

El Principio de Oportunidad en la Justicia Penal Militar

Uriel Augusto Gutiérrez Gutiérrez  
Alcides Bermúdez Garzón  
Nubia Esperanza Maldonado Gómez

Universidad La Gran Colombia  
Facultad de Postgrados  
Maestría en Derecho  
Bogotá  
2016

## Resumen

El cambio de paradigma en el sistema penal colombiano, del el inquisitivo al oral, trajo consigo la necesidad de implementación en la justicia penal militar. Desde la doctrina se ha considerado que el principio de oportunidad es inherente al sistema oral, sin embargo, el legislador consideró en un primer momento, con la Ley 1407 de 2010, que el principio no era aplicable en la justicia penal militar. Teniendo en cuenta lo anterior, se pretende analizar la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar desde el debate legislativo tanto para la ley 1407 de 2010 que implantó la oralidad, como para la Ley 1765 de 2015 que introdujo el principio de oportunidad y los parámetros para su aplicaciónn.

Palabras clave: Justicia penal militar, Sistema penal oral, Principio de oportunidad

### Abstract

The paradigm shift regarding the Colombian criminal justice system, from the inquisitive to oral, brought the need for deployment in the military criminal justice system. Since the doctrine has been considered that principle of opportunity is inherent in the oral system, however, the legislature considered in a first moment, with Act 1407 of 2010, that the principle was not applicable in the military criminal justice. Taking into account the foregoing, it is intended to analyze the application of the principle of opportunity in the military criminal justice system from the legislative debate for both the Act 1407 of 2010 which introduced the orality, as to the Act 1765 of 2015 which introduced the principle of opportunity and the parameters for its application.

Key words: Military criminal justice system, Oral criminal system, Principle of opportunity.

## Tabla de contenido

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>10</b>
SISTEMÁTICA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR .....	10
Especificidad de la responsabilidad penal .....	15
Poder punitivo de la justicia penal militar .....	20
Criterios de política criminal trazados por la Constitución y la Ley .....	22
Criterios que desarrollan el principio de oportunidad .....	26
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>34</b>
LA FUERZA PÚBLICA FRENTE AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD .....	34
Corresponsabilidad y sus efectos en la aplicación del principio de oportunidad en los miembros de la fuerza pública.....	34
Exclusión directa u omisión legislativa del principio de oportunidad en la fuerza pública .....	47
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>55</b>
EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 1765 DE 2015.....	55
Análisis político criminal.....	55
El principio de oportunidad a partir del trámite .....	63
Aplicación del principio de oportunidad .....	72
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>82</b>
<b>LISTA DE REFERENCIAS .....</b>	<b>91</b>

## **Introducción**

Conforme a la potestad de configuración normativa le corresponde al legislador establecer las formas propias de cada juicio, de tal manera que no se excluya lo que tiene que ver con la reforma del Código Penal Militar a través de la Ley 1407 de 2010 en la cual se fijan las reglas y condiciones para acudir al juez en busca de una adecuada administración de justicia, sin embargo se omite una figura como el principio de oportunidad propia de un sistema penal acusatorio como el que se ha intentado implementar en la justicia penal militar.

La potestad reglamentaria respecto de la creación de normas sobre la administración de justicia tiene origen constitucional, específicamente en los artículos 150 y 152. Por lo tanto, teniendo en cuenta derechos y principios, la ley en desarrollo de los presupuestos constitucionales de administración de justicia debe contener los requisitos, características y efectos de las instituciones procesales, de tal manera que no se pueden contradecir los postulados de aquella ni limitar de modo irrazonable o desproporcionado éstos presupuestos.

De ahí que la libertad de configuración legislativa tiene ciertos límites que se concretan en el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales. En resumen, surge como interrogante ¿si con la expedición de la Ley 1407 de 2010 y la consecuente omisión del principio de oportunidad en el procedimiento penal militar el Congreso de la República está desconociendo principios constitucionales y fines del Estado?

Por otro lado, a partir de la modificación del artículo 250 de la Constitución Política mediante el acto legislativo 03 de 2002 se incluye en el ordenamiento colombiano el principio de oportunidad reglado, estableciendo que este debe estar regulado dentro del marco de la política criminal del Estado. Si esto es así, cabe señalar el siguiente interrogante ¿si los miembros de la fuerza pública que vulneren el estatuto penal no hacen parte de la política criminal del Estado?

Lo anterior atendiendo a que la política criminal ha sido definida por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 936 de 2010 como 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”.

Así mismo, frente al artículo 250 constitucional subsisten dos interpretaciones: la primera, que exceptúa la aplicación del principio de oportunidad a los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo; y la segunda: que la excepción no versa sobre el principio, sino sobre la falta de competencia de la Fiscalía General de la Nación para adelantar la acción penal frente a los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio.

En razón a lo anterior, la metodología del presente trabajo consiste en analizar las fuentes primarias, como los debates en torno a la creación del nuevo Código Penal Militar Ley 1407 de 2010, donde se pone en la mesa de discusión la aplicación del principio de oportunidad; así pues, se hace necesario ilustrar al lector si el principio de oportunidad no es aplicable en el marco de la Ley 1407 de 2010 o si es fruto de una

omisión legislativa en la justicia penal militar y por ende si tiene cabida su aplicación. De tal manera, el objetivo general se centrará en establecer si se trató de una exclusión expresa o si por el contrario obedece a una simple omisión legislativa, por lo que se dará respuesta a la pregunta problema ¿si esta exclusión directa u omisión en la justicia penal militar desconoce disposiciones constitucionales en relación con el nuevo procedimiento penal establecido para los miembros de la fuerza pública?

Se ha procedido con el método de investigación deductivo a fin de precisar como objetivo específico los aspectos generales del modelo del principio de oportunidad en la jurisdicción ordinaria penal, y proceder a especificar qué cambia, respecto de los miembros de la fuerza pública.

Además se ha querido proceder holísticamente, entendiendo que el modelo de política criminal, en relación con su aplicación en el sistema penal colombiano, se dispone como el ejercicio de la facultad discrecional del ente encargado de la titularidad de la acción penal o por el contrario como una conveniencia para el estado ante la ausencia de una verdadera política criminal. De tal manera se debe indagar si la política criminal para los miembros de la fuerza pública es igual o diferencial a la de la jurisdicción ordinaria, para entrar a determinar los criterios de política criminal que conllevan a la no aplicabilidad del principio de oportunidad en los miembros de la fuerza pública

Por lo tanto, predomina el análisis de textos por contraste, es decir, se comparan las normas para deducir no sólo las diferencias, sino los efectos del tratamiento diferencial frente a las dos jurisdicciones, el marco de la discrecionalidad de la Fiscalía General de la Nación frente a optar por no perseguir penalmente una determinada

conducta conforme a lo preceptuado en el artículo 250 constitucional. Al respecto se estudian algunas sentencias de la Corte Constitucional que han ahondado sobre la materia.

Es una investigación de tipo cualitativo toda vez que se recogen las disertaciones de los sujetos que debatieron y han puesto el tema de la aplicación o no del principio de oportunidad en la justicia penal militar, para proceder luego a su interpretación, analizando las relaciones de significado que se producen frente a la idiosincrasia misma de la fuerza pública. De tal manera que el punto de partida será la concepción de la política criminal por el Estado, para debatir si realmente hay o existe una política criminal diferenciada para la justicia penal militar y la jurisdicción ordinaria.

Con el fin de desarrollar el objetivo general y los objetivos específicos se propone como esquema de trabajo la división en tres capítulos a saber: en el capítulo primero se estudiará el sistema penal de la justicia penal militar dentro del cual se tratarán temas como la responsabilidad penal, el poder punitivo, criterios de política criminal y el principio de oportunidad; en el capítulo segundo tendrá como eje central la Ley 1407 de 2010 y se hará un contraste entre fuerza pública y principio de oportunidad y las posibles razones de la excepción en cuanto a la aplicación de dicho principio a los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio; en el capítulo tercero se hará una profundización en el análisis del principio de oportunidad en la justicia penal militar con base en la Ley 1765 de 2015, en el que se tendrá a consideración: (i) un análisis político criminal más extenso en el cual se desarrolla el principio de oportunidad; (ii) el trámite específico que dio lugar a la Ley 1765 de 2015 que introdujo el principio de oportunidad en la justicia penal militar,



teniendo en cuenta los puntos neurálgicos del debate legislativo; y (iii) el análisis sobre la aplicación del principio de oportunidad teniendo en cuenta las leyes 1407 de 2010 y 1765 de 2015.

## CAPÍTULO I

### **Sistemática de la justicia penal militar**

Con el fin de realizar el estudio respecto de la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar se hace necesario establecer las bases sobre las cuales se encuentra esta jurisdicción en relación a su carácter especial. Así, en el presente capítulo se estudiará la justicia penal militar partiendo de su ubicación como jurisdicción especial, teniendo en cuenta factores como su especificidad y poder punitivo; por otro lado se abordan los criterios constitucionales y legales sobre política criminal y el principio de oportunidad para su posible aplicación en el sistema penal militar.

Estructuralmente la Fuerza Pública hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público y es aquella que tiene a su disposición el poder armamentístico para que, de forma general, se pueda mantener la paz y la seguridad en el territorio nacional; además, está conformada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, instituciones que cumplen roles distintos pero complementarios.

De acuerdo con el texto constitucional las Fuerzas Militares cumplen fines de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, mientras que la Policía Nacional tiene como fin mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz (Constitución Política de Colombia, Artículos 217 y 218).

Para el cumplimiento de dichos fines, los miembros que componen cada una de estas instituciones adquieren ciertos deberes en relación con su cargo. Estos deberes se pueden considerar especiales debido a que, por un lado, se enmarcan dentro de la institucionalidad en cuanto la Fuerza Pública hace parte del poder Ejecutivo, y por otro lado, en desarrollo de los mandatos constitucionales adquieren el monopolio de la fuerza. Es así que en relación a la especialidad de los deberes adquiridos por quienes componen la Fuerza Pública en Colombia, debe existir una norma que los regule y sancione a quienes los vulneren.

De ahí que se haya creado la justicia penal militar como una jurisdicción especial para investigar y juzgar los delitos que cometen los miembros de la fuerza pública en servicio y con ocasión a este, por tal razón se estableció el fuero militar. Cabe destacar que la justicia penal militar no hace parte de la rama judicial sino de la rama ejecutiva, pues así quedó establecido en la parte orgánica de la Constitución Política, sin embargo desde el punto de vista funcional, administra justicia (Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2003).

El fuero militar como componente principal de la justicia penal militar puede concebirse de forma general, como una garantía de que gozan los miembros de la fuerza pública para ser juzgados por jueces especiales (Velásquez, 2010, p.212). Pero, de conformidad con Ferro Torres (2005), el fuero militar no puede asimilarse a un privilegio o ventaja de los miembros de la fuerza pública puesto que, por la importancia de las funciones que desempeñan, deben tener un tratamiento más drástico que el comprendido en la justicia ordinaria (p.39).

El Fuero Militar está contemplado tanto en la Constitución Política en el artículo 221, que fue recientemente modificado por el Acto Legislativo 02 de 2012, como en el Código Penal Militar y consiste en que el conocimiento de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en ejercicio de su cargo y con ocasión a este, deben ser conocidos por una jurisdicción especial en cabeza de cortes marciales o tribunales militares y no por la jurisdicción ordinaria.

Así, de conformidad con la Corte Constitucional, el fuero se constituye como una excepción a la regla general de investigación y juzgamiento de los delitos por parte de la justicia ordinaria, pues como establece la carta política, el deber de investigación y juzgamiento sobre los delitos cometidos por miembros activos de la Fuerza Pública en servicio y en relación con este corresponde a la justicia militar (Sentencia C- 1054 de 2001).

Así mismo, el artículo 221 constitucional consagra sin excepción los delitos que no pueden ser conocidos por la justicia militar, como son los crímenes de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado (Constitución Política, art. 221), entonces estos delitos deben ser investigados y juzgados por la justicia ordinaria.

En el Código Penal Militar el fuero está contemplado en el artículo 1°, determinando a quienes y en qué condiciones se les aplica la normatividad penal militar y quienes están facultados para aplicarla. De tal forma, se afirma que el Código Penal Militar es aplicable a todos los miembros de la fuerza pública en servicio activo cuando los delitos cometidos estén relacionados al servicio, es decir, como lo afirma el artículo 2° del código, “cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o

policial” (Ley 1407 de 2010, Art., 2º). De igual forma, se establece que la institución competente para el juzgamiento de esos delitos está en cabeza de las Cortes Marciales o Tribunales Militares.

La Corte Constitucional ha establecido dos elementos como componentes del fuero militar, estos son el elemento personal y el elemento funcional. A fin de constatar el primero, se debe establecer que la persona que cometió el ilícito es un miembro de la fuerza pública en servicio activo. Respecto del segundo elemento se afirma que el delito debe tener relación con el servicio (Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997).

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante determinar el alcance del fuero militar, esto en relación a la frase “en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Al respecto la Corte Constitucional afirma que para justificar la existencia del Fuero Militar debe existir una clara distinción sobre cuáles son los actos u omisiones que se pueden atribuir a la persona como miembro activo de la Fuerza Pública y cuáles actos u omisiones se pueden atribuir a la persona como ciudadano ordinario. Para esta distinción urge claridad sobre el concepto de servicio que la Corte determinó como “la sumatoria de misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico” (Sentencia C- 358 de 1997).

De lo anterior, se puede afirmar que el concepto de servicio está comprendido por los deberes Constitucionales y legales adquiridos por el miembro de la Fuerza Pública al momento de hacer parte de la institución, pero que solo se desarrolla por medio de decisiones y en particular acciones, así por ejemplo, la defensa de la soberanía contemplada en el artículo 217 de la Constitución como uno de los fines de las Fuerzas

Militares se concreta con la decisión de combatir contra los grupos al margen de la ley, además del consecuente establecimiento de acciones específicas de combate contra dichos grupos.

La determinación de los elementos del fuero militar en los delitos militares detenta mayor problema al juez, no obstante, la distinción del elemento funcional con el fin de determinar si el delito debe ser conocido por la jurisdicción especial o la justicia ordinaria no es de carácter sencillo en relación a los delitos comunes. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que:

(...) Si se llega a la función, con el propósito de ejercerla con fines delictivos y en desarrollo de estos se cumple aquella, es indubitable que se está frente a una actividad criminosa que no puede cobijar el fuero para que sea la justicia castrense la que conozca de tal comportamiento. Pero si por el contrario, se está dentro de una sana y recta aplicación de la función militar y en cumplimiento de la misma se origina y desarrolla la conducta punible, por lo mismo que ésta tiene con aquella un vínculo sustancial, debe inferirse la vigencia y reconocimiento del cuestionado fuero. (Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997)

En este sentido se observa que para determinar el elemento funcional del fuero militar se hace necesario el estudio del comportamiento del sujeto activo, con el fin de establecer si dentro del desarrollo de las funciones la conducta se desplegó inicialmente con fines delictivos o si se partió de una sana y recta aplicación de la función militar.

De todo lo anterior, se infiere que es indispensable para la aplicación del derecho penal militar la determinación del fuero militar como punto de partida para el

juzgamiento dentro de dicha jurisdicción, es decir, que su razón de ser depende en gran parte del concepto de fuero militar, sobre todo tratándose de delitos comunes.

### **especificidad de la responsabilidad penal.**

En el andamiaje del derecho penal, partiendo de la existencia de la cláusula general de competencia en relación con el conocimiento para la investigación y juzgamiento de conductas punibles por la jurisdicción ordinaria, se debe tener presente la existencia de normas penales de carácter especial que conllevan al desconocimiento de la cláusula general, estableciendo que dicha competencia pasa a estar en cabeza de instituciones especiales, como lo son en el caso de la justicia penal militar las cortes marciales o tribunales militares.

Para que se pueda hablar de una jurisdicción especial, es necesaria la existencia de un fuero especial de juzgamiento, si no fuera así, sería aplicable la cláusula general. Así pues, el fuero militar dota de ese carácter especial a la justicia penal militar a fin de que los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio y con relación a este sean juzgados por jueces especiales.

La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del fundamento de la especialidad de la justicia penal militar de la siguiente manera:

La razón de ser de este régimen especial radica, de una parte, en las reglas de conducta particulares a las que se encuentran subordinados los miembros de la fuerza pública y, de otra, en la estrecha relación que existe entre esas reglas particulares de comportamiento, el uso de la fuerza y la especial índole de las conductas que les son imputables. (Corte Constitucional, Sentencia C-457 de 2002)

La existencia de las reglas particulares a las que se encuentran subordinados los miembros de la fuerza pública tienen origen constitucional y las causas que se juzgan por la justicia penal militar atañen a la violación al deber funcional previsto en dichas reglas. Súmese a esto la facultad que tienen las Fuerzas Militares y la Policía Nacional respecto al uso de la fuerza para el desarrollo de sus funciones, esto no hace equiparable entonces la conducta de una persona del común a la de un miembro de la fuerza pública en servicio.

Además, conforme a lo expresado por la Corte Constitucional, la existencia de normas penales especiales para los miembros de la fuerza pública está sustentada en tres factores: primero, la naturaleza de los hechos y actos de la actividad que se regula, que tiene que ver con los deberes y responsabilidades de origen constitucional adquiridos por los miembros de la fuerza pública, resumidos de forma general como el monopolio de la fuerza legítima del Estado; segundo, el objeto de la misma, que está comprendido en el concepto de fuero militar contemplado en la Constitución y en el Código Penal Militar en relación a sus elementos subjetivo y funcional; y tercero, el sentido y alcance de sus disposiciones que comprende tanto las conductas típicas como el procedimiento penal aplicable contemplados en el Código Penal Militar (Corte Constitucional, Sentencia C-178 de 2002).

La naturaleza de los deberes constitucionales dependen de la institución a la que se pertenece, así por ejemplo, en relación con las fuerzas militares que están conformadas por el ejército, la armada y la fuerza aérea, tienen fines distintos respecto de la policía nacional, aunque no sean excluyentes sino complementarios.



El cumplimiento de las funciones constitucionales otorgadas constitucionalmente a través del servicio prestado, debe estar fundado en principios como la jerarquía y la subordinación, y valores como la disciplina y el honor, los cuales se tornan esenciales y característicos de la fuerza pública. (Corte Constitucional, Sentencia C-737 de 2006). En este sentido, el desconocimiento de esos principios y valores que gobiernan la vida castrense se traduce en los delitos militares contemplados en el Código Penal Militar. Estas son cuestiones que no atañen a la vida civil y por ende tampoco a la justicia ordinaria y por esto tienen el carácter de específicas.

Como se dijo anteriormente, el fuero militar comprende la superación de la regla general de competencia atendiendo a las disposiciones especiales de investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública en servicio que cometan delitos en relación a este. El fuero es aplicable tanto para los denominados delitos militares, es decir, aquellos que tienen relación con el desarrollo de las funciones, los principios y valores institucionales; como para los delitos comunes cuando estos se desarrollen por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio de conformidad con el artículo 171 del Código Penal Militar. Respecto de la aplicación del fuero la Corte Suprema de Justicia ha determinado algunos lineamientos:

(I) La justicia penal militar constituye una excepción a la regla ordinaria y se aplica exclusivamente cuando en el agente activo concurren dos elementos: (1) el subjetivo, (cuando se incurre en el delito se pertenece a la institución castrense y se es miembro activo de ella), y, (2) de carácter funcional (el delito debe tener relación con el servicio); este representa el eje central para la competencia militar.

