

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA
MILITAR

Autores

YENNY PATRICIA BEDOYA ECHAVARRIA
DAYANA MARCELA TORRES MOSQUERA

LA EXCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL MARCO DE LA LEY
1407 DEL 2010

BOGOTA D.C; DICIEMBRE DEL 2012

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

Autores

**YENNY PATRICIA BEDOYA ECHAVARRIA
DAYANA MARCELA TORRES MOSQUERA**

**TRABAJO DE GRADO PARA COMO REQUISITO
PARA OPTAR EL TITULO DE:
ESPECIALISTA EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA
MILITAR**

**LA EXCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL MARCO DE LA LEY
1407 DEL 2010**

Director

BOGOTA D.C; DICIEMBRE DEL 2012

RESUMEN

Con la implementación del nuevo Código Penal Militar ley 1407 del 2010, el ordenamiento jurídico colombiano en lo que respecta al sistema de responsabilidad penal castrense, sufrió grandes cambios a nivel sustancial y por supuesto procedimental, lo que conlleva a analizar desde la óptica de la jurisprudencia, la doctrina y la Constitución, todos aquellos aspectos normativos de gran relevancia que dieron piso jurídico a este novedoso sistema, desde su presentación como proyecto por el Gobierno Nacional ante el honorable Congreso de la República¹, y cuyo propósito se orientó en primer lugar a la adopción de un sistema penal oral con tendencia acusatoria tal cual como está constituida la ley 906 para la jurisdicción ordinaria.

A partir del desarrollo conceptual y en análisis realizado, se hace una comparación minuciosa entre la ley 906 del 2004 y la ley 1407 del 2010, contextualizando los principales elementos que componen el sistema procesal acusatorio en el escenario penal militar en lo que respecta a los derechos y garantías procesales y la compatibilidad con la jurisdicción ordinaria, que en esencia resultan ser los mismo, a excepción de un aspecto importante que al parecer no fue incluido en el articulado militar, como lo es el Principio de Oportunidad, siendo este un medio eficaz en la disminución del alto nivel de procesos que por circunstancias regladas pueden llegar a limitar la acción penal y que hacen parte de la política criminal del Estado. Por tanto la integridad del sistema con tendencia acusatoria permanece incólume en las normas que estructuran el nuevo sistema de juzgamiento de los miembros de la fuerza pública.

Por otro lado, se analiza si con la supresión de este principio que arraiga en la norma superior se estarían violentando garantías y derechos fundamentales que le asisten a los uniformados aforados, cuando se trate de juzgamiento propio de las esferas de esta especialidad procesal, o si por el contrario se hace poco aconsejable ocupar la

¹ Ley 1407 del 17 de agosto de 2010 "Por la cual se expide el Código Penal Militar", Diario Oficial 47.804 del 17 de agosto de 2010.

atención del Estado frente a hechos que en principio son punibles, pero que la gravedad o características particulares demeritan su expectativa.

PALABRAS CLAVES: principio de oportunidad, legalidad, integridad, jurisdicción castrense, proporcionalidad.

ABSTRACT

With the implementation of the new Military Penal Code Law 1407 of 2010, the Colombian legal system with respect to the system of military criminal responsibility, underwent substantial changes at large and procedural course, leading to reviewed in the light of the jurisprudence The doctrine and the Constitution, all regulatory aspects of great importance that gave legal ground to this new system, since its introduction as a project by the Government before the Honorable Congress of the Republic, and whose purpose was oriented primarily to the adoption of an oral criminal accusatory trend as it is constituted as Law 906 for the ordinary courts.

From conceptual development and analysis, we make a detailed comparison between the law 906 of 2004 and Act 1407 of 2010, contextualizing the main elements of the adversarial system in the military criminal scenario regarding the rights and due process and compatibility with the ordinary courts, which turn out to be essentially the same, except for one important aspect that apparently was not included in the military articulated, as is the Principle of Opportunity, and is an effective means decreased highly regulated processes that circumstances may eventually limit the prosecution and are part of the criminal justice policies. Thus the integrity of the system with accusatory trend remains intact in the rules that structure the new system of accountability for members of the security forces.

Furthermore, we analyze whether the deletion of this principle rooted in the higher standard would be violating fundamental rights and guarantees that assist the soldiers graduated, in the case of the prosecution's own procedural areas of this specialty, or if on the contrary it is unwise to occupy the attention of the state of facts that are punishable in principle, but that the severity or characteristics detract from their expectation

KEYWORDS: principle of opportunity, legality, integrity, military courts, proportionality.

