En F. Andreu-Guzmán, *Fuero Militar y Derecho Internacional. Los Tribunales Militares y las Graves Violaciones a los Derechos Humanos* (pp.. 15-51). Bogotá: Comisión Internacional de Juristas.

Asamblea Nacional Constituyente. (09 de 10 de 2016). *Constitución Política de Colombia*. Obtenido de Alcaldia de Bogotá:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

- Bedoya Echavarría , Y., & Torres Mosquera, D. (2012). *La Exclusión del Principio de Oportunidad en el Marco de la Ley 1407 de 2010*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Beltrán Moncada, M., & Herrera Peñuela, I. (2011). *No incorporación del Principio de Oportunidad en la Nueva Justicia Castrense*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada Facultad de Posgrado de Derecho.
- Berrio Alarcón, A. A., Montoya Castellanos, A. M., & Prieto Espinosa, J. R. (16 de 04 de 2018). *El Principio de Oportunidad en Colombia se Constituye en una Facultad Discrecional o en un Conveniencia*. Obtenido de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dp1.pdf>
- Borja Jimenez, E. (2003). *Curso de Política Criminal*. Valencia : Tirant Lo Blanch.
- Bourdieu, P. (2001). *Poder, Derecho y Clases Sociales. 2a Edición* . Bilbao: Descleé de Brouwer S.A.
- Caracol Radio. (23 de junio de 2016). <http://caracol.com.co>. Obtenido de http://caracol.com.co/radio/2016/06/23/judicial/1466700420_528429.html
- Cermeño Petro, J. D. (2004). *El Fuero Penal Militar en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencia Jurídicas Departamento de Derecho Penal.
- Cifuentes Muñoz, E. (2001). La Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Pensamiento Jurídico*, 53-84.
- Colombiano, C. A. (2012). Informe presentado ante el Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Informe Final. Diagnóstico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado Colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (28 de octubre de 2010). <https://www.colectivodeabogados.org>. Obtenido de https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/Audiencia_CIDH_jurisdiccion_pena_l_militar.pdf
- Comisión Primera del Congreso de la República. (04 de 12 de 2013). INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 85 DE 2013 SENADO.por la cual se reestructura la justicia penal militar o policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Polic. *GACETA DEL CONGRESO 993*. Bogotá D.C, Colombia: Congreso de la República.
- Congreso de Colombia. (1999). *Ley 522*. Bogotá: Diario Oficial No 43.665 .

