

**ENTRE LA LÍNEA DE LO PENAL MILITAR Y DE LA JUSTICIA ORDINARIA O
ESPECIALIZADA**



SANDRA SOFÍA CHACÓN JIMÉNEZ

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS - UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DIVISION CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRIA DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2015**

ENTRE LA LÍNEA DE LO PENAL MILITAR Y JUSTICIA ORDINARIA

SANDRA SOFÍA CHACÓN JIMÉNEZ

**ENTRE LA LÍNEA DE LO PENAL MILITAR Y DE LA JUSTICIA ORDINARIA O
ESPECIALIZADA**

SANDRA SOFÍA CHACÓN JIMÉNEZ

**Estudio de caso para optar al título de
Magíster en Derecho Penal**

DIRECTOR:

DR. JOSÉ GUILLERMO EDUARDO FERRO TORRES

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS - UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DIVISION CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRIA DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2015**

Resumen

Versa sobre la inseguridad jurídica que existe en Colombia sobre los alcances del fuero penal militar y cómo ha sido la evolución de esa figura desde la Constitución Nacional de 1991, llegándose a la aplicación del acto administrativo: *Apoyo a la justicia penal militar* durante los años 2006 a 2012, en contravía de importantes principios constitucionales como lo son la primacía de la Constitución, el derecho fundamental al debido proceso, el del juez natural y el amparo existente para el juzgamiento por parte de la justicia penal militar para los miembros de la fuerza pública de los hechos que se presenten con ocasión al servicio. Tomándose para efectos didácticos un caso de la vida real, que ejemplariza claramente la situación de incertidumbre a la que se pueden ver estos aforados por la falta de una clara regulación sobre los límites de la justicia penal militar y la justicia ordinaria.

Palabras clave: constitución, fuero penal militar, justicia penal militar, debido proceso, juez natural.

Abstract

Concerns the legal uncertainty that exists in Colombia on the scope of military criminal jurisdiction and how it has been the evolution of that figure from the National Constitution of 1991 , reaching the implementation of the administrative act : Support for the military courts during 2006 2012, counter to important constitutional principles such as the primacy of the Constitution , the fundamental right to due process, the natural judge and existing pursuant to the judgment by the military justice for members of the security forces of events that occur during the service . Taking for didactic purposes a case of real life , which clearly exemplifies the situation of uncertainty that can see these gauged by the lack of clear regulations on the limits of military criminal justice and ordinary justice .

Keywords: constitution, military criminal courts , military courts , due process , natural judge.

*A mi familia con todo cariño y
dedicación*

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
1. ESTADO DEL ARTE	14
1.1 LA JUSTICIA PENAL MILITAR: UNA HISTORIA, TODO UN SENTIDO	14
1.2 ELEMENTOS Y FUNDAMENTOS DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR	25
2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL: ÁMBITOS DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR	37
2.1 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL FUERO PENAL MILITAR EN COLOMBIA	38
2.1.1 Primer Periodo: Años 1992 a 1996	38
2.1.1.1 Corte Constitucional	38
2.1.1.2 Corte Suprema de Justicia	47
2.1.1.3 Consejo Superior de Judicatura	51
2.1.2 Segundo Periodo: Años 1997 a 2001	58
2.1.2.1 Corte Constitucional	58
2.1.2.2 Corte Suprema de Justicia	82
2.1.2.3 Consejo Superior de Judicatura	90
2.1.3 Tercer Periodo: Años 2002 a 2014	102
2.1.3.1 Corte Constitucional	102
2.1.3.2 Corte Suprema de Justicia	109
2.1.3.3 Consejo Superior de Judicatura	159
2.2 ANÁLISIS GENERAL DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	182
3. INSEGURIDAD JURÍDICA FRENTE AL JUZGAMIENTO DE MIEMBROS ACTIVOS DE LA FUERZA PÚBLICA	185
3.1 EXPOSICIÓN DEL CASO	187
3.1.1 Hechos de referencia	188
3.1.2 Antecedentes procesales	189

3.1.3	Análisis del caso	191
3.1.3.1	Homicidio simple, homicidio agravado y homicidio en persona protegida	191
3.1.4	Conclusión de caso	200
3.1.5	Preguntas generadoras del relato para el análisis	201
4.	CREACIÓN COMITÉ INTERINSTITUCIONAL - POLÍTICAS DE FORTALECIMIENTO COMITÉ INTERINSTITUCIONAL	204
4.1	COMITÉ INTERINSTITUCIONAL	208
4.2	PROTOCOLOS A SEGUIR	210
4.2.1	Protocolos de inteligencia de combate	210
4.2.2	Protocolos relacionados con el planeamiento, ejecución de las operaciones y cadena de mando	213
	Protocolos relacionados con el armamento y municiones	218
4.2.3	CONCLUSIONES	220
	FUENTES DE CONSULTA	223
	ANEXOS	
	Anexo No. 1. Acto administrativo entre el Ministerio de Defensa Nacional y la Fiscalía General de la Nación: Apoyo a la Justicia Penal Militar	229
	Anexo No. 2. Anulan acuerdo firmado entre gobierno y fiscalía por justicia penal militar	231
	ANEXO No. 3. La justicia penal militar: ¿en crisis?	234

INTRODUCCIÓN

Para teñir el panorama de pinceladas más dramáticas y angustiosas, la H. C. C. ha asumido la posición de restringir en sus decisiones el llamado fuero penal militar, hasta conducirlo a su más minúscula expresión, enfatizando además el carácter residual de la jurisdicción, todo lo cual nos sitúa ante la nada satisfactoria idea de la existencia de una tendencia a eliminarla, mediante un paulatino, pero inexorable, arrinconamiento. *La justicia penal militar: ¿en crisis?* José Guillermo Eduardo Ferro Torres

El 14 de junio de 2006 se firmó un acto administrativo entre el Ministerio de Defensa Nacional y la Fiscalía General de la Nación con el fin de expedir varias directrices tendientes a facilitar las acciones en las investigaciones que se generaran con ocasión de operaciones propias de las Fuerzas Militares denominado: *Apoyo a la justicia penal militar*. (Ver anexo No. 1) En ese acto se establecían seis directrices con fundamento en los arts. 29, 221 y 250 de la Const. Nal., el art. 45 del Cod. de Procedimiento Penal y la sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional, directrices que se aplicaron en el país desde el 2006 hasta el 15 de noviembre del año 2012, cuando la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró la nulidad de algunos de sus numerales al determinar el alto tribunal que:

en sus numerales 4, 5 y 6, efectivamente, incurre en violación de los artículos 29, 221, 250 y 256-6 de la Constitución Política, 1º, 2º y 264 del Código Penal Militar y 112-2 de la Ley 270 de 1996, lo que hace innecesario el estudio de los demás cargos que se formulan en la demanda y que conducirá a que se adopte la decisión de declarar su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia. (CONSEJO DE ESTADO, 2012. pág. 49)

La parte inicial del acto administrativo *Apoyo a la justicia penal militar* de 2006, presenta una justificación de la razón para la expedición de las directrices que en él se contempla indicando que con ocasión de las operaciones propias de las fuerzas militares se “presentan con alguna frecuencia situaciones en las que se producen hechos que revisten las características del homicidio al cual se refiere el art. 103 del Código Penal, o del homicidio en persona protegida al que alude el art. 135 ibídem;” (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - FGN, 2012. pág.1), circunstancias que hacían necesaria la inspección técnico científica de los lugares en los que ocurrieran tales hechos, para lo cual se establecía en el numeral 3º de ese acuerdo, que la fuerza

pública debía “llevar a cabo el desplazamiento de los servidores del CTI al lugar de los hechos” (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - FGN, 2012. pág.1) procurando su seguridad y retorno a la respectiva sede, pero sobrepasándose en el numeral 6° de ese mismo acto las competencias de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación establecidas en el art. 250 de la Const. Nal., al descansar en el fiscal de la justicia ordinaria la potestad de determinar la competencia jurisdiccional que debía conocerlos e investigarlos, cual para el Consejo de Estado es “una incuestionable usurpación de la competencia asignada a los funcionarios de Instrucción Penal Militar, a quien les está atribuida la función de conocer de todos los delitos relacionados con el servicio,” (CONSEJO DE ESTADO, 2012. pág. 46). Además el numeral 6° del acto administrativo Apoyo a la justicia penal militar de 2006 constituía una clara violación al fuero penal militar contemplado en el art. 221 de la Const. Nal., al pasar situaciones producidas con ocasión de operaciones propias de las Fuerzas Militares al conocimiento de la justicia ordinaria, como claramente lo advierte el Consejo de Estado al entender que “los artículos 221 y 250 de la Carta Política, radican la competencia para investigar y juzgar los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio en la Justicia Penal Militar.” (CONSEJO DE ESTADO, 2012. pág. 46).

