

## **Sentencia C-326/16**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL AMBITO DE LA JURISDICCION PENAL MILITAR-Improcedencia/PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, QUE EXCEPCIONALMENTE AUTORIZA EN CASOS PREVISTOS EN LA LEY, NO PROSEGUIR CON LA ACCION PENAL-No es aplicable a las investigaciones de competencia de la Jurisdicción Penal Militar,**

*Teniendo en cuenta que, tanto de la aplicación de los métodos histórico, sistemático y teleológico de interpretación en torno al contenido del vigente artículo 250 superior, como de las exigencias y graves implicaciones que rodearían la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la justicia penal ordinaria y/o penal militar, se concluye que se requeriría de una expresa previsión constitucional que permita su incorporación en cada uno de estos ámbitos, y considerando que el referido artículo 250 solo contempla la aplicación de este mecanismo para los procesos a cargo de la Fiscalía General de la Nación y la jurisdicción penal ordinaria, al paso que ni esta ni ninguna otra norma constitucional autoriza la posibilidad de aplicar esa misma figura dentro del ámbito de la justicia penal militar, sino que, por el contrario, su valoración en los términos consignados en este fallo, se traduce en su prohibición en esta última especialidad, la Corte determinó que el desarrollo legislativo contenido en los apartes acusados de los artículos 30 y 112, además de la totalidad de los artículos 111 y 113 a 120 de la Ley 1765 de 2015, resulta contrario al referido texto constitucional.*

**ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002-Alcance en materia de principio de oportunidad**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Definición**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Contenido y alcance**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Propósito, características e implicaciones**

**NORMA CONSTITUCIONAL-Método sistemático de interpretación/METODO SISTEMATICO DE INTERPRETACION-Definición/METODO SISTEMATICO DE INTERPRETACION-Jurisprudencia constitucional en la que se aplica este tipo de interpretación**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Jurisprudencia constitucional**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Finalidades**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Control de legalidad**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Posibilidad para la víctima de impugnar decisión sobre la aplicación de dicho principio

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Típico de los sistemas acusatorios

**FUERO PENAL MILITAR**-Propósito, características y efectos/**FUERO PENAL MILITAR**-Fundamento constitucional/**FUERO PENAL MILITAR**-Elementos definitorios/**FUERO PENAL MILITAR**-Carácter excepcional

**JUSTICIA PENAL MILITAR**-Adscripción a la rama ejecutiva/**JUSTICIA PENAL MILITAR**-No hace parte de la rama judicial

**JUSTICIA PENAL MILITAR**-Competencia para investigar delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Prohibición de aplicación a procesos penales de miembros de la Fuerza Pública

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Método sistemático de interpretación

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR**-Método sistemático de interpretación

**JURISDICCION PENAL ORDINARIA**-Incompetencia para conocer de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Excepción al principio de legalidad

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Institución propia de los sistemas penales de tendencia acusatoria

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Herramienta de la política criminal del Estado

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Aplicación desde el punto de vista del infractor de la ley penal

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Aplicación a la administración de justicia

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Aplicación desde la perspectiva de la víctima directa

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Carácter excepcional y restrictivo

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Causales que dan lugar a la aplicación de este beneficio

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Efectos de la aplicación

**JUSTICIA PENAL MILITAR**-Alcance

**FUERO PENAL MILITAR**-Concepto

**FUERO PENAL MILITAR**-Fundamento constitucional

**FUERO PENAL MILITAR**-Competencia de la justicia penal militar

**FUERO PENAL MILITAR**-Jurisprudencia constitucional

**FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Delitos de competencia de la justicia penal ordinaria

**CODIGO PENAL MILITAR**-Delitos de competencia de la justicia penal militar

**JUSTICIA PENAL MILITAR**-Competencia se extiende a conductas punibles de miembros de la Fuerza Pública en el conflicto armado por graves violaciones a derechos humanos, delitos de lesa humanidad y/o Derecho Internacional Humanitario

Referencia: expediente D-10.959

Demandante: Angélica Lozano Correa y otros

Asunto: Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 30 (parcial), 111, 112 (parcial), 113, 114,115 (parcial), 117, 118,119 y 120 de la Ley 1765 de 2015

Magistrado Ponente:  
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales, en especial la prevista en el artículo 241, numeral 4°, de la

Constitución Política, y cumplidos todos los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública establecida en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, los ciudadanos Angélica Lozano Correa, Carlos Germán Navas Talero e Iván David Márquez Castelblanco presentaron ante este tribunal demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 30 (parcial), 111, 112 (parcial), 113, 114, 115 (parcial), 117, 118, 119 y 120 de la Ley 1765 de 2015, *“Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones.”*

Mediante auto del dieciocho (18) de septiembre de dos mil quince (2015), el Magistrado sustanciador decidió inadmitir la demanda, dado que dos (2) de las tres (3) personas que la suscribieron no acreditaron su calidad de ciudadanos, al no cumplir con el requisito de realizar la correspondiente presentación personal de la demanda. Por tanto, se les concedió un término de tres (3) días hábiles para subsanar la situación.

Posteriormente, por auto del nueve (9) de octubre de 2015, se resolvió admitir esta acción, únicamente respecto de Angélica Lozano Correa e Iván David Márquez Castelblanco, pues la primera de ellos acreditó su calidad de ciudadana mediante la presentación personal dentro del tiempo señalado, y rechazarla en lo atinente a Carlos Germán Navas Talero, quien no cumplió tal diligencia. De igual manera, se solicitaron al Congreso de la República algunas pruebas sobre el trámite de esta ley, se dispuso la fijación en lista de esta demanda, y se corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, diligencias estas que se cumplieron luego de recibidas las pruebas solicitadas.

La misma providencia antes referida ordenó comunicar la iniciación de este proceso al Congreso de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Defensa, a la Fiscalía General de la Nación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para que, si lo estimaban conveniente, se pronunciaran sobre la exequibilidad de las normas de la referencia, conforme a lo previsto en los artículos 244 de la Carta y 11 del Decreto 2067 de 1991.

Por último, también se invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia por conducto de su Presidente, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DEJUSTICIA–, a la Comisión Colombiana de Juristas –CCJ– y al Instituto Colombiano de Derecho Procesal –ICDP–, así como a los decanos de las

Facultades de Derecho de las Universidades de Antioquia, Militar, Externado de Colombia, del Atlántico, UIS, San Buenaventura, Andes, Libre, Gran Colombia, EAFIT, del Rosario, Pontificia Javeriana, del Sinú, Pontificia Bolivariana, Santo Tomas, Sergio Arboleda, del Valle y Autónoma de Bucaramanga –UNAB–, para que intervinieran dentro del proceso, con la finalidad de rendir concepto sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandada.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

## II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

A continuación se transcriben las disposiciones acusadas de la Ley 1765 de 2015, *“Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones”*, de conformidad con el texto publicado en el Diario Oficial No. 49.582 de 23 de julio de 2015, subrayando en cada caso los textos acusados:

### **“LEY 1765 DE 2015**

*(julio 23)*

#### **CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

*Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones.*

(....)                      (....)                      (....)                      (....)                      (....)

**ARTÍCULO 30. FUNCIONES GENERALES DE LOS FISCALES PENALES MILITARES Y POLICIALES DELEGADOS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL Y ANTE LOS JUECES PENALES MILITARES Y POLICIALES DE CONOCIMIENTO ESPECIALIZADO Y DE CONOCIMIENTO.** *Los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial y ante los Jueces Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado y de Conocimiento, entre otras, tienen las siguientes funciones:*

(....)                      (....)                      (....)                      (....)                      (....)

14. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

**ARTÍCULO 111. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL.** La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

**ARTÍCULO 112. LEGALIDAD.** La Fiscalía General Penal Militar y Policial está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en esta ley.

**ARTÍCULO 113. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.** La Fiscalía General Penal Militar y Policial, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de Corte Marcial podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece esta ley.

**ARTÍCULO 114. CAUSALES.** El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

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

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

2. Cuando 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.

3. Cuando el ejercicio de 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 haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

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 que se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

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

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.

**PARÁGRAFO 1º.** La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión, será proferida por el Fiscal General Penal Militar y Policial o por quien él delegue de manera especial para tal efecto.

**PARÁGRAFO 2º.** No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por delitos contra la disciplina, el servicio, intereses de la Fuerza Pública, la seguridad de la Fuerza Pública, el honor, los delitos contra el derecho internacional humanitario, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

#### **ARTÍCULO 115. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA.**

(...)                      (...)                      (...)                      (...)                      (...)

**PARÁGRAFO.** El fiscal penal militar y policial delegado podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad, estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia del ejercicio de la acción penal.

**ARTÍCULO 117. CONTROL JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.** El juez penal militar y policial de control de garantías deberá efectuar el control respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía Penal Militar y Policial de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía Penal Militar y Policial para sustentar la decisión. El juez penal militar y policial resolverá de plano.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía Penal Militar y Policial, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

**ARTÍCULO 118. LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS.** En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal penal militar y policial delegado deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.<sup>1</sup>

**ARTÍCULO 119. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.** La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderá a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

**ARTÍCULO 120. REGLAMENTACIÓN.** El Fiscal General Penal Militar y Policial deberá expedir el reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y a la ley.”

### III. LA DEMANDA

Los actores señalaron que los preceptos objeto de censura, a través de los cuales se prevé la posible aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la justicia penal militar, y se desarrollan su alcance, causales, requisitos y procedimientos aplicables, implican una directa vulneración del artículo 250 Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002.

En sustento de esta afirmación, hicieron las siguientes consideraciones:

En primer lugar, afirmaron que el principio de oportunidad, que es una excepción al principio de legalidad, fue creado mediante reforma constitucional a través del Acto Legislativo 03 de 2002, y que, por su carácter excepcional, se le dio una connotación estricta a su regulación, al establecer que su aplicación radica, única y exclusivamente, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

En consecuencia, manifestaron que el Congreso de la Republica, mediante ley ordinaria, no estaba facultado para ampliar esa titularidad a otros órganos de investigación, como es el caso de los que integran la Jurisdicción Penal Militar, pues para ello era preciso tramitar primero una reforma constitucional, máxime

---

<sup>1</sup> Debe advertirse que si bien los demandantes no transcribieron junto con las demás normas acusadas el texto del artículo 118 de la ley parcialmente demandada, resulta clara su intención de incluir esta norma dentro de tal conjunto, tal como puede constatarse de la lectura del primer párrafo de la demanda, de aquel que relaciona las normas acusadas y del que contiene las pretensiones al final de su escrito.

cuando el último inciso del primer párrafo del artículo 250 de la Carta excluye a dicha jurisdicción de la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad.

Lo anterior con base en que, a su juicio, de lo consagrado en el artículo 250 de la Constitución, se desprende inequívocamente que la intención del constituyente secundario de 2002, era que la facultad de aplicación del principio de oportunidad correspondiera únicamente a la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con los estrictos supuestos establecidos en la ley y la política criminal del Estado. A este respecto, invocaron también las reglas gramaticales del idioma castellano, conforme a las cuales, en su sentir, de la lectura del mencionado artículo se colige que *“el enunciado final del párrafo hace parte integral del primer párrafo y por lo tanto es una clara excepción al resto del mismo”*<sup>2</sup>.

De otra parte, explicaron que el origen de la Justicia Penal Militar y Policial se encuentra en el artículo 221 superior<sup>3</sup> y aclararon que, pese a que sin duda ésta administra justicia, orgánicamente pertenece a la Rama Ejecutiva, en contraste con la Fiscalía General de la Nación que sí pertenece a la Rama Judicial. Alegaron que, también por este motivo, se debe concluir que la Justicia Penal Militar y Policial no se encuentra facultada para aplicar el principio de oportunidad.

Indicaron además que, según la jurisprudencia constitucional, específicamente la sentencia C-928 de 2007, puede entenderse que el Congreso de la República no solo no está obligado a brindar un trato idéntico a quienes son investigados y procesados por la Justicia Penal Ordinaria y a quienes lo son por la Penal Militar, sino que existen escenarios en los cuales, por mandato de la Constitución, debe otorgarles un trato diferenciado, lo que, en su sentir, ocurre en este caso. Así mismo, señalaron que de la sentencia C-591 de 2005, se desprende que este tribunal entiende que la generalidad de las reglas y principios referidos en la parte inicial del artículo 250 superior, entre los cuales se encuentra el principio de oportunidad, no son aplicables a la Justicia Penal Militar, *“sin perjuicio de aquellas garantías propias que atañen directamente al núcleo duro o esencial de los Derechos Fundamentales y principalmente del Debido Proceso.”* Por esta razón, afirman que al tratarse de un instrumento de política criminal orientado a favorecer la colaboración eficaz con la justicia, el principio de oportunidad no puede ser catalogado como garantía fundamental autónoma o integrante del debido proceso.

Así las cosas, concluyeron que el Congreso de la República se extralimitó en su potestad legislativa, al ampliar el ámbito de competencia de la aplicación del principio de oportunidad a los fiscales Penales Militares y Policiales, desconociendo el artículo 250 superior, particularmente su último inciso, que expresamente exceptúa estos delitos del ámbito de aplicación de dicha disposición.

#### **IV. INTERVENCIONES**

<sup>2</sup> Folio 13, cuaderno principal.

<sup>3</sup> Artículo modificado por los Actos Legislativos 02 de 1995, 02 de 2012 (inexequible) y 01 de 2015.

Vencido el término de fijación en lista, la Secretaría General de esta corporación informó que se recibieron los siguientes escritos de intervención:

#### **4.1. Del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**

Alfredo Beltrán Sierra, en representación de este Instituto, solicitó a la Corte declarar inexecutable los artículos 30 (parcial), 111, 112 (parcial), 113, 114, 115 (parcial), 117, 118, 119 y 120 de la Ley 1765 de 2015, al considerar que son evidentemente contrarios al artículo 250 de la Carta, en concordancia con los artículos 93 y 94 de la misma, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, luego de traer a colación ciertos antecedentes sobre la creación, estructura y funciones de la Fiscalía General de la Nación, y las modificaciones generadas por el Acto Legislativo 03 de 2002 al texto del artículo 250 superior, sostuvo que aquél introdujo, como novedad, la facultad exclusiva de aplicación del principio de oportunidad en cabeza de la mencionada entidad.

Manifestó también que ese Acto Legislativo autorizó la aplicación de dicho principio, regulado dentro de la política criminal del Estado, a lo cual debe agregarse que, según lo señalado en la sentencia C-936 de 2010, ella solo será válida en cuanto no resulte desproporcionada, irrazonable o inútil, por lo cual la jurisprudencia ha fijado unos límites. En ese sentido, afirmó que el principio de oportunidad no puede aplicarse como regla general e indiscriminada puesto que las finalidades de política criminal del Estado no podrían causar que éste se aparte de su obligación de investigar y de proteger los derechos de las víctimas.

Así las cosas, indicó que las disposiciones acusadas deben ser retiradas del ordenamiento, toda vez que el artículo 250 superior, excluyó expresamente la aplicación del principio de oportunidad a los delitos que fueran cometidos por los miembros de las Fuerzas Militares, en servicio activo o en razón del mismo, independientemente de que ocurrieran en el marco de un conflicto armado.

Sumado a ello, el Acto Legislativo 3 de 2002 reformó el precitado artículo, más no lo previsto en el artículo 221 de la Carta, que sienta las bases de la jurisdicción penal militar, y, aun cuando este último fue también recientemente reformado por el Acto Legislativo 1 de 2015, la referida prohibición del artículo 250 se mantuvo incólume. Lo anterior, toda vez que, según manifestó el interviniente, el principio de oportunidad no puede aplicarse en perjuicio de los derechos de las víctimas, por lo que no es de recibo que se use para beneficiar a aquellos a quienes el Estado les confía el uso de las armas, cuando actuando en contra de su misión constitucional de proteger a los ciudadanos, cometan delitos de lesa humanidad resguardándose en el pretexto de encontrarse en el marco de un conflicto armado.

Finalmente, sostuvo que en virtud de la ratificación del Estatuto de Roma y de lo previsto en los artículos 93 y 94 de la Constitución, no resulta posible extender la aplicación de dicho beneficio a crímenes de guerra o de lesa humanidad, y menos

aun cuando son atribuidos a militares, a pesar de encontrarse en un conflicto armado interno.

#### **4.2. Intervención conjunta de varias organizaciones ciudadanas**

Soraya Gutiérrez Argüello, en su calidad de Directora Administrativa de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Daniel Ricardo Vargas Díaz, Director y representante del Centro de Estudios Juan Gelman y Alberto Yepes Palacio, coordinador del Observatorio de Derechos Humanos de la Coordinación Colombia, Europa, Estados Unidos, solicitaron a esta corporación declarar inexecutable las disposiciones acusadas.