INTRODUCCION

Con la reforma del artículo 250 de la norma superior, que trajo consigo el origen del acto legislativo No 03^o del año 2002 por el cual se expide el Código de procedimiento Penal², se materializó un importante avance en el sistema de juzgamiento en Colombia ya que relevó antiguas formas de juzgamiento inquisitivo y conceptos poco adversariales por nuevas posturas, fundamentadas en el garantismo, el humanismo, la mediación y el equilibrio en la esfera propia de la justicia penal. No obstante, si bien este sistema acusatorio no surge de la manera más pura en lo que respecta a su contenido conceptual, sustantivo y normativo, si por lo menos constituye el concepto de constitucionalismo, efectividad, eficacia en la administración de justicia y en formas de represión del delito.

Es entonces como se daba por hecho que en la jurisdicción penal militar, se tendría que presentar un proyecto de ley que reformaría y derogaría la ley 522, ya que este articulado arraigaba conceptos propios de la ley 600 del 2000 (código de procedimiento penal), donde se aplicaba el proceso con características propias de un sistema penal mixto. Razón por la cual, el Gobierno Nacional presenta un proyecto de ley que materializaría la reforma y daría origen a la ley 1407 que en el año 2010 sería expedida y promulgada para ser puesta en vigencia en todo el territorio nacional.

Esta nueva ley que con instituciones propias del sistema penal adversarial y por su naturaleza con tendencia acusatoria, también resulta compatible con otras normas de juzgamiento como el derecho disciplinario, los procesos administrativos y laborales, los cuales particularmente apuntan hacia la implementación de la oralidad en los juicios³. Así mismo adopta preceptos como la justicia restaurativa, la justicia premial, la justicia rogada, las negociaciones entre la fiscalía y la defensa y los preacuerdos que entre otras figuras han sido acopladas descriptivamente por la codificación castrense, pero

² Ley 906 del 31 de agosto de 2004, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

³ El Principio de Oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio. Jaime Antonio Villanueva Meza. Leyer 2009

que sin razón de peso el principio de oportunidad ha sido excluido, de tal manera que se hace necesario en este trabajo analizar las posibles razones para pensar en la conveniencia de incorporación dentro de la ley penal militar o si por el contrario no se puede considerar la inmersión completa de las formas procesales penales de la justicia penal militar en la normatividad ordinaria, puesto que la naturaleza de la disciplina jurídica involucrada, los conceptos específicos y las y las particularidades propias de la rama especializada, no permiten una remisión completa.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

PREGUNTA: ¿Es pertinente incorporar para su aplicación el “Principio de Oportunidad” en la Ley 1407 del 2010?

LA EXCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL MARCO DE LA LEY 1407 DEL 2010

El Estado colombiano, vislumbrado como un Estado social y democrático de derecho, en pro de lograr una convivencia pacífica entre los ciudadanos, plantea como base para la producción normativa penal, la creación de una política criminal de Estado, que surge de la necesidad de reprimir toda forma de delito. Para ello, implementa una figura jurídica bajo el concepto de una excepcionalidad al principio de legalidad, como lo es el principio de oportunidad referido en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 250 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 321 del código de procedimiento penal.

Ahora bien, si la aplicación del principio de oportunidad dentro del ámbito de la ley 906 se regula de manera expresa, surge el interrogante del porque este no es referido tácitamente en la nueva ley de justicia penal militar, ya que sus postulados, al igual que la jurisdicción ordinaria, también se enfocan hacia un sistema penal adversarial acusatorio, limitándolo al delito y no al sujeto.

Por otro lado también es pertinente analizar, si en concordancia con el principio de integración normativa, realmente se podría aplicar el principio de oportunidad en un proceso que se adelante en contra de un miembro de la fuerza pública, por parte de la Fiscalía Penal Militar pues este, al no estar contemplado en el ámbito de la ley 1407 del 2010, se podría recurrir o remitir a los preceptos de dicho principio contemplado en la ley 906 código de procedimiento penal ordinario. Sin embargo hay posturas jurisprudenciales que indican que la simple consagración diferencial entre la codificación ordinaria y la penal militar, no vulnera ningún mandato constitucional. Por el contrario, obedece a un criterio de especialidad que la misma Constitución otorga a la justicia penal militar (artículo 221 C.P), de otra manera no tendría sentido la existencia de dos jurisdicciones, pues ellas encuentran su justificación, en razón a los

diferentes destinatarios y a las actividades riesgosas que enfrentan los miembros de la legislación castrense”.