La decisión señala que “la disposición demandada atenta contra el fuero militar porque le atribuye a la Fiscalía General la facultad de investigar preventivamente posibles delitos cometidos por miembros de la fuerza pública por lo que el Consejo de Estado aclaró que “luego de que el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) realice sus labores de inspección, búsqueda, recolección y aseguramiento de las evidencias físicas en el lugar de los hechos, así como las entrevistas de los posibles testigos, estos funcionarios deberán remitir sus informes, ya no a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía, sino al Juez de Instrucción Penal Militar para que éste defina la competencia para conocer el proceso”. (LA FM, 2012, online)

Para el Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez el acto administrativo de *Apoyo a la justicia penal militar de 2006* afectaba de manera grave el fuero penal militar establecido en el art. 221 de la Const. Nal., al desconocer que los tribunales militares y no la Fiscalía General de la Nación son los competentes para investigar y juzgar los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y por hechos relacionados con el servicio, así mismo el acto mencionado desconocía el art. 256 de la Const. Nal., y el art. 112 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que asigna en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura la potestad de dirimir cualquier conflicto de competencia entre la Justicia Penal Militar y la justicia

ordinaria. Además, con ese acto se les vulneraba a los aforados el derecho fundamental al debido proceso contemplado en el art. 29 de la Const. Nal., en el Cod. Penal y en Cod. Penal Militar. Y por último, el acto administrativo mencionado anteriormente frente a la duda que existe en la actualidad sobre la aplicación de los Derechos Humanos (DDHH) y del Derecho Internacional Humanitario (DIH) dejaba casi sin contenido los asuntos de competencia de la Justicia Penal Militar. (Ver anexo No. 2)

Deben distinguirse las violaciones a los derechos humanos, que rigen en tiempos de paz, de las infracciones al derecho internacional humanitario o crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad, que son las violaciones sistemáticas de los derechos de la población civil que obedecen a políticas de Estado. Así, no se puede suponer que todo posible homicidio u homicidio en persona protegida cometido ‘con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares’ no sea competencia de la Justicia Penal Militar por ser un delito de lesa humanidad, ni que el fuero penal militar no aplica para los crímenes de guerra. De ser así, dijo el Procurador General, la Justicia Penal sólo operaría para ‘las conductas de deserción, cobardía, desobediencia, indisciplina u otras faltas semejantes que sólo le son atribuibles a los miembros de las fuerzas armadas pero que no abarcan todas las posibles conductas delictivas en que pueden incurrir sus miembros en el ejercicio de sus funciones’. (EQUIPO NIZKOR, 2012. pág. 1)

El tema del fuero penal militar es de gran trascendencia en la actualidad colombiana, no solo para los aforados con él, sino para la sociedad en general, especialmente en el marco de los diálogos de paz que se realizan en La Habana, Cuba. Básicamente, se entiende “el Fuero Penal Militar, como prerrogativa de carácter funcional” (DE MARES, pág. 1) como “una excepción al principio general que otorga la competencia de la investigación y el juzgamiento de los delitos a la jurisdicción ordinaria y se encuentra consagrada en la Constitución Política” (DE MARES, pág. 1). Desde esta óptica, en el primer capítulo *Estado del Arte* de este trabajo se aborda el tema de la Justicia Penal Militar y lo que representa para la Institución el Fuero Militar. En el segundo capítulo *Línea Jurisprudencial: ámbito de competencia de la Jurisdicción Penal Militar* se realiza una breve descripción jurisprudencial frente al Fuero Penal Militar en relación con la Constitución Política de 1991 por parte de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y Consejo Superior de la Judicatura. En el tercer capítulo: *Inseguridad Jurídica frente al juzgamiento de miembros activos de la Fuerza Pública* se muestra cómo se carece de un marco jurídico suficiente lo cual ha conducido a equivocaciones de interpretación frente a los conceptos de DD.HH y DIH en el contexto del conflicto armado interno, propiciándose con esa falencia

situaciones de inseguridad jurídica para los miembros de la fuerza pública cuando se está frente a actos de servicio, situación que se ejemplariza a través del caso seleccionado en este trabajo de grado que ya fue fallado en primera instancia, en que se muestra cómo de un solo hecho operacional militar, como lo es un combate, se han realizado diferentes calificaciones jurídicas en cuanto al tipo penal atribuible por la falta de delimitación clara de los alcances que en la realidad tiene el fuero penal, generando esta situación incertidumbre en los procesados sobre las normas con las que se les está realmente juzgando. No obstante, se tendrá en anonimato los sujetos procesales, la reserva del sumario y se alteran las fechas de los hechos, toda vez que todavía el caso no está amparado con la figura de cosa juzgada. En el cuarto capítulo *Creación Comité Interinstitucional – Política de fortalecimiento*, se expone la importancia de crear un comité interinstitucional y se reseñan los protocolos a seguir tanto de inteligencia de combate como los relacionados con el planeamiento y los de armamento y municiones, que permitan al operador jurídico diferenciar un hecho operacional militar, de un acto grave infracción de los DD.HH y del DIH. En tal sentido, se presenta desde la perspectiva jurídico-militar posibles funciones, facultades y directrices que podrían conformar dicho comité sin pretender lesionar la función constitucional que tiene el Consejo Superior de la Judicatura. El objetivo general de este escrito se centra en demostrar la desnaturalización del Fuero Penal Militar contemplado en el art. 221 de la Const. Nal., durante los años de vigencia de la misma, lo cual ha dejado enormes dudas sobre los alcances reales de la competencia la justicia penal militar y la justicia ordinaria, dando como resultado un sentimiento de inseguridad jurídica en los miembros de la Fuerza Pública que con ocasión de las operaciones propias del servicio son procesados en el país. Ejemplo de tal situación es el caso seleccionado para esta exposición.

Enrique Yacuzzi en el artículo *El estudio de caso como metodología de investigación: teoría, mecanismos causales y validación*, afirma que el método del estudio de caso en Ciencias Sociales se emplea para estudiar temas vigentes de los que el investigador no tiene control, buscando dar respuesta a las preguntas de tipo *cómo* y *por qué* ocurren tales fenómenos. La importancia del empleo del estudio de casos en la investigación social se centra en que permite a los estudiosos de la sociedad el acercamiento a realidades tempranas a través de tareas descriptivas centradas en lo particular de la situación analizada. Y aunque el estudio de casos no permite generalizar sus conclusiones debido al pequeño tamaño de la muestra, no siempre dejan

de ser representativos los resultados obtenidos del estudio del caso seleccionado. “Una forma (la “salida débil”) de evitar este problema es considerar al caso como una etapa preliminar de un estudio que luego buscará resultados generales a través de los medios estadísticos” (YACUZZI, s.f. pág. 8) Y *la salida fuerte* no es la que busca generalizar los hallazgos del caso a toda la población de condiciones similares, sino la que a partir de la elección de un caso distintivo obtiene resultados que aportan elementos centrales para la discusión teórico social. “La relevancia del caso y su generalizabilidad no provienen, entonces, del lado estadístico, sino del lado lógico: las características del estudio de caso se extienden a otros casos por la fortaleza del razonamiento explicativo.” (YACUZZI, págs. 8-9)

El caso seleccionado en este trabajo de grado está en concordancia con lo que YACUZZI (s.f.) denomina la *salida fuerte del estudio de casos* (pág. 8), por ser un hecho representativo de lo que está ocurriendo en la actualidad con el cual se puede examinar la Justicia Penal Militar en Colombia, centrando la atención en la inseguridad jurídica que representa para los miembros de la fuerza pública el fuero penal militar contemplado en el artículo 221 de la Const. Nal., tal como está reglamentado y su relación con la aplicación de los Derechos Humanos (DDHH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), ambigüedad que se intentaba superar a través del Acto Legislativo 2 de 2012, que fortalecía el fuero penal militar “en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, en tanto con los nuevos delitos tipificados, la situación judicial de los miembros de la Fuerza Pública sería en un marco de Derechos Humanos.” (DE MARES, 2013. pág. 6). Lamentablemente el limbo jurídico respecto al tema continúa debido a la declaración de inexecutable de todo el Acto Legislativo 2 de 2012 por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-740/13, M.P. Nilson Pinilla Pinilla de octubre de 2013.

Con el objetivo de zanjar los vacíos legales mencionados y estas fallas procedimentales es que el Gobierno colombiano decidió proponer la modificación al Fuero Penal Militar, mediante el Acto Legislativo 2 de 2012. El espíritu de esta reforma era brindar seguridad jurídica a los miembros de la Fuerza Pública para el desarrollo de sus funciones. En esa perspectiva, se busca que bajo el imperio del Estado de Derecho con normas claras, se juzgue teniendo en cuenta la particular situación que representa un conflicto armado de carácter no internacional. (DE MARES, Pág. 4).

Si bien es cierto que el Acto Legislativo 2 de 2012 tenía como meta brindar seguridad jurídica en lo referente al fuero penal militar a la fuerza pública, también es importante señalar que al no

cumplirse con los requisitos formales para su discusión y aprobación en el Congreso, su existencia generaba una mayor inseguridad jurídica de la que trataba de superar, en la medida en que su incorporación en el ordenamiento interno creaba posibles amenazas de demandas en el ámbito internacional por el desconocimiento de importantes valores constitucionales. Esta situación hace necesario que en el futuro cualquier iniciativa legislativa del gobierno o de las demás instancias facultadas para proponer reformas respecto al tema del fuero penal militar, se vele porque se cumplan a cabalidad los requisitos de trámite, los cuales por su naturaleza vinculan a las decisiones del legislativo con la deliberación democrática, tal como lo resalta la Sentencia C-740/13. Además de ser necesario también aclarar que no fue el único vicio que se presentó en la aprobación del Acto Legislativo 2 de 2012 el del incumplimiento del trámite correspondiente, sino como lo concluyó la Corte Constitucional, éste incumplimiento era de tal entidad y gravedad que por sí solo era capaz de causar la inexequibilidad del mismo.