- Congreso de Colombia. (2000). *Ley 599*. Bogotá: Secretaría del Senado .
- Congreso de Colombia. (2002). *Acto Legislativo 03 de 2002*. Bogotá : Diario Oficial No 45.040 de Diciembre 19 de 2002.
- Congreso de Colombia. (2009). *Ley 1312*. Bogotá: Secretaria del Senado.
- Congreso de Colombia. (2015). *Ley 1765*. Bogotá: Secretaria del Senado.
- Congreso de la República. (2010). *Ley 1407*. Bogotá: Secretaria del Senado.
- Coordinación Colombia - Europa - Estados Unidos. (2015). *El Fuero Penal Militar Frente al Proceso de Paz - Esclarecimiento de la verdad, justicia y reparación de Crímenes de Responsabilidad de Agentes Estatales*. Bogotá D.C.: Códice Ltda.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de marzo de 2011). <http://gidh.org>. Obtenido de <http://gidh.org/files/Factores%20de%20Impunidad%20en%20Colombia.pdf>
- Cruz Jiménez, S. (2015). *El Principio de Oportunidad de cara a los Nuevos Retos de la Justicia Penal Militar*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Daza González, A. (2012). El Principio de Oportunidad frente a la protección de los derechos de los procesados. (F. d. Derecho, Ed.) *Revista Principia Iuris*, II(18), 145-158.
- De La Torre Rangel, J. A. (2006). *El Derecho como Arma de Liberación en América Latina. Sociología Jurídica y uso Alternativo del Derecho*. San Luis de Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales "Padre Enrique Gutierrez".
- Eduardo Enriquez Maya Presidente Comisión Primera Senado de la República. (06 de 12 de 2016). Gaceta del Congreso. *Informe de Ponencia Para Primer debate al Proyecto de Ley 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara*. Bogotá D.C., Colombia: Senado de la República de Colombia.
- Francés Lecumberri, P. (2012). El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, 1-43.
- Franco Álvarez, G. D. (21 de 11 de 2016). *El Fuero Penal Militar en Colombia Cumple con la Función Esencial de Garantía y Protección de los Derechos Humanos*. Obtenido de Universidad Militar Nueva Granada: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/12439/1/FUERO%20MILITAR-%20%20GLORIA%20FRANCO%20UMNG%20ULTIMA%20VERSION.%2019-04-2014.docx%20-.pdf>
- Gimeno Sendra, V. (1993). *Fundamentos de Derecho Procesal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Godoy Godoy, A., & Laverde Arce, G. (2014). *La Aplicación del Principio de Oportunidad como Excepción al Principio de Legalidad en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2007). *La Oportunidad como Principio Complementario del Proceso Penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Góngora Mera, M. E. (14 de octubre de 2004). <http://www.menschenrechte.org>. Obtenido de <http://www.menschenrechte.org/lang/es/regionen/oportunidad-procedimiento-penal-colombia>
- González Cuervo, M. (diciembre de 2012). <http://www.cgfm.mil.co/>. Obtenido de <http://www.cgfm.mil.co/documents/10184/177460/LAS-FUERZAS-21.pdf/883a52e5-6c66-472f-a084-a8e7bc9f7976>
- González, J., & Bolívar, M. (2015). *La excepción de oportunidad* en el nuevo sistema acusatorio de la justicia penal militar*. Recuperado el 19 de 11 de 2016, de Universidad militar nueva granada: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13558/1/La%20excepci%C3%B3n%20de%20oportunidad%20en%20la%20justicia%20penal%20militar.pdf>
- Isola, A. (2005). *La víctima y el principio de oportunidad*. Recuperado el 19 de 11 de 2016, de Sistema Argentino de información Jurídica : http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca050100-isola-victima_principio_oportunidad.htm
- Julio. B. J., M., Ambos, K., & Woischnik, J. (2000). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Argentina: Ad hoc.
- Ley al día. (junio de 2016). <http://www.leyaldia.com>. Obtenido de <http://www.leyaldia.com/noticia/1495>
- López Correa, C., & Perdomo Espitia, É. (2015). <http://unimilitar-dspace.metabiblioteca.org>. (U. M.-E. Militar, Ed.) Obtenido de <http://unimilitar-dspace.metabiblioteca.org/bitstream/10654/6356/3/TRABAJO%20PARA%20PUBLICAR%20OK.pdf>
- López Correa, C., & Perdomo Espitia, E. (s.f.). *El Principio de Oportunidad y sus Limitaciones en el Código Penal Militar*.
- Márquez Cárdenas, Á. E. (2006). Las víctimas en el nuevo sistema penal acusatorio y su reconocimiento por la Corte Constitucional. (U. M. Granada, Ed.) *Prolegómenos - Derecho y Valores*, IX(18), 127-152.

- Márquez, A. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el conexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos, derechos y valores*, 10(20), 201-212.
- Mejía Azuero, J. C. (2010). <http://jeancarlomejiaazuero.blogspot.com.co>. Obtenido de <http://jeancarlomejiaazuero.blogspot.com.co/2010/10/el-fuero-penal-militar-hacia-el.html>
- Mejía Quintana, O. (19 de 11 de 2016). *Elementos para una Reconstrucción del Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho* . Obtenido de file:///C:/Users/Luisa%20Fernanda/Downloads/1.%20MEJIA.ELEMENTOS%20PARA%20UNA%20RECONSTRUCCION%20(3).pdf
- Meza Cadena, E. A. (2007). <http://cdim.esap.edu.co/>. (E. S.-E. Humanos, Ed.) Obtenido de <http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/fuero%20penal%20militar%20y%20su%20relaci%C3%B3n.pdf>
- Ministerio de Defensa Nacional. (21 de 10 de 2016). *Justicia Penal Militar*. Obtenido de <https://www.justiciamilitar.gov.co/irj/portal/JPM?NavigationTarget=navurl://f5c49c50de00089787c46fc13d336a72>
- Ministerio de Justicia. (16 de 11 de 2016). *Ministerio de Justicia*. Obtenido de ¿Cuáles son las jurisdicciones existentes en Colombia?: <http://www.minjusticia.gov.co/ServicioalCiudadano/PreguntasYRespuestasFrecuentes/tabid/359/Default.aspx?QuestionID=174&AFMID=1980>
- Naciones Unidas Derechos Humanos. (21 de 11 de 2016). *Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Obtenido de Observaciones Frente al Proyecto de Ley 85 de 2013: http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/Observaciones_OACN_UDH_proyecto_JMP.pdf
- Noticia judicial. (22 de junio de 2016). <http://www.elespectador.com>. Obtenido de <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/fiscales-militares-no-podran-otorgar-principio-de-oport-articulo-639396>
- Prensa Senado. (2014). <http://www.senado.gov.co>. Obtenido de [http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/noticias/item/19832-colombia-podra-contar-con-una-justicia-penal-militar-y-policial-actualizada?tmpl=component&print=1%20\(propuestas%20en%20su%20momento\)](http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/noticias/item/19832-colombia-podra-contar-con-una-justicia-penal-militar-y-policial-actualizada?tmpl=component&print=1%20(propuestas%20en%20su%20momento))
- Quiroga, I. (2013). *El principio de oportunidad en el derecho procesal penal colombiano Fundamentos, evolución, aplicación*. Bogotá D.C.: académica española .
- Ramírez Aristizabal, J., & Sanchez Roa, E. (2010). *El Principio de Oportunidad en el Nuevo Código Penal Militar*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