Estos intervinientes expresaron su total apoyo a los argumentos esgrimidos por los actores en su demanda, más allá de lo cual, se concentraron en señalar que en este caso existe una omisión legislativa relativa, pues la Ley 1765 de 2015 reprodujo una norma también contenida en la Ley 906 de 2004, pero dejando de lado un apartado de gran relevancia, lo que constituye un detrimento para las víctimas.

Para ello, recordaron los requisitos que, según la Corte ha señalado, deben concurrir para que se configure una omisión de este tipo a saber: *“(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.”*<sup>4</sup>

En ese sentido, afirmaron que las citadas exigencias se cumplen en este caso, en relación con el párrafo 2° del artículo 114, el cual, según manifestaron, es una reproducción textual del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 a excepción de su párrafo 3°, el cual establece la prohibición de aplicar el principio de oportunidad a graves infracciones al DIH y delitos de lesa humanidad entre otros, todo ello a pesar de existir conexidad entre las dos normas.

Señalaron que esta omisión ocasiona un detrimento de los derechos a la justicia y a la verdad de las víctimas, pues con ella se abre la posibilidad de terminar anticipadamente un proceso a favor del procesado sin que se satisfagan las mencionadas garantías procesales, motivo por el cual estiman que la inclusión del párrafo 3° precitado era esencial para ajustar esa norma al texto constitucional.

---

<sup>4</sup> Folio 131 cuaderno principal, tomado de las Sentencia C-185 de 2002 y C-373 de 2011.

De otro lado, indicaron que, en su parecer, no habría razón suficiente para haber omitido este punto, pues ello permite que a graves violaciones de los derechos humanos, que deberán ser juzgados por la jurisdicción castrense, se les aplique el principio de oportunidad. En su concepto, esta situación, además de ir contra el bloque de constitucionalidad, genera una desigualdad negativa, puesto que en el caso de los delitos señalados en el parágrafo 3° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 cometidos por miembros de la Fuerza Pública se podrá aplicar el principio de oportunidad, lo que no ocurriría si el procesado es alguien que no tiene esa calidad.

Finalmente, sostuvieron que hay un incumplimiento por parte del legislador, de su deber específico de protección de las víctimas, lo que, unido a lo antes señalado, permite apreciar el lleno de los requisitos jurisprudenciales para la configuración de la omisión legislativa relativa.

### **4.3. Del Ministerio de Defensa**

Carlos Alberto Saboyá González, Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa, solicitó a la Corte declarar exequibles las disposiciones demandadas, por estimar que se ajustan al ordenamiento superior y que es errónea la interpretación según la cual el Acto Legislativo 03 de 2002 reservó la titularidad de aplicación del principio de oportunidad a la Fiscalía General de la Nación, así como la premisa de que tal situación no podría ser modificada por vía de ley ordinaria.

Luego de plantear algunos antecedentes de la reforma a la justicia penal militar adoptada por la Ley 1407 de 2010, que introdujo en ese ámbito el sistema acusatorio, y de describir exhaustivamente el propósito y contenido de la Ley 1765 de 2015, así como los términos en que ésta incorporó el principio de oportunidad, sostuvo que, según lo ha reconocido esta Corte, el legislador es competente y tiene amplia libertad para estructurar las reglas que gobiernan la justicia penal militar.

Seguidamente, explicó que de lo consagrado en el artículo 111 de la mencionada Ley 1765 se deriva que la Fiscalía Penal Militar y Policial está en la obligación de perseguir a los actores y partícipes de hechos delictivos que sean materia de su competencia, excepto por la aplicación del principio de oportunidad regulado en el subsiguiente artículo 114, algunas de cuyas causales explicó brevemente.

Respecto al punto según el cual el principio de oportunidad no es un derecho fundamental, señaló que en este caso el propósito de esta institución no es la sola renuncia de la acción penal, sino más bien el reconocimiento de situaciones en las que la lesividad causada por la conducta punible resulta ínfima, o en las que ha cambiado de manera importante la percepción sobre el interés público en la persecución de ese delito, finalidades que, según resaltó, han sido reconocidas por esta Corte<sup>5</sup> como motivos válidos para la aplicación del principio de oportunidad.

---

<sup>5</sup> En este sentido citó la sentencia C-387 de 2014 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Por otro lado, en relación con el presunto desconocimiento del artículo 250 de la Carta, indicó que de lo señalado por esta Corte en la sentencia C-591 de 2005, al estudiar la constitucionalidad del artículo 30 de la Ley 906 de 2004, norma que se refiere a los delitos cuya investigación no será competencia de la justicia penal ordinaria, resulta claro que la exclusión establecida en la frase final de esa norma superior no se refiere a la aplicación del principio de oportunidad, sino a la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación investigue los delitos que sean cometidos por miembros de la Fuerza Pública. También adujo que, contrario a lo que afirman los actores, en la sentencia C-928 de 2007 lo que en realidad estableció la Corporación fue que el Acto Legislativo 03 de 2002 no quiso implementar, de manera directa y automática, el sistema acusatorio a todas las jurisdicciones, razón por la cual, no era correcto afirmar que sus garantías debían operar también inmediatamente en la jurisdicción castrense.

Así mismo, señaló que la aplicación del principio de oportunidad no se encuentra reservada a la jurisdicción ordinaria penal, puesto que en varias sentencias, entre ellas las T-672 de 2013 y SU-062 de 2001, este tribunal ha reconocido la posibilidad de que aquél sea aplicado a otras jurisdicciones, como es el caso de los juicios de infancia y adolescencia y también ante el Congreso, posibilidades todas que han sido introducidas por medio de leyes ordinarias, lo que, en su sentir, desvirtúa la premisa según la cual sería necesaria una reforma constitucional para ampliar su ámbito de aplicación. Por último, recordó que en el fallo C-737 de 2006, la Corte señaló que el legislador ordinario está facultado para diseñar los procedimientos que rigen la justicia penal militar.

Finalmente, se refirió al “ejercicio gramatical” que realizaron los actores, sobre lo cual señaló que resulta errado que con ello intenten dar a entender que la intención del Congreso era realizar una excepción de la excepción al principio de legalidad, lo que, en su opinión, resulta contrario a la técnica legislativa. Reiteró así que la excepción que consagra el artículo 250 Superior, se refiere a la incompetencia por parte de la Fiscalía General de la Nación de conocer de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Señaló también que el no permitir la aplicación del mencionado principio a la justicia penal militar conlleva un desconocimiento del principio de igualdad.

#### **4. 4. De la Comisión Colombiana de Juristas**

Gustavo Gallón Giraldo, Director de la Comisión Colombiana de Juristas, y los abogados Mateo Gómez Vásquez y Valeria Silva Fonseca, miembros de la misma organización, solicitaron a la Corte declarar la inexecutable de las normas acusadas, al considerar que si bien en este caso el Congreso ejerció la competencia otorgada por el artículo 150 de la Carta, lo hizo desconociendo de manera evidente el mismo texto superior, y los compromisos adquiridos por el Estado colombiano a nivel internacional. De otra parte, solicitaron que en caso de no ser acogidos estos argumentos, se preste especial atención al parágrafo 2º del artículo 114, pues al establecer las conductas por las cuales no es posible la

aplicación del principio de oportunidad, el legislador resolvió no incluir las graves violaciones de derechos humanos, lo cual, considera, configura una omisión legislativa relativa.

Para fundamentar su pretensión principal, se basaron en dos argumentos centrales, a saber: i) que la facultad para aplicar el principio de oportunidad a los miembros de la Fuerza Pública, en cuanto excepción al principio de legalidad, sería un asunto reservado a la Constitución, por lo que el legislador ordinario carece de competencia para modificar su régimen jurídico, y ii) que atribuir dicha facultad a la justicia penal militar contraría los principios de imparcialidad e independencia de las autoridades judiciales, reconocidos en la Constitución y en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En relación con el primer argumento, luego de relacionar los antecedentes de la implementación del principio de oportunidad en el ordenamiento colombiano, afirmaron que es claro que al establecerse en 2002 la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, ello fue *“única y exclusivamente para los asuntos criminales de competencia de la Fiscalía General de la Nación y no así para lo que es de competencia de la justicia penal militar”*. De otra parte, indicaron que si bien el Acto Legislativo 03 de ese año reformó el artículo 250 superior, se mantuvo incólume la regla según la cual *“Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”*, contenida en su artículo 221, frente a lo cual la Corte, en fallo C-591 de 2005, aunque reconoció que esa regla no necesariamente implicaba la prohibición de aplicar el principio de oportunidad a los miembros de la Fuerza Pública, precisó que la jurisdicción penal ordinaria era incompetente para conocer de aquellos delitos en los que estuvieran involucrados dichos miembros. Por ello, insistieron en que el legislador ordinario excedió sus competencias al incluir dicho principio como aplicable dentro de la mencionada jurisdicción especial.

Insistieron en que, según lo habría reconocido la Corte en la sentencia C-928 de 2007, las reglas y principios establecidos en el artículo 250 de la Constitución operan únicamente para la justicia penal ordinaria, lo que, a su turno, implica la prohibición de aplicarlos por analogía a la jurisdicción penal militar. A la luz de lo anterior, afirmaron que la libertad de configuración del legislador tiene su límite en la Constitución, por lo cual los elementos de política criminal del Estado no pueden ser materia de modificación a través de ley ordinaria. En esta línea, indicaron que si la voluntad del constituyente derivado de 2002 hubiera apuntado a ampliar el ámbito de aplicación del principio de oportunidad a la jurisdicción penal militar, se habría reformado también el artículo 221 de la carta.

Por último, indicaron que, contrario a lo que otros puedan afirmar, la jurisdicción penal ordinaria y la penal militar no tienen por qué ser objeto de un tratamiento de total igualdad, pues si es la propia Constitución la que ha reconocido la necesidad de que exista para esos casos un régimen jurídico sustancial diferenciado, resulta razonable que su normatividad procesal también lo sea, siempre que se garantice el respeto por las garantías fundamentales de los investigados, naturaleza que, por cierto, no se le atribuye al principio de

oportunidad, según lo aclaró el fallo C-928 de 2007. De otra parte, explicaron que si bien este principio es propio de algunos sistemas de tipo acusatorio, no constituye un elemento esencial de todos ellos, por lo que pese a haberse acogido esta tendencia desde la aprobación de la Ley 1407 de 2010, ello no necesariamente conducía a la aplicación de este principio, antes bien, éste seguiría siendo un elemento contingente de tal sistema, cuya inclusión, forzosamente, requeriría el trámite de una reforma constitucional.

Para sustentar su segundo argumento, los intervinientes comenzaron por definir y explicar los principios de imparcialidad e independencia de los jueces y fiscales a la luz de los pronunciamientos de los principales organismos internacionales de derechos humanos, como son la Corte Interamericana, la Comisión Interamericana y el Comité de las Naciones Unidas, a partir de lo cual resaltaron su importancia y trascendencia para el cabal cumplimiento de los principios sobre administración de justicia contenidos en los correspondientes tratados. En este sentido, señalaron que en cuanto la justicia penal militar hace parte de la Rama Ejecutiva del poder público, que es esencialmente jerárquica, en ese ámbito se dificulta gravemente la efectiva vigencia de estos principios, situación que, según advirtieron, es contraria a los referidos instrumentos internacionales, que en cuanto parte integrante del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 superior, son de imperativa observancia dentro de nuestro sistema constitucional. Indicaron que, pese a esas circunstancias, este tribunal ha encontrado exequibles diversas reglas aplicables a la justicia penal militar<sup>6</sup>, postura que, en su concepto, la Corte tiene la oportunidad de rectificar en esta ocasión.

Los intervinientes señalaron que la aplicación del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía Penal Militar y de Policía se materializa a través de una decisión jurisdiccional que hace tránsito a cosa juzgada, que sería dictada por un funcionario que carece de la suficiente independencia e imparcialidad, pues, como se ha reconocido internacionalmente, existe dentro de las Fuerzas Militares una articulación de dependencia funcional y material, que impide la efectiva vigencia de esos principios. De otra parte, indicaron que, conforme a la Ley 1765 de 2015 aquí parcialmente acusada, es el Presidente de la República, u otros altos oficiales en el interior de la misma Rama Ejecutiva, quien elige a los fiscales encargados de investigar los casos de competencia de la jurisdicción penal militar, quienes, además, no tienen autonomía en el manejo de sus recursos y su estructura administrativa, todo lo cual les impide funcionar de forma verdaderamente independiente. En la misma línea, indicaron que es también la Rama Ejecutiva la encargada de diseñar e implementar lo relacionado con su sistema de carrera y ascensos, lo que aumenta la probabilidad de estímulos indebidos y/o presiones de diverso tipo que afectarían el trabajo de sus fiscales, todo lo cual genera un grave compromiso de los principios de imparcialidad e independencia en el ejercicio de la actividad judicial.

---

<sup>6</sup> Como muestra de esa línea jurisprudencial citó, entre otras, las sentencias C-1262 de 2001 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-361 de 2001 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Finalmente, llamaron la atención respecto de la no inclusión de las graves violaciones a los derechos humanos dentro de la lista taxativa de situaciones en las que se prohíbe la aplicación del principio de oportunidad, lo que, en su sentir, configura una omisión legislativa relativa frente al contenido del párrafo 2° del artículo 114 acusado. A este respecto, explicaron que si bien la justicia penal militar carece de competencia para conocer de este tipo de delitos, tal eventualidad no resulta imposible, pues no solo la ley en cuestión le otorga esa facultad, según se desprende del contenido de sus artículos 8° y 9°, sino que también el Consejo Superior de la Judicatura, al resolver conflictos de competencias, lo ha permitido, en contravía de lo establecido por esta Corte. En esa medida, señalaron que la no prohibición expresa de aplicar en esos graves casos el principio de oportunidad hará posible su invocación, aun en esos escenarios.

A este respecto, señalaron que se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la configuración de una omisión legislativa relativa, dada la relevancia de los delitos que se deben incluir dentro de las mencionadas causales, pues no solo existe la probabilidad de que la justicia penal militar conozca sobre este tipo de conductas, sino que tampoco hay razón suficiente que justifique la exclusión.

De igual manera, estimaron que hay un tratamiento desigual respecto de las graves violaciones de derechos humanos, sumado a que las víctimas no cuentan con un acceso a un recurso efectivo para el restablecimiento de sus derechos, hechos que evidencian el incumplimiento por parte del legislador de su obligación de adecuar el ordenamiento interno a los deberes internacionales, situación similar a la que se presentó en la sentencia C-936 de 2010, en la que la Corte declaró inexecutable la aplicación del principio de oportunidad en este tipo de situaciones.

#### **4.5. De la Universidad Santo Tomás**

Carlos Rodríguez Mejía, profesor de la Facultad de Derecho y director del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás, solicitó a la Corte declarar la inexecutable de las disposiciones acusadas. Sostuvo que, según lo planteado por los actores, en este caso se pueden identificar dos problemas jurídicos, uno relacionado con si la aplicación del principio de oportunidad es facultad exclusiva de la Fiscalía General de la Nación, en virtud de lo consagrado en el artículo 250 de la Carta, y el otro, consistente en determinar si el mencionado principio hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.

Así, luego de realizar una breve introducción sobre el concepto del principio de oportunidad, señaló que éste debe obedecer a límites constitucionales y legales dentro de los cuales se encuentra la obligación de garantizar a todas las personas el acceso a la justicia y la protección del derecho fundamental al debido proceso. En esa línea, sostuvo que el artículo 250 superior consagra la aplicación del precitado principio en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y, que a pesar

de que dicha norma fue modificada por el Acto Legislativo 03 de 2002, la reforma introducida no tiene efectos para la jurisdicción penal militar.

Respecto del debido proceso, se refirió a las distintas normas internacionales sobre derechos humanos, que lo consagran y resaltan su importancia y amplio reconocimiento, a partir de lo cual indicó que ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana de Derechos Humanos, establecen que el principio de oportunidad sea parte integrante de ese derecho fundamental. De otro lado, afirmó que el hecho de no haber incluido los delitos contra los derechos humanos dentro de las causales que impiden la aplicación del principio de oportunidad, lesiona de manera importante los derechos, no solo de las víctimas, sino, en general, de la comunidad, pues ello impide la efectiva aplicación de justicia en el orden interno en ciertos casos de alta gravedad.

Finalmente, advirtió que es claro que las disposiciones acusadas contrarían lo dispuesto en la carta política, pues la forma como se estructuró la jurisdicción penal militar, dentro de la Rama Ejecutiva y no dentro de la Judicial, desconoce el derecho fundamental al debido proceso de las víctimas, ya que en este ámbito no resulta posible dar plena efectividad a los principios de imparcialidad e independencia que deben regir a las instituciones que administran justicia.