En esta perspectiva, al considerar la gravedad y plena acreditación del único vicio estudiado, y sin que en el presente caso haya sido necesario determinar si el Congreso era o no competente para expedir una reforma con estos contenidos, pues los actores no formularon un planteamiento de esa naturaleza, este tribunal concluye que existen razones suficientes, que le obligan a declarar inexecutable la totalidad del Acto Legislativo 2 de 2012. (C-740/13)

Ante el hundimiento del Acto Legislativo 2 de 2012 el gobierno retomó del mismo el tema del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública (Fondetec), que en la actualidad está sustentado en la Ley 1698 de 2013 y el Decreto 124 de 2014, valiendo la pena señalar que frente a la demanda de Inconstitucionalidad contra la Ley 1698 de 2013, la Corte Constitucional en la Sentencia C-044/15 de febrero 11 de 2015, declaró la exequibilidad de la Ley 1698 de 2013 al no presentarse vicios de procedimiento ni ser su contenido contrario al artículo 355 de la Constitución.

la Sala declaró exequibles los artículos 2, 4, 5, 10, 11, 12 y 13 de la Ley 1698 de 2013 en relación con el cargo por infracción del artículo 355 de la Constitución. A este respecto se consideró que la prestación establecida en las normas acusadas no encajaba dentro de las hipótesis de auxilio o donación prohibidas en la citada norma constitucional, toda vez que los integrantes de la Fuerza Pública en ejercicio de su misión constitucional desarrollan una actividad peligrosa y, por tanto, el Estado está obligado, por el principio de correspondencia, a garantizar su defensa técnica, teniendo en cuenta que hay en su actividad un ejercicio legítimo de la fuerza. No obstante, precisó que en la reglamentación que expida el Gobierno Nacional con fundamento en los artículos 2º y 6º de esta ley,

se deberán precisar los criterios que orientarán la asignación de recursos para servicios de defensa con cargo a dicho fondo, incluyendo criterios de distribución proporcional a fin de asegurar que aquellos cubran la defensa de aquellos integrantes de la fuerza pública que no cuentan con rentas e ingresos suficientes para sufragar su defensa y que la destinación de los recursos se efectúe con arreglo a criterios de eficiencia y equidad. (Sentencia C-044/15)

1. ESTADO DEL ARTE

En el presente capítulo se busca identificar los principales ejes conceptuales y del debate jurídico frente a la Justicia Penal Militar, el Fuero Militar y la relación entre los ejercicios operaciones del Ejército y los estándares internacionales sobre DDHH y DIH, entre otros importantes aspectos.

1.1 LA JUSTICIA PENAL MILITAR: UNA HISTORIA, TODO UN SENTIDO

Entre los autores que abordan la Justicia Penal Militar (JPM) desde una perspectiva histórica, se encuentra Álvaro Valencia Tovar, quien señala que la justicia castrense es de estirpe española y proviene del Fuero Militar, el cual a su vez es una institución muy antigua que se remonta a las legiones romanas. Este origen español, claro antecedente y experiencia originaria de la JPM en Colombia, es reseñado en los siguientes términos:

Carlos III, gran reformador de las instituciones militares, promulgó un decreto real el 9 de febrero de 1793 estableciendo el Fuero Militar en los ejércitos de España y ultramar, consistente en el juzgamiento de los delitos cometidos por militares en tribunales castrenses. Con el tiempo, el componente jurídico que era el mismo empleado en la justicia ordinaria comenzó a diferenciarse dada la especificidad de los actos punibles (VALENCIA, 2002. pág. 11)

El Decreto Real mencionado establecía:

Los jueces y tribunales que hayan incurrido en competencias enviarán los expedientes a la jurisdicción militar en tal forma que sus tribunales pueden proceder de conformidad con la ordenanza en caso de infracciones militares (...) en el interés de una acción oportuna los funcionarios pueden arrestar individuos de mis ejércitos, pero una vez iniciado el sumario del caso, deberá ser remitido inmediatamente, junto con el prisionero, al juez militar más cercano (VALENCIA, 2001. pág. 4)

Así, al producirse la independencia de las colonias americanas, en la Nueva Granada el Fuero Militar se heredó a la República junto con la esencia del derecho español. No obstante, esta institución comenzó a cobrar vida propia solo bajo el mandato del general Francisco de Paula Santander, primero como vicepresidente de Colombia, luego en su segunda administración (1833-1837) y por último cuando recibió del secretario de Guerra, general Pedro Alcántara Herrán, el encargo de redactar un Código Militar que quedó inconcluso por la muerte del autor en

1841. Por consiguiente, es a partir de este esfuerzo primario, que el fuero militar fue reconocido e integrado constitucionalmente en todas las Cartas (1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, 1886) promulgadas a lo largo del siglo XIX. De manera particular, en la Carta Constitucional de 1886 el Título XVI en sus seis artículos, definió el ser de las instituciones militares en Colombia y determinó dos aspectos fundamentales de la Justicia Penal y del Fuero Militar que la sustenta, como sigue:

Artículo 169. Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo que determine la ley"; y "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 (VALENCIA, 2001. págs.11-12)

Tal es así, que el derecho español se recibió un modelo de instancias que ha sobrevivido hasta el presente, adaptándose a los cambios orgánicos de las formaciones de guerra. La primera corresponde a los mandos de regimiento (hoy batallón). La segunda, para fines de apelación o consulta, la constituía el Consejo Supremo de Guerra y por último la Corona. En el sistema republicano, el Consejo Supremo vino a ser el Tribunal Superior Militar aún vigente y la Corona se remplazó por la Alta Corte, hoy Corte Suprema de Justicia en la instancia de casación. Así, que el Fuero Militar y todo el aparato jurídico que de él se desprendió como Justicia Militar, han sido una constancia histórica de la jurisprudencia colombiana (Valencia Tovar, 2001. pág.12).

Por su parte, el autor Juan Rial en su estudio sobre *La Justicia Militar*, que caracteriza como un proceso histórico de larga data, se traslada hacia los tiempos en los que en el Digesto, mandado a compilar por el Emperador Bizantino Justiniano en el siglo VI, se incluyeron las disposiciones sobre *Re militari* (la cosa militar), como normas que establecían la especificidad del oficio militar y que fueron transmitidas al medioevo y a los Estados nacionales construidos durante la modernidad (RIAL, 2010. pág. 17). Explica que la vigencia de las Reales Ordenanzas, al menos para los países de América Latina, se sostuvo hasta que, a partir de la segunda mitad del siglo XIX y avanzado el siglo XX aparecieron los nuevos reglamentos de disciplina y luego los códigos militares, que en muchos casos no eran más que copias y ajustes de las mismas Ordenanzas o de códigos españoles y franceses. La aparición de los nuevos códigos militares se explica también, por el influjo y las necesidades que creó el comienzo de la profesionalización

militar y la fundación de las academias militares de formación de oficiales (RIAL, 2010. págs. 19-20)

De igual manera, en este contexto de evolución y profesionalización de las Fuerzas Militares, quedó claramente establecida “la diferencia entre los mandos; los oficiales, pertenecientes a un estrato social superior, depositarios netos del espíritu militar y custodios del honor militar, concepto intangible e impreciso. Aparece el militar profesional que encuadra a alistados y se vuelve perentorio un esquema de encuadramiento” (Rial, 2010. pág. 20), es decir, se hace necesaria y justificable la Justicia Militar como uno de los principales instrumentos para lograr y mantener la cohesión de las organizaciones militares.

Por otra parte, José Arturo Camelo Piñeros, Claudia Yaneth Hurtado Cubillos y Sandra Rocío Quintero Chaparro en su libro “Proceso de Evolución de las Cortes Marciales”, destacan la importancia que ha tenido el Derecho Penal Militar en la vida republicana de Colombia, haciendo énfasis que los consejos verbales de guerra eran concebidos dentro de un sistema acusatorio puro. Afirman que, la Justicia Penal Militar se encuentra en un proceso de modernización que busca estar no solo acorde con la Constitución Política de 1991 sino con las posiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, donde hace la salvedad que con los anteriores estatutos de la Justicia Penal Militar no ha sido inoperante e incompatible con las exigencias y garantías a los DDHH y DHI o que el procesado no contara con las garantías procesales o la protección de sus derechos fundamentales. En ese orden de ideas, tratan de analizar la jurisprudencia que declaró la inexecutable las bases de los consejos de guerra, que permitían el establecimiento de un sistema acusatorio puro, como lo fueron el defensor en cabeza del miembro de la fuerza pública, el comandante como juez de instancia, el jurado de conciencia (vocales) en esta justicia especializada, así como los salvamentos de voto de cada una de esas jurisprudencias. En tal sentido, hacen referencia a la Ley 522 de 1999 que reza así:

No se puede afirmar que el sistema acusatorio se haya instaurado ahora, en sustitución de uno fundamentalmente inquisitivo o integrante sustancial y de radical transformación en la Jurisdicción Penal Militar, ni tampoco manifestar que el anterior Código Penal Militar, como los ordenamientos que lo precedieron, significaron la consagración de un determinado sistema de exclusión propios de otros, o que con su nueva codificación, se está consagrando únicamente el sistema acusatorio, sin ningún aspecto del sistema inquisitivo (...) Si se estudian algunas de sus características, se puede

llegar a la anterior conclusión, ya que efectivamente nos encontramos frente a un sistema mixto” (PIÑEROS, CUBILLOS y QUINTERO, 2006. págs. 15-16).