Dado que la propia Constitución contempla la existencia de un código penal especial para el juzgamiento de los militares en servicio activo y en razón de los actos cometidos en relación con el mismo servicio, y que por la naturaleza misma de los códigos, estos buscan regular de manera completa una materia, el Código Penal Militar contiene un régimen completo, tanto sustantivo como procesal, que si bien debe respetar y desarrollar los principios y valores constitucionales, y responde por consiguiente a los mismos principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario, puede diferenciarse del mismo, cuando así lo exijan las especiales condiciones para las cuales está previsto, o cuando de tal diferencia no se derive detrimento de la Constitución. Sobre el particular la Corte ha expresado que ‘la Constitución no establece que las normas procesales del Código Penal Militar deban ser idénticas a las del Código de Procedimiento Penal. 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. La Constitución ha impuesto directamente una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común. Por consiguiente, el sustento de una pretendida desigualdad no podrá basarse en la mera disparidad de los textos normativos.

No obstante el presente análisis se orientara hacia la búsqueda de una respuesta jurídica al planteamiento de si es viable o no, la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar ley 1407 del 2010, bajo la premisa de la vulneración del derecho fundamental de la igualdad, en el entendido que los miembros de la fuerza pública también deben ser objeto de garantías procesales.

ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Mientras existan normas y valores en la sociedad que violentar, y seres humanos violentadores, es decir conflictos entre personas que resolver, se necesitaran de mecanismos coherentemente estructurados, para adelantar las significativas medidas preventivas, coercitivas y sancionatorias⁴. No obstante, y gracias a la existencia de regímenes penales orientados a poner en funcionamiento el poder punitivo del Estado, con el objetivo de reprimir toda forma de delito, surgen dentro de su dinámica una serie de mecanismos y figuras procesales, cuya aplicación garantiza el equilibrio, la oportunidad y la igualdad dentro de la correcta impartición y administración de justicia. Uno de estos mecanismos hace referencia al Principio de Oportunidad que en el ámbito temático instituido en procedimiento penal, se define como la facultad otorgada al Estado para emprender o no, suspender o renunciar a la persecución punitiva o ejercita del *ius punendi*.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el Principio de Oportunidad se constituye como una figura propia del sistema procesal penal con tendencia acusatoria, cuya aplicación por mandato constitucional está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, pero con la supervisión de legalidad del juez de control de garantías, constituyendo así, la facultad del ente persecutor en la decisión de no procesar penalmente a algunas personas por razones de conveniencia administrativa en cumplimiento la política criminal del Estado⁵. Por ende, la jurisprudencia ha manifestado que el legislador cuenta con un margen de configuración amplio y explícito para definir las causales de procedencia y aplicabilidad del principio de oportunidad, pero dicho margen encuentra límite en la naturaleza excepcional que lo configura, pues este viene impuesto por su condición de ser un mecanismo de descongestión del aparato judicial, encaminado a la supresión de la acción penal en contra de conductas delictivas de bajo impacto que pueden no ser sancionadas sin grave detrimento del orden social y sin la connotación de que se estaría cayendo en la configuración de la impunidad.

⁴ VILLANUEVA MESA Javier. "El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio". Leyer. 2007

⁵ sentencia C-329 de 1995 y C-592 de 1998

No obstante, con la reforma al principio de oportunidad, se refuerzan los supuestos de aplicación del principio. De acuerdo con la reforma, el segundo inciso del artículo 323 del código, quedando explícito de la siguiente manera:

“El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías”.⁶

Así mismo en este articulado, se hace relación también al carácter excepcional del principio, aunque parecería que se matiza de alguna manera ello; en todo caso, se menciona también la taxatividad de las causales y el control judicial. Por otro lado, el principio de oportunidad visto desde otra dimensión jurídica, también racionaliza la función jurisdiccional penal buscando disminuir las consecuencias negativas de penas cortas de privación de la libertad, persiguiendo la reparación de las víctimas y pretendiendo la reinserción social de aquellos infractores de ciertas conductas punibles, permitiendo dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa al ordenamiento jurídico y social⁷.

Esencialmente el principio de oportunidad reglado encuentra su contenido taxativo dentro del marco de la ley constitucional, seguido de su codificación y reglamentación en los lineamientos procedimentales. No obstante, y a pesar de existir razones más de política criminal del Estado y seguridad social, que de estricta aplicabilidad por exigencias procesales, vale la pena precisar que el principio de oportunidad impone la

⁶ Artículo 2 de la Ley 1312 de 2009 que modificó el artículo 323 de la ley 906 del 2004.