#### **4.6. Aclaración adicional**

Vencido el término de fijación en lista, fue allegado al expediente un escrito firmado por varios representantes de la Comisión Colombiana de Juristas, de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES- y del Equipo Nacional de Verificación de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, en el cual dijeron presentar un concepto respecto de la demanda de constitucionalidad contenida en el expediente D-10.959.

No obstante, tanto de la referencia del documento, como de su contenido, se desprende que su objetivo era manifestarse respecto de la constitucionalidad de normas de la Ley 1448 de 2011, por consiguiente distintas a las que son objeto de esta acción, aspecto que fue luego aclarado por los propios intervinientes. Por esta razón, aunque en el referido expediente D-10.959 obra como constancia copia de ese documento, éste no será tenido en cuenta para efectos del presente fallo.

### **V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION**

El Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 6051 del 5 de febrero de 2016, solicitó a la Corte declarar **exequibles** los artículos demandados de la Ley 1765 de 2015, a partir de los siguientes argumentos:

Sostuvo que el problema jurídico que se desprende de la demanda, es determinar si la aplicación del principio de oportunidad a la justicia penal militar estaría prohibida por la Constitución y, en esa medida, lo señalado en las disposiciones acusadas desconoce lo previsto en los artículos 116, 250 y 251 del texto superior. Sobre el tema, el jefe del Ministerio Público indicó que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa respecto de la justicia penal militar y que al no existir prohibición constitucional que se lo impida, estaba facultado para introducir el principio de oportunidad a la señalada jurisdicción.

A este respecto, manifestó que el artículo 221 de la Carta, que consagra la existencia de la jurisdicción penal militar, no establece una prohibición expresa que impida que el principio de oportunidad pudiera ser aplicado en ese ámbito, como tampoco la contiene el aparte final del artículo 250 superior, pues, contrario a lo que afirman los demandantes, lo que esta norma establece es que la Fiscalía General de la Nación no podrá conocer de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, más no que el precitado principio no pueda ser aplicado en la justicia penal militar. A su juicio, este último artículo establece las obligaciones que debe cumplir la mencionada entidad y cuáles son sus funciones, por lo que resulta desacertado entender que dicho aparte contiene una prohibición para aplicar el principio de oportunidad en la justicia castrense.

Por otro lado, sostuvo que dado que el legislador es el encargado de establecer qué acciones configuran un delito, determinar las sanciones a imponer y los requisitos para castigar dichas conductas, se debe entender que también él está habilitado para determinar en qué casos y bajo qué condiciones es posible renunciar a su persecución. Advirtió a su vez, que lo anterior no quiere decir que la aplicación del principio de oportunidad carezca de límites, pues ciertamente existen eventos en los que la obligación de investigar y perseguir no puede ser obviada, como por ejemplo cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos. Con todo, estimó que ese análisis pertenece a otro escenario, en el que se estudien las causales específicas de excepción a la aplicación del principio de oportunidad, más no la imposibilidad de introducirlo en la justicia penal militar, como es el caso que ahora ocupa a la Corte.

Así mismo, adujo que si bien cabe la posibilidad de interpretar que el legislador no puede introducir el principio de oportunidad a la justicia penal militar, pues éste no aparece expresamente previsto para ese escenario, en realidad, a partir de la cláusula general de competencia del legislador, este último se encuentra habilitado para incorporar a las leyes cualquier decisión que no esté expresamente prohibida por el texto superior, lo que implica un amplio margen de configuración normativa.

Finalmente, indicó que dado que los principios que rigen el debido proceso en la justicia penal ordinaria irradian a la jurisdicción penal militar, no existe razón que permita inferir la existencia de una prohibición para introducir el principio de oportunidad en esta última, pues tal decisión sería apenas una manifestación de la facultad del legislador de establecer una política criminal, para lo cual su única limitante son los presupuestos constitucionales que rigen el proceso penal.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

Esta corporación es competente para conocer de la presente demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución, puesto que las disposiciones acusadas hacen parte de una Ley de la República.

### 2. Sobre las temas que se analizarán

Al volver sobre los cargos de la demanda, la Corte observa que su prosperidad depende de un asunto fundamental, como es la eventual regla de prohibición o permisión que quepa derivar del contenido del artículo 250 superior, en torno a la posibilidad de que el legislador resuelva contemplar u ordenar la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la jurisdicción penal militar. Así las cosas, el principal asunto que deberá dilucidar la Corte en esta providencia será el sentido en que debe entenderse el contenido de la referida norma superior, frente a esa posibilidad. Para ello, asumirá su interpretación a la luz de los distintos criterios que normalmente se emplean con este propósito.

Con todo, antes de proseguir, la Sala hará una precisión sobre el alcance de su decisión. Como quedó dicho, los actores demandaron la totalidad de los artículos 111, 113, 114, 117, 118, 119 y 120 de la Ley 1765 de 2015, y apartes seleccionados de los artículos 112 y 115 de la misma norma. Sin embargo, teniendo en cuenta que el cargo formulado en esta demanda cuestiona en su totalidad la procedencia del principio de oportunidad frente a la justicia penal militar, a partir de la alegada ausencia de una norma constitucional expresa que permita su aplicación en este ámbito, según lo autoriza el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991, la Corte encuentra necesario realizar una integración normativa de preceptos cercanos y complementarios a los que fueron acusados<sup>7</sup>, que sin embargo no fueron demandados, de tal manera que su pronunciamiento recaiga sobre la totalidad de las normas que regulan la materia, pues, de lo contrario, en caso de prosperar esta demanda, pero quedar vigentes las referidas normas, ellas carecerían de sentido al haber desaparecido las demás relacionadas con el mismo tema.

Por lo anterior, la Corte efectuará esta integración normativa sobre los incisos iniciales del artículo 115 respecto del cual solo se demandó el párrafo, pero no su enunciado principal, y sobre el artículo 116 que no fue acusado, normas que regulan una de las modalidades del principio de oportunidad, como lo es la suspensión de procedimiento a prueba. Por tal razón, la preceptiva sobre cuya constitucionalidad se pronunciará la Corte incluirá, además del numeral 14 del artículo 30, todo el texto de los artículos 111 a 120 de la referida ley<sup>8</sup>, con la sola

---

<sup>7</sup> Sobre las hipótesis de procedencia de la integración normativa, ver, solo entre las decisiones más recientes, las sentencias C-500 de 2014, C-219 y C-516, ambas de 2015.

<sup>8</sup> El contenido de estas normas es equivalente, en lo pertinente, al previsto en el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente, contenido en la Ley 906 de 2004, artículos 321 a 330, con las reformas introducidas por la Ley 1312 de 2009 y las precisiones que resultan de las decisiones adoptadas por esta Corte en relación con ellas.

excepción de la primera parte del artículo 112, cuya texto recoge una regla general que no se relaciona con la aplicación del referido principio.

Con esta precisión sobre el alcance de su decisión, procede a continuación la Sala al estudio de los elementos anunciados en la parte inicial de este mismo punto.

### **3. Sobre el contenido del artículo 250 de la Constitución, reformado por el Acto Legislativo 3 de 2002 y, en particular, de su primer inciso**

Dada la importancia que para el caso reviste el contenido del artículo 250 superior, y su incidencia como parámetro de constitucionalidad en la posibilidad de crear y aplicar la figura del principio de oportunidad dentro del ámbito de la justicia penal militar, según el planteamiento de los actores, en este acápite la Corte procederá a realizar la interpretación de ese precepto a la luz de los distintos criterios que suelen orientar dicha labor.

Para ello, a continuación se realizará la interpretación de esta norma superior, tomando en cuenta, en lo pertinente, la evidencia disponible sobre el proceso de su establecimiento (método histórico), así como el análisis de su contenido desde el punto de vista sistemático y teleológico.

#### **3.1. Sobre el proceso de creación de esta norma constitucional**

Como es sabido, el método histórico de interpretación consiste en analizar el proceso de propuesta, debate y aprobación de la norma de que se trata, con el fin de desentrañar, hasta donde sea posible, la real intención de quienes participaron en dicho proceso de producción normativa.

En este caso, el actual texto del artículo 250 superior<sup>9</sup>, es resultado del trabajo realizado en dos distintos momentos de producción constitucional. El primero de ellos, el de la expedición de la Carta de 1991, pues, en efecto, al tratarse de una norma relacionada con la Fiscalía General de la Nación, órgano que fue creado por el nuevo texto constitucional, no existe en el anterior alguna disposición que pueda considerarse antecedente de esta. El segundo, es el Acto Legislativo 03 de 2002, por el cual se reformaron varias de las normas relacionadas con este organismo, con ocasión de la profundización del sistema de tipo acusatorio, incipientemente planteado por la Constitución original de 1991, propósito en desarrollo del cual se incluyó en la norma fundamental la referencia al principio de oportunidad.

Ahora bien, el texto original de esta norma era del siguiente tenor: *“Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.”*

---

<sup>9</sup> Teniendo en cuenta la extensión del artículo 250 superior, y la parte de él que los actores citan como fundamento de su demanda, este análisis se limitará al estudio de su enunciado inicial, sin incluir el de los numerales y párrafos que, en ambas versiones, aparecen a continuación.

Mientras tanto, el nuevo texto, aprobado en 2002 y actualmente vigente, establece: *“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.”*

Así las cosas, según observa la Sala, la frase final de este precepto constitucional, conforme a la cual *“Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”*, a cuya presencia en el artículo 250 superior atribuyen los actores la alegada imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad en la justicia penal militar, aparece bajo idéntico texto en ambas versiones<sup>10</sup>. A diferencia de lo ocurrido con el resto de esa norma, que visiblemente sufrió cambios y adiciones importantes, esa parte se mantuvo invariable con ocasión del cambio constitucional aprobado en 2002.

Pese a ello, es evidente que en cuanto esta última frase establece una excepción, necesariamente referida a un texto precedente, es a partir del contenido de este último, que aquélla produce sus efectos. Por esta razón, aun cuando la regla exceptiva haya permanecido inalterada, resulta clara la intención del constituyente secundario, en el sentido de que su alcance se entendiera en todo caso modificado al haberse adicionado la declaración inmediatamente anterior.

De otra parte, y a diferencia de lo que viene de relatarse, desde el inicio del trámite<sup>11</sup>, se observan como notable novedad las referencias al llamado *principio de oportunidad*, típico de los sistemas acusatorios, que consiste en la posibilidad de que la autoridad correspondiente (en este caso la Fiscalía General de la Nación) pueda suspender el ejercicio de la acción penal, o incluso de renunciar a él, en vista de la presencia de especiales circunstancias que en casos particulares hagan preferible tal opción. Estas referencias se repitieron, de manera constante,

---

<sup>10</sup> Desde la primera versión del correspondiente proyecto de Acto Legislativo (237 de 2002 Cámara / 012 de 2002 Senado), publicada junto con su exposición de motivos en la Gaceta del Congreso 134 del 26 de abril de 2002, se propuso que esta frase permaneciera con exactamente el mismo contenido existente desde 1991. De otra parte, y pese a que el texto de este artículo sufrió sucesivos e importantes cambios a lo largo de los ocho debates que conforman el proceso de aprobación de una reforma constitucional, como también durante el trámite de conciliación cumplido al término de cada una de las dos vueltas (períodos legislativos), en ningún momento se propuso modificar este aparte, razón por la cual permaneció inalterado a lo largo de todas esas versiones y hasta el final del trámite (ver texto publicado en el Diario Oficial 45.040 del 20 de diciembre de 2002).

<sup>11</sup> Ver Gaceta 134 de 2002. El principio de oportunidad aparece mencionado, tanto en el articulado propuesto (ver numeral 4º del texto que se propuso para el nuevo artículo 250 constitucional), como en la exposición de motivos, en la cual se dedicó un amplio espacio para explicar las razones de esta propuesta, su importancia y efectos.

a través de todo el trámite de aprobación de este Acto Legislativo<sup>12</sup>, y de hecho quedaron incluidas en el nuevo texto constitucional, resultante de esta reforma.

Así las cosas, entre las dos versiones del párrafo inicial del artículo 250 superior, vigentes antes y después de la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002, existen, en suma, las siguientes diferencias: el primero de estos textos se componía de dos frases, la última de las cuales (la relativa a los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo) aparece idéntica en el segundo, mientras que la primera de ellas sí sufrió importantes modificaciones que dieron mayor precisión y detalle a su contenido, aunque en realidad, no variaron su alcance y sentido general. De otro lado, entre esos dos enunciados se intercaló un tercer texto, que es aquel que, inicialmente reitera la prohibición de renunciar al ejercicio de la acción penal, pero seguidamente introduce la posibilidad de que, por excepción, así se haga, en aplicación del principio de oportunidad, dentro del marco de la política criminal del Estado.

A partir de lo anterior, y dado que la última regla, de carácter exceptivo, debe entonces entenderse referida a los dos enunciados que actualmente la preceden, sería factible concluir que, por efecto de ella, no solo se excluye la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación investigue los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, sino que también se establece que en estos casos, que por disposición del artículo 221 seguirán a cargo de la justicia penal militar, no tendrán aplicación las demás reglas atinentes a la forma como el ente investigador cumple sus funciones dentro del ámbito de la justicia ordinaria, ente ellas, la relativa a la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad.

En conclusión, según resulta de la aplicación de este método de interpretación, se derivaría del texto del artículo 250 superior, una implícita prohibición para que el principio de oportunidad que en la parte central de ese mismo texto se menciona, se aplique a los procesos penales en los que se vean involucrados los miembros de la Fuerza Pública.

### **3.2. Interpretación sistemática.**

El método sistemático de interpretación consiste en averiguar el significado de las normas constitucionales a través del entendimiento del texto superior como un todo, mediante la comparación del precepto que se analiza junto con las demás normas a las que se integra. Este tipo de interpretación hace posible una mejor comprensión del contexto y la conexión de las normas constitucionales entre sí<sup>13</sup>.

En aplicación de este criterio, es necesario analizar el contenido del enunciado inicial del artículo 250 superior con respecto al resto del artículo del que hace parte, pero también de cara a los demás preceptos del texto constitucional. Es

<sup>12</sup> Ver las referencias que sobre este tema se hicieron en las distintas etapas del proceso de aprobación de este Acto Legislativo, tanto en el texto de los artículos propuestos, como en el de las respectivas ponencias y debates (Cfr., entre otras, las Gacetas 148, 157, 174, 210, 232, 244, 258, 401, 432, 467, 531 y 553 de 2002 y 29 de 2003).

<sup>13</sup> Como antecedentes de este tipo de interpretación pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-047 de 1999, C-227 de 2002, C-730 de 2005, C-145 de 2010 y C-574 de 2011.

importante entonces determinar el sentido que pueda atribuirse a la eventual aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la justicia penal militar, a partir del contenido de ese específico precepto, pero, además, tomando en cuenta el significado de ambas figuras jurídicas dentro del marco constitucional.

Con este propósito, la Corte estudiará el contenido del referido precepto constitucional, a la luz de su configuración actual, y de las relaciones existentes entre aquél y las demás normas superiores, que pudieran considerarse relacionadas con el tema planteado.

Sin embargo, más allá de ese análisis puramente normativo, también examinará con detalle la esencia, ubicación constitucional e implicaciones de las dos instituciones cuya posible confluencia se cuestiona, a efectos de confirmar, o invalidar, el entendimiento resultante de la interpretación histórica realizada en el punto anterior, conforme al cual, del actual contenido del artículo 250 superior se desprende la imposibilidad de que el principio de oportunidad sea implementado en ese ámbito.

### **3.2.1. La frase final del primer inciso del artículo 250 de la Constitución y su relación con el resto de dicha disposición y con los artículos 116 y 121 de la misma obra**

De la lectura del enunciado inicial del referido artículo 250, por cierto, relativamente extenso, especialmente después de las reformas introducidas por el Acto Legislativo 03 de 2002, se observa que el eje de este precepto es la regla general que aparece en su parte inicial, según la cual la Fiscalía General de la Nación debe adelantar el ejercicio de la acción penal respecto de todos los hechos que pudieren constituir delito, que lleguen a su conocimiento a partir de varias posibles vías, que allí mismo se ejemplifican.

A partir de ello, tanto la mención del *principio de oportunidad* que inmediatamente aparece como excepción a esa regla, como la enumeración de las facultades y deberes de la Fiscalía General que se hace en los nueve numerales subsiguientes, constituyen precisiones y detalles que se agregan y predicen de esa regla general.