En este aspecto, los tratadistas comienzan a explicar la mecánica de los consejos verbales de guerra en el decreto 0250 de 1958, decreto 2550 de 1988, y la corte marcial que trae la ley 522 de 1999. Ahora, en cuanto al Fuero Militar, se entra a detallar brevemente para el caso objeto de estudio, solo a partir de la Constitución Nacional de 1886, cuando se consagró el en su artículo 170, únicamente para los ejércitos de tierra, mar y aire, excluyendo al personal de la policía, el cual se vio abocado a guarecerse en la ley para así ser tratados, bajo tal disciplina especial, pues las constantes turbaciones del orden público hacían que este cuerpo civil uniformado se comprometiera en el restablecimiento de la paz y tranquilidad en los territorios azotados por la violencia. Después de la Constitución de 1886 se proyectó el Código Penal Común y posterior a la Guerra de los Mil Días, se dispuso por medio de la Ley 6a de 1903 que las Cortes Marciales conocieran de los delitos cometidos por particulares. Igualmente se estableció la revisión por parte de los jueces competentes ordinarios, quienes podían volver a juzgar a las personas que se sintieran mal condenadas por los Consejos de Guerra Verbales (PIÑEROS, CUBILLOS y QUINTERO, 2006. Págs: 23-24).

Al entrar en vigencia la Constitución de 1991, el artículo 221 siguió consagrando el Fuero Militar, incluyendo a los miembros de la Policía (la anterior constitución no lo cubría), toda vez que señaló como destinatarios a la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio. Asimismo, el artículo 213, consagró que en ningún caso los civiles podían ser investigados o juzgados por la JPM, por lo que las Cortes Marciales no tendrían competencia para conocer delitos cometidos por particulares. También se le dio mayor hincapié al juzgador natural, se relegó a las jurisdicciones especiales como la justicia militar, olvidando que el Fuero Militar no es una prerrogativa, sino un tratamiento especial por la función y características desarrolladas por la Fuerza Pública. Por otro lado, se acabó el aforo legal de la Policía Nacional al Fuero Penal Militar.

Por su parte, la Corte Constitucional creada con la Constitución de 1991, siendo encargada de la guarda de la Carta Magna, profirió sentencias de inexequibilidad de algunas normas del Código Penal Militar, relacionadas con la Fiscalía Militar (posibilidad del militar para representar al

Ministerio Público), siendo remplazadas por los procuradores judiciales de conformidad con la Ley 201 de 1993. Por otra parte y de conformidad con la sentencia C-592 de 1993, los oficiales de la Fuerza Pública, no pudieron seguir siendo defensores, por el establecimiento constitucional de la defensoría técnica. Respecto de las Cortes Marciales o Tribunales Militares, mediante el acto legislativo No.2 de 1995, se modificó el artículo 221 de la Constitución, para consagrar que estas cortes estarían conformadas por miembros de la Fuerza Pública en actividad o retiro. Finalmente, la sentencia C-145 de 1998 acabó con la institución del jurado, para dejar como procedimientos el Consejo de Guerra Ordinario y el Procedimiento Especial (PIÑEROS, CUBILLOS y QUINTERO, 2006. pág. 29).

Tan solo después de 8 años de comisiones y estudios, luego de entrar a regir la Constitución de 1991, se expidió el nuevo Código Penal Militar, (Ley 522 de 1999), que entró en vigencia el 12 de agosto de 2000, con influencia de las Escuelas Clásica y Neoclásica, incluyendo a los inimputables y de la Escuela Finalista en cuanto a las teorías de error del tipo o de prohibición. La reforma se encaminó a reorganizar y fortalecer la Justicia Penal Militar, adecuándola a las necesidades de las instituciones armadas y ajustada a las orientaciones jurisprudenciales, que se concretaron en la modificación de su estructura orgánica y funcional, entre investigación, calificación (acusación) y juzgamiento (PIÑEROS, CUBILLOS y QUINTERO, 2006. pág. 29).

Esta última reforma se sustentó en la separación del ejercicio de actividades de comando de la función jurisdiccional. Así, los actuales jueces de instancia son oficiales en actividad o retiro, independientes y autónomos en su juzgamiento, preparados y con experiencia en aspectos militares y de policía, además de ser abogados. Se sustentó también en la instauración de la parte civil como sujeto procesal, según lo señaló la Corte Constitucional en los pronunciamientos T-275 de 1994 y C-1149 de 2001. Otro aspecto de esta reforma, es que el Ministerio Público se encuentra en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, puesto que fueron remplazados los fiscales permanentes por los procuradores judiciales funcionarios de esta entidad. Se instauró la defensa técnica, requiriéndose que el defensor del procesado, sea abogado titulado. Se acabó la institución del vocal, dejando la decisión final en manos de los jueces penales militares, quienes actuarán bajo el imperio de la ley, serán juicios en derecho, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-145 de 1998 y se consagró el sistema acusatorio, que

aunque no es un sistema puro, separó las funciones de investigación (a cargo de los jueces de instrucción penal militar), calificación y acusación (en cabeza del fiscal penal militar) y juzgamiento; (juez de la causa, que será el presidente de la Corte Marcial) (PIÑEROS, CUBILLOS y QUINTERO, 2006. págs. 29-30).

Por otro lado, Dolores Bermeo Lara, Ivette Castañeda García y Gustavo Fabián Castro en la “Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina”, proponen como punto de partida para el análisis de la evolución de la Justicia Militar en la región latinoamericana, el reconocimiento de que su configuración “se debe antes que a motivos técnico jurídicos, a razones relacionadas con contextos histórico-políticos particulares, en donde el carácter de la institución castrense le permitió formular y mantener espacios de jurisdicción propios” (BERMEO, CASTAÑEDA y CASTRO. 2010. pág. 21).

De ello se desprende entonces, por un lado, la comprensión de que el sentido y justificación de la justicia militar está enraizado en orígenes históricos que le han permitido constituirse en institución autónoma y fundamental; y por otro lado, que su existencia está soportada en las particulares necesidades que para su funcionamiento y continuidad requieren las mismas Fuerzas Militares. La profundidad de este último aspecto, será desarrollado en posteriores líneas del presente capítulo.

En lo que corresponde a los orígenes históricos, también reseñan el surgimiento de las primeras normas que reglaron la vida militar en América Latina a través de las ya citadas Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos agregando, respecto a las anteriores referencias, que tales normas “especificaban las obligaciones del militar según su grado jerárquico, haciendo especial énfasis en valores típicos de la personalidad militar como el sentido del deber, el honor, la subordinación jerárquica y la disciplina” (BERMEO, CASTAÑEDA y CASTRO, 2010. pág. 43); desde los cuales se partió para la construcción de un régimen jurídico propio castrense.

Dando continuidad a su estudio, registran que “a partir de la segunda mitad del siglo XIX surgieron normativas propias, algunas manteniendo la influencia de las Reales Ordenanzas, y

otras recogiendo aportes de los modelos legales italianos, prusianos o franceses” (BERMEO, CASTAÑEDA y CASTRO, 2010. pág. 44-45). Tal especialidad, se dio primeramente, en países como Chile, Ecuador y Colombia.

Es así, que en el análisis e interpretación de los autores sobre este momento de la historia, se establece una importante relación conceptual, entre el proceso evolutivo de las Fuerzas Militares y la construcción de los Estados Nacionales. Citando a Marcela Donadio, explica, que:

Se observa un fenómeno común: la generación de formas profesionales de organización de las fuerzas militares a la par del desarrollo de los Estados (...). En otras palabras, de la mano de la construcción de los Estados confluyó también la búsqueda de un instrumento militar profesionalizado (BERMEO, CASTAÑEDA y CASTRO, 2010. pág. 45).

Por su parte, Jean Carlo Mejía Azuero, citando a Edgar Peña, construye una reseña histórica de los documentos normativos que permitieron en Colombia, dar lugar y reconocimiento jurídico a la justicia militar (MEJÍA, 2001. pág. 5). De este trabajo, se construye la Tabla No. 1: Reseña histórica de los documentos normativos que permitieron en Colombia el reconocimiento jurídico a la justicia militar en Colombia.

Tabla No. 1:

Reseña histórica de los documentos normativos que permitieron en Colombia el reconocimiento jurídico a la justicia militar en Colombia

INSTRUMENTO JURÍDICO	CONTENIDO	OBSERVACIONES DEL AUTOR
Ley 13 de mayo de 1825.	Estableció el orden en que debían observarse las leyes en todos los tribunales de la República e incluyó las normas militares.	Claro antecedente de la ley 153 de 1887 aún vigente.
Decreto Orgánico 27 de 1828.	Estableció lo que hoy se conoce como justicia penal militar y amplió su radio de acción a las milicias.	Facultaba al libertador Bolívar para aprobar o reformar las sentencias de los consejos de guerra y tribunales militares en las causas criminales seguidas contra oficiales de los ejércitos y de la marina nacional.
Primer borrador de proyecto de Código Penal Militar del 28 de agosto de 1838.		Presentado por el general Santander ante el Congreso de la Nueva Granada.
Normas de la confederación granadina.	Estas normas irían a integrar el corpus iuris del Código Penal de los Estados Unidos de Colombia.	Vigentes hasta el primero de febrero de 1859.
Ley 35 de 1881.	Expide un nuevo Código Militar con arreglo al derecho de gentes.	Tuvo vigencia durante 63 años. Fue una norma que se relacionaba con la organización militar, pero poseía un capítulo sobre delitos militares.
Artículo 170 de la Constitución de 1886.	Consagró el Fuero Penal Militar para el personal de tal naturaleza.	Dejó por fuera a los miembros de la Policía Nacional. Para la fecha no se había fundado la institución armada de raigambre civil; no obstante esa sería una preocupación que sería dilucidada hasta ya entrado el siglo veinte.
Ley tercera de 1945.	Expidió un nuevo Código Penal Militar.	Fue en breve reemplazado por los decretos 1125 del 31 de

		marzo 1950 y 957 del 14 de marzo del mismo año.
Decreto 1125 del 31 de marzo 1950.	Indicaba “que el código penal militar vigente no consulta los intereses y las previsiones de la justicia penal militar; carece de las necesarias garantías procesales y en general es defectuoso y antitécnico; que en la aplicación de sus disposiciones se ha tropezado con muy serios inconvenientes”.	Éste fue el primer código penal militar que trajo un título y capítulo sobre delitos por infracciones al DIH. Habló de perfidia, de trato a los prisioneros de guerra, de la prohibición de ciertas armas. (Artículos 209 y siguientes).
Decreto 250 de 1958.	Expide un nuevo Código Penal Militar.	Consagra la equivalencia, para efectos de juzgamiento, entre los términos “militar o militares” y policía.
Decreto 2550 de 1988.	Expide nuevo Código Penal Militar.	Reglamentado por el acto administrativo 1562 de 1992
Ley 522 de 1999	Expide nuevo Código Penal Militar.	Bajo la vigencia de la constitución de 1991 entró a regir en agosto del año 2000. Tiene puntos trascendentales a nivel de DIH y de DIDH, ya que estableció para dichos delitos la competencia de la justicia ordinaria.
Ley 1407 de 2010.	Expide nuevo Código Penal Militar.	Implementa el sistema penal acusatorio en la Justicia Penal Militar.