⁷ JORGE FERNANDO Perdomo Torres “Los principios de la legalidad y oportunidad” pag.52 (Justificación y Problemas del Principio de Oportunidad en el Proceso Penal). Universidad EXTERNADO de Colombia. Bogotá 2005:

creación de unas causales que bajo la idea del derecho penal mínimo, de su carácter fragmentario y de ultima ratio, permitan interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal, por su puesto haciendo prevalecer el derecho sustancial, pero con aplicación de los principios de discrecionalidad (oportunidad libre o extrema) y excepcionalidad al principio de legalidad que hace obligatorio el ejercicio de la acción penal⁸.

Es por ello que en nuestro sistema no se consagró el principio de discrecionalidad absoluta, sino el de establecer criterios de oportunidad que permiten definir con justicia y rapidez casos que no debe incluir el principio de legalidad, que cede terreno en su naturaleza absoluta, permitiendo la búsqueda de valores distintos de la persecución en sí misma, como el de la utilidad de la pena y la eficacia de la investigación penal con el consecuente descongestionamiento de los despachos judiciales.

Ahora bien, con la implementación y aceptación de una estructura procesal con tendencia acusatoria la regla general es que la acción penal no se puede dejar de ejercerse, sin embargo es preciso referirse a que las causales legales de operatividad que contiene el principio de oportunidad, deben ser definidas por el legislador de manera precisa e inequívoca, de tal forma que el juez de control de garantías pueda realmente determinar si en un caso concreto procede o no renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal, ya que con la aplicación del principio de oportunidad se pueden afectar de manera directa derechos fundamentales y garantías procesales.

En tal sentido, la actividad legislativa para la incorporación del principio de oportunidad en nuestro actual sistema de responsabilidad penal colombiano, la honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-095 de 2007, indicó:

“...(i) En cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, el legislador tiene amplia facultad de configuración

⁸ VILLANUEVA MESA Javier.” El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio”. Leyer. 2007 p.34

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

Enmarcados los anteriores apuntes, hechos por la honorable Corte Constitucional, la naturaleza jurídica del principio de oportunidad y el régimen especial de la justicia penal militar Colombia, podríamos aludir que no existe duda de que el principio de oportunidad pueda ser incorporado a la normatividad vigente del Código Penal Militar Colombiano, logrando una justicia castrense más efectiva, pronta y oportuna

NOCIÓN CONSTITUCIONAL

La tendencia predominante del constitucionalismo contemporáneo es la que ha dado pie a la génesis del derecho penal constitucional, ya que la supremacía de la norma superior da un posicionamiento de privilegio en el ordenamiento jurídico del Estado y que obedece no solo al hecho de contener los principios fundamentales que lo constituyen de los cuales derivan su validez de las demás normas positivas, si no también, a la circunstancia de proyectar la ideología política, económica y social, las filosofías de la conformación del estado y finalmente dirige y orienta la organización interna de los gobernantes y de los gobernados como integrantes activos de la comunidad. Por lo anterior, la aplicación del principio de oportunidad a un específico conflicto social como el nuestro, encuentra su fundamento en la norma constitucional que desarrolla el preámbulo y le impone a la Fiscalía y a los jueces de garantías que controlan la legalidad de su invocación, asegurar a sus integrantes la convivencia, la

justicia, la igualdad, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo. Por ende la protección de bienes jurídicos que gozan de protección del derecho penal constitucional, debe armonizarse siempre y debe ser proporcional con el desmedro que sufre la libertad, significa que las decisiones político-criminales, el catálogo de objetos de protección, el listado de delitos contenidos en la legislación o legislaciones penales, debe tener necesariamente un contenido constitucional afincado sobre ese juicio inicial de proporcionalidad⁹.

Ahora bien, la libertad de configuración legislativa del legislador, los márgenes en que él se mueve en un contexto de Estado social de derecho como está prefigurado en el caso nuestro y todas aquellas expresiones formuladas por el constitucionalismo, constituyen presupuestos que condiciona las decisiones político-criminales, que dan cabida al derecho penal con vocación constitucional, limitado, garantista, como es el hecho de ser un derecho penal mínimo, fragmentado y fragmentario, asentado sobre el principio de lesividad y no sobre el de peligrosidad adquiriendo ese arraigo a la norma superior que soporta las bases de nuestro ordenamiento jurídico y que para efectos del análisis que se está desarrollando condicionan la política criminal del Estado.

DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad, se ha hecho necesario adoptar políticas con que pueda contar el Estado para responder al crimen organizado, es por ello que se ha implementado una herramienta jurídico política que permitirá hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social, con el fin de garantizar los intereses sociales del Estado¹⁰.