Ahora bien, dado que la frase final (sobre los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio), ha de entenderse referida a la totalidad del texto precedente dentro del mismo artículo, es claro que esta excepción tiene por efecto, no solo excluir a la Fiscalía General de la Nación del conocimiento de estos delitos, lo que es concordante con la regla contenida en el artículo 221 de la misma Constitución, que atribuye este encargo a la justicia penal militar, sino también precisar que en este último escenario no se aplicarán las reglas que el mismo artículo 250 ha establecido en torno a la función que corresponde desarrollar a la Fiscalía, en el ámbito de la justicia ordinaria, entre ellas la relacionada con la posible aplicación del principio de oportunidad.

Este entendimiento ha sido constante en la jurisprudencia de esta Corte desde la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002. Poco tiempo después, en la ya citada sentencia C-591 de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), la Sala sostuvo en relación con este tema que *“Una interpretación sistemática del artículo 221 constitucional con la expresión ‘Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio’, del primer inciso del Acto Legislativo 03 de 2002 conduce a afirmar que la jurisdicción penal ordinaria es incompetente para conocer de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo, y que a su vez, en la justicia penal militar, si bien deben respetarse los principios generales consagrados en la Constitución en relación con el debido proceso y las garantías judiciales, no resultan igualmente aplicables los principios enunciados en el primer inciso del artículo 250 constitucional, referidos de manera particular al sistema procesal penal con tendencia acusatoria.”*

Esta conclusión se deriva también de la elemental consideración conforme a la cual si, desde antaño, la Constitución instituyó la justicia penal militar como un espacio diferenciado para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, al estimar que aquéllos no deberían ser de conocimiento de la justicia ordinaria, no resulta adecuado pretender que en ambos escenarios deban aplicarse exactamente las mismas reglas, sino, por el contrario, es claro que pueden existir diferencias en cuanto a la normativa en ellos aplicable, más aún, es inevitable y necesario que se presenten tales diferencias<sup>14</sup>.

A partir de lo anterior, observa la Sala, que como resultado de la interpretación sistemática propuesta, se concluye que el artículo 250 de la Constitución sí incorpora una prohibición cierta para que el principio de oportunidad, mencionado en la parte central de esta norma, como excepción al principio de legalidad, pueda ser aplicado en el contexto de la justicia penal militar.

De otra parte, al concentrar la atención, de manera específica, en las finalidades de esta norma (método teleológico), se confirma también que su propósito es el de asegurar la coherencia del texto constitucional en torno a quién investiga, y en caso necesario, quién formula la acusación, en relación con los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, pero también el de aclarar que en tal contexto no serán pertinentes las mismas reglas que rigen en el ámbito de la justicia ordinaria, con la obvia excepción de aquellas que hagan parte integrante del derecho al debido proceso, o que sean desarrollo de otros derechos fundamentales, lo que, como se verá, no ocurre con el principio de oportunidad.

A partir de lo expuesto, la aplicación de este método de interpretación no conduce a conclusión distinta de las alcanzadas con base en los anteriores criterios, esto es, que la norma analizada además de dilucidar lo relacionado con el alcance de las competencias de la Fiscalía General de la Nación, respecto de

---

<sup>14</sup> Cfr. a este respecto, entre otras, la referida sentencia C-928 de 2007.

los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, contiene también una tácita prohibición en relación con la posible aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la justicia penal militar.

No obstante estas claridades, según se advirtió, en aplicación de este mismo método sistemático, la Corte asume a continuación un estudio más detallado de las dos instituciones cuya posible confluencia se considera prohibida por el artículo 250 superior, a partir del cual se revisará nuevamente esa conclusión.

### **3.2.2. El principio de oportunidad, su propósito, características e implicaciones**

El principio de oportunidad es una institución propia de los sistemas penales de tendencia acusatoria, de amplia tradición en el derecho anglosajón, a partir de la cual, el titular de la acción decide suspender su ejercicio, e incluso renunciar definitivamente a ella, en vista de la presencia de circunstancias particulares, usualmente no previstas al momento de tipificarse la conducta punible, cuya ocurrencia amerita una distinta y concreta evaluación de los hechos, la cual puede incluso conducir a la completa ausencia de sanción. Se trata de situaciones en las que, debido a las especiales circunstancias que rodean el caso concreto, en algunos casos de manera sobreviniente, resulta aconsejable realizar una nueva y específica valoración de lo sucedido, pues en caso de aplicarse las consecuencias que de ordinario prevé la ley penal, podría en realidad presentarse un posible desbalance, o el rompimiento de la proporcionalidad que debe existir entre la conducta cometida y sus consecuencias.

El principio de oportunidad aparece por primera vez en el derecho penal colombiano, precisamente con ocasión del Acto Legislativo 03 de 2002, al que en páginas anteriores se ha hecho amplia referencia. A partir de la nueva configuración constitucional de la normativa aplicable a la Fiscalía General de la Nación, como parte de la profundización del sistema acusatorio, apenas insinuado por la original Constitución de 1991, el artículo 250 comienza por reiterar la habitual obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por parte de aquélla, pero, a renglón seguido, prevé la posibilidad de que, como resultado de la aplicación de este principio, existan casos en los que válidamente se pueda suspender o renunciar a ese ejercicio, lo que llevaría a la anormal terminación del correspondiente proceso, y como consecuencia de ello, a la ya referida ausencia de sanción penal.

El principio de oportunidad, definido por la propia Constitución como una herramienta de la política criminal del Estado, es una institución jurídica compleja, que puede ser mirada en al menos cuatro distintas perspectivas: la más inmediata, desde el punto de vista del infractor de la ley penal, que con su aplicación se beneficia, en cuanto ve extinguida la sanción que de otra forma debería purgar, en algunos casos como consecuencia de una nueva acción suya, de carácter reparatorio, o de colaboración en el esclarecimiento y sanción de los hechos investigados; en segundo lugar, la de la administración de justicia, que al aceptarlo, concluye anticipadamente, y de manera razonable, un caso que de otra

forma requeriría la realización de diligencias adicionales, y por último, una decisión de fondo; en tercer término, la de la sociedad, que en atención a ciertas consideraciones especiales, acepta dejar de aplicar, en el caso concreto, la sanción que en circunstancias normales sería consecuencia de la conducta punible cometida; y por último, si fuere del caso, la de la víctima directa de tales hechos, que en principio podría sentirse defraudada al dejar de aplicarse la sanción en cuya efectividad confiaba, pero cuya plena reparación es usualmente asegurada como condición previa al reconocimiento de esta beneficio.

En primer lugar, desde el punto de vista del infractor de la ley penal, la aplicación del principio de oportunidad supone, sin duda, un inestimable beneficio frente a la más simple comparación que pueda hacerse entre la situación de una persona que ha sido declarada culpable y condenada por la comisión de un delito, cualquiera que él sea, y otra que no lo ha sido. Particularmente, el hecho de tener que purgar una pena privativa de la libertad, o la posibilidad de eximirse de ella, marca una enorme diferencia, en razón a la dura experiencia que en cualquier caso, y aun en las mejores circunstancias posibles, representa el sistema penitenciario, consideración a la que deben sumarse otras, tales como el alejamiento del entorno familiar, y/o la imposibilidad de emprender actividades productivas<sup>15</sup>.

En esta medida, y aunque la sociedad tiene el derecho de imponer una pena al infractor de la ley penal, resulta, sin duda, positivo y beneficioso que ello pueda ser evitado, particularmente en los casos en que, el juicio de reproche o disvalor que el hecho punible normalmente suscita se hubiere reducido en forma significativa, o en general, cuando dependiendo de las circunstancias del caso concreto, llegado el momento de su aplicación, la pena parezca innecesaria o desproporcionada para el logro de los fines que persigue. Por todo ello, y aunque, se repite, la sociedad tiene el derecho de aplicar la sanción anunciada a quien hubiere realizado acciones que ella en su conjunto reprueba y considera contrarias a la convivencia social, resulta en todo caso saludable que en casos concretos puedan alcanzarse los fines de retribución y resocialización que de ordinario se persiguen con la aplicación de la pena, sin que sea necesario asumir los costos que su efectiva ejecución implica.

Ahora bien, pese a lo dicho sobre los beneficios que esta medida puede traer a los infractores de la ley penal, debe resaltarse que la posibilidad de hacer uso de este mecanismo, es justo eso, una mera posibilidad contingente, que depende de que los hechos investigados y sus circunstancias, se encuadren claramente en los supuestos libremente desarrollados por el poder legislativo, en ejercicio de su autonomía, y en cumplimiento de la política criminal del Estado, conforme a lo previsto en el citado artículo 250 superior, por lo que en ningún caso constituye un derecho de toda persona penalmente procesada, menos aún, un derecho de naturaleza fundamental. No lo es, por cuanto, ciertamente, por regla general, debe observarse la obligación de investigar, juzgar, y llegado el caso, sancionar, todas las acciones delictivas de que se tenga conocimiento, regla frente a la cual, la

---

<sup>15</sup> Sobre el régimen de restricción de derechos que necesariamente acompaña la aplicación de las penas privativas de la libertad, ver entre otras, las sentencias T-1190 de 2003, T-830 de 2011 y T-428 de 2014.

opción de dar aplicación al principio de oportunidad es claramente excepcional y de interpretación restrictiva.

En lo que atañe a la administración de justicia, resulta socialmente conveniente la aplicación del principio de oportunidad, en cuanto reduce y aligera la pesada carga que, de ordinario, recae sobre el conjunto de investigadores y jueces, quienes, al menos en principio, tienen la responsabilidad de averiguar y perseguir cada hecho de infracción a la ley penal que ocurra dentro de la sociedad. Así, en vista de la grave limitación de recursos de todo orden, que visiblemente dificulta el total cumplimiento de estas tareas, resulta razonable que la Rama Judicial pueda concentrar sus esfuerzos en los hechos de mayor impacto y trascendencia social, más que en aquellos otros en los que, pese a la efectiva comisión de un hecho tipificado como punible, resulte desproporcionado el costo de su actuación.

Es por ello que la propia Constitución define este mecanismo como una posible herramienta de política criminal, que ha de ser usada, tanto por los legisladores como por los administradores de justicia, con total responsabilidad y cuidado. Pero al mismo tiempo es evidente que su aplicación puede implicar un claro beneficio para la administración de justicia, y en forma mediata, para la sociedad, cuya tranquilidad y bienestar depende de la eficiente acción de la primera.

Ahora bien, precisamente frente a la sociedad, es del caso reconocer que, con frecuencia, será factible que ella no comparta, y en general repudie, la aplicación de medidas como el principio de oportunidad, pues el simple rechazo que de ordinario genera el crimen, e incluso la sensación de indefensión que la frecuente noticia sobre la comisión de delitos suele generar en el conglomerado social, son razones suficientes para explicar el espontáneo rechazo de estas medidas, que son usualmente percibidas como provenientes de la debilidad del Estado y sus autoridades, o de su condescendencia con el crimen.

Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, parece válido considerar que la sociedad debe, en ocasiones, asumir algunas decisiones que se estiman como costos, como sería la de dejar de castigar a los autores de una conducta punible, si existen consideraciones globales y socialmente valiosas que, frente al caso concreto, así lo aconsejan. Pese a ello, es evidente que una institución como el principio de oportunidad puede generar dificultades frente a la ciudadanía, que las más de las veces, puede tener una percepción negativa acerca de ella, razón por la cual, cabe concluir, que su eventual aplicación debe estar respaldada por un sólido fundamento constitucional y una clara decisión colectiva en tal sentido.

Por último, es sin duda, desde la perspectiva de la víctima directa, que el principio de oportunidad plantea sus más delicados interrogantes. Quien de manera personal ha sido el sujeto pasivo de la acción criminal que es objeto de investigación, es quien, en la mayoría de los casos, podrá, comprensiblemente, experimentar mayor frustración y rechazo, como resultado de una medida de este tipo. Más aún, como es sabido, la Constitución y varios tratados relevantes del bloque de constitucionalidad, garantizan sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, en relación con los hechos delictivos que le

hubieren afectado<sup>16</sup>, razón por la cual, la aplicación del principio de oportunidad solo resulta constitucionalmente posible, en cuanto sean adecuadamente resguardados tales derechos e intereses de la víctima. De hecho, la normativa que desarrolla este principio, a la que más atrás se hizo referencia, es usualmente cuidadosa de estos criterios, y podría ser declarada inexecutable si no los observa adecuadamente<sup>17</sup>. Adicionalmente, la plena reparación de la víctima es, en algunos casos, el hecho que da lugar a la aplicación del principio de oportunidad, y en todos ellos, una de las condiciones que puede exigir el Fiscal a cargo, para acceder a la suspensión del procedimiento a prueba.

Ahora bien, en el año 2004, a partir de la habilitación constitucional a que atrás se hizo referencia, se expidió la Ley 906 de ese año, por la cual se adoptó el nuevo Código de Procedimiento Penal, la cual hizo un amplio desarrollo del tema, en el Título V de su Libro Segundo (artículos 321 a 330), normativa que, entre otros aspectos, incluye: i) la reiteración del mandato de general aplicación del principio de legalidad y la excepcionalidad de su opuesto, que es el principio de oportunidad; ii) el señalamiento de las causales que darían lugar a su aplicación; iii) las etapas procesales durante las cuales puede tomarse esta decisión; iv) los compromisos a que debe someterse el imputado o acusado, a quien se conceda este beneficio; v) la obligación de tener en cuenta el interés de las víctimas y de escuchar, antes de decidir, a aquellas que se hubieren hecho presentes durante la actuación, y vi) los principales efectos de esta decisión. Algunos años después, esta normativa fue modificada, en varios aspectos, por la Ley 1312 de 2009, que buscó ampliar las posibilidades de dar aplicación al principio de oportunidad.

En los años posteriores a la expedición y aplicación de esas leyes, este tribunal ha tenido ocasión de ahondar en las características y la justificación constitucional de ese instituto, a través de varios importantes pronunciamientos, el primero de ellos, la sentencia C-673 de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), en la cual la Corte avanzó sus primeros conceptos al respecto. Entre los subsiguientes se destacan también los fallos C-979 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), C-209 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-936 de 2010 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) y C-387 de 2014 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Al analizar la preceptiva antes referida, la Corte ha destacado las principales cualidades del principio de oportunidad, siendo la primera de ellas su carácter excepcional y restrictivo, pues en virtud del principio de legalidad, que, por regla general, impera en relación con las tareas investigativas a cargo de la Fiscalía General de la Nación, en principio, corresponde a ésta adelantar la investigación de todas las conductas constitutivas de delito, de las que tenga conocimiento. Ese carácter excepcional requiere, entonces, la probada ocurrencia de al menos

---

<sup>16</sup> Cfr. en relación con este tema, entre muchas otras, las sentencias C-228 de 2002, C-370 y C-454 de 2006, C-095 de 2007, C-060 de 2008 y C-059 de 2010.

<sup>17</sup> Sobre ese tema ver particularmente las sentencias C-095 de 2007 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-209 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

una de las causales previstas en la ley, para el caso del Código de Procedimiento Penal, en su artículo 324, varias veces analizado por esta corporación<sup>18</sup>.

Ahora bien, las causales que dan lugar a la aplicación de este beneficio, aunque relativamente heterogéneas, tienen en común el hecho de constituir situaciones excepcionales, que aunque de escasa o infrecuente ocurrencia, ameritan ser tomadas en cuenta, en varios casos para un más efectivo logro de la justicia material, y en todos ellos, para racionalizar el trabajo de los operadores judiciales, quienes ante la apremiante realidad de una gran cantidad de hechos punibles y conflictos sociales diversos y de disímil gravedad, y ante la frecuente imposibilidad de investigar todos y cada uno de ellos, deben concentrar sus esfuerzos en la persecución de los de mayor resonancia e impacto colectivo. La jurisprudencia ha reconocido, entre esas posibles razones globales: i) la menor, e incluso ínfima, importancia social de determinados hechos punibles, lo que haría innecesaria la intervención del Estado frente a aquellos en los que realmente no hay lesión, ni potencial afectación antijurídica; ii) la reparación integral y la satisfacción plena de la víctima, sobre todo en delitos de contenido económico; iii) la culpabilidad disminuida del autor, y, (iv) la revaluación del interés público en la persecución de la conducta. Cualquiera de estas que sea la razón que origina esta importante decisión, se busca, ante todo, evitar el grave efecto criminógeno de las penas de privación de libertad, que no dejan de tener tal carácter ni aun cuando se apliquen por períodos muy cortos, así como estimular la pronta reparación a la víctima y otorgar al responsable una valiosa oportunidad de reinserción social, que de otro modo no tendría<sup>19</sup>.

Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad pueden ser, como lo anticipa el artículo 250 constitucional, la simple suspensión o interrupción de la acción penal, o incluso la renuncia a la misma, lo que trae consigo su extinción, decisiones que una vez en firme, tendrán fuerza de cosa juzgada. El artículo 329 de la Ley 906 de 2004 distingue, respecto de los efectos de esta decisión, entre aquellas causales referidas a la particular situación de uno solo de los infractores (en caso de que sean varios), evento en el cual, solo éste resulta beneficiado por la decisión, y aquellas que tienen que ver con la falta de interés del Estado en la persecución penal, escenario en el cual todos se hacen acreedores a esta medida.

De otra parte, precisamente por su trascendencia para el procesado, el Estado, y en su caso las víctimas, según lo establece también el artículo 250 superior, las decisiones sobre la aplicación de este principio estarán siempre sujetas al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, quien naturalmente podrá negar la aprobación de esta medida, si no concurre(n) con claridad la(s) causal(es) invocada(s), o aún en presencia de aquellas, si considera que el otorgamiento de este beneficio resulta desproporcionado o inconveniente frente a las particulares circunstancias del caso.

---

<sup>18</sup> Cfr. entre otras, las sentencias C-673 de 2005, C-648 y C-988 de 2006, C-095 de 2007 y C-936 de 2010.

<sup>19</sup> Cfr. la sentencia C-387 de 2014, que a su turno cita y reitera lo planteado en los fallos C-979 de 2005, C-095 de 2007 y C-936 de 2010, principalmente.

De otra parte, esta decisión podrá ser impugnada, según resulta de lo decidido por la sentencia C-209 de 2007, que declaró inexecutable algunos apartes del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal (en su versión original de 2004) en razón a que la regla sobre la general improcedencia de recursos, desconocía el interés de las víctimas en pronunciarse sobre esta decisión, que, sin duda, y pese a su justificación constitucional, afectaría negativamente sus derechos.

### **3.2.3. El fuero penal militar, su propósito, características y efectos**

La justicia penal militar es un espacio constitucionalmente reservado por los ya citados artículos 116, 221 y 250 de la carta política, dentro del cual deben tramitarse y decidirse las investigaciones originadas en la comisión de acciones delictivas, definidas como tales por el Código Penal o por leyes especiales, únicamente en cuanto hayan sido ejecutadas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, y que, por lo tanto, afectan, al menos en principio, bienes jurídicos de especial importancia para esa institución y su correcto funcionamiento.

El fuero penal militar, consistente en la prerrogativa de que las conductas que cumplan con las ya mencionadas características sean investigadas y sancionadas por ese cuerpo especial de investigadores y jueces, es una institución de larga tradición en el constitucionalismo colombiano, tal como puede constatarse al volver sobre el artículo 170 del anterior texto superior, originario de 1886, que no sufrió ningún cambio durante sus más de cien años de vigencia, y cuyo contenido esencial aparece reproducido, también, sin cambios hasta la fecha, en la parte inicial del artículo 221 de la Constitución de 1991. Por tal razón, desde antaño, usualmente ha existido un Código Penal Militar, que suele reunir las disposiciones, tanto sustantivas como procesales, aplicables en estos casos, incluyendo, entre otros importantes temas, la definición de las conductas que en tal ámbito se consideran delictivas, y el señalamiento preciso de las sanciones a que cada una de ellas da lugar. Ese código está actualmente contenido en la Ley 1407 de 2010.

El fundamento constitucional de esta institución especial se encuentra en la necesidad de poder sancionar, desde una perspectiva claramente institucional y especializada, aquellos comportamientos que, de manera particular, afectan la buena marcha de la fuerza pública, y los bienes jurídicos que a ella interesan. Estas reglas reconocen la especialidad de esta institución (la fuerza pública como género) y la de sus miembros, a partir de las funciones constitucionales que le son propias, y que incluyen la defensa de la soberanía nacional y de la independencia e integridad del territorio nacional, y el mantenimiento de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades públicas. Para facilitar el cumplimiento de estas importantes funciones, se les asigna el monopolio exclusivo de la fuerza, y se les autoriza para portar armas, lo que, de ordinario, no pueden hacer los demás ciudadanos, lo cual, a su turno, implica la restricción de otros derechos, entre ellos los de carácter político, que, por el contrario, se garantizan plenamente a aquéllos.

A partir de lo anterior, se pretende que tales infracciones sean investigadas y sancionadas por autoridades con suficiente conocimiento del entorno castrense, de la vida militar, y de tales bienes jurídicos. De otra parte, se busca también permitir que la propia institución pueda decidir sobre temas que solo a ella conciernen, y sobre los cuales no existe ese mismo conocimiento especializado en el ámbito de la justicia ordinaria. Como antes se indicó, estas finalidades son expresamente admitidas por la Constitución, al directamente contemplar la existencia de la justicia penal militar, que es considerada una jurisdicción especial, y la del correspondiente fuero.

Con todo, la Corte ha aclarado que este fuero no implica un simple privilegio o gracia estamental, pues no es ese su propósito, y además, ello sería contrario al principio de igualdad. Así, es claro que la sola calidad de miembro de la Fuerza Pública (elemento subjetivo) no basta para que un delito cometido por uno de ellos deba ser investigado por esta jurisdicción especial, sino que debe tratarse de una acción ejecutada mientras el respectivo oficial se encontraba en servicio activo, y además, relacionada con la prestación de ese servicio (elemento funcional), únicas circunstancias en las que la existencia de esta regla especial tiene una clara justificación constitucional. Por el contrario, en ausencia de alguno de tales elementos, y en particular del segundo, es claro que la acción cometida será de conocimiento de su juez natural, es decir, la justicia penal ordinaria, pese a la calidad de miembro de la Fuerza Pública que pueda tener su autor.

Ahora bien, la normativa constitucional que respalda la existencia del fuero penal militar ha sido objeto de algunos cambios y adiciones después de 1991, los cuales, sin embargo, no han afectado su esencia, sintetizada, como antes se dijo, en la parte inicial de su artículo 221, que reprodujo, en lo pertinente, el contenido del artículo 170 del anterior texto constitucional. En 1995, el Acto Legislativo 02 de ese año añadió una regla en lo relacionado con la composición de tales Cortes o Tribunales militares. En 2012, el Acto Legislativo 02 de entonces introdujo extensas y trascendentales adiciones a esta materia constitucional, pero estas reformas no perduran, en cuanto fueron pronto declaradas inexecutable por vicios de trámite, mediante sentencia C-740 de 2013 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla). Finalmente, el Acto Legislativo 01 de 2015 adicionó dos incisos al texto resultante de la reforma de 1995, particularmente para establecer una regla atinente a los casos en que se investiguen conductas que guarden relación con un conflicto armado o con un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, consistente en que en estos casos se aplicarán las normas y principios de éste (DIH).

De otra parte, en su momento, la Corte Suprema de Justicia, y desde 1991 la Corte Constitucional, han analizado con frecuencia, y a profundidad, los elementos definitorios del fuero penal militar y de las instituciones que lo conforman. A este respecto se destacan, de manera especial, decisiones como las sentencias C-358 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-878 de 2000 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), C-407 de 2003 (M. P. Jaime Araújo Rentería), C-737 de 2006 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), C-533 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas

Hernández), C-373 de 2011 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) y más recientemente, el fallo C-084 de 2016 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), que resolvió sobre una demanda por presunta sustitución de la Constitución, dirigida contra el más reciente Acto Legislativo 01 de 2015, al que atrás se hizo referencia.

Ahora bien, existen en relación con el fuero penal militar algunas importantes precisiones o salvedades, que conforme a la Constitución y los instrumentos internacionales relevantes, resultan indispensables para que tal institución se mantenga dentro de los supuestos por ellos autorizados. Una de ellas tiene que ver con que la asignación de determinados hechos o situaciones como de competencia de los jueces militares, no se traduzca en circunstancias que favorezcan la impunidad frente a los delitos investigados, o en un tratamiento más laxo o benigno que el que la gravedad intrínseca de las acciones investigadas requieren, razón adicional para interpretar siempre, de manera estrictamente restrictiva, los criterios de asignación de competencia a favor de esta jurisdicción especial. Otra se relaciona con la necesidad de evitar que la estructura judicial desarrollada con estos propósitos sea puesta al servicio de otros intereses u objetivos, como podría ser el juzgamiento criminal de civiles, quienes bajo ninguna circunstancia deben ser justiciables ante estas instancias, las que, se reitera, solo resultan constitucionalmente admisibles, siempre que se contraigan a la específica finalidad prevista en el texto superior<sup>20</sup>.

Otra prevención frecuente dentro de este ámbito, es que si bien los funcionarios de la justicia penal militar ciertamente administran justicia, según lo reconoce el artículo 116 superior, lo cierto es que no pertenecen a la Rama Judicial, sino, por el contrario, a la Rama Ejecutiva, hecho que se reafirma al tener en cuenta la ubicación constitucional del artículo 221, y simultáneamente, la ausencia de disposiciones sobre el tema a lo largo del Título VIII del texto constitucional, con la única salvedad de la ya comentada, excepción contenida en el artículo 250.

Este hecho resulta particularmente relevante, en cuanto es sabido que la Rama Ejecutiva se distingue por su carácter fuertemente jerárquico. Más aún, la Fuerza Pública tiene en alta estima, aún mucho más que los demás integrantes de la Rama Ejecutiva, principios como la disciplina y la obediencia, los que incluso son defendidos mediante la consagración como delitos militares, de las conductas que atenten contra ellos<sup>21</sup>. Así las cosas, suele existir recelo en torno a la posible mezcla o interferencia de estos criterios en el funcionamiento de esa jurisdicción especializada, pues, sin duda, ello afectaría la posibilidad de dar en este ámbito, cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 228 superior, que ordena la absoluta independencia e imparcialidad de las actuaciones judiciales. Por esta razón, la Corte ha reiterado la necesidad de separar, completamente, las prácticas y criterios jerárquicos del ejercicio de las tareas judiciales en la justicia penal

---

<sup>20</sup> Esta prohibición, actualmente contenida en el último inciso del artículo 213 de la Constitución de 1991, obedece al hecho de que en algunos países, esta es aún una medida usual durante los estados de excepción relacionados con alteraciones del orden público, y de hecho en Colombia esta regla se aplicó en varias oportunidades, antes de la vigencia de la actual Constitución, con base en la facultades del estado de sitio.

<sup>21</sup> Cfr. los artículos 93 a 101 del actual Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010). Este criterio es también el fundamento de la regla establecida en el segundo inciso del artículo 91 superior, conforme al cual, en el caso de los militares en servicio activo, la orden superior exime de responsabilidad al agente que la ejecuta.

militar, e incluso ha declarado inexecutable aquellas disposiciones relacionadas con la conformación de esta justicia especializada, en las que tal interferencia resulta notoria, o en las que, según se observa, no se resguardan adecuadamente los criterios de independencia e imparcialidad<sup>22</sup>.

De otra parte, la reciente sentencia C-084 de 2016 hizo una amplia y comprehensiva síntesis de las características del fuero penal militar a la luz de la Constitución vigente, con especial énfasis en la referencia que el Acto Legislativo 01 de 2015 hace al Derecho Internacional Humanitario en el contexto de un conflicto armado, y la posible omisión tácita del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuya aplicación, en concepto de los entonces demandantes, resulta imprescindible en ese mismo contexto.

En esta última providencia, la Corte ratificó la vigencia de los planteamientos contenidos en la sentencia C-358 de 1997, uno de sus primeros y más completos pronunciamientos en relación con el tema, e hizo una recapitulación sobre las principales características de esta institución en la actualidad. De manera particular, se detuvo a considerar, en forma completa y exhaustiva, el significado e implicaciones que se desprenden del elemento funcional *–en servicio activo y en relación con el mismo servicio–*, necesario, como se ha dicho, para que el caso pueda ser conocido por la jurisdicción especial penal militar.

Esta decisión resaltó cómo, pese a su aparente claridad, la constatación sobre la presencia de ese elemento, y con ella, sobre la competencia o no de la justicia penal militar para conocer de un determinado caso, puede en realidad resultar altamente problemática y compleja<sup>23</sup>, lo que incluye el riesgo de que en casos concretos conozca esa jurisdicción, aun sin que se cumplan las condiciones necesarias para ello. Esa grave dificultad surge por cuanto, de entrada, se supone que no podría ser delictivo un comportamiento que un miembro de la Fuerza Pública ejecuta durante la prestación del servicio a su cargo, y en relación con ese mismo servicio, lo que a su turno lleva a concluir, que debe tratarse de actos que, aunque ejecutados durante el servicio y en relación con él, solo podrían ser explicados como desviaciones, de lo que como acto de servicio debía haberse cumplido.

Ahora bien, la Corte ha precisado que existen ciertas acciones y comportamientos que por su extrema gravedad, de ninguna forma podrán pasar como simples desviaciones, relacionadas en todo caso con el servicio, precisión que claramente busca que bajo ninguna circunstancia, las correspondientes investigaciones puedan ser del conocimiento de la justicia penal militar, sino siempre de la penal ordinaria, previa investigación de la Fiscalía General de la Nación. Este es el caso de conductas tales como la tortura, el genocidio y la desaparición forzada<sup>24</sup>, y en

---

<sup>22</sup> Cfr. en este sentido, entre otras, las sentencias C-407 de 2003 (M. P. Jaime Araújo Rentería), C-361 de 2001 y C-1002 de 2005 (en ambas M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-737 de 2006 (M. P. Rodrigo Escobar Gil) y C-373 de 2011 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

<sup>23</sup> Este hecho se constata además con la frecuente ocurrencia de conflictos de competencias entre las jurisdicciones penal militar y penal ordinaria, que hasta la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015 eran resueltos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

<sup>24</sup> Sobre los cuales se pronunció la Corte en la sentencia C-878 de 2000 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

general, las violaciones a los derechos humanos, los delitos de lesa humanidad, las infracciones al Derecho Internacional Humanitario y los actos que por su misma naturaleza sean contrarios a la misión constitucional de la Fuerza Pública<sup>25</sup>, respecto de los cuales, la Corte ha descartado, de manera absoluta, la posibilidad de que hechos de esta naturaleza sean conocidos por la justicia penal militar.

En todo caso, resulta claro, a partir de la aplicación de estos criterios, que el campo de acción de la justicia penal militar no se reduce apenas a los delitos tipificados como tales en el Código Penal Militar, esto es, aquellos que según lo explicado, lesionan bienes jurídicos que solo a las instituciones castrenses interesan, tales como la disciplina, el honor militar, los bienes de propiedad de las Fuerzas Armadas, u otros semejantes. Tal como lo aclaran los artículos 20 y 171 del actual Código (Ley 1407 de 2010), también pueden ser de competencia de esta jurisdicción los simples delitos comunes, establecidos como tales, en el que esas mismas disposiciones denominan el Código Penal común (Ley 599 de 2000 y sus normas complementarias). De otra parte, ese código especializado contempla también, entre los delitos de competencia de la justicia penal militar, algunos que afectan de manera directa a la población civil<sup>26</sup>.

Más allá de lo anterior, la competencia de la justicia penal militar también se extiende a casos relacionados con las conductas punibles que los miembros de la Fuerza Pública cometan en relación con un conflicto armado, o en un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, según recientemente lo reconoció, en forma explícita, el ya referido Acto Legislativo 01 de 2015. Esta circunstancia implica también adicionales vicisitudes y preocupaciones en torno a la actuación de la justicia penal militar frente al interés de las posibles víctimas, a partir de los aspectos problemáticos comentados en los párrafos precedentes, y explica la insistencia de varios de los intervinientes para que, en caso de avalar la constitucionalidad de las normas acusadas, se declare, al menos, la exequibilidad condicionada del parágrafo 2° del artículo 114, en el sentido de extender la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad a los casos de graves violaciones a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad y/o infracciones al Derecho Internacional Humanitarios, que llegaren a ser del conocimiento de esta jurisdicción especial.

#### **3.2.4. Conclusiones sobre la posible aplicación del principio de oportunidad por parte de la justicia penal militar a la luz del artículo 250 superior**

Una vez analizadas en todos sus aspectos sustanciales las dos instituciones cuya confluencia se controvierte en este caso, la Corte encuentra pertinente hacer las siguientes reflexiones en torno a esa posibilidad, frente al contenido del artículo 250 constitucional, como resultado de su interpretación sistemática, en relación con los demás preceptos superiores relevantes.

---

<sup>25</sup> Sobre estos últimos se pronunció la Corte en la sentencia C-533 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

<sup>26</sup> Título VI del Libro II (artículos 155 a 160).