CHACÓN J., S.S. Reseña histórica de los documentos normativos que permitieron en Colombia el reconocimiento jurídico a la justicia militar en Colombia.

En un esfuerzo similar al del presente capítulo, la autora Jenny del Carmen Cermeño Petro, en su monografía “El Fuero Penal Militar en Colombia”, retoma apartes bibliográficos de diversos autores quienes abordan desde una perspectiva histórica el tema de la justicia militar. Así, Cermeño referencia a Rodríguez Ussa (1987. pág. 15) como uno de los autores que coinciden en afirmar que el “Derecho Penal Militar ha estado presente desde la antigüedad en pueblos tales como Atenas, Cartago, Macedonia, Persia, India, entre otras y su finalidad era hacer juzgamientos durante situaciones de guerra, aplicando unos procedimientos especiales, procedimientos ‘sui generis’” (CERMEÑO, 2004. pág. 18)

Seguidamente, retoma los argumentos de López Muñoz (1958) quien en su Diccionario jurídico de la Guerra señala a Roma como el lugar donde se desarrolló inicialmente el Fuero Militar para asuntos militares y de disciplina, lo cual a su vez permite identificar en el derecho Justiniano los primeros antecedentes de esta institución que era ejercida por los tribunos militares, así:

El primero era quien ostentaba el mando superior en el Ejército, el cual contaba con facultades civiles y jurisdiccionales y, en segundo lugar se ubicaba el jefe de las legiones romanas, divididas a su vez en tres, las cuales contaban con un tribuno a su mando, éstos últimos eran los encargados de administrar justicia respecto de sus tropas y contaban con funciones similares a las de los cónsules (CERMEÑO, 2004. pág. 19)

Otro de los aportes relevantes de Cermeño son semejantes al esfuerzo del autor Jean Carlo Mejía Azuero, en su compilación de las principales normas y decretos que dieron origen a la Jurisdicción Penal Militar, entre otras disposiciones expedidas a lo largo de la historia del país

(CERMEÑO, 2004. págs. 35- 42). En tal sentido, se presenta en la Tabla No. 2. Principales normas y decretos que dieron origen a la Jurisdicción Penal Militar que se expone a continuación.

Tabla No. 2:
Principales normas y decretos que dieron origen a la Jurisdicción Penal Militar

INSTRUMENTO JURÍDICO	CONTENIDO	OBSERVACIONES DE LA AUTORA
Constitución de Cundinamarca de 1811, Artículo 46.	“La disciplina y el particular compromiso de los soldados al sentar su plaza, exigen una excepción a los artículos desde el 36 hasta el presente, quedando en su fuerza y vigor la ordenanza militar que rige”.	Los artículos en mención hacen relación a la organización y jurisdicción de los tribunales. Así se puso en vigor la Ordenanza Militar que regía en la época; luego, con la Constitución de 1812, se instauró el Tribunal Supremo de Guerra.
Decreto del 12 de octubre de 1821.	Ordenó la ejecución de las últimas leyes españolas con respecto a las desertiones.	Implantó una disciplina rigurosa para los miembros del ejército.
Decreto del 23 de septiembre de 1822.	Estableció el modo de proceder en las causas ilícitas de la milicia activa.	
Ley del 2 de junio de 1824.	Dispuso la forma como se conformaban los Consejos de guerra, competentes para juzgar a los procesados militares y el tribunal que conociera dichos procesos en segunda instancia, los cuales serían la Corte Suprema de Bogotá y los Tribunales del Magdalena y el Cauca.	
Decreto de 23 de enero de 1826.	Sobre el abandono de guardia.	Se estableció que al respecto debía observarse la orden del 20 de noviembre de 1800.
Decreto Orgánico del 27 de agosto de 1828	Estableció en su artículo primero, numeral 9, que al Jefe de Estado le corresponde: “Aprobar o reformar las sentencias de los Consejos de Guerra y Tribunales Militares en las causas criminales seguidas contra oficiales de los ejércitos y de la Marina Nacional”.	
Decreto del 13 de abril de 1829.	Estableció la Alta Corte Militar de la República.	
Decreto del 11 de mayo de 1829.	Estableció que los auditores de guerra debían revisar los procesos militares.	
Decreto del 27 de junio de 1831.	Estableció que para el caso de la desertión, los funcionarios militares deberían dar aplicación a la legislación española que rigió hasta el 18 de mayo de 1808.	
Artículo 172 de la Constitución Política del Estado de la Nueva Granada de 1832.	Los individuos de la fuerza armada de mar y tierra, cuando se hallen en campaña, serán juzgados por las ordenanzas del ejército; pero estando de guarnición, solamente lo serán en los delitos puramente militares.	
Decreto del 26 de mayo de 1836.	Suprime las Cortes Superiores Marciales y establece algunas disposiciones con respecto a los consejos de guerra.	
Decreto del 4 de agosto de 1853.	Redacción de un Código Militar.	
Decreto del 21 de abril de 1854.	Establece el Fuero Militar.	
Decreto del 27 de noviembre de 1861, artículos 1 y 3.	Art. 1 “Las leyes generales de la República de la Nueva Granada y de la Confederación Granadina que estaban vigentes el 1 de febrero de 1859 en negocios de militares del ejército y de la armada y las ordenanzas españolas y Reales Cédulas que han regido y rigen en el país, forman el Código Militar de los Estados Unidos de Colombia”. Art. 3 “Para los juicios militares se observará el procedimiento Colón mandado a publicar y observar por reales cédulas citadas en dicha obra de marzo de 1808, en cuanto no sean contrarias a las leyes nacionales, son parte de la legislación militar”.	
Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863.	Los juicios por delitos y faltas militares de las fuerzas de la Unión, son de competencia del Poder Judicial Nacional.	

Artículo 69.		
Ley 35 de 1881.	Reguló la organización de la Fuerza Pública.	Estuvo vigente hasta la expedición de la ley 84 de 1931 sobre justicia militar. En esta ley se dispuso un libro para lo referente a delitos militares, los procedimientos pertinentes y la competencia de los tribunales militares.
Constitución Política de 1886, artículo 170.	Consagró el Fuero penal Militar de la siguiente forma: “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”.	Con base en este artículo han regido varios códigos y normas de Derecho Penal Militar.
Ley 6 de 1903.	Dispuso que los procesos sometidos a los Consejos de Guerra debían retomar a los tribunales ordinarios y derogó decretos expedidos por razones de orden público	
Ley 28 de 1905.	Estableció que los competentes para juzgar a los miembros de Ejército o de las fuerzas revolucionarias en el transcurso de la Guerra de los Mil Días cuando éstos cometieran delitos comunes, era la jurisdicción punitiva castrense.	
Decreto legislativo 67 del 15 de enero de 1906.	Declaró turbado el orden público y dispuso que: “Este estado de sitio durará hasta que la Corte Marcial dicte su fallo en la causa seguida contra los conspiradores que han sido llamados a juicio”.	
Decreto legislativo 2 de diciembre de 1928	Dispuso que el conocimiento de las causas adelantadas contra los particulares por la ejecución de punibles realizados a propósito de la huelga de las bananeras, serían de conocimiento de los consejos de guerra verbales.	
Ley 84 de 1931, artículo 2.	Estableció que la ley de justicia militar comprende: “1. La organización de la Justicia Militar, 2. El procedimiento en los juicios militares, y 3. Los delitos militares y sus penas.	
Decreto 2180 de 1944.	Expidió el Código Penal Militar.	El decreto fue resultado del fallido golpe de Estado del 10 de julio de 1944, encabezado por el coronel Diógenes Gil contra el presidente López Pumarejo. Consagró las rebeliones de tipo militar no consagradas en el anterior, dicho decreto fue acogido como legislación permanente mediante la ley 3 de 1945.
Ley 3° de 1945.	Derogó la ley 84 de 1931 y las disposiciones que le eran contrarias.	
Decreto 171 del 30 de enero de 1952	Estableció en su artículo primero la creación de un cuerpo de Policía militar que hacía parte de la Policía Nacional, pero que estaría bajo la inmediata dependencia del respectivo comandante militar. Artículo 2: “Los miembros del Cuerpo de la Policía Militar que en actos del servicio o fuera de ellos cometieren cualquier delito de los contemplados en el Código Penal Militar incurrirán en las sanciones allí establecidas para tales delitos y su juzgamiento corresponderá a la Justicia Penal Militar por el Procedimiento de los Consejos de Guerra verbales”.	Basado en el artículo 171 de la Constitución Nacional
Decreto 1814 de 1953.	Incorpora la Policía Nacional a las Fuerzas Armadas.	La Policía entra a hacer parte del Ministerio de Guerra.
Decreto 2311 de 1953.	Reforma a la jurisdicción penal militar.	Deja sin competencia a la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento de los recursos de casación y de revisión, creando a su vez una Corte Marcial, la cual tendrá la competencia para conocer dichos recursos.
Decreto 1426 de mayo 4 de 1954.	Artículo primero: “De todos los delitos que cometen los miembros de la Fuerzas de Policía en servicio activo conocerá la Justicia Penal Militar”.	Estableció que la Policía Nacional estaría sometida a la Justicia Penal Militar, contando con un status similar al castrense.
Decreto ley 0250 del 11 de julio de 1958.	Expidió el Código de Justicia Penal Militar, derogando el Decreto 2215 de 1950. Amplió el ámbito de aplicación del fuero, incluyendo delitos comunes bajo tipificación militar, y a las personas amparadas, incluyendo a los miembros de la Policía Nacional (artículo 284).	El Decreto fue dictado por la Junta Militar con fundamento era el artículo 121 de la Constitución Política de 1886. Fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia a finales de 1988.