⁹ JOSÉ Guillermo Ferro Torres, "Constitución y Derecho Penal Militar" REVISTA DERECHOS Y VALORES Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2005

¹⁰ MARIELA Vargas Prentt, "Legislación Penal Política Criminal En Colombia" REVISTA JUSTICIA No. 15. Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, 2009.

La aplicación del Principio de Oportunidad, tal como lo establece el Código de Procedimiento Penal “deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado”. Sin embargo es importante precisar, a que hace referencia cuando se está hablando de la política criminal en el Estado. Y es que se define como aquellas estrategias o mecanismos efectivos propuestos por el Gobierno Nacional y entidades del Estado específicamente aquellas que tienen responsabilidad en el tema de la seguridad, para combatir, identificar y contrarrestar los factores generadores del delito, evitar su comisión y garantizar el ejercicio eficaz del *ius puniendi* en el marco de un debido proceso y de legalidad.

Ahora bien, en el marco de la política criminal y dogmática penal existe diversidad de criterios y posturas que coinciden en afirmar que la estrategias político-criminales presentadas por el Gobierno de turno son cambiantes conforme a las tendencias sociales, políticas y económicas por la que se estén viviendo según las necesidades específicas del contexto social y acorde a los complejos desarrollos de la criminalidad. Desde esta óptica se entiende que la política criminal esta directamente ligada al Estado y a las decisiones que se tomen en torno al análisis de los factores generadores de la criminalidad, a la forma como deben ser sancionadas los delitos y los intereses que deben ser protegidos, incluyendo los instrumentos a través de los cuales se concreta dicha política pública.

Por tanto el legislador también hace un referente jurisprudencial importante donde concadena la política criminal con el interés colectivo y social. Es así como también en la sentencia anteriormente mencionada C-095 del 2007 la honorable corte expresa que:

“La causal de aplicación del principio de oportunidad penal “cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos” descansa en el principio de proporcionalidad, que llama a no sancionar penalmente sino aquellas conductas que realmente constituyan una amenaza para la convivencia pacífica, y no un reclamo social justificado. Ahora bien, en la aplicación del numeral bajo examen el fiscal debe motivar específicamente la decisión, tener en cuenta los supuestos fácticos y exponer por qué la

persecución penal produciría mayores problemas sociales que la falta de ejercicio de la acción penal. En todo caso, esta decisión del fiscal siempre estará sujeta a la revisión del juez de control de garantías y a la intervención del Ministerio Público”.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 906

En la ley 906 del año 2004 es donde por primera vez se consagra el principio de oportunidad íntimamente ligado al concepto oficial de la política criminal del Gobierno, que para ese entonces era presidido por el doctor Álvaro Uribe Vélez. La lógica de su materialización en el ordenamiento jurídico, obedeció a la intervención en los altos índices de impunidad, así como los manifiestos vacíos sustanciales en lo que respecta al procedimiento penal.

Es entonces como el principio de oportunidad se configura como una institución jurídica que como pocas contrasta con otros principios de orden Constitucional, como lo es el principio de *Legalidad* el cual hace referencia a la obligación que impone la ley a los administradores de justicia de adelantar las acciones previstas en la ley, sentó un importante precedente normativo, pues para la Corte constitucional “la adopción Constitucional del principio de oportunidad penal obedeció a la comprobación de un fenómeno social ampliamente conocido como lo es la imposibilidad fáctica de la justicia penal para satisfacer las exigencias de la aplicación absoluta del principio de Legalidad conforme a lo cual la Fiscalía está en plena obligación sin ninguna excepción.

Las causales que permiten la aplicación de la figura aparecen referidas a varios criterios orientados a obtener beneficios para la justicia, para la víctima y para el orden social, valores que considero el legislador mas importantes que la imposición de correctivos, que por severos que sean no se traducen en los resultados que puedan derivarse de la abstención de promover o continuar la acción penal. Estos conceptos se

materializan en el marco de la ley 906 del 2004 y la ley 1312 del 2009¹¹ para ser aplicados en los siguientes casos:

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

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.