(II) El ámbito del fuero penal militar debe ser interpretado de manera restrictiva, en el entendido que el delito cometido “*en relación con el servicio*” es aquél realizado en cumplimiento de la labor (servicio).

(III) Debe existir un vínculo claro en el delito y la actividad de servicio. Se impone que esa relación sea directa, un nexo estrecho.

(IV) La conducta punible debe surgir como una extralimitación, desvío o abuso de poder en desarrollo de una actividad vinculada directamente a una función propia. Si se está dentro de una sana y recta aplicación de la función y en cumplimiento de ella se origina y desarrolla el delito, este tiene un vínculo sustancial con aquella y resulta de buen recibo del fuero.

(V) El nexo del delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, no hipotético y abstracto, de donde deriva que el exceso y la extralimitación deben darse dentro de la realización de una tarea propia de las funciones de las fuerzas armadas y de la policía nacional.

(VI) Si desde el inicio el agente activo tiene propósitos delictivos y utiliza su investidura para delinquir, no lo amparará el fuero. Si se llega a la función con el propósito de ejercerla con fines delictivos y en desarrollo de estos se cumple aquella, se estará frente a una actividad criminal que no puede cobijar el fuero.

(VII) El nexo se rompe cuando el delito es de una gravedad inusitada, como en aquellos de lesa humanidad, por la plena contrariedad entre la conducta punible y los cometidos de la fuerza pública, como que se trata de ilícitos manifiestamente contrarios a la dignidad humana y a los derechos de la persona.

(VIII) Un acto del servicio nunca puede ser delictivo, por ende, aquel no está castigado, como sí el que tenga “*relación con el servicio*”.

(IX) La relación con el servicio debe surgir con claridad de las pruebas. Si existe duda, se descarta el fuero y la competencia es del juez común, pues la del extraordinario (el militar) debe estar demostrada plenamente.

(X) Si el delito comporta la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre debe tenerse como ajeno al servicio. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 14 de octubre de 2015).

Entonces, para que un miembro de la fuerza pública conserve la garantía de que sus conductas delictivas sean investigadas y juzgadas por la jurisdicción especial deben concurrir ambos elementos del fuero. Frente al primero de los requisitos basta con constatar que la persona sea un miembro de la fuerza pública activo; y frente al segundo, es decir la relación con el servicio, al momento de la ocurrencia del delito el miembro de la fuerza pública activo debe estar en cumplimiento de sus funciones, así mismo debe existir un nexo próximo y directo entre delito y servicio donde la conducta punible sea producto de la desviación, extralimitación o abuso del poder; esto debe verificarse mediante pruebas. El fuero no es aplicable a ciertos delitos considerados gravísimos, por lo que se entiende que el nexo se rompe con la mera comisión de aquellos, de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política y el artículo 3° del Código Penal Militar.

### **poder punitivo de la justicia penal militar.**

Como se observó en el apartado anterior, las conductas que se sancionan en la justicia penal militar, son aquellos delitos que tienen relación con el servicio de conformidad con las pautas expresadas por la Corte Suprema de Justicia.

Los delitos a que se hace referencia pueden ser tanto delitos militares como los delitos ordinarios, pero siempre haciendo la salvedad que algunos delitos por la gravedad que conllevan no pueden entrar a ser investigados y juzgados por la jurisdicción especial.

Entrando en el aspecto punitivo, se tendrán en cuenta aspectos relevantes y las características más significativas de la Ley 1407 de 2010 respecto de su antecesora tendiente hacia una finalidad comparativa de la punibilidad.

Entre los aspectos característicos del nuevo Código Penal Militar se encuentra la contemplación de dos penas principales: prisión y multa, dejando atrás la pena de arresto que estaba prevista en el Código anterior (Ley 522 de 1999, art.44). El arresto era concebido como una pena laxa, como un tipo de pena de prisión con prebendas o disminuida, por esto; el legislativo tomó la decisión de abolir la pena de arresto en virtud del cambio de procedimiento del inquisitivo al acusatorio, con el objetivo de aumentar las penas en una tercera parte en su mínimo (Gaceta del Congreso 112 de 2006) en este último que presupone facultades para realizar acuerdos y negociaciones sobre las penas, la laxitud del arresto no estaría conforme a la estructura del proceso.

Otra modificación que vale la pena resaltar, siendo importante desde el punto de vista de la punibilidad, es la rebaja del máximo de la pena de prisión de 60 a 50 años, con la aclaración de que solamente en los casos de concurso la pena de prisión podrá llegar a los 60 años (Ley 1407 de 2010). Si bien la Corte Constitucional conoció de la demanda al

Código Penal Militar anterior sobre el máximo penal de 60 años en razón a que excedía el máximo de la pena de prisión contemplado en la justicia ordinaria razón por la cual se entendía como desproporcionada, esta fue declarada exequible por la Corte que sin ahondar mucho en el asunto argumentó:

No obstante, y en relación con el artículo 47 numeral 1 objeto de acusación, encuentra la Corte que el legislador, aun cuando tiene potestad de configuración de la ley penal y en virtud de ella puede señalar cuales son las penas y el límite de duración de estas, no puede desbordar en ejercicio de esa atribución las garantías constitucionales, asunto éste sobre el cual en cuanto a la fijación del término máximo de sesenta años para la pena de prisión por ahora no entra a pronunciarse la Corte. (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2003)

Al no entrar a pronunciarse de fondo respecto de este tema, la Corte le da su beneplácito al término máximo de 60 años en la pena de prisión resolviendo su exequibilidad. Por su parte, se puede entender que en el Código anterior la pena máxima de prisión se haya establecido en 60 años, teniendo en cuenta que entre los fines de la pena está el preventivo, de lo cual se puede inferir que si la norma es consecuente con el principio de prevención de carácter general, la pena actúa de forma coercitiva evitando la comisión del delito; hay que tener en cuenta que al determinar un límite máximo para la pena de prisión se puede afirmar que dicha pena no es perpetua y por ende el legislador no contraría la Constitución Política.

Por otro lado, en el trámite legislativo del nuevo Código se justificó la reducción de la pena de prisión a 50 años con la excepción para los casos de concurso a los cuales dejó inamovible el máximo de 60 años, aduciendo que esta es consecuente con la política

criminal del Estado y la Ley 890 de 2004 (Gaceta del Congreso 112 de 2006). Esta última ley modifica y adiciona aspectos de la jurisdicción ordinaria, que en teoría no deberían tener mayor influencia en la jurisdicción militar dada su especialidad, aun así, se aumenta el máximo penal para la pena de prisión que para los casos de concurso estaba en 40 años y lo sube a 60 años, y para los tipos penales que estaba en 40 años lo aumenta a 50 años.

Como tercer aspecto característico se tiene el cambio del mecanismo de agravantes y atenuantes por el de mayor y menor punibilidad, lo cual mejora la tasación de la pena por parte del juez militar, teniendo en cuenta que se introduce el sistema de cuartos, evitando la imposición de penas abusivas, buscando así una retribución justa (Gaceta del Congreso 112 de 2006).

Las causales establecidas para las circunstancias de menor y mayor punibilidad se aumentaron. Así, respecto de las primeras se premia la carencia de antecedentes penales, la ejecución de una acción distinguida de valor, haber recibido un castigo desproporcionado y por analogía significativa a las demás causales. Respecto de las segundas, tienen un aumento considerable castigando así el abuso de la autoridad o mando, el ocultamiento de la conducta, el aumento deliberado del sufrimiento de la víctima, el uso de explosivos, venenos, etc., y el daño ambiental protegiendo así el equilibrio ecológico y las zonas de especial protección ambiental.

### **criterios de política criminal trazados por la Constitución y la Ley.**

La política criminal debe entenderse de forma simple como una política pública dirigida al problema social de la criminalidad, fundamentada en estudios y estadísticas para la creación, modificación o supresión tanto de los tipos penales como de las penas.

Por su parte, la Corte constitucional crea una definición general de política criminal con más elementos, así la define como:

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

La política criminal se concreta entonces con las respuestas que se estiman necesarias, es decir, las normas penales en concreto con el fin de proteger tanto los intereses del Estado como los derechos de sus asociados.

La política criminal varía con las circunstancias especiales de cada época, tanto así que puede suceder que un delito de poca importancia en el pasado puede llegar a ser de gran importancia en el presente, situación que se ve reflejada en la modificación de las normas, que tienden por lo general a imponer penas altas a los delitos de mayor impacto.

Por su parte, Daza (2010) afirma que las respuestas a dichas conductas reprochables no son solamente de carácter jurídico penal, puesto que también pueden ser de carácter social, económico, cultural, entre otras (p. 42). Una concepción importante en cuanto al alcance de la política criminal una concepción de derecho multidisciplinario, pero hay que tener en cuenta que la respuesta siempre se va a concretar en una norma ya sea una ley, un decreto, un acuerdo, etc.

En la Constitución Política los referentes a la política criminal se pueden encontrar en el capítulo de la Fiscalía General de la Nación en los artículos 250 y 251. En el primero se contempla que dicha entidad “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” (Constitución Política, art.250); mientras que en el segundo se establece como una función especial del Fiscal General de la Nación la de “Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto” (art. 251, núm. 4).

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional afirma que la competencia otorgada por la Constitución al Fiscal General de la Nación de participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal no es exclusiva en razón a que otros órganos también pueden ser partícipes con fundamento en la competencia de presentación de proyectos de ley. De esta manera, pueden concurrir otras instituciones como la Defensoría del Pueblo.

Ahora bien, subsisten igualmente criterios legales en relación con la política criminal, consiste de igual forma en la composición de los órganos encargados para trazar dicha política. En este sentido, el antecedente más cercano a la expedición de la Constitución Política de 1991 se encuentra en la Ley 65 de 1993 en la cual se creó el Consejo Nacional de Política Penitenciaria y Carcelaria (art. 167), modificado recientemente por la Ley 1709 de 2014 en la cual se establece el Consejo Superior de Política Criminal (art. 91) .

De igual forma, por Decreto anterior a la ley 1709 de 2014 se estableció el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria como un órgano adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia con la función de asesorar al Gobierno Nacional en la



materia (Presidencia de la República, Decreto 200 de 2003, art. 36), que también fue modificado en relación a la estructura mas no en su función por la Ley 888 de 2004.

Es importante resaltar que hasta el 2014 la jurisdicción especial militar no tenía un representante en el Consejo Superior de Política Criminal, fue con la expedición de la Ley 1765 de 2015 que se le otorgó como función al Fiscal General Penal Militar la de hacer parte de dicho órgano asesor. Esta inclusión se considera importante en virtud de la cual se puede establecer directrices más significativas de política criminal en el campo de la justicia penal militar.

Como se observa, tanto la Constitución como la Ley tratan el tema de política criminal desde el punto de vista orgánico, así como lo adelantó la Corte Constitucional, legalmente no hay una definición de política criminal, pues mucho menos tiene un desarrollo dogmático; así pues, se hace necesario acudir a la jurisprudencia para comprender la dogmática sobre la política criminal.

De acuerdo a la Corte Constitucional, la política criminal se traduce en leyes y como es de suponer, estas deben respetar los preceptos constitucionales, de tal forma que la Constitución actúa como límite a la libertad de configuración legislativa en cabeza del Congreso de la República (Corte Constitucional, Sentencia C-646 de 2001). Además, la Corte hace una distinción de las normas que hacen parte del concepto de política criminal:

(a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de las conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la

eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal. Así mismo ha reconocido esta corporación que las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo de la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica. (Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010)

De conformidad con lo anterior se puede afirmar que en general toda norma de carácter penal hace parte de la política criminal. Así pues, por un lado se definen los bienes jurídicos que se busca proteger y por otro lado el procedimiento que se opta para dicha protección, recordando que recientemente se realizó el cambio en el sistema procedimental, de uno inquisitivo hacia el sistema acusatorio.

#### **criterios que desarrollan el principio de oportunidad.**

Entre las disposiciones constitucionales que se observaron en el acápite anterior, se puede encontrar la que incluye el principio de oportunidad. La introducción de este principio en la esfera constitucional se hizo a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, que en su artículo 2° dispone que la única posibilidad para que la Fiscalía General de la Nación opte por la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal está en la aplicación del principio de oportunidad (Constitución Política, art.250).

El Acto Legislativo en comento reformó la constitución con el fin de incluir algunos elementos característicos del proceso penal acusatorio, desechando el sistema procesal inquisitivo a razón de problemas operativos (Daza, 2010, p.33), para así poder

implementarlo a partir de un desarrollo legislativo, en la justicia ordinaria con la expedición de la Ley 906 de 2004 y en la justicia penal militar a partir de la Ley 1407 de 2010.

El principio de oportunidad proviene del sistema anglosajón, como principio característico del sistema penal acusatorio, donde su aplicación es discrecional se considera como excepción al principio de legalidad (Urbano, 2006, p.34). En contraposición, la inclusión del principio de oportunidad en el ordenamiento colombiano llevó consigo una característica distinta al ordenamiento anglosajón, su aplicación depende de las causales establecidas por la ley, esto quiere decir que se está en frente de un principio de oportunidad reglado.

Si bien la Constitución no trae una clara definición de lo que se debe entender por el principio de oportunidad, pues solo se limita a establecerlo como una facultad del Fiscal General de la Nación para solicitar al juez la interrupción, suspensión o renuncia de la acción penal; de acuerdo con Salas (2012) este principio se define en sentido amplio como “la excepción al principio de legalidad, la cual permite al juez, previa petición del fiscal, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución de la acción penal en aquellos casos establecidos o autorizados por la ley” (p.37).

Consecuentemente, para un mayor entendimiento hay que distinguir el concepto de principio de legalidad, el cual, de conformidad con Gómez (citado por Guerrero, 2013), “se basa, por un lado en el deber del derecho penal de proteger determinados bienes jurídicos y, por otro, en el fin del derecho procesal penal de mantener la paz jurídica para mayor seguridad de la sociedad” (p.40).

La tensión entre el principio de oportunidad y el principio de legalidad se encuentra como un carácter definitorio del primero, pues la regla general es la obligación de persecución penal por parte de la fiscalía, entonces el principio de oportunidad se convierte en la excepción a dicha regla, generando inseguridad jurídica. Pero hay que tener en cuenta que de la manera como se adoptó el principio de oportunidad en el ordenamiento colombiano es de forma reglada, es decir que las causales por las cuales el fiscal puede solicitar su aplicación al juez están taxativamente establecidas por la ley penal, por tal razón, la tensión entre los dos principios está menguada.

Sin embargo, como refiere Rodríguez (2004), la taxatividad de las causales de aplicación del principio de oportunidad no implica que no sea contradictorio al principio de legalidad teniendo en cuenta que para aplicar una causal el fiscal está llamado a interpretarla y en este sentido subsiste un grado de discrecionalidad, y con esto no desaparece la tensión entre dichos principios (p.57).

Al respecto hay que tener también en cuenta lo afirmado por Bernal & Montealegre (2013), “No se trata sólo de la introducción de una figura exótica para la tradición jurídica continental europea sino también de la redefinición de ideas liberales propias del proceso penal, como el principio de legalidad” (p.491). Se puede interpretar entonces que la tensión establecida entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad obedece a la consecuencia en el cambio de las ideas propias del proceso penal; por supuesto, un cambio en el paradigma del proceso penal debe tener impacto frente a los presupuestos anteriores, en este caso la tensión entre ambos principios.

Por otro lado, los fundamentos que propugnaron por la inclusión de dicho principio en el ordenamiento jurídico en el marco del trámite del Acto Legislativo se

pueden encontrar: a) el principio tenía una aplicación incipiente en el sistema procesal inquisitivo, b) es un principio necesario para el cumplimiento de la celeridad y eficiencia procesal, c) se ha introducido de forma progresiva en otros países (Congreso de la República, 2002, Ponencia para el segundo debate de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara).

La aplicación incipiente del principio de oportunidad a la que se refieren los legisladores tiene que ver con las figuras de preclusión por la existencia de una conciliación, transacción, desistimiento y sentencia anticipada. Estas figuras atienden a algunas exigencias similares al principio de oportunidad en tanto se entienden como beneficios de carácter penal, como por ejemplo la reparación integral de la víctima para la preclusión y el desistimiento, o la colaboración con la justicia frente a la sentencia anticipada, característico del tipo de justicia premial.

La segunda motivación por parte del legislativo resulta de un examen sobre el trasfondo del nuevo sistema de procedimiento penal, pues este parte de la idea que todos los delitos no pueden ser objeto de juzgamiento porque esto genera congestión judicial, que a su vez genera la percepción de una deficiente administración de justicia. Precisamente la congestión judicial es una de las razones que fundamentaron el cambio del sistema procesal, pues el antiguo sistema era deficiente. Así, con el nuevo sistema procesal se establecen prioridades en cuanto a investigación y juzgamiento, atendiendo a la gravedad de las conductas delictivas, las conductas entendidas como menos graves pueden perdonadas por la justicia sin dejar atrás el cumplimiento de algunos requisitos propios de dicho principio como por ejemplo la reparación de la víctima.

De tal forma que, con el sistema procesal penal concentrado en los delitos considerados más graves atendiendo al principio de mínima intervención penal, se disminuye la cantidad de procesos en los despachos judiciales y ayuda a la descongestión judicial, generando una pronta y eficiente administración de justicia. De conformidad con Gómez (2012) atendiendo al principio de mínima intervención penal, el derecho penal “se manifestará en tendencias reduccionistas, compatibles con el principio del Orden Internacional Público de los Derechos Humanos conocido como *pro homine* (...)” (p.23).

La introducción progresiva del principio de oportunidad en otros países como fundamento para su inclusión en el ordenamiento jurídico colombiano no puede entenderse como razón suficiente, pues para el importe y aplicación de figuras jurídicas debe responder al estudio de los problemas específicos del ordenamiento colombiano y no simplemente a un capricho del legislador, es decir, fundamentado en razones político criminales; sin embargo, el análisis del comportamiento del principio de oportunidad en otros países puede servir como guía para su posterior aplicación.

Respecto del estudio político criminal necesario para la implementación de una figura jurídico-procesal tan importante como es el principio de oportunidad, Salas (2012) afirma lo siguiente:

La suma de una verdadera política criminal, - fruto de investigaciones políticas, sociales, antropológicas, sociológicas y jurídicas -, dio como resultado el acercamiento a una realidad social que reconoce en el instituto del Principio de Oportunidad una forma adecuada, eficaz y jurídica para resolver las transgresiones mínimas a la ley penal gracias a la conciliación, o para combatir los delitos considerados de mayor impacto, mediante los beneficios por colaboración. (p.35)

Cómo se afirmó líneas atrás, el derecho cuenta ahora con la característica de ser una disciplina multidisciplinaria, en este sentido debe apoyarse en otras áreas del conocimiento para cumplir efectivamente su cometido de justicia. Es por esto que se hacen necesarios los estudios pertinentes desde otros campos como la sociología y la antropología para dar pie a la implementación del principio de oportunidad.

Ahora bien, observando las primeras dos razones tenidas en cuenta por el legislador, ya justificadas para incluir dicho principio al ordenamiento, debe sumarse un estudio juicioso sobre la aplicación del principio de oportunidad en otros países, teniendo en cuenta los factores que la originaron para tener un resultado positivo con la introducción progresiva de dicho principio en la justicia penal colombiana.