	Otorgó el conocimiento de cualquier delito común que fuese cometido por algún militar en servicio activo o por algún civil al servicio de las Fuerzas Armadas en tiempos de guerra, conflicto armado o turbación del orden público a los Tribunales Militares (artículo 308, 2).	
Decreto Ley 1705 del 18 de julio de 1960.	Reorganizó el Ministerio de Guerra, dejando de existir la organización de las Fuerzas Armadas para darle cabida a la Fuerzas Militares y la Policía Nacional.	
Ley 141 de 1961.	Acoge el anterior Código como ordenamiento vigente.	
Decreto 3398 de 1965.	Creó el Sistema de Defensa Nacional y organizó el Consejo Superior de la misma.	Estableció que la Policía Nacional hace parte del cuerpo bélico, bajo el mando del Comandante general de las Fuerzas Armadas, y que sus miembros debían contar con la formación militar como requisito para adquirir el carácter de profesionales.
Decreto 1667 del 30 de julio 1966 Orgánico de la Policía Nacional.	Dispuso que la Policía “es un cuerpo armado eminentemente técnico de personal jerarquizado que hace parte de la Fuerza Pública con régimen y disciplina especiales”. Artículo 11 “El personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo cometa un delito, será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y de las disposiciones que lo modifiquen o adicionen”.	
Decretos 1355 de 1970.	Código Nacional de Policía.	
Decreto Ley 2347 de 1971.	Ratifica el Fuero para los miembros de la Policía Nacional. Artículo 8. “Los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometan un delito, serán juzgados de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar”. Artículo 9: “La jurisdicción, competencia y organización de la Justicia Penal Militar, se regirán de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar”.	
Ley 70 de 1986.	Aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y demás delitos crueles, degradantes e inhumanos que en su artículo cuarto dispuso que cuando se trate de comisión los delitos en comento, debía excluirse la obediencia debida como eximente de responsabilidad.	
Decreto 2550 de 1988.	Con base en la Ley 53 de 1987 confiere facultades extraordinarias al Presidente de la República y se expide un nuevo Código Penal Militar.	Elaborado por una comisión redactora conformada por importantes juristas y magistrados de la Justicia Penal Militar. Amplió el campo de aplicación del fuero penal militar, asignando el conocimiento de cualquier delito cometido por los militares oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional a la jurisdicción penal militar en forma temporal, ya se estuviera en guerra, estado de sitio o en tiempo de paz, adicionalmente se incorporaron a éste nuevos delitos, entre los cuales se destacan la tortura, entre otras formas de detención arbitraria.
Constitución Política de 1991.		Deja casi intacto el articulado de la Constitución de 1886 en lo referente a la Fuerza Pública, igualmente en lo relacionado a la Justicia Penal Militar. No obstante, al no existir referencia específica al régimen disciplinario, la Corte Constitucional estableció que la competencia es de la Procuraduría General de la Nación, teniendo a los militares como funcionarios públicos. Se encuentra plasmado en el artículo 221 de la Constitución.
Acto legislativo 02 de 1995.	Modifica el artículo 221 de la Constitución política, el cual establece el fuero penal militar, adicionando que las	

	Cortes o Tribunales competentes para conocer de los delitos militares, deben estar integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.	
Decreto 265 de 1995.	Conformó la comisión de análisis y redacción del proyecto del nuevo Código Penal Militar.	
Ley 522 de agosto 12 de 1999.	Establece nuevo Código Penal Militar.	Tiene como base la evolución constitucional, legal y jurisprudencial del derecho penal militar, específicamente del Fuero Penal Militar.

CHACÓN J., S.S. Principales normas y decretos que dieron origen a la Jurisdicción Penal Militar.

Dando continuidad al análisis bibliográfico propuesto para el presente capítulo, en las posteriores líneas, se identifican las características de la JPM en Colombia, sus fundamentos castrenses y conceptuales, y los argumentos que le asignan sentido y valoración.

1.2 ELEMENTOS Y FUNDAMENTOS DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Según explica el profesor Jean Carlo Mejía Azuero, el Derecho Penal Militar es un sistema normativo que establece las reglas del funcionamiento de la jurisdicción militar, la cual como jurisdicción especial es prevista por la Carta Política de Colombia (MEJÍA, s.f., pág. 9). La alusión del autor sobre el mismo, implica el reconocimiento de la existencia de la justicia militar, la cual en Colombia es estructurada, así:

Art. 221: De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública 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. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro (Const. Nal.)

En tal sentido, el sustento de la especialidad de esta justicia radica en que la violación de bienes jurídicamente tutelados, requieren la presencia de un sujeto activo calificado, que para el caso, no es otro que el integrante de la fuerza pública. De esta manera, el autor reconoce en la normatividad constitucional la previsión de ciertos tipos penales especiales, cuya salvaguarda se refleja en la instauración de una garantía de naturaleza extraordinaria denominada fuero.

En igual sentido, se expresa Edgar Peña Velásquez, quien considera que el Derecho Penal Militar,

Es la normatividad especializada que se encarga de proteger bienes jurídicamente tutelados, en función del correcto funcionamiento de la disciplina militar y el juzgamiento de los militares o de quienes cumplan funciones inherentes a los mismos reglamentos y jerarquía, mediante la tipificación

de reatos propios y el establecimiento tanto de una jurisdicción especializada, como de procedimientos y ritualidades probatorios específicos (PEÑA, 2001. pág. 5).

A partir de estos elementos, es que el sistema de la Justicia Penal Militar es conocido doctrinariamente como intermedio, en virtud, como se dijo antes, que se soporta en la existencia de un Fuero Militar reconocido por la Constitución. Es así, que lo anterior supone la existencia de tres modelos en la concepción doctrinaria de la Justicia Penal Militar, que se resumen como sigue:

Uno primero, que se sustenta en una justicia militar establecida dentro de la estructura de mando de las Fuerzas Armadas; un segundo modelo que reconoce la separación de la justicia militar, de la estructura de mando, unas veces articulada por la rama ejecutiva y otras veces por la rama judicial, tal y como se plantea por el artículo 116 de la carta magna colombiana. Y finalmente un modelo que implica la absorción de la justicia militar por la justicia ordinaria, tal y como sucede en Francia y Alemania (MEJÍA, s.f. págs.10-11).

En este mismo concepto, la posición de la autora Jenny del Carmen Cermeño Petro permite entender al Derecho Penal Militar como una rama especial del derecho penal, que en Colombia tiene como fuentes la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia, las cuales han estructurado una jurisdicción especial, cuya base es el Fuero Penal Militar. Así las cosas, la importancia que tiene el Derecho Penal Militar, es resultado de la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos relativos a la Fuerza Pública y a sus miembros, de manera que “se evite cualquier tipo de irregularidades en el cumplimiento de las funciones que el Estado les ha encomendado, mediante la imposición de límites al ejercicio de la fuerza, con miras a ratificar la existencia del derecho y la supervivencia misma del Estado” (CERMEÑO, 2004. pág.8).

De igual forma, el Enrique Camilo Aragón Noguera, ex magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, señala que:

En todas las legislaciones del mundo y en todo tiempo se ha reconocido el fuero, del latín fórum, que significa una prerrogativa o derecho que se reconoce a ciertas personas, en razón a la naturaleza y actividades que cumplen, sus calidades y a los principios que informan los propósitos y finalidades del servicio, para que puedan ser juzgadas por órganos o tribunales diferentes a los ordinarios (ARAGÓN, 1996. pág. 513)

Así mismo, señala que:

Ciertas personas sean juzgadas por un órgano determinado, tal mandato no es un privilegio, sino que tiene como esencia la calidad de las personas, la naturaleza de la función que desempeñan y las condiciones que tienen un interés especial para reconocer el fuero como una garantía de índole especial (...), el fuero no equivale a un privilegio en favor de los funcionarios que a él puedan acogerse, según la Constitución. Tampoco asegura un juicio menos estricto que el aplicable a los demás servidores estatales; por el contrario es tanto o más exigente, pues se ejerce por otra Rama del Poder Público. Se trata de una garantía institucional de mayor control, freno y contrapeso tal como corresponde al sistema jurídico en el estado de derecho (ARAGÓN, 1996. pág. 514).