3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

¹¹ Ley 1312 del 2009 Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.
7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.
8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, 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.
10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal 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.
11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
12. 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.
13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

15. 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.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

De esta manera se consagró el principio de oportunidad en la ley 906, cuya regulación de forma expresa no solamente se liga con su particular visión de la política criminal del Estado, si no los resultados prácticos que se pudieran derivar del *ius punendi*, como la aplicación de este principio en el sistema penal oral acusatorio. Así mismo diferentes referentes jurisprudenciales establecieron la aplicabilidad, los límites y por supuesto el control judicial del principio de oportunidad, tal como se establece en la Sentencia C-209 del 2007 en donde tácitamente se refiere al artículo 327 del CPP:

“Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano y contra esta determinación no procede recurso alguno.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay

un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

ANTECEDENTES DE LA EXCLUSION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 1407

Ya que el análisis se orienta hacia la exclusión del principio de oportunidad en el nuevo código penal militar, se considera pertinente referirse a dicho principio que como ya se ha mencionado con anterioridad se encuentra establecido en el artículo 250 de la Constitución Política fue modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002¹² cuya naturaleza es estrictamente excepcional, y cuyos preceptos fueron referidos con base por el Constituyente derivado a la política criminal del Estado, así como también la aplicación de este principio no constituía una antinomia del principio de legalidad, como quiera que constituye una oportunidad reglada que, se reitera, es excepcional, no arbitraria, sujeta al control de garantías, con presencia del Ministerio Público y con participación de la víctima a la que se debe escuchar y está sometida adicionalmente en su ejercicio interno por la Fiscalía a un reglamento expedido por el Fiscal General de la Nación que deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado.

Ahora bien, haciendo una interpretación sistemática del artículo 221 de la Constitución política donde se hace referencia a la expresión *“Se exceptúan los delitos cometidos*

¹² *“El principio de oportunidad establecido en el artículo 250 superior tal como fue modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 cuya naturaleza es estrictamente excepcional (i) fue supeditado por el Constituyente derivado a la política criminal del Estado; (ii) la aplicación de este principio no constituye una antinomia del principio de legalidad, como quiera que constituye una oportunidad reglada que, se reitera, es excepcional, no arbitraria, sujeta al control de garantías, con presencia del Ministerio Público y con participación de la víctima a la que se debe escuchar y está sometida adicionalmente en su ejercicio interno por la Fiscalía a un reglamento expedido por el Fiscal General de la Nación que deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado; (iii) este principio se predica de conductas antijurídicas y lesivas del bien jurídico, que el legislador sustrae con todos sus elementos de la acción punitiva, como resultado de una valoración político criminal, que conduce a considerarlas de poca significación desde la perspectiva de afectación del bien jurídico protegido; (iv) dicho principio alude a delitos de entidad menor y específicamente en el caso de los atentados contra los bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, a que alude el numeral acusado se prevé claramente que la infracción del deber funcional tenga o haya tenido una respuesta de orden disciplinario y la afectación del bien jurídico resulte poco significativa; (v) en este caso no se trata de discriminar conductas con medidas distintas, para sustentarlas del ámbito penal, sino que se atribuye al Estado la opción de no proseguir excepcionalmente la acción penal en una hipótesis concreta –la señalada en el numeral 10 acusado-, conforme a una valoración político criminal, para la cual el constituyente autorizó al legislador y que en el caso del numeral acusado se refiere específicamente a los denominados delitos “bagatela”.”*

por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, del primer inciso del Acto Legislativo 03 de 2002, nos conduce a afirmar que la jurisdicción penal ordinaria es incompetente para conocer de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo, y que a su vez, en la justicia penal militar, si bien deben respetarse los principios generales consagrados en la Constitución en relación con el debido proceso y las garantías judiciales, no le resultan igualmente aplicables los principios enunciados, referidos de manera particular al sistema procesal penal con tendencia acusatoria. Sin embargo los debates legislativos realizados, cuando fue presentado el proyecto de ley que reformaría el Código Penal Militar¹³ eliminó deliberadamente el “Principio de Oportunidad” sin ondear en las en las razones de tipo normativo ni en los beneficios que este traería al sistema, como por ejemplo el de descongestionar los despachos penales militares al evitar tener que adelantar todo el trámite procesal de conductas que aún siendo típicas pero, que atendiendo a la naturaleza propia del cargo del militar y/o policía que realiza la conducta, podrían ser consideradas de menor afectación del bien jurídico es decir, delitos de menor entidad, que no merecen reproche penal¹⁴.

Sin embargo, después de varios debates legislativos, correcciones y supresiones entre otras adecuaciones, finalmente con la publicación en el Diario Oficial No. 47.932 de 23 de diciembre de 2010 se expide el Código Penal Militar¹⁵, que sin una inmersión completa de las formas penales procesales ordinarias delimita las particularidades propias de la rama especializada y con plena autonomía legislativa.