Entonces, la consecuencia derivada de la introducción del principio de oportunidad en el ordenamiento es una justicia más efectiva, en tanto se le imprime celeridad a los delitos considerados más graves y se renuncia a la acción penal en delitos de menor cuantía. Es por esto que afirma Bazzani (2006):

La efectividad del sistema se mide entonces, no por los casos en los que la fiscalía vence al acusado en juicio, sino por el número de condenas frente al número de hechos punibles en los que se ha comprobado su ocurrencia, independientemente de que la forma de llegar a ellas haya sido mediante un juicio contradictorio o mediante una sentencia anticipada (p.28)

De tal forma, con la renuncia de la acción penal por parte de la Fiscalía en los casos más simples, deja la puerta abierta al juzgamiento más efectivo de los casos más complejos y a la vez que se descongestionan los despachos judiciales haciendo el trámite procesal penal más rápido y eficiente.

Por otro lado, el principio de oportunidad ha sido desarrollado legalmente a partir del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 1312 de 2009, estableciendo las causales para su aplicación. De conformidad con Espitia (2011) las causales establecidas por el Código se pueden agrupar en siete grupos: 1) en los delitos de bagatela, es decir sobre delitos donde la lesión es mínima en los cuales la Fiscalía opta por no tener un desgaste institucional que puede centrar en otros delitos considerados más importantes; 2) por prevalencia de bienes jurídicos, en cuanto se prevé que la investigación genera un mayor riesgo que de no hacerla; 3) en conductas de autolesión, cuando quien actúa como sujeto activo de la conducta recibe daños que no guardan proporción con el bien jurídico que se iba a vulnerar; 4) como beneficio por colaboración con la justicia; 5) en el marco de la justicia restaurativa en tanto se asegure la reparación de la víctima; 6) por colaboración con el exterior, y 7) por criterio de conveniencia del Fiscal General de la Nación en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis años (p.422-435).

A partir de lo anterior se puede afirmar que la aplicación del principio de oportunidad tiene un margen amplio desde la perspectiva de las causales establecidas en el Código de Procedimiento Penal. Además, se torna como aspecto fundamental para su aplicación los derechos de las víctimas puesto que no tenerlos en cuenta apuntaría a la desviación de la naturaleza procesal del principio de oportunidad.

Al respecto, la Corte Constitucional afirma que el Código de Procedimiento Penal es protector de los derechos de las víctimas en relación con la aplicación del principio de oportunidad de acuerdo con los artículos 11, 136, 137 y 328 (Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2007); entre estos, el artículo 328 es el más específico al respecto al



señalar que “en la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas” (Ley 906 de 2004, art. 328).

## CAPÍTULO II

### **La fuerza pública frente al principio de oportunidad**

El principio de oportunidad se introdujo al ordenamiento jurídico colombiano en la Constitución Política mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 lo cual le otorga el carácter de principio constitucional, para su correcta aplicación debe tener un desarrollo legislativo contentivo de las causales para establecer en qué momentos puede dársele aplicación al principio teniendo en cuenta su característica reglada y no discrecional.

De tal forma, el principio de oportunidad ha tenido su primer desarrollo legislativo en la justicia ordinaria al momento de la implementación del nuevo sistema penal acusatorio con la Ley 906 de 2004. A su vez, haciendo referencia a la jurisdicción militar, el principio no fue desarrollado por la Ley 1407 de 2010 con la que se implementó el sistema penal acusatorio, haciendo creer el legislativo que el principio de oportunidad no tendría aplicación en la justicia especial militar.

### **corresponsabilidad y sus efectos en la aplicación del principio de oportunidad en los miembros de la fuerza pública.**

Para un análisis sobre la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar se considera necesario el estudio de las características de dicho principio teniendo en cuenta que ya se hizo la observación de los fines que llevaron a su adopción. Por una parte, Bernal y Montealegre (2013) afirman la existencia de dos características generales: i) que está informado por el derecho penal material en relación con los conceptos e instituciones establecidos; y ii) su aplicación exige un estudio riguroso desde el principio de proporcionalidad con el fin de una adecuada protección de los derechos fundamentales (p.526-528).

La primera de estas características hace referencia al derecho procesal como instrumento para desarrollar los presupuestos establecidos en el derecho penal material, en este sentido, es necesaria la remisión de las normas procesales a las materiales en relación con los conceptos e instituciones necesarios para el mismo desarrollo procesal.

En cuanto a la segunda característica se habla del principio de proporcionalidad como presupuesto para la aplicación del principio de oportunidad. Los autores establecen el primero como una “prohibición al exceso” (Bernal & Montealegre, 2013, p.528), en este sentido, la norma penal encuentra como límite los derechos fundamentales, sin embargo estos al no ser absolutos se pueden restringir. De esta manera, la cuestión en la aplicación del principio de proporcionalidad como presupuesto de aplicación para el principio de oportunidad se centra en ponderar los derechos o valores en conflicto con miras a la efectiva protección de los derechos fundamentales.

Por otro lado, Daza (2010) plantea otras características del principio de oportunidad: i) que es una figura de aplicación excepcional; ii) cuenta con unas causales de aplicación; iii) es desarrollado en el marco de política criminal; y iv) cuenta con un control de legalidad (pp.36-44).

El principio de oportunidad se comporta como una excepción a la regla general de persecución penal por parte del Estado atendiendo a las causales establecidas por el legislador. Entonces, el desarrollo normal ante el conocimiento de la noticia criminal es precisamente la investigación de los hechos y el juzgamiento de los posibles autores de la conducta delictiva; ahora, con la aplicación del principio de oportunidad si bien debe presidir la investigación con el fin de constatar los hechos, los posibles autores de la

conducta no llegan a la etapa final del proceso penal, es decir la audiencia de juicio y la posterior sentencia, sino que el proceso penal termina de manera anormal.

Como resultado de la introducción del principio de oportunidad reglado en el ordenamiento jurídico colombiano, en oposición a la forma discrecional, se establecieron ciertas condiciones para su aplicación. En este sentido, ni el fiscal ni el juez están facultados para aplicar el principio de oportunidad por fuera de las causales establecidas por el legislador, sin embargo el fiscal tiene un margen mínimo de interpretación sobre dichas causales.

Por otro lado, la introducción del principio de oportunidad al ordenamiento jurídico colombiano obedece al concepto de política criminal, es decir que hace parte del conjunto de respuestas del Estado para hacerle frente a toda conducta que en el marco de la criminalidad se pueda considerar reprochable. Como respuesta a la problemática de congestión judicial y en atención a los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de oportunidad se constituye como un factor para la terminación anormal del proceso penal.

De conformidad con Daza (2010) la cuarta y última característica del principio de oportunidad es el control de legalidad “como un intento de prevenir que la discrecionalidad judicial degenerara en arbitrariedad y de impedir la vulneración de derechos fundamentales” (p.43). De tal forma, el juez en ejercicio del control de legalidad debe constatar que la causal adoptada por el fiscal se adecúe plenamente al caso concreto, y su aplicación debe regirse por el respeto de los derechos fundamentales, especialmente de las víctimas.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo estudiado en el capítulo primero, además de las anteriores clasificaciones de las características del principio de oportunidad, se hace necesario desvelar si esta figura se puede aplicar en el ordenamiento jurídico militar y cuáles serían las consecuencias derivadas de su aplicación.

Si bien la justicia ordinaria debe diferenciarse de la justicia penal militar en varios aspectos como presupuesto para justificar la existencia de esta última, se ha dicho que uno de estos puntos diferenciales está en la existencia de las finalidades perseguidas por la fuerza pública, contempladas en la Constitución y la Ley, que son consideradas como especiales y específicas, teniendo en cuenta el manejo de la fuerza que le es otorgado.

En virtud de lo anterior, se considera por algunos autores que una característica de la justicia penal militar debe ser un tratamiento más rígido respecto de la justicia penal ordinaria. Así por ejemplo, Ferro (2005) hace referencia a que “las pretensiones perseguidas inspiran un tratamiento más drástico de las conductas que caen bajo su imperio” (p.39). En el mismo sentido, Bustos & Bucheli (2011) afirman que:

En el caso de la justicia penal militar, las necesidades de esta sociedad, a la que el profesional enlistado en la fuerza pública se comprometió a servir, no permite debatir la pertinencia de una concesión abolicionista, en la medida en que realmente los factores de deterioro en las relaciones ciudadanas, que conllevan a la perpetuación del delito, en muchas ocasiones se sustentan en la falta de oportunidades sociales, consecuencia de la violencia de grupos armados, que deben ser contrarrestados por una fuerza pública eficaz y efectiva, representando el buen servicio. (p.94)

Entonces las autoras se refieren a la negativa sobre la aplicación del presupuesto de un derecho penal mínimo reflejado en la tendencia abolicionista respecto de la justicia penal militar, introduciendo a la idea un sustento sociológico en cuanto aborda la problemática de los grupos armados ilegales y el deber funcional en cabeza de la fuerza pública de combatir este tipo de grupos.

De tal forma, la responsabilidad que adquieren los miembros de la fuerza pública desde la Constitución Política y la ley no es comparable con los deberes ciudadanos, a fin de que, cuando estos son transgredidos, no se pueden aplicar las mismas figuras, o similares, de tendencia abolicionista, aun teniendo en cuenta el principio de mínima intervención, puesto que existe una necesidad superior en relación con el acatamiento y sanción de la norma penal militar, es decir, los deberes funcionales especiales de los miembros de la fuerza pública.

Es así que desde la perspectiva de los autores relacionados anteriormente, no se puede concebir la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar en tanto el carácter especial que la acompaña no es compatible con las prebendas propias de la justicia penal ordinaria contempladas en instituciones como la conciliación, los preacuerdos y la aplicación del principio de oportunidad. Se obedece así a un trato diferencial y en mayor medida estricto teniendo en cuenta el carácter especial de las responsabilidades adquiridas y las funciones desempeñadas por los sujetos que hacen parte de la fuerza pública, que conducen a dejar de lado el principio de mínima intervención, además del establecimiento de sanciones más estrictas.

En este sentido, teniendo en cuenta los bienes jurídicos protegidos desde el derecho penal militar Bustos & Bucheli (2011) afirman:

En aras de su protección y para salvaguardar su importancia, la justicia penal militar ha definido que la pena es necesaria y efectiva para los fines de prevención precisamente porque la sustancia y naturaleza del delito militar así lo impone; ello no expresa deshumanización del derecho penal en procura de la institucionalidad sino por el contrario expone el carácter impositivo que la Constitución Nacional hace en el cumplimiento funcional. (p.97)

De esta manera, acudiendo especialmente a los fines preventivos de la pena, prevención general y prevención especial, se sustenta también la exclusión del principio de oportunidad en la justicia penal militar imponiendo una justicia ejemplar y sin beneficios.

Se acude entonces a la prevención general tipificando en los delitos de función penas altas que tienen como resultado la coacción de las personas que integran las instituciones de la fuerza pública, con el fin de prevenir la comisión del delito; de igual forma se acude a la prevención especial, en el caso concreto, como una pena ejemplarizante con el fin de que el sujeto que cometió la conducta desviada no vuelva a cometer esta u otra conducta contraria a los deberes funcionales.

Más adelante continúan las autoras señalando que los beneficios procesales y el principio de oportunidad no tienen cabida en el ordenamiento jurídico militar, siempre en razón a su especialidad. Para tal fin, citan la Sentencia C-709 de 2002 en la cual se afirmó:

(...) La institución castrense se encuentra estructurada jerárquicamente y, tiene como soporte inmodificable e insustituible de la vida militar aspectos como la disciplina, el servicio y el honor, entendidos, como condiciones esenciales de toda

fuerza militar que le permiten actuar como garante para la defensa de las instituciones. Estas condiciones han sido reprimidas por la ley como delitos, es así, como el Código Penal Militar consagra como hechos punibles, la insubordinación, la desobediencia en sus distintas modalidades, los ataques o amenazas a superiores e inferiores, el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, la desertión, el delito de centinela, la inutilización voluntaria, la cobardía, entre otros. Respecto de los delitos citados, consideró el legislador que dada su condición de elemento esencial sobre la cual se estructura toda institución castrense y, bajo la consideración de que trata de tipos penales que se encuentran directamente relacionados con las funciones propias de los miembros de fuerza pública, gozaran de una especial protección al bien jurídico tutelado, negando “con un propósito disuasivo” y merced a la importancia del bien jurídico protegido” la procedencia del beneficio de la condena de ejecución condicional (...). (pp. 111-112)

Es de resaltar que este argumento de la Corte Constitucional es anterior a la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 y las leyes posteriores que implementaron el sistema acusatorio. En este sentido, lo que se quiere afirmar es que el argumento citado por las autoras, en referencia a las consideraciones del legislador para no otorgar beneficios como la ejecución condicional de la sentencia no sustenta la idea de excluir la aplicación del principio de oportunidad en tanto que la sentencia citada es anterior a la reforma constitucional mediante la cual se incorporaron al ordenamiento colombiano los presupuestos constitucionales contentivos del nuevo sistema de procedimiento penal aplicable y desarrollado con posterioridad por otras leyes con la expedición de nuevos códigos de procedimiento penal. Entonces, el argumento en que se basan las autoras trata



específicamente de la Ley 522 de 1999, el antiguo Código Penal Militar, con el cual se aplicaba el sistema inquisitivo.

Por otro lado, se afirma sobre el delito militar como desviación de la conducta de los miembros de la fuerza pública que deben tener un trato estricto sin opción a beneficios porque su aplicación mostraría debilidad en la justicia penal militar. Este tipo de afirmaciones no distingue la clasificación que existe de los delitos en razón a la mayor o menor vulneración del bien jurídico protegido, es decir, la existencia de delitos considerados muy graves, graves y leves. De tal forma que las penas impuestas a estos delitos pueden no cumplir con el principio de proporcionalidad, en tanto se busca establecer penas altas que surtan la coacción necesaria para evitar la comisión del delito, pues de conformidad con el pensamiento de las autoras citadas, todas las conductas tipificadas como delitos militares son consideradas como igualmente graves tanto en la conducta como en la afectación del bien jurídico tutelado.

Así mismo, desde el punto de vista de las autoras citadas se trata la posible aplicación de beneficios penales en la justicia penal militar como la degeneración de esta última desde un punto de vista aristotélico, cayendo en una aplicación negativa de la ley penal y de la pena en tanto sugieren que no se cumplen los fines propuestos.

Ahora bien, para el estudio sobre la aplicación del principio de oportunidad en el sistema normativo penal militar se partirá del análisis de las características específicas de la justicia penal militar a partir de la Constitución Política, los presupuestos del sistema acusatorio y algunas consideraciones desde la Ley 906 de 2004, y la Ley 1407 de 2010 que implementó el sistema acusatorio en la justicia penal militar y su relación con el

principio de oportunidad para posteriormente establecer las consecuencias de su aplicación.

En este sentido, debe partirse de la premisa que el sistema acusatorio difiere en su esencia frente al sistema inquisitivo, entre las diferencias que se pueden suscitar entre ambos se encuentran los fines de eficiencia que surgen ante la problemática de congestión judicial, que comprende en el fondo el desarrollo de un conjunto de principios, como el principio de intervención mínima, el principio de celeridad, el principio de necesidad, el principio de proporcionalidad y por supuesto el principio de oportunidad.

La Corte constitucional en relación con la estructura y funcionamiento de la justicia penal militar se ha manifestado de la siguiente manera:

La Corte se ha pronunciado en relación con la estructura y funcionamiento de la justicia penal militar. De allí que se hayan sentado diversas líneas jurisprudenciales en el sentido de que (i) la organización y el funcionamiento de la justicia penal militar necesariamente debe responder a los principios constitucionales que caracterizan la administración de justicia (...). (Sentencia C-928 de 2007)

De lo anterior se puede deducir, que el legislativo no puede desconocer los principios constitucionales pre-establecidos al momento del trámite de las normas penales relacionadas con la justicia penal militar. Así, con la introducción de los presupuestos para el desarrollo del sistema acusatorio y el principio de oportunidad en el orden constitucional, lo que debe hacer el legislador es desarrollar tales preceptos. De tal forma

se puede entender que es obligatoria la aplicación del principio de oportunidad en el nuevo sistema penal acusatorio castrense.

Para la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar el legislador debe establecer algunas causales de forma similar como lo hizo en la justicia penal ordinaria en atención a que se habla de un principio reglado, que implica la reducción en la facultad discrecional de quienes dirigen las etapas procesales. Sin embargo, en relación con la justicia ordinaria y de conformidad con Bernal & Montealegre (2013), la aplicación del principio de oportunidad por medio de causales debe estar restringida, como por ejemplo quién está facultado para aplicarlo, o en cuales delitos se puede aplicar (pp. 532-533).

El segundo punto de análisis, es la premisa de que la aplicación del principio de oportunidad obedece a un fundamento político criminal, aspecto que tiene relación con las razones que fundamentan la introducción al ordenamiento jurídico del principio de oportunidad por el órgano legislativo.

De conformidad con Bernal & Montealegre (2013) “las normas de derecho procesal penal también forman parte del diseño de la política criminal del Estado” (p.537). Como ya se afirmó, entre las razones que dieron lugar a la introducción de dicho principio en el ordenamiento jurídico constitucional se encuentra la problemática jurídico-social de congestión judicial, la cual tiene repercusión en el desarrollo procesal en cuanto lo hace más lento y menos eficiente.

El principio de oportunidad entonces se desarrolla como un instrumento de descongestión, que basado en justicia restaurativa busca la reparación del daño causado por la transgresión del bien jurídico protegido sin la necesidad de un desgaste

institucional en razón al cumplimiento estricto de la cláusula general de persecución penal.

Como es una medida de descongestión, su aplicación no se establece para todo tipo de delitos, así, como regla general del principio de oportunidad es que su aplicación se debe dar frente a los delitos considerados menos gravosos o menos lesivos del bien jurídico tutelado. Por tal motivo, en la legislación ordinaria se ha establecido para los delitos que tienen hasta seis años de prisión.

Al establecer las causales sobre los delitos menos lesivos para la aplicación del principio de oportunidad, la persecución penal puede concentrarse en los delitos de mayor gravedad a la vez que descongestiona los despachos judiciales imprimiendo celeridad al proceso penal militar.

De conformidad con la Corte Constitucional, el principio penal de mínima intervención significa que “el Estado no está obligado a sancionar todas las conductas antisociales” (Sentencia C-365 de 2012), lo que aplicado a los delitos militares se entendería como conductas anti-funcionales, porque desde el derecho penal son consideradas poco lesivas del bien jurídico tutelado. En este sentido, la aplicación del principio de oportunidad cumple con el principio de mínima intervención en cuanto se evita llegar al juicio aplicando la justicia retributiva, sino que se fundamenta en la justicia restaurativa, esto es, la reparación del daño causado.

De otra parte, el principio de oportunidad se cuenta como una de las formas que hacen parte de las salidas alternas al juicio, como también la conciliación, los preacuerdos y las negociaciones, los cuales cumplen fines de eficiencia del derecho penal como mecanismos que permiten la resolución judicial de un número amplio de casos por

un bajo costo (Daza, 2010, p.52). De tal forma, la justicia penal militar al aplicar el principio de oportunidad sería más eficiente en relación a que los casos menos relevantes se agotarían antes del juicio.