Frente al Fuero Militar, expone que:

A las Fuerzas Armadas les corresponde una misión noble y difícil, cual es la que señala la Constitución y las Leyes de la República de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional, el orden constitucional y las instituciones patrias; y para ello, se requiere de una férrea disciplina militar que les impone a sus efectivos toda clase de sacrificios, aún el de la vida, en cumplimiento de su deber, independiente de los conceptos y criterios civilistas sobre el sentido de lo que constituye la subordinación y dependencia, siendo como el común de las gentes no alcanzan a comprender el ámbito del rigorismo castrense, que se fundamenta y sostiene sobre bases sólidas contenidas en la normatividad de sus propios reglamentos de índole sancionatorio, dentro de los cuales se destaca el Código Penal Militar, que erige las conductas punibles que pueden atribuirse a los militares cuando desvían el comportamiento que les impone el sentido del deber, derivados de su investidura de autoridad legítimamente armada, o cuando desbordan el cauce de su misión (Aragón, 1996, págs. 514-515).

A la vez, establecen los estamentos judiciales que garanticen la efectividad sancionatoria para este tipo de conductas punibles; y es más que justo, jurídico y conveniente para la sociedad, así como de tradición milenaria y ancestral, desde que se estableció el concepto de milicia y de organización de los estamentos militares, el que se haga recaer sobre las Fuerzas Armadas la responsabilidad de investigar a sus propios miembros, ejerciéndose por la jurisdicción Penal Militar el *IUS PUNIENDIMILITARI*, como principio reconocido dentro de la filosofía del derecho penal universal y traducido en el llamado Fuero Militar. (...). Ahora bien, la naturaleza de la Institución Castrense y la importancia de mantener la autoridad y el respeto dentro de las jerarquías de los cuerpos de la Fuerza Pública, requieren de la regulación del Fuero Militar en una forma supralegal que sirva de estructura y a la vez fundamente y solidifique la legislación penal castrense, que como quedó anotado contiene la codificación de una serie de normas punibles que impiden el desborde conductual en la constante actividad de los militares durante el ejercicio de su trascendental misión, que no les permite desfallecer en su loable servicio a la

patria y determina los procedimientos sancionatorios, así como las jerarquías judiciales militares, amén de contener los principios del derecho penal reconocidos en las naciones civilizadas (ARAGÓN, 1996. págs. 514-515).

Ahora, con base en la Constitución Política (art. 221 en concordancia con los art. 116 y 250), señala que la Justicia Penal Militar es el órgano administrador de justicia referente a los delitos cometidos en servicio activo y en relación con el mismo servicio y con el mismo servicio, excluyendo a la Fiscalía General de la Nación sobre su conocimiento, dicha disposición esta también consagrada en el código penal militar de la época en que fue elaborado este trabajo (Decreto 2550 de 1988) (ARAGON, 1996. págs. 515-516).

Entendido así, es claro que ninguna relación puede tener las sanciones delictuosas con los propósitos institucionales que la Carta consagra para las Fuerzas Militares. Tales proceder se producen dentro de unas circunstancias diferentes, toda vez que tienen desprendimientos en un nexo indirecto que emana del aprovechamiento de la función o de las tareas que permanentemente le son asignadas a los militares y que implican el mantenimiento de su propia estructura. De allí, que internamente se dé el servicio de guardia o de centinela y otras tareas que hacen parte de su organización (ARAGÓN, 1996. pág. 516).

Así las cosas cuando [la] Carta fundamental instituyó el fuero militar no quiso, ni de lejos, amparar una forma privilegiada de juzgamiento, ni encubrir ningún tipo de impunidad, sino permitir que una organización en la que contrariamente a ciertas consejas, se cultiva el concepto del honor, más allá de las exigencias comunes y al mismo tiempo se desarrollan labores delicadas, no siempre dadas a la publicidad por su carácter de actividad de defensa nacional o de conservación del orden público, y de procedimiento también muy propios para conocer de las conductas de sus miembros a la luz de su rigor funcional y jerárquico y del sentido particular de disciplina y acatamiento al superior que la inspira (ARAGÓN, 1996. pág. 521).

Ahora, el tratadista Marco Antonio Rueda Soto, en su obra “Fuerzas Militares y Delito”, pretende hacer un estudio frente al marco jurídico que ha tenido la Justicia Penal Militar frente al conocimiento de delitos cometidos por civiles anteriormente y como este ha sido reducido por la Constitución de 1991. Trata de señalar los límites de la acción de las Fuerzas Militares y la

Policía Nacional frente a la persecución del delito. Pretende explicar el rol de las Fuerzas Militares en la persecución de la delincuencia organizada, a pesar de la prohibición constitucional de investigar y juzgar civiles, siempre dentro de un marco constitucional de sus funciones, así como en el marco un ambiente de cooperación con la policía judicial. Por otro lado, analiza los límites que tienen las Fuerzas Militares cuando actúan en dicha calidad, con el fin de evitar el desborde de sus funciones, donde puedan afectar derechos fundamentales de los ciudadanos y cuya consecuencia sean la aplicación de sanciones sancionatorias (Penales, disciplinarias, entre otros).

Al respecto, indica que las Fuerzas Militares han debido adoptar funciones que constitucionalmente no le corresponden (contrarrestar las diversas modalidades criminales de los civiles), con el fin de mantener el orden público y la defensa nacional, que para la época que fue escrita la obra (2001), estima el autor que el accionar de estas ha sido importante en aquellas regiones donde la delincuencia organizada (subversivo o paramilitar) han replegado a la Policía Nacional. Para ello plantea si tiene legitimidad frente a la Constitución Nacional, que las Fuerzas Militares participen indirectamente en la represión de hechos punibles, máxime de la interpretación literal que se hace del artículo 217 de la Carta Fundamental (RUEDA, 2001. págs. 12-47).

Por otro lado, indica que las actuaciones de la Fuerza Pública deben ser desplegadas por dentro de los límites legales y constitucionales, sin arbitrariedades, respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, realiza una referencia histórica frente a las funciones otorgadas a los estamentos militares, indicando que no fueron uniformes en las últimas décadas, que desde la caída de la dictadura militar por el Frente Nacional, cambió el rol de las Fuerzas Armadas, donde además de preservar la independencia y la integridad del territorio, es decir, “la defensa en sentido tradicional”, ha aumentado su participación en la seguridad interna a través de la “lucha subversiva”, otorgándosele funciones administrativas así como:

Otras de carácter correccional, disciplinario, policivo incluso, de índole judicial, en una desmesurada participación en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, agravada por la circunstancia de no hallarse circunscrita al enfrentamiento de las crecientes manifestaciones rebeldes, pues se extendió al narcotráfico y a otras figuras delictivas que por entonces se estimaron

atentatorias de los bienes jurídicos revestidos de singular preeminencia social (RUEDA, 2001. pág. 18)

Dichas funciones judiciales encontraron su máxima expresión en el Estatuto de Seguridad de 1978, donde consagró el rol tutelar de las Fuerzas Armadas sobre la vida política del país, institucionalizando la “doctrina de la seguridad nacional”, donde las Fuerzas Militares se les atribuyó la tarea fundamental de defender al Estado frente a “cualquier brote subversivo con un organismo de inteligencia que recurrió, de hecho y en la eliminación de dicho riesgo de alteración del orden establecido, en el reiterado desconocimiento de los derechos humanos; desbordada actividad represiva de los estamentos castrenses que al resultar en extremo evidente fue admitida incluso por el propio Gobierno” (RUEDA, 2001. pág. 18), con base en el documento “la lucha contra la violencia y la impunidad: Un empeño democrático. Anotaciones a un informe de amnistía internacional”, elaborado por Álvaro Tirado Mejía, Consejero Presidencial para la Defensa, Protección y promoción de los Derechos Humanos de 1988.

Como consecuencia de ello y a la particular situación de Colombia entre los años sesenta, setenta y ochenta (terrorismo, el narcotráfico, la guerrilla y la conformación de grupos armados de extrema derecha), se ha dado una “progresiva militarización del poder político local”, con una “una implícita subordinación de la autoridad civil a la castrense” (RUEDA, 2001. pág. 18).

Avanzada la década de los ochenta, se produjo la atribución de un singular rol a las Fuerzas Militares en la represión de la delincuencia, en particular, la de carácter organizado. Ciertamente, bajo el amparo de una prolija normatividad expedida en desarrollo de las facultades derivadas de la declaratoria de estado de sitio, regulado en el artículo 121 de la Constitución Política de 1886, se asignó al Comando General de las Fuerzas Militares la activa participación en el delineamiento de la política criminal (Decreto 813 de 1989), a la vez que se aumentó el ámbito de la Justicia Penal Militar al conferirle competencia para el juzgamiento de determinadas conductas ilícitas perpetradas por el personal civil al servicio de los cuerpos armados, y en algunos eventos también, por los particulares despojados de dicho vínculo o nexo como aconteció, *vr. gr.*, mediante las disposiciones contenidas en los Decretos 1.042 y 1.290 de 1984, 3.664 de 1986 (artículos 4 y 5) y 1.196 de 1987 (artículo 1), para no citar sino los más recientes.

Finalmente, las Fuerzas Armadas asumieron la facultad de suspender las licencias y permisos de operación del personal aeronáutico, marítimo, fluvial o terrestre, la directa injerencia en el otorgamiento de aquéllas o éstos, al igual que quedaron legitimadas para desplegar labores de policía judicial, como puede citarse tratándose de éstas y, por vía puramente ejemplificativa, de las relacionadas en los Decretos 3.665 y 3.667 de 1986, 1.198 de 1997, 180 (artículos 39, 40) y 262 de 1988, 1.863 y 2.390 de 1989, 042 y 1.231 de 1990. En esencia, se produjo en tal época una notoria y sensible militarización de todos los ámbitos de la sociedad (RUEDA, 2001. págs. 20, 21).