- Rawls, J. (2012). *La Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Reed Hurtado, M. (23 de abril de 2012). <http://razonpublica.com>. Obtenido de <http://razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2906-justicia-penal-militar-recargada.html>
- Restrepo, C. d., Gelman, C. d., O. d., los Congresistas Ángela Robledo, A. U., & otros, e. (19 de 10 de 2016). *Resumen Demanda de Inconstitucionalidad contra la Ley que Restructuró la Justicia Penal Militar para Implementar el Sistema Penal Acusatorio*. Obtenido de <http://www.verdadabierta.com/documentos/victimas-1/reconstruyendo/1289-resumen-demanda-1765-reforma-fuero-penal-militar>.
- Reyes, A. (2005). La Implantación del Sistema Penal Acusatorio en Colombia: Un estudio multidisciplinario. *Revista de Ingenieria*, 6-15.
- Rincón Martínez, R. (20 de 10 de 2016). *Aplicación al Principio de Oportunidad Frente a loa Términos Otorgados por la Ley 1453 de 211*. Obtenido de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13388/1/APLICACION%20DEL%20PRINCIPIO%20DE%20OPORTUNIDAD%20FRENTE%20A%20LOS%20T%C3%89RMINOS%20OTORGADOS%20POR%20LA%20LEY%201453%20DE%202011%EF%80%AA.pdf>
- Rocha, P., & Salgado, A. (10 de 2011). *El Proceso Penal Militar aplicado en el delito de Deserción*. Recuperado el 19 de 11 de 2016, de Universidad centro americana Nicaragua: repositorio.uca.edu.ni/392/1/UCANI3172.PDF+%26cd=1%26hl=es-419%26ct=clnk%26gl=co#38
- Rodríguez Sánchez, E. (2015). *Jueces Militares: El Juez Natural para la Jurisdicción Penal Militar en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Rojas C, M. (29 de 11 de 2016). *Coope Ande*. Obtenido de 1 Diciembre: Día de la Abolición del Ejército: <http://www.coopeandel.com/1-diciembre-dia-abolicion-del-ejercito>
- Salazar Molano, H. (2015). *El Fuero Penal Militar en Colombia a la Luz de la Jurisprudencia de la CIDH*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Sánchez Figueredo, E. A. (febrero de 2012). <http://www.eumed.net>. Obtenido de http://www.eumed.net/rev/cccss/18/easf.html#_ftn6
- Sánchez Velarde, P. (1994). *Comentarios al Código Procesal Penal*. Lima: IDEMSA.
- Sandoval Casilimas, C. A. (2002). *Investigación Cualitativa*. Bogotá: Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES.
- Tabares Villareal , B., Ramirez Soto, M., & Galeano Morón, R. (2012). *Viabilidad de la Aplicación del Principio de Oportunidad en la Justicia Penal Militar en el año 2012 en Colombia*. Pereira: Universidad Libre.

- Torres Quirama, M., & Aguirre Palomino, D. (2006). *El Principio de Oportunidad del Nuevo Sistema Penal Acusatorio y su Aplicación en la Ciudad de Manizales*. Manizales: Universidad de Manizales.
- Universidad Nacional Autónoma de México. (11 de 29 de 2016). *Metodología de la Investigación*. Obtenido de http://profesores.fi-b.unam.mx/jlfl/Seminario_IEE/Metodologia_de_la_Inv.pdf
- Urbano Martínez, J. J. (2003). El Principio de oportunidad en el proyecto de Código de Procedimiento Penal. *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, 24(74), 195-208.
- Valadés, D. (19 de 11 de 2016). *El Estado Social de Derecho*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/994/7.pdf>
- Valles Romero, Y. (2014). *Los Derechos de las Víctimas y el Principio de Oportunidad en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Veiras, N. (28 de 07 de 2006). *En camino a ser ciudadanos de uniforme*. Recuperado el 19 de 11 de 2016, de El País: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-70602-2006-07-28.html>
- Villamil Jaramillo, E. A., & Quintero Torres, M. C. (2001). Principios rectores y estructura del proceso penal militar. El sistema acusatorio en el nuevo código penal militar. *Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Wilenmann, J. (2011). La Administración de Justicia como un Bien Jurídico. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 531-573.
- Zaffaroni, R. (2011). *La Palabra de los Muertos*. Buenos Aires: Editorial Ediar.