Así mismo, de conformidad con Bazzani (2006) con la aplicación de salidas alternas al juicio, el desgaste del sistema procesal solo estaría dirigido a los casos complejos, y además afirma que:

La efectividad del sistema se mide entonces, no por los casos en que la fiscalía vence al acusado en juicio, sino por el número de condenas frente al número de hechos punibles en los que se ha comprobado su ocurrencia, independientemente de que la forma de llegar haya sido mediante un juicio contradictorio o mediante una sentencia anticipada. (p.28).

Al comprender que la justicia penal es efectiva respecto de los hechos punibles en los que se comprobó su ocurrencia y culminaron con la aplicación de instituciones de salida alterna al juicio se puede considerar que también su eficiencia del sistema evidenciando la mejora en el manejo de los recursos a su disposición para cumplir con los fines del derecho penal. Es decir, que el sistema penal militar sería considerado ineficaz e ineficiente si no acude a las figuras de salida alterna al juicio ante el intento de juzgar todas las conductas.

Otro presupuesto enumerado como característica del principio de oportunidad es su relación con el principio de proporcionalidad, donde este último actúa como principio rector, en este sentido afirman Bernal y Montealegre (2013) que:

Se trata en últimas de la adecuada protección de los derechos fundamentales que el orden jurídico penal tutela, y en esta tarea deben acentuarse

todas las reglas de la ponderación. Para la aplicación del principio de oportunidad, esto significa que los beneficios que en un caso concreto impliquen la renuncia al ejercicio de la acción penal deberán justificar los perjuicios que esta determinación cause para la protección de los derechos fundamentales en el caso concreto. En definitiva, el principio de proporcionalidad constitucional es parte integrante del principio de oportunidad procesal penal. (p.528)

En este sentido se puede afirmar que para cumplir con la correcta aplicación del principio de oportunidad debe realizarse un estudio de proporcionalidad en sentido estricto en relación a los perjuicios que se causen frente a los derechos fundamentales que se busca proteger atendiendo al carácter relativo de estos últimos.

Entonces los derechos fundamentales como parte integrante en la aplicación del principio de oportunidad deben estar plenamente satisfechos por lo menos en su núcleo esencial, es decir, que teniendo en cuenta que los derechos fundamentales no son absolutos, hay una parte de estos que puede ser limitada, pero su sacrificio debe tener proporción con el interés que se quiere proteger.

Cabe la posibilidad que en la justicia penal militar el principio de oportunidad se pueda aplicar de forma similar a lo establecido en la causal 10 establecida en la jurisdicción ordinaria respecto de la infracción del deber funcional:

**Artículo 342. Causales:** El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

10. 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. (Ley 906 de 2004, art. 342, núm. 10).

Del precepto citado se puede afirmar que el principio de oportunidad es aplicado respecto de una infracción al deber funcional cuando se ha surtido una respuesta adecuada a partir de la sanción disciplinaria.

Este precepto puede ser aplicado en la justicia penal militar en relación con los delitos militares considerados menos lesivos del bien jurídico que se busca proteger, de tal forma que a raíz de la aplicación adecuada del derecho disciplinario dentro de la institucionalidad de la fuerza pública, podría evitarse un desgaste en el sistema penal militar y, dicho sea de paso, cumplir con el desarrollo constitucional del principio de oportunidad de conformidad con las exigencias internacionales de administración de justicia.

### **Exclusión directa u omisión legislativa del principio de oportunidad en la fuerza pública**

La ley que implementó el sistema penal acusatorio en la justicia penal militar no contempló la aplicación del principio de oportunidad, máxime cuando este principio fue consagrado en el orden constitucional y además se ha establecido por la Corte Constitucional que la estructura y funcionamiento de la justicia penal militar debe responder a principios constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia C-928 de 2007), es decir, estos deben ser desarrollados en la ley penal militar.

Aunque el principio de oportunidad no se haya contemplado en el cuerpo de la norma sancionada, sí se contempló en su trámite legislativo, por esto se hace necesario acudir a los documentos existentes del trámite que se surtió en el Congreso de la

República para conocer la razón que justificó la exclusión de las disposiciones pertinentes a dicho principio en el cuerpo del Proyecto de Ley 144 de 2005 Cámara, 111 de 2006 Senado.

Hay que partir entonces desde la publicación del Proyecto de Ley en la cual se evidencia la inclusión del principio de oportunidad en el artículo 74, numeral 7 que trata de las formas de extinción de la acción penal y se desarrolla en el Libro III, Título X, Capítulo Único del mismo y se plantea en la misma forma que en la Ley 906 de 2004 (Gaceta del Congreso 660 de 2005).

En el Proyecto de Ley se querían aprobar cinco causales de aplicación del principio de oportunidad descritas de la siguiente manera:

Artículo 478. *Causales*. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. 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.
2. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
3. Cuando en los 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 residuo y aleatorio beneficio.



4. Cuando el juicio de reproche sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

5. Cuando se afecten mínimamente derechos colectivos, siempre y cuando se le dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse. (Gaceta del Congreso 660 de 2005)

Son reducidas las causales que se querían implementar, pero teniendo en cuenta la especialidad de las conductas a que se hace referencia en el Proyecto de Ley, la aplicación del principio de oportunidad no debe tener tan amplio espectro; así por ejemplo, el legislador no optó por la aplicación del principio de oportunidad teniendo en cuenta el máximo de la pena privativa de la libertad, como sí se estableció en la justicia ordinaria en delitos que no excedan en su máximo de seis años.

Tampoco se considera la posibilidad de colaboración con la justicia al tenor del artículo 324, numeral 5 del Código de Procedimiento Penal, pues teniendo en cuenta que se trata de delitos militares, es decir aquellos que están relacionados con el servicio y que surgen como una desviación de este, el miembro de la fuerza pública no está predispuesto en el actuar criminal, así no supondría la coautoría o situaciones similares en las cuales se predique la necesidad de colaboración con la justicia y desarticulación de bandas o delincuencia organizada.

Es importante señalar que en la causal número cinco del Proyecto se establece la afectación mínima como condición necesaria para la aplicación del principio de oportunidad, además de la necesidad de reparación integral, que es consecuente con lo desarrollado por la Constitución y la Ley 906 de 2004 en relación con los delitos que se

consideran menos lesivos y la reparación de las víctimas. Así mismo se incluyó el control judicial por el Juez Penal Militar de Control de Garantías.

En la exposición de motivos del proyecto, se afirma respecto del principio de oportunidad que se consagra la figura según las reglas establecidas para su desarrollo legislativo, estableciendo cinco causales que se consideran suficientes atendiendo a la especialidad de la justicia penal militar, además de una regla de aplicación al unísono respecto del artículo 250 Constitucional con el Fiscal General de la Nación, pero con la figura del Fiscal General Penal Militar.

Respecto del informe de ponencia para primer debate en Cámara, se refiere al principio de oportunidad al momento de explicar la estructura del nuevo Código Penal Militar, donde además de reafirmar lo señalado en la publicación del proyecto, advierte que la manera como se abordó el control judicial está conforme a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-979 de 2005 (Gaceta del congreso 882 de 2005, p. 9).

En dicha sentencia la Corte Constitucional resuelve la demanda sobre el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal que se refiere al control judicial del principio de oportunidad en la justicia penal ordinaria en la que se preveía solamente en los casos que se renuncia a la acción penal, olvidando los demás supuestos aplicables como la interrupción o la suspensión comprendidos en el artículo 250 constitucional, por esta razón se declara inconstitucional la expresión “siempre que con esta se extinga la acción penal (Sentencia C-979-2005).

De esta manera el proyecto para el nuevo Código Penal Militar se adecuó a las exigencias constitucionales respecto de la aplicación del principio de oportunidad, y de forma específica sobre del control judicial respectivo aprovechando los antecedentes de la normatividad ordinaria.

La negativa para incorporar el principio de oportunidad quedó registrada en el informe de ponencia para primer debate en el Senado al momento de explicar la estructura que tendría el nuevo Código Penal militar afirmando que “Este título es eliminado pues se considera que la figura no es de aplicación en el proceso penal militar como se explica en el pliego de modificaciones que se anexa a este informe” (Gaceta del Congreso 624 de 2006, p.9).

Las razones expuestas en el pliego de modificaciones para eliminar el principio de oportunidad en el Proyecto de Ley son las siguientes:

El inciso primero del artículo 250 de la constitución señala que serán exceptuados de la persecución penal por parte de la Fiscalía General de la Nación los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Esta exclusión del ejercicio de la acción penal implica que al miembro de la Fuerza que cometa un delito en servicio activo, siempre que este tenga relación con el mismo, no puede aplicársele el principio de oportunidad porque ya no es delegado del Fiscal General de la Nación el funcionario encargado de adelantar y culminar el proceso sino el Fiscal Penal Militar. Entonces, el miembro de la Fuerza Pública aforado no entra ya dentro del ámbito de la persecución penal de la Fiscalía General de la Nación sino del funcionario competente señalado en la ley, el cual no está habilitado para la aplicación del principio de oportunidad, porque, se insiste en

esto, solo quien ostente la calidad de fiscal tal como lo dejó establecido el constituyente derivado en el artículo en comento. En otras palabras, al aforado no le aplica el principio de oportunidad porque no está en el ámbito de acción de la Fiscalía General de la Nación único ente facultado para hacerlo. Pero esto no significa que todos los miembros de la fuerza Pública por el simple hecho de serlo queden al margen del principio de oportunidad. Tiene que cumplir con el requisito de servicio activo y con la relación del servicio, de lo contrario quedan dentro del ámbito de la jurisdicción penal ordinaria y por lo tanto con la posibilidad de la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal en la aplicación de dicho principio.

Recapitulando, el artículo 250 de la Constitución habla de la justicia penal ordinaria y del ente encargado de ejercerla, estableciendo que si bien la acción penal es la regla puede darse el caso de la aplicación del principio de oportunidad del cual estarían excluidos los aforados pertenecientes a la Fuerza Pública que cumplen ciertos requisitos, por no estar cobijados por el accionar de la Fiscalía General de la Nación, ente que en forma exclusiva, por mandato del mismo constituyente derivado, puede dar aplicación a dicho principio. (Gaceta del Congreso 624 de 2006, p.12)

De esta manera se puede afirmar que el legislativo acude a cinco argumentos para sustentar la exclusión del principio de oportunidad en la nueva legislación penal militar, eliminando así toda referencia posible a este principio en el Proyecto de Ley:

En el primer argumento se acude a la distinción entre la justicia penal ordinaria y justicia penal militar respecto de su ubicación, de tal forma se afirma que la primera está

dentro de la rama judicial del poder público, mientras que la segunda hace parte de la rama ejecutiva, por tal razón estas instituciones no tienen conexidad desde un punto de vista orgánico.

El segundo argumento surge de conformidad con lo preceptuado en el artículo 250 de la Constitución Política respecto de la facultad para la aplicación del principio de oportunidad que está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, entidad que forma parte de la justicia ordinaria y por ende de la Rama Judicial del poder público.

En el tercer argumento se afirma que de igual manera el texto constitucional en referencia exceptúa los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y con ocasión del mismo en relación con la obligación de persecución penal y la facultad de aplicación del principio de oportunidad de la Fiscalía General de la Nación.

El cuarto argumento afirma que la Fiscalía General de la Nación no cuenta con delegados en la Fiscalía Penal Militar, lo que supone la imposibilidad de aplicación del principio de oportunidad por parte de los fiscales militares teniendo en cuenta que la introducción del principio de oportunidad en el orden constitucional obedece a una función de la Fiscalía General de la Nación.

Finalmente, el quinto argumento establece que la imposibilidad de aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar no implica que tal disposición cobije a todos los miembros de la fuerza pública en el entendido que dicho principio sí es aplicable a los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública cuando no se cumplen los elementos del fuero militar, es decir, cuando los casos pasan a ser de competencia de la justicia ordinaria.

Algo que se omitió en los argumentos esgrimidos por el órgano legislativo es que si bien no existe conexidad entre la Fiscalía General de la Nación y la Fiscalía General Penal Militar desde el punto de vista orgánico, es decir, que no se encuentran en un mismo esquema jerárquico, si tienen una relación funcional de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2002, pues son órganos que administran justicia. En este sentido, a partir de un ejercicio de interpretación exegético de la norma superior, se puede afirmar que la Fiscalía General Penal Militar como órgano titular de la acción penal, también tendría competencia para aplicar el principio de oportunidad en la justicia penal militar.

Entonces, se puede afirmar que las normas referentes a la administración de justicia no se pueden interpretar de manera independiente, pues al tener relación unas con otras la interpretación debe abarcar todas las disposiciones que la componen. Así, se considera que el órgano legislativo erró en la interpretación del artículo 250 constitucional respecto de la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar, obedeciendo así a la sola interpretación del artículo en mención, olvidando otros preceptos que lo complementan.

### CAPÍTULO III

#### **El principio de oportunidad en la ley 1765 de 2015**

Posteriormente a la expedición de la Ley 1407 de 2010 en la cual se eliminó las disposiciones referentes a la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar, se surtió otro Proyecto de Ley como un nuevo intento de incorporar su aplicación el cual se logró con la expedición de la Ley 1765 de 2015.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente capítulo se profundizará en el análisis político criminal, teniendo como referente el principio de oportunidad en la justicia penal militar, posteriormente se hará un análisis del trámite legislativo de la ley en comento con el fin de indagar sobre los nuevos argumentos para sustentar la aplicación de dicho principio y finalmente se estudiará la justicia penal premial en relación con sus fines y su aplicación, como un beneficio afín al principio de oportunidad.

#### **análisis político criminal.**

De conformidad con Velásquez (2010) la política criminal se puede entender tanto en sentido amplio como en sentido estricto, entre estas dos definiciones la segunda es la más trascendente para el presente trabajo sin embargo la primera ya se abordó en el capítulo primero, así, la política criminal en sentido estricto es definida por el autor como “la ciencia que estudia como configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad” (p.23).

El establecer la política criminal como una ciencia significa entre otras cosas que es multidisciplinaria, en este sentido, hace uso de otras ciencias como la sociología y la antropología para cumplir su finalidad como es la configuración penal de una forma eficaz para cumplir con la meta de protección social.

De esta manera, en el aspecto procesal del derecho penal se cambió de paradigma al establecer el sistema acusatorio dejando de lado el sistema inquisitivo porque hacía de la justicia penal un proceso que se prolongaba mucho en el tiempo generando como consecuencia una justicia tardía e ineficaz. Por otro lado, el nuevo sistema ha sido caracterizado por ser ágil al establecer además del juicio, otros medios alternos con base en la justicia restaurativa, entre estos el principio de oportunidad.

La política criminal anteriormente definida cumple dos funciones específicas de conformidad con Villanueva (2005), por un lado está la de estudiar el comportamiento de la sociedad a través de la sociología criminal para identificar las conductas delictivas que pueden ser consideradas como de poca monta y cuáles de gran impacto dependiendo de la época, y por otro lado establecer las situaciones en las que es factible incluir beneficios penales (p.169).

La primera de las funciones establecidas por el autor pone de presente la dinámica social y cómo puede esta cambiar de forma drástica con el paso del tiempo, de tal forma que el derecho penal, con base en estudios científicos, debe acomodarse a ese tipo de cambios; mientras que la segunda función se desempeña en el ámbito de las excepciones al principio de legalidad haciendo uso de beneficios penales como el principio de oportunidad.



Por otro lado, de conformidad con Daza (2010) existen tres aspectos necesarios para una política criminal del Estado: i) es un acto político de que surge a raíz de un proceso social de lucha contra la criminalidad, ii) se refleja en decisiones jurídicas que deben estar bien definidas, iii) tiene una fase de implementación (p.249-250).

Respecto del primer aspecto, al considerarse la política criminal como un acto político se debe entender como referente a la esfera de las políticas públicas, una política específica del campo criminal que mediante estudios multidisciplinarios establece cuáles son las problemáticas en el campo criminológico y ponen en conocimiento las posibles soluciones. De forma general, esta misión está en cabeza del Consejo Superior de Política Criminal el cual actúa como órgano asesor de la Presidencia de la República.

El segundo aspecto hace referencia a la necesidad de una buena técnica legislativa en la redacción de la normatividad que desarrolle las soluciones establecidas en la política pública, es decir, que haya claridad en las disposiciones que establece para que sea de fácil comprensión por los operadores jurídicos. En este sentido, como lo afirma Daza (2010) tales disposiciones “deben cumplir un proceso de diseño que incluye la definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, la articulación inteligible de sus componentes, y la programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada” (p.250).

En cuanto a la implementación se debe tener en cuenta que si el órgano legislativo cumple con una buena técnica legislativa, los proyectos que sean objeto de trámite no tendrán problema en su aprobación, además, al desarrollar la política criminal solo puede ser objeto de una demanda por inconstitucionalidad en el evento que sea evidente su contradicción respecto de los derechos, principios y valores de orden constitucional.

De conformidad con Villanueva, la política criminal en Colombia se ha desarrollado de forma dependiente a los gobiernos de turno y no realmente como una política de Estado y al respecto describe el marco general de la política criminal en los gobiernos de Ernesto Samper, Andrés Pastrana y Álvaro Uribe (p. 175-188).

En el gobierno de Ernesto Samper existe una crisis económica y social a partir de la apertura económica impulsada desde el gobierno de César Gaviria que continuó con este mandato en el cual se agudizaron tales problemáticas lo que consecuentemente aumentó los índices de violencia. La respuesta gubernamental se centró en la expedición de normas penales de represión que no dieron resultados positivos, por lo contrario aumentó la crisis del país (Villanueva, 2005, p.176-177). Vargas (2009) describe la política criminal trazada a partir de este gobierno de la siguiente manera:

El expresidente Ernesto Samper Pizano se empeñó en una reforma integral al régimen de punibilidad alegando que las penas eran ridículas, que mientras no se modificara esta situación no se podía controlar el avance de la criminalidad, propugnando por penas más severas y de más difícil rebaja.

Más adelante, el gobierno de Andrés Pastrana propone programas sociales pero no se lograron desarrollar en razón a un amplio déficit económico; como este déficit necesitaba ser cubierto, el Gobierno optó por el endeudamiento y la creación de más impuestos lo cual hace más prominente la crisis heredada, sumado a esto, el fracaso del proceso de paz con la zona de distensión, todo lo cual el gobierno pretendió enfrentar “a través de una legislación penal para la guerra” (Villanueva, 2010, p.178). Por otro lado, cabe destacar que en este gobierno se expidió el Código Penal que rige en la actualidad y que ha tenido gran importancia, sin embargo, como lo señala Velásquez (citado por

Vargas, 2009), “el texto finalmente aprobado no ha sido cuidadosamente pulido y redactado, como lo aconsejaba una buena técnica legislativa, observándose diversas falencias” (p.64).