PERTINENCIA DE LA INCORPORACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 1407 DEL 2010

Inesperadamente el principio de oportunidad en la ley 1407 del 2010, no fue consagrado de manera expresa. Lo curioso, es que está siendo redactada en su gran

¹³ Proyecto de ley No. 111 de 2006 Senado y No. 144 de 2005 Cámara.

¹⁴ Gaceta del Congreso No. 294 de 2007.

¹⁵ Diario Oficial No. 47.932 de 23 de diciembre de 2010 se expide el Código Penal Militar

mayoría como lo fue la ley 906, cuyos preceptos como ya hemos mencionado en este texto, fueron tomados íntegramente en su mayoría, para la codificación castrense no fue incorporado, siendo este una herramienta normativa que ha sido materia de reformas y desarrollo por la ley 1312 de 2009 y por disposiciones de carácter administrativo de la Fiscalía General de la Nación.

El tratamiento legal para los delitos contra el servicio puede llegar a notarse demasiado estricto y drástico a la hora de hacer un encuadramiento de lo factico dentro de lo normativo, dada las características especiales que requieren los elementos del tipo penal militar y su exacta adecuación para ser considerados dentro de las esferas de dicha jurisdicción. Sin embargo, este tipo de delitos que se tipifican en el código, como delitos contra el servicio y la disciplina son estrictamente definidos por la norma, así como el procedimiento que se debe empelar cuando se trate de investigar y sancionar a aquellos miembros de la fuerza pública que de una u otra forma infringieron la ley¹⁶.

Ahora bien para el tema en cuestión, y una vez ya definida la naturaleza del principio de oportunidad, así como la claridad de los delitos que consagra el Código Penal Militar y el objetivo de la política criminal del Estado, se podría considerar que si es pertinente y procedente desde todo punto de vista jurídico la aplicación de principio de oportunidad reglado frente a la justicia penal militar, para ciertos delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, sujetándose a dos aspectos importantes; en primer lugar, si bien es cierto que uno de los objetivos de la política criminal del Estado, está orientada a la aplicación del principio de oportunidad para evitar el desgaste inoficioso del aparato judicial, cuando existen personas que con el propósito de obtener beneficios y rebajas de penas coadyuven a la desarticulación de bandas criminales, se podrían presentar los casos en que se le de vida jurídica en el procedimiento penal militar, dado que la naturaleza y el perfeccionamiento de dicho principio se orienta hacia la humanización el derecho penal frente a sus intervinientes, víctimas, autores y/o partícipes, logrando de manera eficiente y oportuna la evacuación de acciones penales y por ende de una justicia

¹⁶ PEÑA VELASQUEZ Edgard. "El Sistema Acusatorio en el Código Penal Militar. Librería Ediciones del Profesional. 2012

pronta y restaurativa, situación que no es ajena dentro de la jurisdicción castrense, y aun mas, cuando existen antecedentes de conformación y participación de miembros de las fuerzas Militares y de Policía, en peligrosas bandas organizadas dedicadas al crimen.

Por otro lado, hay que ver que los destinatarios del Código Penal Militar, son los miembros de la fuerza pública es decir a un grupo determinado de servidores públicos, que a la hora de transgredir la norma bien sea por el incumplimiento de sus deberes funcionales, o la extralimitación de los mismos, se pueden ver inmersos en procesos disciplinarios, penales y/o fiscales, en donde también se podrían presentar los casos donde la persecución penal de ciertos delitos no tendrían un total interés público por considerarse delitos bagatela o delitos que no afectarían de manera directa y gravosa bienes jurídicos tutelados. Haciendo una búsqueda exhaustiva dentro de la jurisprudencia Constitucional, se encuentra un referente, que si bien es cierto no se orienta directamente a la pertinencia de la incorporación del principio de oportunidad en la codificación penal militar, si hace un análisis de antijuridicidad que aportaría razones y sustento jurídico a la aplicabilidad de dicha figura. Por tanto la honorable Corte Constitucional, mediante sentencia C-988/06 expresa:

“El Legislador estableció en el numeral 10 del artículo 324 que el principio de oportunidad puede aplicarse “cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios”. El Legislador supedita dicha posibilidad a dos precisos requisitos, a saber i) que la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa es decir que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, y el juez de garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuridicidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo

ii) que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria, es decir que en relación con la misma conducta se

configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de la sanción respectiva. En relación con esta última condición cabe precisar que en la medida en que la disposición se refiere expresamente al “deber funcional” ha de entenderse que se alude en este caso a hipótesis en que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas y como tal estén sometidos a la potestad disciplinaria incurran en conductas respecto de las cuales quepa junto con la imposición de la sanción penal endilgarles responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de dichos deberes funcionales.