En primer lugar, debe reiterarse que el principio de oportunidad es, ciertamente, un mecanismo altamente restringido, en cuanto supone una excepción o apartamiento de un claro deber constitucional, refrendado además por los principales instrumentos internacionales relevantes<sup>27</sup>, como es el de investigar, perseguir y sancionar, los comportamientos definidos como delito. Más allá de este aspecto, son razones para esa estricta excepcionalidad, el hecho de que, si bien la aplicación de esta medida resultaría sumamente benéfica para los infractores de la ley penal, y en otra perspectiva, para la administración de justicia en su conjunto, al mismo tiempo impone importantes costos a la sociedad, y particularmente a las víctimas del hecho punible que ha dado lugar a la investigación, que con tal determinación verían en serio riesgo sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, ampliamente reconocidos por el texto constitucional y por la normativa y la jurisprudencia internacionales.

De otro lado, según se anotó en el aparte correspondiente, más allá de las razones conceptuales que originalmente explican la existencia de la justicia penal militar, en la práctica, es posible que ésta conozca de investigaciones y procesos relacionados con hechos que lesionan, más que los intereses de la Fuerza Pública, los de personas particulares. Por esta razón, teniendo en cuenta las consecuencias que se derivan de la aplicación del principio de oportunidad, entre ellas, la terminación del proceso y la extinción de la acción penal con efectos de cosa juzgada, resulta necesario proteger adecuadamente el interés de las posibles víctimas al momento de autorizar la procedencia de tal medida dentro de este contexto.

Así mismo, aun cuando exista relativa claridad en cuanto al lindero que determina el alcance de las competencias de esta jurisdicción especializada frente a las de la justicia penal ordinaria, según se explicó, esos criterios no siempre conducen a una correcta distinción de las mismas, con lo que aparece factible que resulten a cargo de aquélla, controversias de carácter penal que, teniendo en cuenta su contenido esencial, no deberían ser de su conocimiento.

También debe repararse en que, en razón a los ya explicados efectos del principio de oportunidad, resulta indispensable asegurar la independencia e imparcialidad de los funcionarios responsables de decidir sobre su aplicación. Como antes se explicó, esta es otra de las razones por las cuales parece inquietante la procedencia de este mecanismo en este específico contexto, pues no obstante la existencia de claros deberes constitucionales en este sentido, generalmente acatados y sobre cuya observancia evidentemente se presume la buena fe, no es menos cierto que los integrantes de la justicia penal militar, como parte que son de la Rama Ejecutiva, son servidores fuertemente habituados a conducirse bajo criterios de obediencia y jerarquía estricta, los cuales parecen incompatibles con el comportamiento que, conforme a la Constitución, deben observar celosamente los titulares de la función judicial. Así las cosas, la sola existencia de este riesgo refuerza la percepción sobre las dificultades y peligros que puede traer consigo la aplicación del principio de oportunidad en el contexto de la justicia penal militar.

---

<sup>27</sup> Entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ratificados por Colombia y reconocidos por esta Corte como parte integrante del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, por las razones que vienen de anotarse, resulta claro que, entre las distintas perspectivas en las que, según antes se explicó, puede ser mirado el principio de oportunidad, es necesario atender, de manera prioritaria, aquella que implica un riesgo para la efectividad de los derechos ciudadanos. En este sentido, y como antes se aclaró, la posibilidad de beneficiarse del principio de oportunidad no es, en modo alguno, un derecho del procesado, menos aún un derecho fundamental, sino apenas una eventualidad de posible, pero marginal ocurrencia, que ciertamente aprovecharía al posible infractor, en caso de ser aplicada. En cambio, y pese a la validez constitucional de esta figura, existen derechos ciertos en cabeza de otros sujetos, las víctimas, que se verían seriamente afectados con la aplicación de esta medida. Por lo anterior, es este el principal interés que claramente habrá de tenerse en cuenta al momento de determinar la viabilidad de este mecanismo, dentro del particular contexto de la justicia penal militar.

A partir de las anteriores reflexiones, la Corte llama la atención sobre el hecho, ampliamente referido por los actores, de que la aceptación del principio de oportunidad en el ámbito de la justicia penal ordinaria, ciertamente requirió de una expresa previsión constitucional, que al encontrarse ausente del texto superior original de 1991, ameritó la aprobación de un Acto Legislativo, el distinguido con el número 03 de 2002, que lo incorporó, de manera expresa, al derecho colombiano, y a partir del cual fue posible el desarrollo legislativo luego realizado con la expedición de la Ley 906 de 2004, y más adelante con la Ley 1312 de 2009, ambas exhaustivamente examinadas por este tribunal.

En esta perspectiva, y por las razones que vienen de anotarse, particularmente las serias implicaciones y peligros que puede generar la aplicación del principio de oportunidad, entiende la Sala que la introducción de este mecanismo en el ámbito de la justicia penal militar, requeriría también, *a fortiori*, de una expresa previsión constitucional en tal sentido, que hasta la fecha se echa de menos.

Por esta razón, también resulta significativo el hecho de que, aun cuando hace ya más de una década tuvo lugar la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002 y el posterior desarrollo legislativo del llamado *principio de oportunidad* en el campo de la justicia penal ordinaria, que hace ya años se encuentra en funcionamiento, y que durante ese tiempo se han promovido también dos importantes modificaciones a las normas superiores que determinan el marco jurídico de la justicia penal militar<sup>28</sup>, la última de ellas tramitada mientras el Congreso estudiaba también el proyecto que vino a convertirse en la Ley 1765 de 2015, en ninguno de ellos se hubiere previsto, habiendo podido hacerlo, la posibilidad de acoger y permitir que dentro de este particular entorno, se diera aplicación al principio de oportunidad.

Así las cosas, teniendo en cuenta las exigentes condiciones que usualmente acompañan la aplicación del principio de oportunidad, y las importantes consecuencias que de ello se siguen, concluye la Corte que el silencio del texto

---

<sup>28</sup> La Corte se refiere a los ya mencionados Actos Legislativos 02 de 2012 y 01 de 2015.

constitucional sobre la posibilidad de legislar acerca de la procedencia de este mecanismo en el campo de la justicia penal militar, se traduce, sin duda, en la imposibilidad de proceder en ese sentido, por requerirse, tanto como siempre se ha considerado también en el caso de la justicia penal ordinaria, una expresa previsión de la norma superior, que actualmente no existe.

En esta medida, al derivarse del texto constitucional la prohibición de legislar en relación con este tema, para ser aplicado en el ámbito de la justicia penal militar, independientemente de su contenido específico, que en este caso la Corte no ha examinado, son inconstitucionales las normas que en tal sentido se incluyeron en la Ley 1765 de 2015, que en este caso fueron demandadas, y las demás respecto de las cuales se ha realizado integración normativa, por lo que así lo declarará este tribunal en la parte resolutive de esta sentencia.

#### **4. Conclusión**

Teniendo en cuenta que, tanto de la aplicación de los métodos histórico, sistemático y teleológico de interpretación en torno al contenido del vigente artículo 250 superior, como de las exigencias y graves implicaciones que rodearían la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la justicia penal ordinaria y/o penal militar, se concluye que se requeriría de una expresa previsión constitucional que permita su incorporación en cada uno de estos ámbitos, y considerando que el referido artículo 250 solo contempla la aplicación de este mecanismo para los procesos a cargo de la Fiscalía General de la Nación y la jurisdicción penal ordinaria, al paso que ni esta ni ninguna otra norma constitucional autoriza la posibilidad de aplicar esa misma figura dentro del ámbito de la justicia penal militar, sino que, por el contrario, su valoración en los términos consignados en este fallo, se traduce en su prohibición en esta última especialidad, la Corte determinó que el desarrollo legislativo contenido en los apartes acusados de los artículos 30 y 112, además de la totalidad de los artículos 111 y 113 a 120 de la Ley 1765 de 2015, resulta contrario al referido texto constitucional.

En consecuencia, esta corporación declarará inexecutable las disposiciones antes referidas, que establecen la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad dentro del ámbito de la jurisdicción penal militar.

#### **VIII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

#### **RESUELVE:**

Declarar **INEXEQUIBLES** los artículos 30 (parcial), 111, 112 (parcial), 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119 y 120 de la Ley 1765 de 2015, *“Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el*

*desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones.”*

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidente

*Con aclaración de voto*

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

*Con salvamento de voto*

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

*Ausente en comisión*

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrado

*Con aclaración de voto*

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

*Con salvamento de voto*

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

*Con salvamento de voto*

*Con aclaración de voto*

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO  
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO  
A LA SENTENCIA C-326/16**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL AMBITO DE LA JURISDICCION PENAL MILITAR**-El Artículo 250 de la Constitución, parte final, en realidad no prohibía la aplicación del principio de oportunidad en la justicia castrense sino que se limitaba a proscribir la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación pudiera conocer de los delitos cometidos por miembros de las fuerzas militares (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-10959

Acción Pública de inconstitucionalidad contra los artículos 30 (parcial), 111, 112 (parcial), 113, 114, 115 (parcial), 117, 118, 119 y 120 de la Ley 1765 de 2015.

Magistrado Ponente:  
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

El proyecto de decisión que como ponentes inicialmente llevamos a discusión de la Sala Plena acogía la postura esbozada por el Ministerio Público en su concepto en el sentido de que el artículo 250 de la Constitución, parte final, en realidad no prohibía la aplicación del principio de oportunidad en la justicia castrense sino que se limitaba a proscribir la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación pudiera conocer de los delitos cometidos por miembros de las fuerzas militares. Sin embargo en dicho proyecto de todas formas se proponía la declaratoria de inexecutable de las normas acusadas, pero con fundamento en que la Constitución no autorizaba expresamente lo que en ellas se regulaba, como sí lo hizo, expresamente en relación con la justicia ordinaria, aval que consideramos imperioso en virtud de las implicaciones que subyacen en torno a la figura del principio de oportunidad. Sin embargo, la mayoría de la Sala concluyó que la lectura integral y no segmentada del artículo 250 constitucional, tal y como quedó finalmente redactado, sí tenía el alcance prohibitivo al que también aludieron los demandantes. De modo que, en últimas, ambas razones se incluyeron en la sustentación de la declaratoria de inexecutable adoptada, no obstante que, desde mi punto de vista, y es ese el motivo de mi aclaración de voto, al efecto bastaba la argumentación inicial que propusimos, sin que desconozca la validez hermenéutica de la otra fundamentación que dedujo la mayoría.

*Fecha ut supra,*

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA  
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO  
A LA SENTENCIA C-326/16**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL AMBITO DE LA JURISDICCION PENAL MILITAR**-Artículo 250 de la Constitución Política guarda silencio sobre su aplicación en dicho ámbito y no puede ser entendido como una prohibición (Salvamento de voto)

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL AMBITO DE LA JURISDICCION PENAL MILITAR**-Decisión desconoció la cláusula general de competencia del Congreso para legislar sobre la materia (Salvamento de voto)

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL AMBITO DE LA JURISDICCION PENAL MILITAR**-Desconocimiento del precedente para la justicia especial que permite excepciones a la persecución de todos los delitos, como sucede en la jurisdicción indígena (Salvamento de voto)

**CAUSALES DE PROHIBICION DE PROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL AMBITO DE LA JURISDICCION PENAL MILITAR**-Problema de constitucionalidad radicaba en la omisión de incluir graves violaciones a los derechos humanos dentro de las causales de improcedencia de dicho principio (Salvamento de voto)

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Herramienta de política criminal excepcional, restrictiva y reglada que responde a la efectividad de la justicia material y a la racionalización del trabajo de los operadores judiciales hacia el impacto colectivo (Salvamento de voto)

**CONSTITUCION POLITICA**-Ausencia de regulación de una situación no implica su prohibición (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-10959

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 30 (parcial), 111, 112 (parcial), 113, 114, 115 (parcial), 117, 118, 119 y 120 de la Ley 1765 de 2015.

Magistrado Ponente:  
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a disentir de la decisión adoptada por la Sala Plena, en sesión del 22 de junio de 2016, que por votación mayoritaria profirió la **sentencia C-326 de 2016**.

2. La providencia de la que me aparto, declaró inexequibles los artículos 30 (parcial), 111, 112 (parcial), 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119 y 120 de la Ley 1765 de 2015, “[p]or la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones”.

3. En la decisión, la Sala Plena determinó que el primer asunto que la Corte debía resolver era si existía una prohibición o permisón que derivaría del contenido del artículo 250 Superior “en torno a la posibilidad de que el [L]egislador resuelva contemplar u ordenar la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la jurisdicción penal militar”. A esta cuestión, la mayoría concluyó que se requería de una provisión constitucional expresa para permitir la aplicación del principio de oportunidad en la Justicia Penal Militar (JPM) y que el artículo 250 sólo contempla la aplicación de este mecanismo en la justicia penal ordinaria y a cargo de la Fiscalía General de la Nación, de tal manera que “*ni ésta ni ninguna otra norma constitucional autoriza la posibilidad de aplicar esa misma figura dentro del ámbito de la justicia penal militar, sino que, por el contrario, su valoración en los términos consignados en este fallo, se traduce en su prohibición en esta última especialidad*”.

4. El fallo se fundamentó en que, de acuerdo con un análisis histórico, sistemático y teleológico del artículo 250 y en especial de su relación con los artículos 116 y 121 de la Carta Política, esa disposición contiene una prohibición tácita en relación con la posible aplicación del principio de oportunidad en el ámbito penal militar. Lo anterior, en la medida en que dicha norma constitucional excluye del conocimiento de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública y con ocasión del servicio a la Fiscalía General de la Nación y, por lo tanto, su función en relación con la aplicación del principio de oportunidad. De otra parte, consideró que dicha herramienta de política criminal es un mecanismo restringido, al tratarse de una excepción al deber de investigar, perseguir y sancionar delitos.

También, sostuvo que existen implicaciones para los derechos de las víctimas cuando la Justicia Penal Militar conoce de delitos que las afectan, pues tales garantías requieren de una protección adecuada, precisamente en un contexto en el cual se trata de servidores públicos que se rigen por principios de obediencia y estricta jerarquía, lo que “*parece incompatible con el comportamiento que, conforme a la Constitución, deben observar celosamente los titulares de la función judicial*”. Por lo tanto, la Sala Plena acogió una lectura del principio de oportunidad como un riesgo para la efectividad de los derechos de los ciudadanos

y, en consonancia con la necesidad de la modificación constitucional para su aplicación en el ámbito penal ordinario, concluyó que también se requería lo mismo en el campo penal militar.

Así pues, la decisión estableció que *“el silencio del texto constitucional sobre la posibilidad de legislar acerca de la procedencia de este mecanismo en el campo de la justicia penal militar, se traduce, sin duda, en la imposibilidad de proceder en ese sentido, por requerirse, tanto como siempre se ha considerado también en el caso de la justicia penal ordinaria, una expresa previsión de la norma superior, que actualmente no existe”*.

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

### **El artículo 250 de la Constitución y la Justicia Penal Militar.**

6. Como lo advirtió la sentencia C-326 de 2016, el artículo 250 de la Constitución regula la competencia de la Fiscalía General de la Nación en el marco de la justicia ordinaria. Así, la Constitución de 1991 le otorgó a esta institución el deber de *“investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes”*. El Acto Legislativo 03 de 2002 modificó este artículo al introducir elementos determinantes para la implementación del sistema penal acusatorio. Así, además de la obligación de investigar y de ejercer la acción penal bajo determinados supuestos y con el cumplimiento de ciertos requisitos, la aludida reforma constitucional introdujo una herramienta de política criminal como excepción explícita a dicho deber: el principio de oportunidad.

De la misma forma, desde la primera versión de dicho artículo hasta la actual, se ha mantenido otra excepción a las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación (FGN): el conocimiento de *“los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio,”* lo cual, en últimas, es una regla de competencia para un tipo de justicia especial.

7. La decisión de la referencia, al pronunciarse sobre el análisis histórico del artículo 250, indicó que esa norma constitucional regula la competencia de la FGN y la posibilidad de la aplicación del principio de oportunidad en la jurisdicción ordinaria. Por otra parte, señaló que la Justicia Penal Militar se encuentra regulada en el artículo 221 de la Carta Superior. Aunque coincido con esas apreciaciones, no comparto la conclusión que la mayoría desprendió de la anterior verificación, en la cual entendió que la regulación de la justicia ordinaria, con la habilitación expresa del uso del principio de oportunidad, implica una prohibición de la aplicación de tal principio para la JPM.

En mi criterio, justamente dicha constatación llevada a cabo por el fallo respecto del cual salvo mi voto, según la cual la regulación de la Justicia Penal Militar se encuentra radicada en el artículo 221 de la Constitución y no en el 250, determina el parámetro aplicable a esa jurisdicción. Es decir, que la inclusión de tal herramienta para la política criminal ordinaria se refiere a ese ámbito y no implica una prohibición para una materia que se regula en otra disposición constitucional.