Teniendo en cuenta lo anterior, Álvaro Uribe inicia su mandato con la gravedad del conflicto armado interno que se hizo más intenso tras el fracaso del proceso de paz del gobierno anterior. Para fraguar este y otros problemas sociales visibles, el gobierno establece la política de seguridad democrática sobre lo cual afirma Uribe (citado por Villanueva, 2005) que “La seguridad es requisito previo e indispensable para la erradicación de la pobreza y la construcción de equidad social” (p.179). Así, la política de seguridad se convierte en el eje central del gobierno, olvidando otros problemas sobre los cuales era importante y necesario afrontar mediante políticas igualmente adecuadas. Al respecto, Villanueva (2005) afirma que:

(...) una política de seguridad nacional que omita hacer frente y superar todos estos escollos de contenido social y económico –distribución de la riqueza-, no podrá garantizar ni interna ni externamente a los inversionistas nacionales y extranjeros, condiciones de seguridad para los proyectos económicos. (p.179)

Como aspecto que cabe resaltar para el presente trabajo, en este mandato se tramitó el Acto Legislativo 03 de 2002 con el cual se introdujo aspectos del sistema penal acusatorio con el fin de desarrollarlos posteriormente con la Ley 906 de 2004 implementando dicho sistema en la justicia ordinaria (Vargas, 2009, p.64).

De lo anterior se puede afirmar, por un lado, que no existe realmente una política criminal de Estado, lo que verdaderamente existe son políticas criminales de gobierno, es

decir, que no hay un manejo uniforme y con proyección de la política criminal sino que son políticas variables, impuestas y desarrolladas por los gobiernos de turno, lo cual ayuda a comprender el fracaso de la política criminal en Colombia.

En este sentido se consideran importantes las observaciones que realizó el Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 85 de 2013 Senado, 210 de 2014 Cámara que dio origen a la Ley 1765 de 2015, en relación con algunas dificultades en la materia.

Primero, el informe señala algunas consideraciones respecto de los aspectos estructurales del proyecto, afirmando que no existe un fundamento empírico que sustente la reforma como por ejemplo estadísticas sobre el funcionamiento (Gaceta del congreso N° 693 de 2014, pp.8-9). Lo anterior se puede considerar una ausencia de la política criminal en la justicia penal militar ante el cambio de sistema judicial, de tal forma se estima que cualquier reforma de esta magnitud debe tener un fundamento que sustente el cambio de las medidas a implementar.

Además, señala el Consejo Superior de Política Judicial, tampoco se hizo un estudio fiscal, es decir, no se sabe a ciencia cierta o al menos una aproximación de los costos de implementación y funcionamiento que dentro del nuevo sistema penal acusatorio tendrán las medidas implementadas en esta nueva ley.

El segundo comentario se centra en el alcance del fuero militar, sobre lo cual afirma el Consejo que el proyecto carece de especificidad sobre la expresión “en relación con el mismo servicio”, en este sentido sugiere unos parámetros para definir dicho alcance que de forma general se pueden resumir en: i) tener en cuenta las normas de

carácter internacional que establecen los delitos que no pueden ser juzgados por la justicia penal militar, ii) tener en cuenta que los delitos militares no pueden ser de competencia de la justicia ordinaria (Gaceta del Congreso N° 693 de 2014, p.9).

El tercer y último comentario realizado por el consejo Superior de Política Criminal considerado importante para el presente estudio hace referencia a la necesidad de una evaluación de impacto de los proyectos de ley en el sistema penal colombiano, que sumado al sustento empírico son considerados estudios previos necesarios para llevar a cabo un proyecto de ley. En este sentido, a partir de un informe del año 2012 reafirma la Comisión:

Se deben adelantar obligatoriamente estudios de impacto fiscal, para evitar que se aprueben normas sin presupuesto, para lo cual contará con el apoyo del Departamento Nacional de Planeación.

(...) además, toda decisión de política criminal debe estar fundamentada empíricamente, de suerte que toda reforma penal, para ser aprobada, debería contar con una clara justificación de su necesidad; (...) igualmente debe evaluarse previamente el potencial impacto de las medidas penales tanto sobre el sistema normativo, como sobre los operadores de justicia y el sistema carcelario (...). (Gaceta del Congreso N° 693 de 2014, p.11)

Con todo lo anterior se puede afirmar que la política criminal en Colombia es muy de bajo nivel, especialmente en el proceso de creación de normas jurídicas y su respectivo trámite. De esta manera, se debería considerar como requisito obligatorio para

el trámite legislativo de normas de carácter criminal atender estos tres estudios previos que le otorgarían a los proyectos un mayor sustento.

Por otro lado, Daza (2010) habla sobre la necesidad de un marco político criminal adecuado al principio de oportunidad (p.253), en este sentido se podría hablar de una política criminal de Estado, con proyección y una finalidad establecida a largo plazo, que sea desarrollado independientemente del gobierno de turno.

Al respecto, el autor en referencia describe ciertos aspectos que pueden entenderse como una guía dirigida a la política criminal en relación al principio de oportunidad. De tal forma, la primera precisión que hace es la necesidad de legitimación de la política criminal (Daza, 2010, p. 254), esto es que la sociedad apruebe y se sienta conforme en relación al manejo de la criminalidad, lo cual en su mayor parte se puede obtener con resultados. En este sentido, si la sociedad percibe la disminución de la criminalidad aprobará la política criminal implementada, pues tal legitimidad no se puede ganar a priori.

Una segunda precisión que estableció el autor en referencia es la posibilidad que el órgano legislativo sea quien fije la política criminal del Estado “con el objeto de garantizar su plena sujeción a la Constitución, su origen democrático y su correspondencia con la realidad social” (Daza, 2010, p.256), evitando así que se realice desde la percepción del presidente de turno.

Se establece una tercera directriz en relación con evitar el aumento de penas o de tipos penales, lo cual, de conformidad con Daza (2010) “constituyen soluciones facilistas y cómodas que agravan el problema antes de aliviarlo” (p.257). Sin embargo, debe

precisarse que el aumento de penas y tipos penales ha obedecido en mayor parte a otro problema de gran interés que es el populismo punitivo, esto es, el aprovechamiento de las noticias sobre hechos delictivos considerados de gran impacto por políticos quienes las usan para hacer campaña proponiendo el aumento de la pena o la creación de un nuevo tipo penal con el fin de ganar votos a su favor. De esta manera, se puede prever que si el órgano legislativo es quien fije la política criminal del Estado, la práctica del populismo punitivo puede acrecentarse.

Como cuarta directriz Daza (2010) afirma que “el contenido cierto de esa política criminal debe definir un criterio suficiente para lograr establecer en un caso concreto, definido en espacio y en tiempo, la necesidad de la pena de acuerdo con principios de proporcionalidad y razonabilidad” (p.258) En este sentido, los principios de proporcionalidad y razonabilidad son eje fundamental para la aplicación del principio de oportunidad.

Como quinta y última directriz señalada por el autor referido, no se debe atender al principio de oportunidad reglado, necesitando de unas causales para su correcta aplicación, sino que debe ser discrecional (Daza, 2010, p.258). En este sentido hay que tener en cuenta que las causales que se establecen para la aplicación del principio de oportunidad cumplen una función de límite ante la discrecionalidad del fiscal, este límite no es absoluto, teniendo en cuenta que en el caso concreto el juez debe adaptar la causal al caso concreto surge la necesidad de interpretación.

### **El principio de oportunidad a partir del trámite**

La Ley 1765 de 2015 cuenta con una importancia sustancial en lo que respecta a la justicia penal militar; entre las consideraciones que tienen más trascendencia se

encuentra el debate sobre la ampliación del fuero militar como respuesta a las consecuencias que puedan derivar del resultado en el actual proceso de paz con la guerrilla de las FARC. Esta ampliación del fuero militar si bien no tiene origen en este Proyecto de Ley, sí lo desarrolla en gran parte al hacer un traslado de alrededor de 170 delitos de la justicia ordinaria a la justicia penal militar, apartando a la justicia ordinaria de su competencia (CCEEU, 2015, p.5-6). Este fue entonces el punto neurálgico de la ley, lo que en mayor medida fue discutido, rezagando en parte el resto del articulado propuesto en el trámite de la ley en relación con su discusión.

No obstante lo anterior, en relación con el principio de oportunidad, de forma general el Proyecto de Ley presentado contiene una estructura similar a la que se realizó para el Proyecto de Ley N° 144 de 2005 Cámara, 111 de 2006 Senado, que terminó sancionada como la Ley 1407 de 2010, pero que fue eliminada en su trámite por las razones que ya se estudiaron; también tiene similitud en relación con el artículo 250 constitucional y el artículo 111 del proyecto (Gaceta del Congreso 710 de 2013, pp.19-20).

De igual forma se pueden encontrar algunas diferencias, por ejemplo en relación con las causales, pues en el trámite de la Ley 1407 de 2010 se tuvo en cuenta cinco causales, mientras que en el presente Proyecto de Ley se aumentaron a ocho causales. Así pues, se adicionó en el numeral 1 del artículo 114 la aplicación del principio en relación con la pena máxima en la misma forma que se estableció para la Ley 906 de 2004, es decir, para delitos en que la pena privativa de la libertad tiene hasta un máximo de seis años (Gaceta del Congreso 710 de 2013, p.19). También se incluyen los numerales 8 y 9 causales que corresponden a las establecidas en los numerales 10 y 12 respectivamente de



la Ley 906 de 2004; y finalmente se incluye en el párrafo 1° una disposición que es similar a la contentiva en el párrafo 3° de la ley en referencia.

Estas similitudes entre la ley ordinaria y la ley especial de justicia penal militar se pueden entender en cuanto la primera ha servido de guía a la segunda, además, en la segunda norma se ha tenido en cuenta las correcciones que ha realizado la Corte Constitucional por medio de las sentencias de constitucionalidad.

En relación con lo establecido en el artículo 111 del nuevo Proyecto de Ley, el párrafo tercero hace referencia a los delitos en los cuales no es aplicable el principio de oportunidad en la etapa de investigación ni en la etapa de juzgamiento (Gaceta del congreso 710 de 2013, p.19).

Finalmente, es de resaltar el papel activo de la víctima en la aplicación del principio de oportunidad al establecer la facultad de controvertir las pruebas que tiene la fiscalía, de igual forma el Ministerio Público, situación que tiene ocurrencia en una audiencia especial (Gaceta del Congreso 993 de 2013, p.7).

Entre los argumentos que fundamentan la aplicación del principio de oportunidad se puede encontrar en el resumen de la audiencia pública la intervención del Capitán de Navío Julián Orduz Peralta, Fiscal ante Juez de Inspección de la Armada, quien hace referencia a la protección efectiva de las víctimas a partir del Proyecto de Ley, y en relación con el principio en comento afirma que en la regulación de las causales establecidas para su aplicación la norma exige la reparación integral de las víctimas (Gaceta del Congreso 644 de 2014,p.17).

La reparación de las víctimas es fundamental para la aplicación del principio de oportunidad, teniendo en cuenta que éste se destaca como una figura de justicia restaurativa la reparación debe hacerse de forma integral. En el Proyecto en análisis, los preceptos así lo indican, pues los derechos de las víctimas son eje fundamental en la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar.

Ahora bien, las discusiones sobre el principio de oportunidad en el trámite de la ley están dadas en tres ocasiones, todas en la Cámara de Representantes así: dos en la Comisión Primera Constitucional y otra en sesión plenaria.

La primera discusión que se generó en la Comisión Primera Constitucional se inició por el Representante Harry Giovanni González García quien apoya la aprobación de los artículos referentes al principio de oportunidad por considerar que este principio además de ser de orden constitucional, es un rasgo característico y fundamental del sistema penal acusatorio, que sin la existencia de este el sistema carecería de sentido (Gaceta del Congreso 96 de 2015, p.17).

Al establecerse el principio de oportunidad en el orden constitucional implica que en el desarrollo de la política criminal el poder legislativo no puede rezagarla teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha establecido el respeto de los principios constitucionales en las leyes que desarrollen en relación a la administración de justicia.

Por otro lado, el principio de oportunidad como institución característica del sistema acusatorio se sustenta en el razonamiento de que no es factible el juzgamiento de todos los autores y todos los delitos, lo que fundamenta la existencia de salidas alternas al juicio que se desarrollan a partir de una concepción de justicia restaurativa.

En respuesta a lo afirmado, la Representante Angélica Lizbeth Lozano Correa fundamenta su oposición a la inclusión del articulado referente al principio de oportunidad en la justicia penal militar desde tres perspectivas. Primero, con base en hechos recientes afirma que es a toda luz inconstitucional, por ejemplo la aplicación del principio de oportunidad en el caso Andrómeda con fundamento en la causal tercera, o en las situaciones donde miembros de la fuerza pública están relacionados con bandas criminales y se aplica la primera causal.

Segundo, considera que se ha hecho una interpretación errada de las decisiones de la Corte Constitucional en cuanto a la aplicación del principio en la justicia penal militar porque se aprecian parcialmente, de esta manera cita a la Corte “la jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del Juez Natural General, por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva” (Gaceta del Congreso N° 96 de 2015, p.20).

Tercero, acude a la posición académica del profesor José Urbano Martínez quien opina que desde una interpretación básica y obvia de la Constitución se puede establecer que en la justicia penal militar siempre ha de regir el principio de legalidad en sentido estricto, lo cual excluye de forma tajante la aplicación del principio de oportunidad (Gaceta del Congreso N° 96 de 2015, p.21).

La posición de la Representante es ampliamente debatible en cada uno de sus fundamentos. Respecto del primer fundamento se acude a suposiciones que nada tienen que ver con la realidad, así por ejemplo si se quiere aplicar el principio de oportunidad en el caso Andrómeda primero se debe establecer el cumplimiento de los elementos del fuero militar, que desde un punto de vista general no se cumplen; segundo, debe existir

un fundamento sobre el cual se establezca cual es el riesgo o amenaza a la seguridad del Estado derivado del ejercicio de la acción penal, más aún, si es mayor o menor el riesgo a partir del ejercicio de la acción penal en el caso concreto.

Sobre el segundo fundamento se puede afirmar que la jurisprudencia también cambia de interpretación con el paso del tiempo y esta no es la excepción, pues se está citando la sentencia C-358 de 1997, tiempo en el cual estaba implementado el sistema inquisitivo. Así mismo, la cita en referencia establece que la interpretación debe ser restrictiva respecto de los elementos del fuero militar, más no sobre la aplicación de principios constitucionales en la jurisdicción penal militar.

Finalmente la Representante acude a otro argumento de autoridad, esta vez desde la academia, pero, sin desmeritar la posición del profesor Urbano, hay que tener en cuenta que las posiciones académicas son variables, es decir que al citar solo la posición del profesor Urbano no se hace referencia a un consenso académico sobre la aplicación del principio de oportunidad.

De otro lado, el Representante Samuel Alejandro Hoyos Mejía afirma estar de acuerdo con el articulado propuesto respecto del principio de oportunidad, pues si se excluyera “sería despojar de la naturaleza al Sistema Penal Acusatorio de alguna manera” (Gaceta del Congreso N° 96 de 2015, p.22).

En otra intervención, la Representante Angélica Lizbeth Lozano Correa expone otro argumento frente a si inconformidad con la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar, sobre lo cual afirma que la Constitución Política incluye el principio de oportunidad como una función específicamente en cabeza de la Fiscalía

General de la Nación, no de algún otro órgano y de esta manera, si se quiere introducir su aplicación a la justicia penal militar debe entonces modificarse la Constitución (Gaceta del Congreso N° 96 de 2015, p.22).

En este sentido, la Representante afirma que el medio idóneo para introducir el principio de oportunidad en la esfera de la justicia penal militar es en primer término por medio de un Acto Legislativo modificadorio de la Constitución y posteriormente sí un desarrollo legislativo al respecto, pues considera que como está estipulado por la norma constitucional no es plausible teniendo en cuenta que solamente se atribuye dicha función a la Fiscalía General de la Nación la cual no tiene competencia sobre los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con los mismos.

En respuesta a este argumento, el Representante Harry Giovanni González García afirma que el artículo 250 constitucional se puede interpretar de diferentes manera, y lo que él interpreta es que “que la jurisdicción penal ordinaria no le aplica a miembros de la fuerza Pública, respecto de los delitos cometidos en servicio activo o en relación con el servicio” (Gaceta del Congreso N° 96 de 2015, p.27).

Por otro lado, en la segunda Acta de Comisión que hace referencia a la discusión sobre el principio de oportunidad, el Representante Carlos Germán Navas Talero interviene en apoyo a la Representante Angélica Lizbeth Lozano Correa apuntando que la introducción del principio de oportunidad en la justicia penal militar es buscar la impunidad, además que el trámite obedece a un Acto Legislativo y no a un Proyecto de Ley ordinaria. Por lo demás, las intervenciones apuntan a continuar el debate con los

mismos argumentos del Acta de Comisión anterior (Gaceta del Congreso N° 295 de 2015, p.22).

Si bien en la sesión en comento no hubo un acuerdo entre los Honorables Representantes a la Cámara en relación con los argumentos presentados, al realizarse la votación sobre los artículos que desarrollan el principio de oportunidad se obtuvo que del total de veinte representantes que votaron, diez y nueve votaron por el sí y uno por el no (Gaceta del Congreso N° 295 de 2015, p.32).

El tercer momento de debate sobre el principio de oportunidad en el trámite legislativo con fecha de 16 de junio de 2015 solo se hacen dos apreciaciones de forma específica. La primera la realiza la Representante Clara Leticia Rojas González afirmando que entre los argumentos constitucionales que hacen posible la implementación del principio de oportunidad en la justicia penal militar se puede encontrar la Sentencia C-387 de 2014.

En la sentencia citada por la Representante es reciente y aborda puntos concretos sobre el principio de oportunidad y su aplicación. Respecto a lo que interesa en este escrito, la Corte Constitucional afirma que este principio “es una *institución nuclear* del sistema penal de tendencia acusatoria” (Sentencia C-387 de 2014), de esta manera se puede afirmar que ante la implementación del sistema acusatorio en la justicia penal militar, es igualmente necesaria la aplicación del principio de oportunidad, pues si este se omite la naturaleza del sistema se distorsiona.

Por otro lado, la Representante Angélica Lisbeth Lozano Correa hace referencia a la inconveniencia de aprobar el numeral 3 del artículo 114 del Proyecto de Ley en los siguientes términos:

Numeral 3 del artículo 114 de las causales para el principio de oportunidad dice:

Cuando el ejercicio de la acción penal implique riesgo o amenaza grave a la seguridad del Estado, por ejemplo Andrómeda, la Comisión Primera rechazó este numeral, la Plenaria lo rechazó y nos lo traen aquí en la conciliación, invitamos a la Cámara a no cometer este error, a no aprobar primero, el principio de oportunidad que es inconstitucional, viola el artículo 250 de la Constitución, y como si fuera poco, de ñapa, vamos a permitir que interceptaciones telefónicas o actos criminales contra el Estado, como el mismo Andrómeda, queden cobijados por este inconstitucional principio, que solo va a garantizar impunidad. (Gaceta del Congreso N° 783 de 2015, p.16).

En este sentido la Honorable Representante continuó insistiendo con para que no sean aprobados los artículos referentes a la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar y especialmente el numeral tres que hace referencia a la aplicación del principio en los casos en que se evidencie riesgo o amenaza grave para la seguridad del Estado.

Finalmente, los artículos del Proyecto de Ley en relación con la aplicación del principio de oportunidad fueron aprobados, incluyendo el numeral 3, y el Proyecto sancionado dando origen a la Ley 1765 de 2015 (Gaceta del Congreso 556 de 2015). Sin

embargo, actualmente cursan demandas de inconstitucionalidad de esta ley en la Corte Constitucional.

### **aplicación del principio de oportunidad.**

A partir de la inclusión del principio de oportunidad en la justicia penal militar por la Ley 1765 de 2015, se establecieron ciertos parámetros para su aplicación contemplados en los artículos 111 a 119. Se observa que la metodología para la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar se asemeja en gran medida a la correspondiente en la justicia ordinaria.