Dicho lo anterior, se podría plantear que aparte de lo expresamente referido en la sentencia y en la ley 1312 del 2009, también se podrían tener en cuenta las siguientes causales para la aplicación del principio de oportunidad en la normatividad penal militar:

- Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.
- Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
- Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.
- Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

- Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
- Cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria.

Es entonces, como se abre la posibilidad de que una institución procesal como lo es principio de oportunidad, sea implementado en la codificación castrense, pues no basta con que el nuevo Código Penal Militar Colombiano, adopte principios que soportan el sistema acusatorio como lo es el de la implemente la oralidad o la celeridad en aras de lograr la descongestión de la jurisdicción especializada y que esta sea más efectiva. También se hace necesario la implementación del “Principio de Oportunidad Reglado”, ya que con su aplicación realmente se lograría evitar iniciar procesos penales, que en muchas ocasiones después de haberse agotado un largo y debido proceso, finalizan con una decisión de auto inhibitorio y/o preclusión.

CONCLUSIONES

Una vez hecho el análisis jurisprudencial y normativo de la lo que conllevó a la implementación del nuevo modelo procesal acusatorio en la Justicia Penal Militar, se llegaron a las siguientes conclusiones:

No existe ninguna limitación de tipo jurídico o Constitucional que no permita la incorporación del principio oportunidad reglado en la jurisdicción penal militar, por el contrario, con dicha exclusión puede llegar a considerarse como una situación de desigualdad entre los miembros de la fuerza pública, frente a los procesados por el Código de Procedimiento penal Colombiano ley 906 de 2004, ya que dicho principio consagra una excepción de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo, haciendo una relación a la persecución penal que debe hacer la Fiscalía General de la Nación para este tipo de delitos, más no, en la aplicación del principio de oportunidad en la jurisdicción castrense.

Existe la posibilidad que dentro de las funciones de la Fiscalía Penal Militar se pueda dar aplicabilidad al principio de oportunidad, al igual que lo hace la Fiscalía General de la Nación lo hace en la jurisdicción ordinaria, sustentado en el pronunciamiento que hace la honorable Corte en cuanto *“ al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de razonabilidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal; (ii) no obstante, respecto de la naturaleza de los delitos frente a los cuáles puede operar el principio de oportunidad penal, por razones que tocan con la dignidad humana, el legislador encuentra un límite explícito en los compromisos internacionales de perseguir las más graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario; (iii) finalmente, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad*

penal diseñado por el constituyente, que le impone diseñar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse.” De esta manera no habría ningún impedimento para ser aplicado a delitos de menor afectación en la jurisdicción castrense.

Sin embargo, trasladándonos a la realidad de la justicia en nuestro país, la normatividad vigente, y en pro de la evolución del derecho penal en Colombia se existe la imperiosa necesidad de adecuar los preceptos legales a las diferentes variables que se presentan con el desarrollo de la sociedad y la política criminal del estado, por lo que se podría considerar que el principio de oportunidad, es una herramienta legal propia para la consecución de la seguridad jurídica y el orden social, de la legalidad y del debido proceso por lo que se enmarca como una figura legalmente efectiva y primordial para dar lugar a una correcta administración de justicia

BIBLIOGRAFIA

Constitución Política de Colombia

Ley 1407 del 17 de agosto de 2010 “Por la cual se expide el Código Penal Militar”, Diario Oficial 47.804 del 17 de agosto de 2010.

VILLANUEVA MESA Javier. El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio. Leyer. 2007

Sentencia C-329 de 1995 y C-592 de 1998

PERDOMO TORRES Jorge Fernando “Los principios de la legalidad y oportunidad” Universidad EXTERNADO de Colombia. Bogotá 2005.

FERRO TORRES José Guillermo, “Constitución y Derecho Penal Militar” REVISTA DERECHOS Y VALORES Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2005.

MARIELA Vargas Prentt, “Legislación Penal Política Criminal En Colombia” REVISTA JUSTICIA No. 15. Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, 2009.

Ley 1312 del 2009 Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad.

DIARIO OFICIAL. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Proyecto de ley No. 111 de 2006 Senado y No. 144 de 2005 Cámara.

CONGRESO DE LA REPUBLICA. Gaceta del Congreso No. 294 de 2007.

CONGRESO DE LA REPUBLICA, Diario Oficial No. 47.932 de 23 de diciembre de 2010 se expide el Código Penal Militar

PEÑA VELASQUEZ Edgard. "El Sistema Acusatorio en el Código Penal Militar. Librería Ediciones del Profesional. 2012