8. El anterior entendimiento también se desprende de la jurisprudencia que este fallo citó en su análisis sistemático del artículo 250. Así, en la **sentencia C-591 de 2005**<sup>29</sup> se indica que la lectura de los artículos 250, 116 y 221 establece la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de los delitos cometidos por *“integrantes de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”*, y que las particularidades de esa justicia no son aplicables a la JPM<sup>30</sup>. Sin embargo, de nuevo difiero de lo planteado por la mayoría, pues considero que lo anterior no desencadena la conclusión de una *“prohibición cierta”* de aplicar el principio de oportunidad en la JPM, sino que las reglas que aplican para la justicia ordinaria son diferentes a las de esa jurisdicción especial.

9. En cuanto al criterio teleológico, la sentencia de la cual me aparto determinó que la finalidad de la norma es, además de establecer la exclusión mencionada, *“aclarar que en tal contexto no serán pertinentes las mismas reglas que rigen en*

---

<sup>29</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>30</sup> *“Una interpretación sistemática del artículo 221 constitucional con la expresión ‘Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio’, del primer inciso del Acto Legislativo 03 de 2002 conduce a afirmar que la jurisdicción penal ordinaria es incompetente para conocer de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo, y que a su vez, en la justicia penal militar, si bien deben respetarse los principios generales consagrados en la Constitución en relación con el debido proceso y las garantías judiciales, no resultan igualmente aplicables los principios enunciados en el primer inciso del artículo 250 constitucional, referidos de manera particular al sistema procesal penal con tendencia acusatoria.”*

*el ámbito de la justicia ordinaria, con la obvia excepción de aquellas que hagan parte integrante del derecho al debido proceso, o que sean desarrollo de otros derechos fundamentales, lo que, como se verá, no ocurre con el principio de oportunidad*". Pese a que comparto esa aproximación, mi reparo consiste en que, de nuevo, de ese análisis la posición mayoritaria desprendió una *"tácita prohibición en relación con la posible aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la justicia penal militar"*.

10. De conformidad con lo anterior, considero que el alcance del artículo 250 de la Constitución no establece una prohibición, ni explícita ni tácita, de la posibilidad de utilizar dicha herramienta de política criminal en el ámbito de la Justicia Penal Militar. En mi criterio, **esa disposición Superior no regula la JPM, sino que establece las competencias de la FGN en la justicia ordinaria**, para lo cual determina una exclusión explícita acerca de su competencia para el conocimiento de posibles delitos cometidos por integrantes de las Fuerzas Armadas en servicio activo y con ocasión del mismo y, además, habilita el principio de oportunidad para la jurisdicción de la que dicha norma se ocupa, lo cual es diferente.

Ahora bien, tras haber establecido los puntos sobre los que difiero de la decisión mayoritaria en relación con el alcance del artículo 250 de la Constitución paso a analizar las disposiciones que efectivamente regulan la JPM.

### **La Justicia Penal Militar en la Constitución de 1991**

11. Los artículos 116 y 221 de la Constitución se ocupan de la Justicia Penal Militar. El primero, establece las corporaciones, entidades e individuos que administran justicia y, explícitamente, incluye la JPM. Ahora bien, el Acto Legislativo 02 del 2012 añadió a dicha disposición la creación del Tribunal de Garantías Penales y le atribuyó las siguientes funciones de manera preferente: (i) ejercer como juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública; (ii) *"controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral"*; (iii) *"dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar"*; y (iv) las demás atribuciones que le asigne la ley.

Por su parte, el artículo 221 de la Carta, de acuerdo con el mismo Acto Legislativo, establece que los delitos cometidos por los integrantes de las Fuerzas Armadas en servicio activo y con ocasión del mismo (incluidas las infracciones al DIH), deben ser juzgados por cortes marciales o tribunales militares *"compuestos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro"*. Lo anterior, con excepción de *"los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado"*.

El referido acto legislativo también dispone que: (i) en relación con los posibles delitos cometidos en el conflicto, se aplicará el DIH y que una “*ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario*”; (ii) las dudas acerca de una conducta realizada durante un operativo serán resueltas por una comisión técnica, cuya composición y estructura será determinada por la norma estatutaria. No obstante, dicha institución estará compuesta por representantes de las jurisdicciones penal militar y ordinaria con apoyo de sus respectivos órganos de policía judicial; (iii) mediante leyes ordinarias se crearán juzgados y tribunales penales policiales, se adoptará un Código Penal Militar y se regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional; (iv) mediante una ley estatutaria se desarrollarán las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar; (v) se creará un fondo para la defensa técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública; y (vi) “*los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la Unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública*”.

12. De conformidad con lo anterior, **es claro que ninguna de las dos normas constitucionales menciona el principio de oportunidad ni tampoco lo prohíbe de forma explícita o implícita**. Inclusive, aún con los cambios introducidos por el Acto Legislativo 02 de 2012, se mantiene el texto original de las disposiciones sobre la jurisdicción penal militar contenidas en la Constitución de 1886<sup>31</sup>, aunque con las adiciones referidas que indudablemente establecen un nuevo alcance para dicha justicia especial. Lo que sí ha variado sustancialmente desde esa época es la aplicación de tales normas, para lo cual, los parámetros fijados por la Corte Constitucional han sido determinantes para establecer una interpretación restrictiva sobre el alcance del fuero penal militar y, por lo tanto, del contenido del criterio “*con ocasión del servicio*”<sup>32</sup>.

Cosa diferente es que en el marco de la modificación del artículo 250 de la Constitución Política, es decir, de la justicia ordinaria para la adopción del sistema penal acusatorio, se haya incluido expresamente o excluido la aplicación

<sup>31</sup> Constitución de 1886. “*Artículo 170.- De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código penal militar*”.

<sup>32</sup> Ver, por ejemplo, sentencia C-141 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell en la que se establece que el fuero penal militar no puede ser abordado como un privilegio, sino que debe ser entendido en relación con las particularidades de lo que sucede en la Fuerza Pública que responde a la necesidad de tener un conocimiento privilegiado de la función militar; Sentencia C-592 de 1993 M.P. Fabio Morón Díaz en la que se establece que los defensores en procesos penales no pueden ser militares en servicio activo; Sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz en la cual se determinó el alcance del artículo 221 de la Constitución debía ser interpretado de forma restrictiva y fijó los criterios que los jueces debían aplicar para establecer la competencia de una u otra jurisdicción (reiterada por la sentencia C-878 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra); Sentencia C-457 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño; sentencia C-737 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver también Maciá Cabarcas, Gina, “*Militares, Política y Derecho: Sobre los silencios de la constituyente de 1991*”, Universidad de los Andes, 2011.

del principio de oportunidad. Así, la decisión de la que me aparto consideró ese cambio constitucional histórico como una excepción a la obligación de investigar, juzgar y sancionar delitos. Sin embargo, a partir de consideraciones sobre los derechos de las víctimas, estimó que la falta de inclusión del principio de oportunidad en las disposiciones constitucionales sobre Justicia Penal Militar no sólo implica una prohibición tácita de su aplicación en diferentes ámbitos, sino además la exigencia de una habilitación constitucional expresa para autorizar su uso.

13. En mi criterio, el hecho de que no exista una prohibición expresa acerca de la aplicación de una herramienta de política criminal para la JPM hace que su regulación se encuentre dentro del amplio margen de configuración del Legislador en relación con la jurisdicción penal militar. Como lo ha advertido la jurisprudencia de esta Corporación, el marco constitucional que regula la Justicia Penal Militar establece que: (i) se trata de una excepción a la regla general de la justicia ordinaria que depende de dos elementos: (a) que el integrante de las Fuerzas Armadas esté en servicio activo y (b) que el delito se haya cometido con ocasión del servicio; (ii) aun cuando administra justicia no hace parte de la Rama Judicial, sino que está adscrita a la Rama Ejecutiva<sup>33</sup>; (iii) su aplicación es restrictiva<sup>34</sup>; (iv) aun en ese ámbito existen delitos que no pueden ser conocidos por la misma; y (v) se trata de un régimen penal especial que se explica *“a partir de las claras diferencias que existen entre los deberes y responsabilidades que tienen los ciudadanos y los que están llamados a asumir los miembros de la [f]uerza [p]ública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función especial, exclusiva y excluyente: el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a una reglas especiales propias de la actividad militar, opuestas por naturaleza a las que son aplicables en la vida civil”*<sup>35</sup>.

Específicamente, sobre los límites del margen de configuración del Legislador para regular la Justicia Penal Militar la **sentencia C-737 de 2006** reiteró que *“atendiendo a una interpretación sistemática de los artículos 125, 150-1-2-23, 217, 218 y 221 de la Constitución Política, esta Corporación ha señalado que la facultad para regular todo lo relacionado con la estructura y funcionamiento de la Justicia Penal Militar ha sido reservada al legislador, quien ese campo goza*

<sup>33</sup> Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>34</sup> Sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: *“La nota de especialidad del derecho penal militar, que explica su contenido y fija su alcance, la determina la misma Constitución al vincular las conductas típicas sancionadas por este código a la prestación activa del servicio confiado a los integrantes de la fuerza pública. En un Estado de Derecho, la función militar y la policiva están sujetas al principio de legalidad. El ejercicio del monopolio de la fuerza por el Estado, y las condiciones y modalidades en que se desarrolla, sólo son legítimos cuando se realizan conforme a la Constitución y a la ley. Entre las muchas normas que configuran el marco jurídico aplicable al uso y disposición de la fuerza que detenta el Estado, las que se plasman en el Código Penal Militar tienen la mayor relevancia en cuanto que en ellas se imponen deberes de acción o de abstención a los miembros de la fuerza pública. A través del derecho penal militar se pretende excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos”*.

<sup>35</sup> Sentencia C-737 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

de un amplio margen de configuración política para definir: (i) los comportamientos constitutivos de delito que de acuerdo con su competencia deben ser conocidos por esa jurisdicción especial, (ii) los procedimientos especiales que debe regir los juicios y, en general, (iii) todo lo relacionado con los órganos específicos que la integran y con su régimen de personal, lo cual incluye la creación y supresión de cargos, la forma de provisión, permanencia y retiro, y la fijación de los requisitos y calidades requeridas para el ejercicio de los mismos<sup>36</sup>. Además, la misma decisión precisó que la estructura y funcionamiento de la Justicia Penal Militar no sólo se puede determinar mediante el Código Penal Militar, sino que admite su regulación a través de leyes ordinarias<sup>37</sup> y la jurisprudencia ha reiterado que el Legislador tiene amplia libertad de configuración para establecer los diferentes modelos procesales en lo civil, comercial, familiar, agrario, laboral y penal, entre otros, sin que la Constitución imponga uno particular<sup>38</sup>, lo cual no excluye a la JPM.

14. En mi concepto, esa amplia libertad de configuración incluye la posibilidad de establecer para la JPM el modelo penal que se tenga a bien establecer, que puede ser, por ejemplo, acusatorio como el de la justicia ordinaria, dentro del cual es propio el uso del principio de oportunidad. En ejercicio de esta potestad configurativa, el Legislador expidió la Ley 1407 de 2010, relativa al proceso ante

---

<sup>36</sup> Sentencia C-737 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>37</sup> Sentencia C-737 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil citando sentencia C-676 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra “Aun cuando una lectura aislada de la expresión “con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”, contenida en el artículo 221 Superior, había llevado a sugerir que la definición de la estructura y funcionamiento de la Justicia Penal Militar solo podía llevarse a cabo mediante Código, la jurisprudencia constitucional ha descartado tal interpretación, precisando que “también mediante legislación complementaria, entiéndase leyes ordinarias, el legislador puede incluir modificaciones e introducir regulaciones a la Jurisdicción Penal Militar”. Ver también Sentencia C-399 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>38</sup> Sentencia C-205 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV Gloria Stella Ortiz Delgado. “19. De los precedentes jurisprudenciales citados, relacionados con el impacto de las pruebas de oficio, respecto de la imparcialidad del juez y la igualdad entre las partes, se puede concluir que la Constitución Política no presupone un determinado modelo procesal estricto, en lo civil, comercial, de familia, agrario, de lo contencioso administrativo, pero tampoco en materia penal, que determinara que cualquier desviación del modelo procesal, sería inconstitucional. Por el contrario, la Constitución confió en el legislador la competencia para diseñar, de manera discrecional, las estructuras procesales en las distintas materias, siempre y cuando respetara, con dichos procedimientos, garantías fundamentales del debido proceso (artículo 29 de la Constitución), el acceso a la justicia (artículo 229 de la Constitución) y el principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución) y velara por que dicho proceso propenda por la realización de los fines esenciales del Estado, en concreto la justicia y la igualdad material de todos (artículo 2 de la Constitución), a través de formas procesales razonables y proporcionadas que garanticen la prevalencia del derecho sustancial, sobre el procesal (artículo 228 de la Constitución). Estos límites a la configuración legislativa de los procesos, han sido determinados de manera constante por esta Corte.

De acuerdo con la Sentencia C-086 de 2016, es posible afirmar que “Es abundante la jurisprudencia que reconoce la amplia potestad del Legislador para regular los procedimientos judiciales. Ello, por supuesto, siempre y cuando “no ignore, obstruya o contraríe las garantías básicas previstas por la Constitución”, y con la premisa básica según la cual “el proceso no es un fin en sí mismo, sino que se concibe y estructura para realizar la justicia y con la finalidad superior de lograr la convivencia pacífica”.

la Justicia Penal Militar, que busca principalmente seguir un modelo acusatorio como el impuesto por la Ley 906 de 2004 para la justicia ordinaria, la cual a su vez se desprende de la modificación constitucional ya mencionada<sup>39</sup>.

Aun cuando considero que la lectura de los artículos 116, 221 y 250 de la Constitución Política era suficiente para entender que no existía la prohibición que la mayoría concluyó y que el Legislador al establecer el principio de oportunidad para la Justicia Penal Militar actuó dentro de sus competencias, para mí existen razones adicionales que complementan mi posición, a saber: (i) la lectura sistemática de la Constitución permite la coexistencia de diferentes mecanismos de política criminal que admiten excepciones a la obligación de investigar todos los delitos, bajo condiciones precisas; y (ii) la ausencia de regulación de una situación específica en la Constitución no implica una prohibición. Paso ahora a explicarlas.

### **La Constitución admite diferentes herramientas de política criminal**

15. Un ejemplo claro de que la Carta no contempla un unívoco entendimiento de la política criminal es el de la jurisdicción especial indígena. Veámos:

El artículo 246 de la Constitución reconoce la jurisdicción especial indígena y establece que las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer dicha competencia “*dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos mientras que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República*”. Así, la autonomía de estas comunidades en el ejercicio de su jurisdicción es una manifestación del derecho fundamental de autodeterminación de los pueblos indígenas y responde a los principios del pluralismo y la diversidad cultural, como pilares de nuestra Constitución. Tal autonomía se concreta en los derechos de las comunidades indígenas a determinar sus propias instituciones jurídicas, a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus normas y procedimientos particulares. Correlativamente, del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena se deriva un fuero que, a su vez, reconoce el derecho de los miembros de la comunidad a ser juzgados en el ámbito de sus usos y costumbres, con ciertos límites.

---

<sup>39</sup> Sentencia C-205 de 2016 M.P Alejandro Linares Cantillo. SV Gloria Stella Ortiz Delgado “20. *En el tema de las pruebas de oficio, no existe una determinación constitucional clara que permita afirmar que una ley que prohíba al juez dicha facultad o una que la autorice, sea en sí misma constitucional o inconstitucional. Incluso la Sentencia C-396 de 2007, que declaró constitucional la prohibición de pruebas de oficio en el proceso penal ordinario precisó que, aunque dicho sistema es constitucional, nada obsta para que otro sistema también encuadre en las exigencias constitucionales en la materia, en concreto, uno que autorice al juez a decretar pruebas de oficio. En efecto, es cierto que de la reforma constitucional introducida por el Acto legislativo 3 de 2002 pretendió la introducción de un sistema penal acusatorio y, por consiguiente, modificó las funciones de la Fiscalía General de la Nación, pero no se puede concluir que constitucionalmente Colombia se suscribió a un determinado modelo procesal estricto, como el modelo adversarial considerado por la doctrina como puro. La escogencia del modelo procesal es una labor del legislador, con el respeto de la Constitución, en concreto, de las funciones propias de la Fiscalía y de las garantías procesales propias de un debido proceso*”.

16. Esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la jurisdicción especial indígena y ha determinado que se rige por los principios de: (i) maximización de la autonomía de las comunidades indígenas<sup>40</sup>; (ii) mayor autonomía para la decisión de conflictos internos<sup>41</sup>; y (iii) a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía<sup>42</sup>. Además de lo anterior, este Tribunal ha establecido que los límites de dicha jurisdicción, como fueron dispuestos por el artículo 246 de la Carta -en la “*Constitución y la ley*”-, no corresponden a cualquier disposición constitucional o legal, pues esto acabaría con el pluralismo que rige la posibilidad de la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos, pero sí a “*la inviolabilidad de (i) el derecho a la vida, (ii) la prohibición de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, (iii) la prohibición de servidumbre y (iv) el debido proceso. Ese conjunto de normas constituyen límites inviolables para cualquier autoridad judicial, incluidas las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, cuando asumen el ejercicio de su jurisdicción*”<sup>43</sup>.

17. De otra parte, la jurisprudencia también ha establecido criterios para determinar la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la indígena cuando se dan conflictos, a saber: (i) si el acusado pertenece a la comunidad (criterio personal); (ii) el lugar donde ocurrió el supuesto delito (criterio territorial); (iii) la existencia de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad (criterio institucional),

---

<sup>40</sup> Sentencia C-463 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa. “*de acuerdo con este criterio, las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas solo son admisibles cuando (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en las circunstancias del caso concreto; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía. (iii) La evaluación de esos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad*”.

<sup>41</sup> Sentencia C-463 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa “*la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes (o autoridades de dos culturas diferentes), pues en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, como lo ha explicado la Corte (Sentencia T-496 de 1996)*”.

<sup>42</sup> Sentencia C-463 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa “*En tal fallo (T-514 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas, se estableció que el principio no puede concebirse como una prescripción dirigida a los jueces para dar mayor protección a la autonomía de ciertos grupos indígenas (los de mayor conservación o aislamiento), sino como una descripción sobre el estado actual de los usos y costumbres de los pueblos originarios, que tiene como consecuencia la mayor o menor necesidad de “traducción de los sistemas jurídicos tradicionales en categorías occidentales o viceversa*”.

Es decir que, frente a comunidades con alto grado de conservación de sus costumbres, el juez debe ser más cauteloso y enfrenta una necesidad mayor de valerse de conceptos de expertos para aproximarse al derecho propio, mientras que ese acercamiento puede efectuarse de manera menos rigurosa frente a comunidades que hayan adaptado categorías y formas del derecho mayoritario. Sin embargo, precisó la Corte, el grado de conservación cultural no puede llevar al operador judicial a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones

<sup>43</sup> Sentencia C-463 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa que reitera la sentencia SU-510 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

lo cual responde específicamente al respeto por los derechos al debido proceso y de las víctimas; y (iv) la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado por una conducta punible para establecer si el interés es de la comunidad indígena, de la cultura mayoritaria o de ambos (criterio objetivo).

18. La existencia de la jurisdicción especial indígena y el reconocimiento del autogobierno de estos pueblos y de un fuero indígena demuestran que la Constitución admite la coexistencia de diferentes formas de desarrollar la política criminal, en este caso en razón de la protección de la identidad cultural. Así, la Carta admite la coexistencia de diferencias radicales entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, por ejemplo, en cuanto a las conductas punibles o a las penas que les corresponden a las mismas en ambas jurisdicciones. Más allá, no se trata de una jurisdicción indígena homogénea pues, por el contrario, cada pueblo indígena tiene una forma propia de gobernarse y sistemas jurídicos disímiles entre sí. Luego, aun cuando existen límites al alcance de esta jurisdicción, ello no implica que se proscriba la posibilidad de que, en la misma, se establezcan conductas que no sean perseguidas o lo sean de forma diferente a la de la cultura mayoritaria.

19. Si bien lo anterior no implica que la justicia especial indígena deba o no aplicar el principio de oportunidad, su reconocimiento sí puede constituir una excepción a la obligación de investigar, perseguir y sancionar todas las conductas que un ordenamiento jurídico considera delitos. Por tanto, la visión de justicia que impone la Constitución de 1991 no es de carácter punitivista, sino que permite excepciones a dicha obligación basadas, por ejemplo, en la autodeterminación de los pueblos indígenas o, como en el caso del principio de oportunidad para la justicia ordinaria, fundada en criterios de justicia material.

En este contexto, como lo ha advertido la jurisprudencia de esta Corporación, el ejercicio del principio de oportunidad, como una herramienta de política criminal excepcional, restrictiva y reglada responde a la efectividad de la justicia material y a la racionalización del trabajo de los operadores judiciales hacia el impacto colectivo<sup>44</sup>. Luego, el dejar de perseguir una conducta, por ejemplo, por reevaluación del interés público en su persecución con el objetivo de acceder a información determinante para la investigación de delitos cometidos por el crimen organizado, puede llegar a ser justificado. Además, como ha sido dispuesto para la justicia ordinaria a partir del artículo 250 de la Constitución, el ejercicio del principio de oportunidad se encuentra sujeto al control de legalidad de un juez con función de control de garantías.

20. Así pues, ante la ausencia de una prohibición constitucional expresa, la lectura sistemática de la Constitución debió tener en cuenta la posibilidad que plantea la Justicia Especial Indígena en relación con la excepción de persecución de todas las conductas punibles como un elemento para entender que la Carta admite diferentes políticas criminales. Por consiguiente, la habilitación legislativa

---

<sup>44</sup> Ver por ejemplo, sentencias C-673 de 2005 M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-979 de 2005 M. P. Jaime Córdoba Triviño, C-209 de 2007 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-936 de 2010 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-387 de 2014 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

del principio de oportunidad, como una herramienta de política criminal para la JPM era válida, siempre que su diseño cumpliera con los parámetros constitucionales fijados por esta Corporación.

### **La ausencia de regulación en la Constitución de una situación específica no implica su prohibición**

21. De otra parte, la decisión mayoritaria entendió que la ausencia de una norma constitucional habilitante para la aplicación del principio de oportunidad constituía un silencio que, además, debía entenderse como una prohibición. En mi concepto, el anterior acercamiento tiene dos problemas. El primero, es que la Carta no se puede concebir mediante una aproximación que exija una norma específica que regule expresamente cada circunstancia, pues esto atenta contra el elemento de estabilidad de la norma constitucional. El segundo, que la ausencia de una disposición habilitante particular no implica una prohibición. En consecuencia, el fundamento de la decisión no se deriva del artículo 250 de la Constitución, ni de los cargos planteados en la demanda, sino de un análisis que escapa a ese ámbito.

22. Las cláusulas constitucionales son disposiciones con un carácter general y no tienen la vocación de regular cada situación concreta en el universo de las relaciones en el Estado. Por el contrario, la estabilidad de la norma Superior radica en que dispone las reglas básicas y los principios y valores transversales al Estado Social de Derecho. Inclusive, el artículo 94 de la Constitución establece que el reconocimiento de los derechos fundamentales en la Carta Superior no es taxativo<sup>45</sup>. Luego, la falta de regulación de una situación específica no significa que exista un vacío, sino que se debe acudir a las reglas generales de interpretación de la Carta. En otras palabras, el silencio acerca de la aplicación del principio de oportunidad en la Justicia Penal Militar implica que, como advertí, su incorporación se encontraba dentro del ámbito del margen de configuración de Legislador.

23. De otra parte, dado que la aplicación del principio de oportunidad en la justicia ordinaria requirió de una modificación constitucional expresa, la decisión mayoritaria concluyó que se requería lo mismo para la Justicia Penal Militar. Adicionalmente, indicó que ese hecho, sumado a los riesgos de dicha figura para los derechos de las víctimas, hacía necesaria la habilitación constitucional expresa<sup>46</sup> y añadió que se tuvo oportunidad para ello con los Actos Legislativos 02 de 2012 y 01 de 2015, pero que no se hizo. Más allá, señaló que ese silencio implicaba una prohibición para el Legislador de incorporar el principio de

---

<sup>45</sup> Constitución de 1991. Artículo 94. “*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*”.

<sup>46</sup> “*En esta perspectiva, y por las razones que vienen de anotarse, particularmente las serias implicaciones y peligros que puede generar la aplicación del principio de oportunidad, entiende la Sala que la introducción de este mecanismo en el ámbito de la justicia penal militar, requeriría también, a fortiori, de una expresa previsión constitucional en tal sentido, que hasta la fecha se echa de menos*”.

oportunidad en la jurisdicción penal militar. En mi criterio, las anteriores conclusiones no pueden derivarse de la ausencia de una norma habilitante y mucho menos del artículo 250 de la Constitución.

24. Para mí, el análisis que la providencia efectuó para llegar a las anteriores conclusiones escapa al ámbito del artículo 250 y al cargo estudiado por la Sala (únicamente por violación de dicha norma superior), ya que para la mayoría, en últimas, la prohibición implícita ante la ausencia de norma expresa se desprende de un análisis que parte de la Justicia Penal Militar, su naturaleza y sus particularidades y de los derechos de las víctimas, aspectos que no están regulado en esa disposición constitucional. Por ende, el silencio Constitucional sobre la aplicación del principio de oportunidad para la JPM debía remitir a las competencias generales del Legislador para la determinación de una política criminal, dentro de las cuales, y bajo una interpretación sistemática de la Carta (que permite diferentes herramientas de política criminal que a su vez contienen excepciones a la obligación de investigar y sancionar todas las conductas punibles), éste se encontraba habilitado para regular esa materia.

Lo anterior no significa que el Congreso de la República este habilitado para regular la aplicación del principio de oportunidad de cualquier forma sino que, al hacerlo, debe ceñirse a los parámetros constitucionales. Precisamente, considero que, en este caso, el Poder Legislativo vulneró uno de esos límites ya que una de las normas declaradas inexecutable sí tenía un problema de constitucionalidad. Veamos.

### **Las causales de prohibición de procedencia del principio de oportunidad en la Justicia Penal Militar sí tenían un problema de constitucionalidad**

25. Por último, considero que una de las normas acusadas sí tenía un problema de constitucionalidad, puesto que no excluía explícitamente las graves violaciones a derechos humanos, como una de las causales en las que se prohibía la aplicación de esta herramienta. En efecto, el artículo 114 de la Ley 1765 de 2015, en su párrafo segundo, contemplaba los casos en los cuales no se podía aplicar el principio de oportunidad, a saber: (i) las investigaciones o acusaciones por delitos contra la disciplina, el honor, el servicio y contra los intereses y la seguridad de la Fuerza Pública; (ii) los delitos contra el derecho internacional humanitario; y (iii) cuando tratándose de conductas dolosas la víctima fuera un menor de dieciocho años. Así, las graves violaciones a los derechos humanos, evidentemente no hacían parte de estas exclusiones.

26. Como la misma decisión lo señaló, la aplicación del principio de oportunidad tiene un carácter excepcional y restrictivo en virtud del principio de legalidad, que ordena la investigación de todas las conductas delictivas. Si bien el marco constitucional admite esta herramienta de política criminal dentro del sistema penal acusatorio, su procedencia está sujeta a límites. En este sentido, la Corte ha analizado en varias oportunidades las causales que habilitan la aplicación de tal principio en la justicia ordinaria y ha concluido que se trata de situaciones excepcionales con fundamento en la justicia material y en la racionalización del

trabajo de los operadores judiciales. Sin embargo, aún bajo la concurrencia de dichos fundamentos no siempre procede su aplicación, la cual está sujeta a causales específicas y a la revisión por parte de un juez en ejercicio de funciones de control de garantías.

Es indudable que, en el marco constitucional las graves violaciones de los derechos humanos, en tanto implican una vulneración mayúscula de los derechos fundamentales de las personas, constituyen un tipo de conducta punible respecto de la cual el Estado tiene todo el interés y la obligación de investigar, perseguir y sancionar, por múltiples razones entre las que se encuentra, por ejemplo, el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional. Entonces, la excepción a la investigación o persecución de un delito de esa naturaleza resulta desproporcionado, específicamente en relación con el sacrificio que aquello significaría para los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

De conformidad con lo anterior, al margen de sostener que la decisión de la que me aparto desconoció la competencia del Legislador en materia de política criminal por las razones que expuse, adicionalmente considero que las normas declaradas inexecutable tenían la obligación de incluir las graves violaciones de derechos humanos como una de las causales de improcedencia del principio de oportunidad.

*Fecha ut supra*

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO  
Magistrada

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA  
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA  
A LA SENTENCIA C-326 /16**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL AMBITO DE LA JURISDICCION PENAL MILITAR**-Prohibición constitucional expresa sobre su aplicación (Aclaración de voto)

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL AMBITO DE LA JURISDICCION PENAL MILITAR**-Inexistencia de vacío constitucional (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-10959.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 30 (parcial), 111, 112 (parcial), 113, 114, 115 (parcial), 117, 118, 119 y 120 de la Ley 1765 de 2015, *“Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones.”*.

Demandantes: Angélica Lozano Correa y otros.

Magistrado Ponente:  
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Acompaño la decisión adoptada en la sentencia C-326 de 2016<sup>47</sup>, en la que se declaró la inexecutable de los artículos 30 (parcial), 111, 112 (parcial), 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119 y 120 de la Ley 1765 de 2015, *“Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras*

---

<sup>47</sup> SV Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y, AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y María Victoria Calle Correa.

*disposiciones*”<sup>48</sup>. Sin embargo, aclaro mi voto por los motivos que a continuación enuncio.

Los demandantes fundaron la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, que regularon de manera general la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la Justicia Penal Militar, en el desconocimiento del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002; parámetro de control que, en su consideración, solo permite la aplicación de dicha herramienta de la política pública criminal del Estado dentro de la Jurisdicción Penal Ordinaria – sistema acusatorio. En tales condiciones, atendiendo además a las intervenciones oportunamente allegadas, la Sala afirmó en la sentencia C-326 de 2016 que la prosperidad del cargo dependía *“de un asunto fundamental, como es la eventual regla de prohibición o permisión que quepa derivar del contenido del artículo 250 superior, ...”*.

La Sala Plena, acudiendo a los criterios interpretativos histórico, sistemático<sup>49</sup> y teleológico, afirmó que el artículo 250 referido sí contenía una prohibición implícita o tácita de extensión del principio de oportunidad al escenario de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el mismo, de conocimiento de la Justicia Penal Militar. Pese a dicha conclusión, que llevaba por sí misma a la Corte a declarar la inconstitucionalidad de los enunciados demandados, la mayoría estimó oportuno continuar con el análisis de constitucionalidad a partir del estudio sustancial del principio de oportunidad y del fuero penal militar.

Tras dicho enfoque la Sala consideró que el principio de oportunidad, que materializa una excepción a la obligación constitucional de ejercer la acción penal, es un mecanismo restringido y, por lo tanto, la posibilidad de que se extienda por parte del Legislador es muy limitada. Agrega que, en la medida en que la Justicia Penal Militar pertenece a la Rama Ejecutiva del poder público, sus funcionarios están habituados al deber de obediencia dentro de una estructura jerarquizada, y esto no es compatible con la independencia que requiere el funcionario judicial para la aplicación del principio de oportunidad, máxime en casos en los que pueden verse seriamente afectados los derechos de las víctimas. En este último sentido, también se destacó que el principio de oportunidad no hace parte de las posiciones de derecho fundamental de que son titulares los involucrados en cualquier escenario de aplicación punitiva. Bajo esta línea argumentativa, se concluyó que como la Constitución guardaba silencio sobre la posibilidad de aplicar la herramienta citada en la Justicia Penal Militar, el legislador no podía prever tal posibilidad.

En mi consideración, es claro que el artículo 250 de la C.P., modificado por el acto legislativo 03 de 2002, contiene una expresa prohibición para la aplicación del mencionado mecanismo:

---

<sup>48</sup> La Sala Plena integró a su análisis de constitucionalidad enunciados normativos no demandados pero que guardaban unidad de materia con la aplicación del principio de oportunidad en el marco de la Jurisdicción Penal Militar (apartado 2 de la providencia).

<sup>49</sup> Especialmente con los artículos 116 y 221 de la CP.

*“ARTÍCULO 250. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 03 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. **Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.**” (subrayas propias).*

Así las cosas, la decisión de inconstitucionalidad parte de manera fundamental de la interpretación literal y sistemática de la norma transcrita. Aunque los demás argumentos expuestos por la Sala refuerzan tal conclusión, en mi opinión lo acertado consiste en sostener que sí existe una prohibición expresa de aplicar a los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, esto es, los de conocimiento de la Justicia Penal Militar, el principio de oportunidad, y no sostener que ello es así porque existe un vacío constitucional ante el cual el legislador no puede ejercer su competencia reguladora.

*Fecha ut supra*

María Victoria Calle Correa  
Magistrada