En lo que respecta al artículo 111, se observa que la aplicación del principio de oportunidad debe estar conforme con la política criminal del Estado, esto significa que la aplicación de dicho principio será dinámica, adaptándose a las exigencias de la realidad, lo que resulta trascendental teniendo en cuenta que actualmente se están dando grandes pasos hacia el fin del conflicto armado, que si se llega a lograr tendrá repercusión en la misión y objetivos planteados por la Fuerza Pública implicando cambios hasta en las disposiciones penales que los cobijan.

El artículo 112 se refiere a la obligación de persecución penal a cargo de la Fiscalía General Penal Militar y Policial “excepto por la aplicación del principio de oportunidad” (Ley 1765 de 2015, Art. 112). De esta manera, como se dijo líneas atrás, el principio de oportunidad actúa como una excepción al principio de legalidad contemplada inicialmente para la justicia ordinaria y de forma tardía para la justicia penal militar.



La aplicación del principio de oportunidad definida en el artículo 113 establece tres puntos importantes: primero, quién puede aplicar el principio de oportunidad, estableciendo que es la Fiscalía General Penal Militar la encargada de su aplicación, esto implica que al no establecer la obligación en cabeza del Fiscal General Penal militar, esta figura puede aplicarla cualquier fiscal penal militar siempre que se den las condiciones para tal efecto, sin embargo hay una excepción establecida en el párrafo primero del artículo 114, el cual contempla que para los delitos que tengan pena privativa de la libertad mayor a seis (6) años el principio de oportunidad debe ser aplicado por el Fiscal General Penal Militar o por quien delegue de forma especial para tal efecto.

En el segundo punto la norma establece los momentos procesales en los que cabe aplicar dicho principio: “en la investigación o en el juicio hasta antes de la audiencia de la Corte Marcial” (Ley 1765 de 2015, Art. 113). Esta disposición coincide con lo dispuesto para la justicia ordinaria de conformidad con lo estipulado por el artículo 1 de la Ley 1312 de 2009 que modificó la Ley 906 de 2004.

El tercer punto a saber instituye las formas de aplicación del principio de oportunidad, esto es, la facultad que tiene el Fiscal para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Es un razonamiento errado cuando se entiende que el principio de oportunidad sólo comprende la renuncia a la persecución penal, pues la normativa tanto en la justicia ordinaria como en la justicia penal militar establece que también son facultades del fiscal, en la aplicación del principio de oportunidad, la interrupción y la suspensión de la acción penal.

Respecto de las facultades de interrupción y suspensión Bedoya, Guzmán & Vanegas (2010) afirman que:

Las modalidades de suspensión e interrupción están orientadas básicamente a preparar la renuncia al ejercicio de la acción penal. Por lo tanto, debe establecerse en cada caso la necesidad de acudir a dichas figuras intermedias, sobre todo si se tiene en cuenta sus implicaciones en la duración del trámite. (p.32)

Entonces, el Fiscal debe analizar en el caso concreto la conveniencia en la aplicación de las figuras que la ley deja a su disposición para concretar el principio de oportunidad, lo cual se puede reflejar en tiempo y desgaste procesal tal como se puede observar con la aplicación de lo dispuesto en los artículos 115 y 116 que se refieren a la suspensión del procedimiento a prueba.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 114 se establece además de las causales en las que procede el principio de oportunidad, una condición en el párrafo primero a la que ya se hizo referencia y en el párrafo segundo la prohibición de aplicación del principio de oportunidad para determinados delitos. Así, de forma general se aborda el artículo en comento a partir de la siguiente tabla:

Tabla 1. *Principio de oportunidad en la justicia penal militar*

Ley 1407 de 2010 y Ley 1765 de 2015	Aplica	No aplica	Fundamento
<b>TÍTULO I - DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA.</b>		X	Prohibición expresa del Párrafo 2o, Art. 114 de la Ley 1765 de 2015.
Capítulo I - De la insubordinación.			
<b>Art. 93.</b> Insubordinación.		X	
<b>Art. 95.</b> Insubordinación por exigencia.		X	
Capítulo II - De la desobediencia.			
<b>Art. 96.</b> Desobediencia.		X	
<b>Art. 97.</b> Desobediencia de personal retirado.		X	
<b>Art. 98.</b> Desobediencia de reservistas.		X	

Capítulo III - De los ataques y amenazas a superiores e inferiores.

**Art. 99.** Ataque al superior. X

**Art. 100.** Ataque al inferior. X

**Art. 101.** Amenazas. X

**TÍTULO II - DELITOS CONTRA EL SERVICIO.** X Prohibición expresa del  
Parágrafo 2o, Art. 114 de la Ley  
1765 de 2015.

Capítulo I - Del abandono del comando y del puesto.

**Art. 102.** Abandono del comando. X

**Art. 103.** Abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones. X

**Art. 104.** Abandono de comandos especiales. X

**Art. 105.** Abandono del puesto. X

Capítulo II - Del abandono del servicio.

**Art. 107.** Abandono del servicio. X

**Art. 108.** Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales. X

Capítulo III - De la deserción.

**Art. 109.** Deserción. X

Capítulo IV - Del delito de centinela.

**Art. 112.** Delito de centinela. X

Capítulo V - De la libertad indebida de prisioneros de guerra.

**Art. 114.** Libertad indebida de prisioneros de guerra. X

Capítulo VI - De la omisión en el abastecimiento.

**Art. 115.** Omisión en el abastecimiento. X

**TÍTULO III - DELITOS CONTRA LOS INTERESES DE LA FUERZA PÚBLICA.** X Prohibición expresa del  
Parágrafo 2o, Art. 114 de la Ley  
1765 de 2015.

Capítulo único - De la inutilización voluntaria.

**Art. 116.** Inutilización voluntaria. X

**TÍTULO IV - DELITOS CONTRA EL HONOR.** X Prohibición expresa del  
Parágrafo 2o, Art. 114 de la Ley  
1765 de 2015.

Capítulo I - De la cobardía.

**Art. 117.** Cobardía. X

**Art. 118.** Cobardía en el ejercicio del mando. X

**Art. 119.** Cobardía por omisión. X

Capítulo II - Del comercio con el enemigo.

**Art. 120.** Comercio con el enemigo. X

Capítulo III - De la injuria y la calumnia.

**Art. 121.** Injuria. X

<b>Art. 122.</b> Calumnia.	X	
<b>Art. 123.</b> Injurias y calumnias indirectas.	X	
<b>TÍTULO V - DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA FUERZA PÚBLICA.</b>	X	Prohibición expresa del Parágrafo 2o, Art. 114 de la Ley 1765 de 2015.
Capítulo I - Del ataque al centinela.		
<b>Art. 128.</b> Ataque al centinela.	X	
Capítulo II - De la falsa alarma.		
<b>Art. 129.</b> Falsa alarma.	X	
Capítulo III - De la revelación de secretos.		
<b>Art. 130.</b> Revelación de secretos.	X	
<b>Art. 131.</b> Revelación culposa.	X	
Capítulo IV - Del uso indebido de uniformes e insignias de la Fuerza Pública.		
<b>Art. 132.</b> Uso indebido de uniformes.	X	
Capítulo V - De la fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos.		
<b>Art. 133.</b> Fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos.	X	
Capítulo VI - Del sabotaje.		
<b>134.</b> Sabotaje por destrucción o inutilización.	X	
<b>135.</b> Sabotaje agravado.	X	
Capítulo VII - Otros delitos contra la seguridad de la fuerza pública.		
<b>136.</b> Generación de pánico.	X	
<b>137.</b> Abandono de buque.	X	
<b>138.</b> Abandono de embarcación menor.	X	
<b>139.</b> Interrupción de las condiciones de seguridad.	X	
<b>140.</b> Introducción indebida de materiales inflamables.	X	
<b>141.</b> Avería o inutilización absoluta de buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.	X	
<b>142.</b> Avería o inutilización culposa de buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.	X	
<b>143.</b> Avería o inutilización por otros miembros de la tripulación.	X	
<b>144.</b> Abandono del buque por el comandante.	X	
<b>145.</b> Omisión en naufragio, catástrofe o siniestro.	X	
<b>146.</b> Operación indebida de nave o aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.	X	
<b>147.</b> Cambio de derrotero.	X	
<b>148.</b> Omisión de auxilio.	X	

<b>149.</b> Omisión de inutilizar buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.	<b>X</b>	
<b>150.</b> Abandono indebido de tripulación.	<b>X</b>	
<b>151.</b> Ocultamiento de avería.	<b>X</b>	
<b>152.</b> Abandono de escolta.	<b>X</b>	
<b>153.</b> Inducción en error al comandante.	<b>X</b>	
<b>154.</b> Indicación de dirección diferente.	<b>X</b>	
<b>154 A.</b> Hurto de armas y bienes de defensa. (Adicionado por el <b>Art. 100</b> de la <b>Ley 1765 de 2015</b> )	<b>X</b>	
<b>154 B.</b> Hurto de uso. (Adicionado por el <b>Art. 100</b> de la <b>Ley 1765 de 2015</b> )	<b>X</b>	
<b>TÍTULO VI - DELITOS CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL</b>	<b>X</b>	Prohibición expresa del Parágrafo 2o, Art. 114 de la Ley 1765 de 2015 en referencia a los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario.
Capítulo I - De la devastación.		
<b>Art. 155.</b> Devastación.	<b>X</b>	
Capítulo II - Del saqueo y la requisición.		
<b>Art. 156.</b> Saqueo.	<b>X</b>	
<b>Art. 157.</b> Requisición arbitraria.	<b>X</b>	
<b>Art. 158.</b> Requisición con omisión de formalidades.	<b>X</b>	
<b>Art. 159.</b> Exacción.	<b>X</b>	
<b>Art. 160.</b> Contribuciones ilegales.	<b>X</b>	
<b>TÍTULO VII - DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b>	<b>X</b>	No está contemplado en el parágrafo 2o del art. 114 de la Ley 1765 de 2015; hay que evaluar las causales.
Capítulo I - Del peculado.		
<b>Art. 161.</b> Peculado sobre bienes de dotación.	<b>X</b>	En principio se cumple la causal No 1 establecida en el art. 114 de la Ley 1765 de 2015, excepto cuando el valor supere los 10 salarios mínimos.
<b>Art. 162.</b> Peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos.	<b>X</b>	En principio se cumple la causal No 1 establecida en el art. 114 de la Ley 1765 de 2015.
<b>Art. 163.</b> Peculado por extensión	<b>X</b>	En principio se cumple la causal No 1 establecida en el art. 114 de la Ley 1765 de 2015, excepto cuando el valor supere los 10 salarios mínimos.
Capítulo II - Del tráfico de influencias.		
<b>Art. 164.</b> Tráfico de influencias para obtener ascensos, distinciones, traslados o comisiones.	<b>X</b>	En principio se cumple la causal No 1 establecida en el art. 114 de la Ley 1765 de 2015.

Capítulo III - Del abuso de autoridad.		
<b>Art. 165.</b> Abuso de autoridad especial.	<b>X</b>	En principio se cumple la causal No 1 establecida en el art. 114 de la Ley 1765 de 2015.
Capítulo IV - De la omisión de apoyo.		
<b>Art. 166.</b> De la omisión de apoyo especial.	<b>X</b>	En principio se cumple la causal No 1 establecida en el art. 114 de la Ley 1765 de 2015.
<b>TÍTULO VIII - OTROS DELITOS</b>		
<b>Art. 167.</b> Violación de habitación ajena.	<b>X</b>	En principio se cumple la causal No 1 establecida en el art. 114 de la Ley 1765 de 2015.
<b>Art. 170.</b> Daño en bien ajeno.	<b>X</b>	En principio se cumple la causal No 1 establecida en el art. 114 de la Ley 1765 de 2015.
<b>TÍTULO IX - DELITOS COMUNES</b>		
<b>Art. 171.</b> Delitos comunes. (Código Penal Ordinario - Ley 599 de 2000)	<b>X</b>	Siempre que se cumpla con alguna de las causales establecidas en la Ley 1765 de 2015 con excepción de los delitos contemplados en el libro II, título II, capítulo único: "Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario" y los delitos dolosos cuando la víctima es menor de 18 años.
<b>Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario.</b>	<b>X</b>	Prohibición expresa del Parágrafo 2o, Art. 114 de la Ley 1765 de 2015.
<b>Delitos por conducta dolosa cuando la víctima es menor de 18 años.</b>	<b>X</b>	Prohibición expresa del Parágrafo 2o, Art. 114 de la Ley 1765 de 2015.

---

La ley estableció la prohibición de aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar para determinados delitos sobre los que se considera que la protección del bien jurídico no debe estar sujeta a prerrogativas en razón a su arraigo frente al objeto, la misión y los deberes adquiridos con fundamento en la Constitución Política, en la que se predica además la disciplina como uno de los valores rectores en el

actuar de la Fuerza Pública. Este tema se estudió en el trámite de la ley donde se afirmó que:

Se establece de igual manera una importante excepción frente a la aplicación de este principio, para aquellas investigaciones o acusaciones adelantadas por delitos contra la disciplina, el servicio, los intereses de la Fuerza Pública, la seguridad de la Fuerza Pública y contra el honor, por ser estos bienes jurídicos protegidos por el legislador castrense sobre los que se cimenta la estructura de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y que por ende no admiten suspensión, interrupción o renuncia a la acción penal, extendiéndose la restricción por obvias razones a los delitos contra el derecho internacional humanitario y aquellos cometidos a título de dolo en que la víctima sea menor de 18 años. (Gaceta del Congreso N° 710 de 2013, pp. 31-32)

Es así que el valor de la disciplina que cimenta la estructura de la Fuerza Pública, comprendida por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se entiende por el legislador que no puede ser menguada de ninguna manera, concluyendo que el principio de oportunidad no puede tener cabida en ese tipo de delitos.

De esta manera, conforme a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 114 el principio de oportunidad no es aplicable a la mayoría de los delitos contemplados en el Código Penal Militar. Sobre la mayoría de los delitos a los que se establece la prohibición no hay lugar a confusión, pues en la descripción coincide con el título de la norma, cuestión que no responde de igual forma frente a los delitos contra la población civil. Al respecto, de conformidad con Sanín Betancourt (2003) cuando se habla de

delitos contra el derecho internacional humanitario es necesario incluir en este grupo los delitos contra la población civil descritos en el Título VI:

Cabe señalar que en materia infracciones contra el derecho internacional humanitario, este estatuto especial se limitó a tipificar los “*delitos contra la población civil*” dentro de los cuales consagró los delitos de devastación, saqueo y requisición, requisición arbitraria, requisición con omisión de formalidades, exacción y contribuciones ilegales. En las demás conductas contrarias al derecho internacional humanitario, quedarían sometidos a lo establecido en el Código Penal ordinario. (p.8)

Aunque este razonamiento hace referencia al Código Penal Militar anterior, se observa que en la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, se estableció de igual forma para lo cual el fundamento para incluirlos en la prohibición que hace referencia el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley 1765 de 2015 es el mismo.

Se concluye a partir del análisis realizado y que se muestra en el cuadro que el principio de oportunidad puede ser aplicable a los delitos contemplados en los Títulos VII y VIII, teniendo en cuenta la causal No 1 del artículo 114, independientemente que se pueda aplicar otra causal. Lo anterior teniendo en cuenta que se puede hacer el análisis *a priori* sobre la aplicación de la primera causal que se refiere exclusivamente al máximo de la pena contemplada en el tipo penal, lo cual no sucede con las demás causales sobre las cuales debe existir un análisis *a posteriori*, es decir, con fundamento en los hechos y pruebas existentes dentro del proceso penal.



Así mismo, es importante señalar que en relación a los delitos comunes se establece que la investigación y juzgamiento se hará de conformidad con el Código Penal Militar. De esta manera la aplicación del principio de oportunidad frente a los delitos comunes estará determinada por las leyes 1407 de 2010 y 1765 de 2015, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 114 referente a las causales establecidas para ello y las prohibiciones, especialmente frente a los delitos contra el derecho internacional humanitario y sobre los delitos dolosos en los que la víctima es menor de dieciocho (18) años.

La aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar, al igual que en la justicia ordinaria, no es discrecional, por tal razón se cuenta tanto con las causales establecidas de forma previa por el legislador como con el control judicial posterior. Este último se encuentra descrito en el artículo 117 de la Ley 1765 de 2015, el cual establece que el control es obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial dentro de los cinco días siguientes a la determinación del Fiscal Penal Militar.

Una característica importante del control judicial es la participación de la víctima que además de ser oída, tiene la potestad de controvertir las pruebas que se tuvieron en cuenta por el Fiscal Penal Militar para sustentar la aplicación del principio de oportunidad. Es claro que la víctima debe tener un papel dinámico en la aplicación de este principio, pues se considera parte fundamental desde su origen mismo, estableciendo como condición *sine qua non* la reparación integral de las víctimas.

## **Conclusiones**

En el primer capítulo se hizo un estudio sobre las características generales de la justicia penal militar, abordando de paso los criterios que desarrollan la política criminal y posteriormente el principio de oportunidad, esto como base para un posterior estudio con más profundidad.

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, la fuerza pública hace parte de la rama ejecutiva del poder público y tiene el deber de perseguir los fines funcionales establecidos en la misma, estos cuentan con tal carácter de especialidad que se hace necesario establecer una jurisdicción especial para la investigación y juzgamiento de los delitos que guarden conexidad con los fines y las funciones específicas de cada una de las instituciones que componen la fuerza pública.

La condición fundamental para que los delitos sean de competencia de la justicia penal militar para su investigación y juzgamiento es el cumplimiento de los elementos del fuero militar, considerado este como excepción a la regla general de competencia de la justicia ordinaria. El elemento subjetivo consiste en que la persona que cometa el delito tiene que ser miembro activo de la fuerza pública, sin más, este elemento es el más fácil de constatar y no presta mayor problema al momento de precisar la constitución del fuero. A su vez, el elemento funcional consiste en que al momento de la comisión del delito, el miembro de la fuerza pública haya estado en desarrollo de las funciones que le corresponden y se le han encomendado, además que dicho delito debe tener un nexo de causalidad con el desarrollo de la función encomendada.

La aplicación del fuero también tiene excepciones establecidas tanto por la norma constitucional como por la ley, esto es, que aunque se cumplan los elementos constitutivos del fuero militar este no puede ser aplicado sobre los delitos en los que se considera que si bien existe un nexo, este se rompe con el solo hecho de la comisión por la gravedad del delito.

Entonces, las conductas delictivas que son juzgadas por la justicia penal militar son aquellas que tienen una fuerte relación con las reglas especiales a las que están ceñidos por el hecho de pertenecer a la fuerza pública y el uso especial de la fuerza. Lo anterior dota a la justicia penal militar de un carácter de especialidad respecto de las conductas delictivas que puedan ser desarrolladas por particulares.

De conformidad con la Corte Constitucional la especialidad de la justicia penal militar se sustenta en la naturaleza de los actos y la actividad que regula, el objeto de dicha actividad y el sentido y el alcance de las normas sustanciales y procesales. En este

sentido, el trato diferenciado de la fuerza pública en materia penal está justificado por la especialidad constitucional y legal de las funciones desarrolladas por quienes la componen.

La potestad punitiva de la justicia penal militar no solo versa sobre los delitos típicamente militares, pues también existe la facultad de investigación y juzgamiento de los delitos ordinarios en los que se determine por medio probatorio su conexidad con el desarrollo de las funciones encomendadas.

En relación con las penas establecidas por la justicia penal militar, cuentan con las mismas penas respecto de la justicia ordinaria, es decir, con las penas de prisión y multa como penas principales. Entre las modificaciones derivadas del cambio del sistema procesal, del inquisitivo al acusatorio, las penas establecidas cumplen con una tendencia a la humanización del derecho penal militar, conforme a lo establecido por la normativa internacional, de esta manera por ejemplo la pena máxima de prisión se estableció en 50 años, reduciéndola 10 años respecto de la normatividad anterior, exceptuando los casos de concurso.

Ahora bien, en referencia a la política criminal y los parámetros trazados por la Constitución y la Ley se advirtió que no existe una definición legal, pero la Corte Constitucional sí la define como el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a las conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social. Desde la doctrina se afirma que tales respuestas no son solamente de carácter jurídico, también de carácter social, económico, cultural, etc., aunque finalmente se concreten con la expedición de leyes.

La Constitución Política contiene dos referencias sobre política criminal en los artículos 250 y 251 respectivamente: la primera en cuanto se afirma que el principio de oportunidad se debe regular dentro del marco de la política criminal, y la segunda respecto de la función del Fiscal General de la Nación en relación a su participación en el diseño de la política criminal.

Respecto de los criterios legales establecidos en relación a la política criminal se debe afirmar que estos han estado encaminados a la estructura y funcionamiento de un órgano consultor para el establecimiento de la política criminal del Estado. Este órgano consultor actualmente es el Consejo Superior de Política Criminal y solo recientemente un miembro de la fuerza pública, el Fiscal General Penal Militar, es partícipe de éste órgano, lo cual resulta a todas luces de gran interés.

Para la Corte Constitucional las normas que desarrollan la política criminal son aquellas que definen bienes jurídicos y tipifican delitos, las que establecen un procedimiento de protección de dichos bienes, las que buscan hacer más eficiente la administración de justicia, las que consagran mecanismos de protección y las que señalan los términos de prescripción de la acción penal.

En relación al principio de oportunidad se afirmó que se incluyó al ordenamiento interno mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, el cual introdujo otras disposiciones con el fin de establecer la base del nuevo sistema penal acusatorio.

Por naturaleza, el principio de oportunidad es característico del sistema penal acusatorio y de forma general su aplicación es discrecional, sin embargo, en el ordenamiento colombiano se incluyó de forma restrictiva, es decir, como un principio

reglado. En este sentido, para el desarrollo legal del principio de oportunidad se deben establecer las causales para su aplicación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el principio de oportunidad es definido como una excepción al principio de legalidad, que permite al juez a solicitud del fiscal, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en los casos establecidos en la ley.

Los tres fundamentos para su introducción en el ordenamiento jurídico colombiano fueron los siguientes: la existente aplicación mínima de este principio que ya tenía lugar en el sistema inquisitivo, es necesario para dotar al procedimiento penal de celeridad y eficiencia, y la introducción progresiva en otros países de conformidad con preceptos internacionales.

En el capítulo segundo se realiza un estudio del principio de oportunidad a partir de la Ley 1407 de 2010, analizando por un lado la posible aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar y por otro la exclusión que se hizo de esta figura en el trámite de la ley en comento.

Tras desarrollarse el principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004, quiso el legislador hacer lo mismo en la justicia penal militar mediante el trámite que dio lugar a la Ley 1407 de 2010. En la discusión zanjada se observa que algunos autores refieren que entre las características de la justicia penal militar se encuentra la existencia de una normatividad drástica en razón a los bienes que protege y de esta manera afirman que el principio de oportunidad no se puede aplicar en el sistema penal militar.

Sin embargo existen argumentos a favor de la introducción del principio de oportunidad en la justicia penal militar. El primero de estos está en relación a la

estructura y funcionamiento de la justicia penal militar, que de conformidad con la Corte Constitucional debe responder a principios constitucionales, entre los que se encuentra el principio de oportunidad.

De igual forma, el proceso legislativo para desarrollar el principio de oportunidad en la esfera militar debe ser similar al que determinó la aplicación en el sistema ordinario, es decir que el legislador en función de las características del principio consagrado, debe establecer las causales de aplicación.

Así mismo, teniendo en cuenta el carácter definitorio del sistema penal acusatorio se afirma que su aplicación surge a raíz de los problemas de congestión judicial lo que genera ineficiencia e ineficacia la justicia. De esta manera, el principio de oportunidad como una salida alterna al juicio ayuda a cumplir con las finalidades propias del sistema acusatorio.

El principio de oportunidad cuenta con una característica respecto de su aplicación y es el deber de reparación de las víctimas. En este sentido, el principio de oportunidad hace parte de la justicia restaurativa, apartándose de la represión, como un desarrollo consecuente del derecho penal humanizado.

La exclusión del principio de oportunidad en la Ley 1407 de 2010 tuvo fundamento en un razonamiento de carácter funcional, como se refiere en el trámite del proyecto, la Fiscalía General de la Nación no es competente para conocer sobre los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio y en relación con el mismo. Un razonamiento que se fundamenta en el artículo 250 constitucional, teniendo

en cuenta que es el único artículo constitucional que hace referencia a la aplicación del principio de oportunidad.

En el capítulo tercero se hizo un estudio del principio de oportunidad aplicado a la justicia penal militar a partir de la Ley 1765 de 2015. De tal forma, en principio se profundizó en el concepto de política criminal en conexión con el principio de oportunidad, se analizó el trámite legislativo teniendo en cuenta el debate neurálgico que se generó frente al principio de oportunidad y finalmente se realizó un análisis frente a su aplicación teniendo en cuenta las leyes 1407 de 2010 y 1765 de 2015.

Se hace un estudio más profundo de la política criminal atendiendo a los aspectos que lo caracterizan, de esta manera se establece que la política criminal de Estado es un acto político que surge como respuesta a la lucha contra la criminalidad el cual está reflejado en decisiones de carácter jurídico que posteriormente a su creación son implementadas.

Así mismo se describe de forma general el panorama de la política criminal en los últimos gobiernos, concluyendo que existe una crisis de la política criminal de Estado en razón a que no cuenta con la proyección necesaria, en otras palabras, que la política criminal es dependiente de los gobiernos de turno.

De igual forma, teniendo en cuenta la opinión del Consejo Superior de Política Criminal se afirma que la política criminal en relación con la creación normativa especialmente en el trámite de los proyectos de ley tiene algunos problemas a los que es necesario dar solución a partir de estudios de impacto fiscal, estudios empíricos para su sustento y estudios de impacto.



Respecto del trámite de la Ley 1765 de 2015, se afirmó que la discusión que se generó alrededor de la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar tuvo como eje central la diferencia entre dos posturas sobre la interpretación del artículo 250 constitucional, la primera afirmaba que el principio de oportunidad era inaplicable en tanto dicho artículo lo prohibía al establecer la expresión “se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

La otra interpretación referente a la anterior expresión hace referencia a que la Fiscalía general de la Nación no tiene competencia para juzgar los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo, lo que no significa la exclusión de la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar.

Lo anterior se concretó en la expedición de la Ley 1765 de 2015 con la inclusión del principio de oportunidad en la justicia penal militar. A partir del análisis realizado, se pudo establecer que de los delitos contemplados en el Código Penal Militar la mayoría son excluidos de la aplicación del principio de oportunidad teniendo en cuenta la prohibición expresa del párrafo segundo, artículo 114 de la Ley 1765 frente a los delitos contra la disciplina, el servicio, interés de la Fuerza Pública, la seguridad de la Fuerza Pública, el honor, los delitos contra el derecho internacional humanitario y en los delitos dolosos cuando la víctima es menor de edad.

Desde la perspectiva del legislador, hay una consideración especial frente al valor de la disciplina castrense como cimiento de la estructura de la Fuerza Pública por lo cual el principio de oportunidad no puede ser aplicado en los delitos contra la disciplina, el

servicio, interés de la Fuerza Pública, la seguridad de la Fuerza Pública y el honor. Como se observó en el desarrollo del trabajo, esta no es solo un punto de vista del legislador, también es compartido por la doctrina y fue de hecho parte de la discusión neurálgica sobre la inclusión del principio de oportunidad en la justicia penal militar.

De otro lado, se entiende por supuesto la preocupación evidente ante la prohibición de los delitos contra el derecho internacional humanitario y los delitos a título de dolo en los que la víctima sea menor de edad, de cara a la situación actual en el marco del conflicto armado interno y la inminente preocupación por los derechos de los menores de edad.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el principio de oportunidad en la justicia penal militar no solo es aplicable para los delitos que tengan relación con la disciplina castrense contemplados en la Ley 1407 de 2010, también es aplicable para los delitos comunes contemplados en el Código Penal ordinario, claro está, teniendo en cuenta las disposiciones especiales contenidas en la Ley 1765 de 2015.

## Lista de Referencias

- Bazzani Montoya, D. (2006). *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa.
- Bedoya Sierra, L. F., Guzmán Díaz, C.A. & Vanegas Peña, Cl, P. (2010). *Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación*. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/PrincipiodeOportunidad.pdf>
- Bernal Cuellar, J. & Montealegre Lynett, E. (2013). *El proceso penal. I Fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia, Sexta Edición.
- Bustos Porto, C. & Bucheli Castellanos, Cl. (2011). [Tesis de Maestría] *El principio de oportunidad y delito militar en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Colombia. Congreso de la República. (2002). *Ponencia para segundo debate de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara. Por el cual se modifican los artículos 182, 184, 186, 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política*. Gaceta del Congreso 157 de 10 de mayo de 2002. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2005). *Proyecto de Ley 144 de 2005 Cámara. Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar*. Gaceta del Congreso 660 de 2005. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

- Colombia. Congreso de la República. (2005). *Informe de Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 144 de 2005 Cámara. Por la cual se expide el Código Penal Militar*. Gaceta del Congreso 882 de 2005. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2006). *Informe de Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 144 de 2005 Cámara. Por la cual se expide el Código Penal Militar*. Gaceta del Congreso 112 de 11 de mayo de 2006. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2006). *Informe de Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara. Por la cual se expide el Código Penal Militar*. Gaceta del Congreso 624 de 2006. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2013). *Proyecto de Ley número 85 de 2013 Senado. Por la cual se reestructura la justicia penal militar o policial*. Gaceta del Congreso 710 de 2013. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2013). *Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley número 85 de 2013 Senado. Por la cual se reestructura la justicia penal militar o policial*. Gaceta del Congreso 993 de 2013. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2015). *Acta número 31 de 2014. Gaceta del Congreso 96 de 2015*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2015). *Acta número 42 de 2015. Gaceta del Congreso 295 de 2015*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2015). *Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley número 210 de 2014 Cámara, 85 de 2013 Senado. Gaceta del Congreso 314 de 2015*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

- Colombia. Congreso de la República. (2015). *Acta número 73 de la sesión ordinaria del día martes 16 de junio de 2015. Gaceta del Congreso 783 de 2015*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (1993). *Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*. Diario Oficial No 40.999 de 20 de agosto de 1993.
- Colombia. Congreso de la República. (1999). *Ley 522 de 1999. Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar*. Diario Oficial No 43.665 del 13 de agosto de 1999.
- Colombia. Congreso de la República. (2004). *Ley 888 de 2004. Por la cual se modifica el Decreto 200 de 2003 en lo relacionado con el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria*. Diario Oficial No 45.595.
- Colombia. Congreso de la República. (2004). *Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No 45.658 de 1° de septiembre de 2004.
- Colombia. Congreso de la República. (2010). *Ley 1407 de 2010. Por la cual se expide el Código Penal Militar*. Diario Oficial No 47.804 de 17 de agosto de 2010.
- Colombia. Congreso de la República. (2014). *Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No 49.039.
- Colombia. Congreso de la República. (2015). *Ley 1765 de 2015. Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se reorganiza 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*. Diario Oficial No 49.582 de 23 de julio de 2015.

- Colombia. Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C- 358 de 1997*. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente D-1445.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-646 de 2001*. MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente D-3238.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C- 1054 de 2001*. MP: Eduardo Montealegre Lynnet. Expediente D- 3475.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-178 de 2002*. MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente D-3679.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-457 de 2002*. MP: Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-3803.
- Colombia. Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-228 de 2003*. MP: Alfredo Beltrán Sierra. Expediente D-4261.
- Colombia. Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-879 de 2003*. MP: Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-4634.
- Colombia. Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-737 de 2006*. MP: Rodrigo Escobar Gil. Expedientes D-6162 y D-6163.
- Colombia. Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C-095 de 2007*. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expedientes D-6341 y D-6350.
- Colombia. Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-936 de 2010*. MP: Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8131.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-365 de 2012*. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente D-8798.

- Colombia. Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-387 de 2014*. MP: Jorge Iván Palacio. Expediente D-9997.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal (2015). *Sentencia de 14 de octubre de 2015*. MP: José Luis Barceló Camacho. Radicación N° 37.748.
- Colombia. Presidencia de la República. (2003). *Decreto 200 de 2003. Por el cual se determinan los objetivos y estructura orgánica del Ministerio del Interior y de Justicia y se crean otras disposiciones*. Diario Oficial No 45.086 de 03 de febrero de 2006.
- Coordinación Colombia – Europa – Estados Unidos [CCEEU]. (2015, Feb). *La ampliación del fuero penal militar frente al proceso de paz: siete iniciativas para una misma impunidad*. *Boletín Observando*. 17. pp.1-14. Recuperado de:  
[http://www.coeuropa.org.co/sites/default/files/files/pdf/Ampliacion%20del%20Fuero%20Penal%20Militar\\_Boletin%20Observando%20Nro%2017%20CCEEU\\_0.pdf](http://www.coeuropa.org.co/sites/default/files/files/pdf/Ampliacion%20del%20Fuero%20Penal%20Militar_Boletin%20Observando%20Nro%2017%20CCEEU_0.pdf)
- Daza González, A. (2010). [Trabajo para grado de Doctor en Derecho] *El principio de oportunidad frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Ferro Torres, J. G. (2005). Constitución y Derecho Penal Militar. *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*. VIII. 16. 37-54.
- Gómez Pavajeau, C.A. (2012). *Introducción al derecho penal constitucional*. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica.
- Guerrero Peralta, O.J. (2013). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica, reimpresión segunda edición ampliada.
- Rodríguez Peña, M.V. (2004). *El principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano*. Colombia: Academia Colombiana de abogacía.

Salas Vargas, L.G. (2012). *El principio de oportunidad en la legislación colombiana*. Neiva: Editora Surcolombiana S.A.

Sanín Betancourt, A. (2003). *El nuevo código penal y el derecho internacional humanitario en el contexto colombiano*. Recuperado de:

[https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/18\\_sanin\\_betancourt.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/18_sanin_betancourt.pdf)

Urbano Martínez, J.J. (2006). *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Vargas Prentt, M. (2009, Jun). Legislación penal y política criminal en Colombia. Revista Justicia. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.

Velásquez V., F. (2010). *Manual de Derecho Penal parte general*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, cuarta edición actualizada.

Villanueva Meza, J.A. (2005). *El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio*. Bogotá D.C.: Editorial Leyer.





UNIVERSIDAD  
La Gran Colombia

Fundada en 1951



Organización certificada bajo: iso 9001 de 2008



UNIVERSIDAD  
La Gran Colombia  
Fundada en 1951

# EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR

## DIRECTOR

DOCTOR. LEONEL MAURICIO PEÑA SOLANO

## AUTORES

ALCIDES BERMUDEZ GARZÓN.

URIEL AUGUSTO GUTIERREZ GUTIERREZ.

NUBIA ESPERANZA MALDONADO GÓMEZ.



MAESTRIA EN DERECHO CON ÉNFASIS  
EN PENAL Y CRIMINOLOGÍA  
TERCERA COHORTE

BOGOTÁ D.C., JULIO 26 DE 2016.





# PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Determinar si la exclusión directa u omisión legislativa en la justicia penal militar en punto del principio de oportunidad, desconoce disposiciones constitucionales en relación con el nuevo procedimiento penal establecido para los miembros de la fuerza pública?





## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

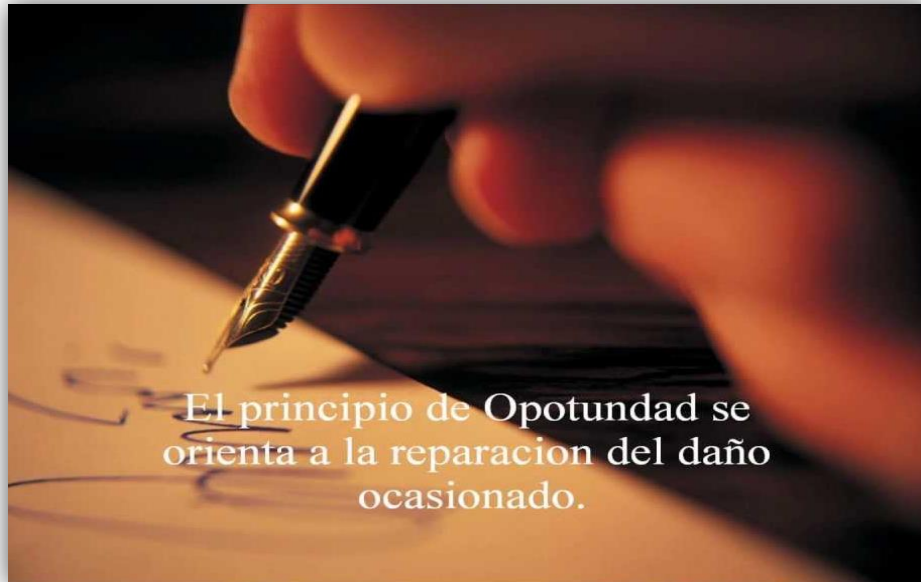
El cambio de paradigma en el sistema procesal penal colombiano, desde el inquisitivo hacia el de tendencia acusatoria, trajo consigo la necesidad de su implementación en la justicia penal militar, incluyendo instituciones que le son propias, como el principio de oportunidad.

Desde la doctrina se ha considerado que este principio es inherente al sistema de tendencia acusatoria, sin embargo, el legislador consideró en un primer momento, con la Ley 1407 de 2010, que el principio no era aplicable en la justicia penal militar a partir de criterios constitucionales (Art. 250) que aparentemente lo prohibía, teniendo como consecuencia principal el establecimiento de un esquema procesal atípico, con graves deficiencias en términos de eficacia.



# HIPÓTESIS

Establecer si la inaplicabilidad del principio de oportunidad en la justicia penal militar, se trató de una exclusión expresa o si por el contrario, obedece a una simple omisión legislativa.



El principio de Oportunidad se orienta a la reparación del daño ocasionado.

## SUBHIPÓTESIS



Indagar si la política criminal para los miembros de la fuerza pública es igual o diferencial a la de la jurisdicción ordinaria.

Precisar los aspectos generales del modelo del principio de oportunidad en la justicia penal ordinaria; especificar en que cambian dichos aspectos respecto de la fuerza pública.

Profundizar en el análisis del principio de oportunidad en la Justicia Penal Militar con base en la Ley 1765 de 2015



# OBJETIVOS

Analizar y determinar el por qué de la inaplicabilidad del Principio de Oportunidad en el Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010.

Examinar la sistemática de la Justicia Penal Militar.

Estudiar las características de la Fuerza Pública frente al Principio de Oportunidad.

Revisar y analizar la Ley 1765 de 2015.





# ESTRATEGIA METODOLÓGICA

MÉTODO  
DEDUCTIVO

Precisar como objetivo específico los aspectos generales del modelo del principio de oportunidad en la jurisdicción penal militar.

Debe especificarse qué cambia, respecto de los miembros de la fuerza pública.

Es necesario analizar por qué el Principio de Oportunidad no es aplicable en el marco de la Ley 1407/10 para determinar si es fruto de una omisión legislativa en la justicia penal militar y por ende podría tener cabida su aplicación.





# DELIMITACION DEL OBJETO

## UBICACIÓN NORMATIVA

En el presente trabajo tuvimos como base de interpretación, las normas correspondientes a la Constitución Política de Colombia (Art. 250), Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010) y Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

## DELIMITACIÓN TEMPORAL

Nuestra investigación se realizó desde el año 2014 hasta el 2015, y luego nos encontramos frente a la promulgación de la Ley 1765 de 2015, la cual coincidió con la finalidad de nuestro trabajo y en punto de interpretación nos da la razón en cuanto si debe aplicarse el principio de oportunidad en la Justicia Penal Militar.

# CONTENIDO

## EL PRINCIPIO DE OPORTUNDAD EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR

- **CAPITULO 1.**  
**SISTEMÁTICA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR**

- 1.1 Ubicación conceptual.
- 1.2 Especificidad de la responsabilidad penal.
- 1.3 Poder punitivo de la Justicia penal militar.
- 1.4 Criterios de política criminal trazados por la Constitución y la Ley.
- 1.5 Criterios que desarrollan el principio de oportunidad.

- **CAPITULO 2.**  
**FUERZA PÚBLICA FRENTE AL PRINCIPIO DE OPORTUNDIDAD**

- 2.1 Corresponsabilidad y sus efectos en la aplicación del principio de oportunidad en los miembros de la fuerza pública.
- 2.2 Exclusión directa u omisión legislativa del principio de oportunidad en la fuerza pública

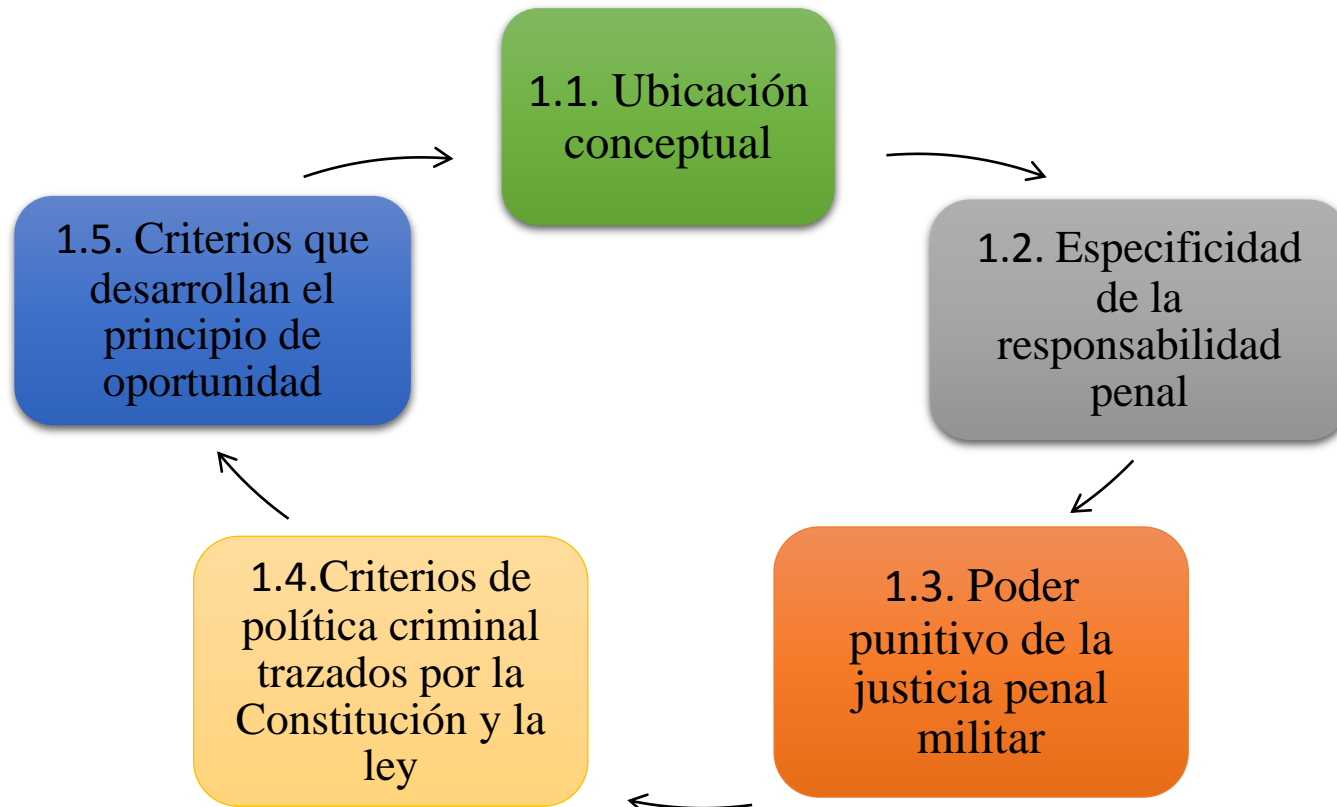
- **CAPITULO 3.**  
**EL PRINCIPIO DE OPORTUNDIDAD EN LA LEY 1765 DE 2015**

- 3.1 Análisis político criminal.
- 3.2 El principio de oportunidad a partir del trámite.
- 3.3 Aplicación del principio de oportunidad.



# CAPÍTULO I

## SISTEMÁTICA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR





## 1.1 UBICACIÓN CONCEPTUAL

- LA JUSTICIA PENAL MILITAR la estudiamos desde de su ubicación como JURISDICCIÓN ESPECIAL, teniendo en cuenta factores como SU ESPECIFICIDAD Y PODER PUNITIVO;
- Por otro lado, abordando CRITERIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES SOBRE POLÍTICA CRIMINAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD para su posible aplicación en el sistema penal militar.



## 1.2. ESPECIFICIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

La JURISDICCIÓN ESPECIAL, requiere la existencia del FUERO ESPECIAL DE JUZGAMIENTO.

De lo contrario, deberá aplicarse la CLÁUSULA GENERAL (Jurisdicción ordinaria).

El FUERO MILITAR dota de carácter especial a la J.P. M. para INVESTIGAR Y JUZGAR por jueces especiales (Cortes Marciales o Tribunales Militares), los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio y con relación a éste.  
Sent. C-879/2003





## 1.3. PODER PUNITIVO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Las conductas que se sancionan en la justicia penal militar, son aquellos delitos que tienen relación con el servicio de conformidad con las pautas expresadas por la Corte Suprema de Justicia.

Los delitos a que se hace referencia pueden ser tanto delitos militares como los delitos ordinarios, pero siempre haciendo la salvedad que algunos delitos por la gravedad que conllevan no pueden entrar a ser investigados y juzgados por la jurisdicción especial.





## 1.4. CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL TRAZADOS POR LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY

La POLÍTICA CRIMINAL se concreta con normas penales en concreto con el fin de proteger tanto los intereses del Estado como los Derechos de sus asociados.

ASPECTOS IMPORTANTES DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE ACUERDO A LA CORTE CONSTITUCIONAL:

La política criminal se traduce en leyes, que deben respetar los mandatos constitucionales. La Constitución es el límite a la libertad legislativa del Congreso de la República. Sent. C-646/2001.

Dicha Corporación reconoce que el Código de Procedimiento Penal conlleva a la materialización de la Política Criminal. Sent. C-936/2010.



## 1.5. CRITERIOS QUE DESARROLLAN EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD tiene amplia aplicación desde las causales del Código de Procedimiento Penal.

Es fundamental en la garantía de los derechos de las víctimas de lo contrario, se desvirtúa la naturaleza procesal del principio de oportunidad.





## CAPITULO II

# FUERZA PÚBLICA FRENTE AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad se introdujo al ordenamiento jurídico colombiano en la Constitución Política mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 lo cual le otorga el carácter de principio constitucional.

Para su correcta aplicación debe tener un desarrollo legislativo contentivo de las causales para establecer en qué momentos puede dársele aplicación al principio teniendo en cuenta su característica reglada y no discrecional.

A su vez, haciendo referencia a la jurisdicción militar, el principio no fue desarrollado por la Ley 1407 de 2010 con la que se implementó el sistema penal acusatorio, haciendo creer el legislativo que el principio de oportunidad no tendría aplicación en la justicia especial militar.





# CORRESPONSABILIDAD Y SUS EFECTOS EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

Características generales del Principio de Oportunidad: **i)** que está informado por el derecho penal material en relación con los conceptos e instituciones establecidos; y **ii)** su aplicación exige un estudio riguroso desde el principio de proporcionalidad con el fin de una adecuada protección de los derechos fundamentales. (Bernal y Montealegre ).

Por otro lado, se plantean otras características del principio de oportunidad: **i)** que es una figura de aplicación excepcional; **ii)** cuenta con unas causales de aplicación, art.321 Ley 906/04 **iii)** es desarrollado en el marco de política criminal; y **iv)** cuenta con un control de legalidad. (Daza 2010)





La justicia penal militar ha definido que la pena es necesaria y efectiva para los fines de prevención precisamente porque la sustancia y naturaleza del delito militar así lo impone. De esta manera, acudiendo especialmente a los fines preventivos de la pena, prevención general y prevención especial, se sustenta también la exclusión del principio de oportunidad en la justicia penal militar imponiendo una justicia ejemplar y sin beneficios. (Bustos-Bucheli)

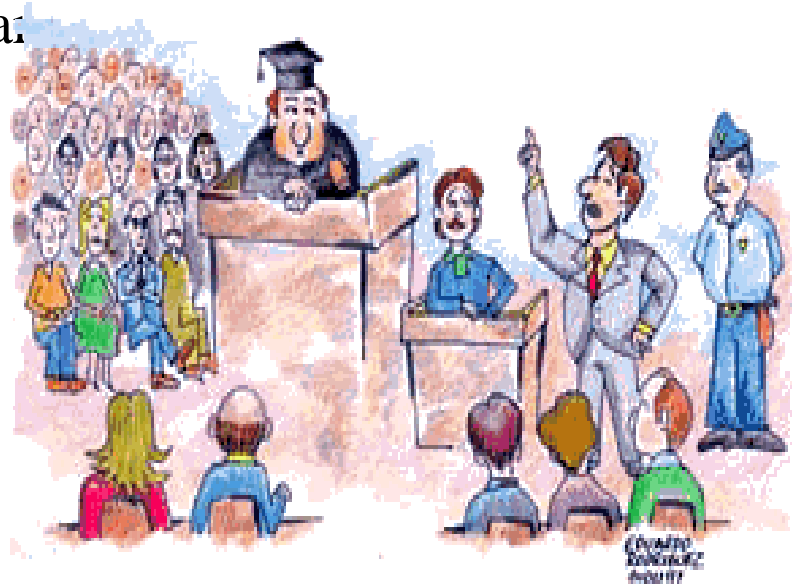
**Ley 522/99:** Sistema inquisitorio, negación de beneficios para M.F.P., mayores penas (retributivas) más drasticidad.  
**Ley 1407/10:** Implementa sistema acusatorio en J.P.M., fin eficiencia por problemática de congestión judicial que desarrolla 5 principios: **1)Intervención mínima. 2)Celeridad. 3)Necesidad. 4)Proporcionalidad. 5)Oportunidad.**  
(Art. 74 #7-Inaplicabilidad)



## EXCLUSIÓN DIRECTA U OMISIÓN LEGISLATIVA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA FUERZA PÚBLICA.

La ley que implementó el sistema penal acusatorio en la justicia penal militar no contempló la aplicación del principio de oportunidad, máxime cuando este principio fue consagrado en el orden constitucional.

Igualmente se ha establecido que la estructura y funcionamiento de la justicia penal militar debe responder a principios constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia C-928 de 2007), es decir, estos deben ser desarrollados en la ley penal militar.



El Proyecto de Ley 144/05 Cámara y 111/06 Senado, en su publicación incluye P.O. Art.74 #7- Formas de extinción de la acción penal (Pretendían aprobarse 5 causales).

Razones expuestas en el pliego de modificaciones para eliminar el P.O. del proyecto de Ley del C.P.M.: **1)J.P.O.** esta dentro de la rama judicial del poder público y J.P.M. parte de la rama ejecutiva (Instituciones sin conexidad desde el punto de vista orgánico) **2)F.G.N.** facultada para aplicar P.O. **3)Miembros de la fuerza pública con fuero;** facultad de aplicación de P.O. solo F.G.N. **4)F.G.N.** no tienes delegados en Fiscalía Penal Militar lo que imposibilita aplicación del P.O. **5)No aplicación del P.O. en J.P.M.** no cobija miembros de la fuerza pública sin fuero-J.P.O.





Se puede afirmar que las normas referentes a la administración de justicia no se pueden interpretar de manera independiente, pues al tener relación unas con otras la interpretación debe abarcar todas las disposiciones que la componen. Por lo tanto, se considera que el órgano legislativo erró en la interpretación del artículo 250 constitucional respecto de la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar, obedeciendo así a la sola interpretación del artículo en mención, y olvidando otros preceptos que lo complementan.



## CAPITULO III

# EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 1765 DE 2015

Frente al artículo 250 superior existen dos interpretaciones:

**A.-** el artículo exceptúa expresamente la aplicación del principio de oportunidad para delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con ese servicio.

**B.-** Esa excepción contenida en el artículo 250 no versa sobre el principio de oportunidad sino sobre la falta de competencia de la Fiscalía General de la Nación para adelantar la acción penal frente a los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio.





# APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

## CAUSALES. (Art.114).

- 1.- Delitos sancionados con Peña privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de 6 años o pena principal de multa, siempre y cuando se haya reparado integralmente a la víctima
- 2.- En delitos culposos cuando el imputado haya sufrido a consecuencia de esa conducta, daño físico o moral grave.
- 3.- Cuando la acción penal implique riesgo o amenaza grave a la seguridad del estado.
- 4.- 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 .

- 5.- 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.
- 6.- Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos siempre y cuando haya reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
- 7.- En los delitos contra la Administración pública cuando la afectación del bien funcional resulte poco significativa.
- 8.- 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 .







# CONCLUSIONES

1/6

Se realizó un estudio sobre las características generales de la justicia penal militar para determinar si en ella procedía la entronización del principio de oportunidad.





2/6

Se abordaron los criterios que desarrollan la política criminal para determinar finalmente, que no existe política criminal seria y coherente, ya que lo que existe son políticas de gobierno.





3/6

Se determinó, con apoyo en algunas jurisprudencias de la Corte Constitucional, que la columna vertebral de nuestro sistema oral de tendencia acusatoria es el principio oportunidad.





4/6

Se concluyó que los pilares fundamentales de introducción del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico son: la aplicación de él, así fuera en forma mínima en el sistema penal inquisitivo; era necesario para dotar al sistema penal de celeridad y eficiencia y la introducción progresiva de este principio en otros países de conformidad con preceptos internacionales.





5/6

Se estableció que la inaplicación del principio de oportunidad en el sistema penal militar y policial a partir de la ley 1407 de 2010 se debió a una exclusión legislativa, basada en un razonamiento de carácter funcional de la interpretación dada al artículo 250 de la C. Política. Su posterior inclusión en la ley 1765 de 2015 obedeció a que prevaleció en el legislativo un criterio contrario que consideraba pertinente la inclusión del principio de oportunidad en la justicia penal militar y policial.





6/6

Se concluyó que el principio de oportunidad aplicado a la justicia penal militar posee rasgos en su reglamentación muy similares a la manera como se aplica en la justicia ordinaria.





# CRÍTICA

En Colombia no existe una Política criminal de Estado seria y coherente. Lo que se desarrollan son políticas de gobierno, que cambian con los gobiernos de turno o que se adoptan basadas en las presiones mediáticas provocadas por los medios de comunicación.

Esos vaivenes generan confusiones, malas redacciones legislativas y por ende interpretaciones completamente antagónicas como la que se ha presentado en este estudio, que dan al traste con la necesidad de la aplicación de un principio medular para el sistema penal de tendencia acusatoria castrense.





# APORTE

El aporte en el presente trabajo fue avizorar anticipadamente, la necesidad de incluir la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar y policial mucho antes de la expedición de la ley 1765 de 2015, Inquietud que surgió del estudio de la ley 1407 de 2010, donde pese a que en dicha norma (Código Penal Militar y Policial) se introducía un sistema oral de tendencia acusatoria, no se incluía el principio de oportunidad como eje fundamental de este sistema.







## FUENTES BIBLIOGRAFICAS

- Bazzani Montoya, D. (2006). *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa.
- Bedoya Sierra, L. F., Guzmán Díaz, C.A. & Vanegas Peña, Cl, P. (2010). *Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación*. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/PrincipiodeOportunidad.pdf>
- Bernal Cuellar, J. & Montealegre Lynett, E. (2013). *El proceso penal. I Fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia, Sexta Edición.
- Bustos Porto, C. & Bucheli Castellanos, Cl. (2011). [Tesis de Maestría] *El principio de oportunidad y delito militar en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Colombia. Congreso de la República. (2002). Ponencia para segundo debate de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara. Por el cual se modifican los artículos 182, 184, 186, 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política. *Gaceta del Congreso 157 de 10 de mayo de 2002*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2005). Proyecto de Ley 144 de 2005 Cámara. Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar. *Gaceta del Congreso 660 de 2005*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.





- Colombia. Congreso de la República. (2013). Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley número 85 de 2013 Senado. Por la cual se reestructura la justicia penal militar o policial. Gaceta del Congreso 993 de 2013. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2015). Acta número 31 de 2014. Gaceta del Congreso 96 de 2015. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2015). Acta número 42 de 2015. Gaceta del Congreso 295 de 2015. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2015). Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley número 210 de 2014 Cámara, 85 de 2013 Senado. Gaceta del Congreso 314 de 2015. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (2015). Acta número 73 de la sesión ordinaria del día martes 16 de junio de 2015. Gaceta del Congreso 783 de 2015. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial No 40.999 de 20 de agosto de 1993.
- Colombia. Congreso de la República. (1999). Ley 522 de 1999. Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar. Diario Oficial No 43.665 del 13 de agosto de 1999.
- Colombia. Congreso de la República. (2004). Ley 888 de 2004. Por la cual se modifica el Decreto 200 de 2003 en lo relacionado con el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria. Diario Oficial No 45.595.
- Colombia. Congreso de la República. (2004). Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No 45.658 de 1° de septiembre de 2004.
- Colombia. Congreso de la República. (2010). Ley 1407 de 2010. Por la cual se expide el Código Penal Militar. Diario Oficial No 47.804 de 17 de agosto de 2010.
- Colombia. Congreso de la República. (2014). Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No 49.039.
- Colombia. Corte Constitucional. (1997). Sentencia C- 358 de 1997. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente D-1445.





# UNIVERSIDAD La Gran Colombia

Fundada en 1951