Así las cosas, tras la argumentación esbozada se formula un primer postulado que circunscribe las atribuciones del estamento militar frente a los delitos cometidos por los civiles, que por su expresa consagración en el inciso final del artículo 213 de la Carta Política, en armonía con el inciso 3o del artículo 116 ibídem, no resulta por ello menos importante, en concreto, de estarles vedada la investigación y juzgamiento de los particulares, pues su competencia en materia de administración de justicia se restringe, según ha colegido la Corte Constitucional, "a los precisos ámbitos del artículo 221 de la Constitución", esto es, a "los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio"; en otros términos, precisando aún más este primer límite negativo en el proceder de las Fuerzas Armadas, su actividad respecto de las conductas transgresoras del ordenamiento penal ejecutadas por los particulares, en ningún evento, ni aun en los estados de excepción, puede involucrar el ejercicio de funciones de índole jurisdiccional.

Consecuente, Federico Andreau Guzmán en su obra titulada "Fuero Militar y Derecho Internacional", centra su estudio en la práctica del juzgamiento por parte de tribunales castrenses a militares y policías autores o partícipes de graves violaciones a los DD.HH, el cual tiene vacíos instrumentales de tipo internacional, pero que ha sido paliado de cierta manera por la jurisprudencia y la doctrina de los organismos internacionales de protección de DD.HH. El estudio que hace este tratadista está dividido en dos grandes partes, la primera examina el Fuero Militar a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde examina la compatibilidad de la práctica del juzgamiento de militares y policías trasgresores de DD.HH por tribunales internacionales con las prescripciones del derecho internacional y la relación

sistemática de la jurisprudencia y doctrina de los sistemas universales y regionales de protección de derechos humanos. La segunda estudia como legislaciones de diferentes países regulan el fuero militar, donde examinan algunos aspectos relativos a las regulaciones constitucionales y a las tendencias evolutivas de la justicia militar y el estado actual de varios sistemas nacionales de justicia militar (ANDREAU, 2003).

Así, que de un paralelo entre los tribunales militares y las graves violaciones a los DDHH, su obra trata de descifrar si la justicia militar reúne las condiciones propias de un tribunal independiente e imparcial, establecidas por los principios generales y las normas internacionales, y garantiza el debido proceso así como el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de DD.HH (ANDREAU, 2003. pág. 8).

Tal es así, que los tribunales militares no se ajustan a los principios generales y a las normas internacionales en materia de independencia e imparcialidad de la justicia, y sus procedimientos penales vulneran el debido proceso. En no pocos países, la llamada "justicia militar" es orgánica y funcionalmente dependiente del Poder Ejecutivo. Frecuentemente, los jueces castrenses son militares en servicio activo, subordinados a su respectivo comandante y sometidos al principio de obediencia jerárquica. La actuación de la "justicia castrense" es, con demasiada frecuencia, fuente de múltiples injusticias y de negación de DDHH. La vigencia del derecho a ser oído o juzgado por un tribunal independiente e imparcial con el pleno respeto de las garantías judiciales queda en entredicho con los tribunales militares (ANDREAU, 2003. pág. 8)

Siguiendo el mismo contexto, los tribunales militares juzgan a civiles, respecto de lo cual el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de magistrados y abogados ha concluido que "en el derecho internacional está apareciendo un consenso sobre la necesidad de restringir radicalmente, o incluso prohibir, esa práctica". En algunos países, tribunales militares juzgan a menores de 18 años. El derecho a la objeción de conciencia en materia de servicio militar es a menudo socavado, cuando no vulnerado, a través de la actuación de la "justicia militar". Numerosas legislaciones nacionales establecen ámbitos de competencia de los tribunales militares tan amplios, que todo delito cometido por un militar es de resorte de la

justicia castrense, convirtiéndose el Fuero Militar en un verdadero fuero de casta (ANDREAU, 2003. pág. 8)

Ahora bien, Danilo Rojas Bentancourth en su obra “Impunidad y Conflictos de Jurisdicción” realiza un examen crítico en su ensayo a la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura que resuelve conflictos de jurisdicción entre la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y la Justicia Penal Militar, donde encuentra un cambio en la línea jurisprudencial luego del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia. Destaca la importancia que tiene las Fuerzas Militares (encerrando este concepto a los militares como a los miembros de la policía) dentro del espectro de la guerra interna, que si bien es cierto en teoría se encuentran supeditadas al poder civil, en la práctica han adquirido cierta autonomía significativo frente a este en el campo del manejo del orden público (ROJAS, 2002.pág. 288)

Considera además, que el manejo del orden público le es inherente el riesgo de afectar DDHH o vulnerar normas nacionales o internacionales en el desarrollo de una operación militar y de policía, situación que es de conocimiento de los militares, y es por ello, que reclaman para sí un tratamiento político y jurídico acorde con las circunstancias difíciles de su actuar, y coloca como producto de ello el Fuero Militar como tratamiento jurídico singular. Señala, que aunque la constitución de 1991, con su vocación consensual, este tema no pasó sin mayores discusiones, la consolidación constitucional del Fuero Militar le ha permitido a la fuerza pública actuar con mayor solvencia en dos aspectos:

(I) El político, en la medida en que de un lado, el orden público es más conscientemente referenciado desde la autonomía que proporciona ya no un *factum* sino una norma jurídica de carácter constitucional; además, el fuero funciona como una especie de parapeto para responder desde la institucionalidad a las acusaciones nacionales e internacionales. (II) El jurídico, en la medida en que los casos individuales de acusación, a propósito de la función que cumple la fuerza pública, tiene una respuesta igualmente institucional especial y acorde con su naturaleza y funciones, a través de una jurisdicción especializada: la justicia penal militar se ha manifestado entre otros aspectos, en la consolidación de un aparato de justicia y un procedimiento especial, funcionales a las expectativas de sus destinatarios” (ROJAS, 2002. pág. 288)

Alude también, que el estamento militar sostiene una lucha en ciertos espacios jurídicos, pues los espacios legales “ya están copados”, fundamentalmente en su vocación autónoma comentada y

que está en proceso de expansión, y según su escenario lanza sus ataques en dos consideraciones. La primera, si la investigación se encuentra adelantada por la jurisdicción penal ordinaria, con frecuencia hay descalificaciones e incluso acusaciones fuertes a los jueces o fiscales a cargo del asunto, por parte de los miembros de la fuerza pública involucrados y aún por sus comandantes supremos. En el escrito expone el caso del general Farouk Yanine investigado por paramilitarismo, en el cual el conocimiento del caso fue entregado por el Consejo Superior de la Judicatura a la Justicia Penal Militar, que en decisión absolutoria firmada por el Comandante del Ejército, general Manuel José Bonnet, tilda a la Fiscalía de Derechos Humanos de “elucubrar silogismos falsos”, de hacer apreciaciones “torcidas” y “dañinas”, y frente a la tesis de esta Fiscalía, afirma: “Este es el culmen que nos indica la falta de seriedad por parcialidad asumida en este proceso y el ánimo odioso con que los fiscales de Derechos Humanos investigan a los militares” (ELTIEMPO, 1997. pág. 8 A).

La segunda, se encuentran dudas frente a la competencia del funcionario de conocimiento, el autor establece que son “habitualmente generadas por los propios militares-. Hay todo un despliegue analítico-normativo apoyado en una particular concepción del fuero militar que, en muchas ocasiones encuentra eco en la instancia correspondiente encargada de solucionar el conflicto de jurisdicción” (ROJAS, 2002. pág. 288).

Así, que este autor pretende en su ensayo dar a entender el acontecer político y jurídico sobre los conflictos de competencia (indica que en su obra tratara de forma indistinta los conceptos de jurisdicción y competencia, a pesar de las diferencias técnico-jurídicas).

Siguiendo, con relación a los aportes de Dolores Bermeo Lara, Ivette Castañeda García y Gustavo Fabián Castro, al respecto de la Justicia Penal Militar, se encuentra que estos autores consideran que “puede ser entendida como un sistema que define y aplica sobre el personal militar, normas basadas en principios institucionales, con el objetivo de proteger bienes jurídicos como la integridad de las Fuerzas Armadas, la defensa nacional y/o la seguridad del Estado” (LARA, CASTAÑEDA y CASTRO, 2010. pág. 34). Así, que esta definición supone entonces, que la JPM se encarga de estipular y sancionar actos considerados como delitos propios de la función militar, en tanto afectan bienes jurídicos militares como la propia institución castrense.

Por su parte, en el desarrollo argumentativo de su posición Bermeo y Cols consideran que la justicia militar se desarrolló en armonía con los elementos del *ethos* de una institución total como la castrense. Desde esta perspectiva dos son los elementos del *ethos* militar que resultan claves para entender la creación de normas y fueros especiales en las instituciones castrenses (BERMEO y COLS, 2010. págs. 31-32), y son los siguientes:

1. **La disciplina como fundamento organizacional:** entendida como la coacción permanente sobre las actitudes, las acciones y los tiempos de los individuos. Se trata de un valor institucional que es fuertemente inculcado desde los primeros años de formación, a través de métodos de intensa resocialización que buscan diferenciar un comportamiento militar: obediente, ordenado y con objetivos claros, frente a un comportamiento civil: desorganizado y con escasos parámetros. A través de la disciplina se busca el control minucioso y sistemático del comportamiento y las acciones de los individuos en pos de un accionar de conjunto. La disciplina garantiza la sujeción constante de los integrantes de la organización militar y les impone un vínculo que los hace tanto más útiles cuando más obedientes.
2. **La diferenciación con lo civil y la autonomía institucional:** para muchos de sus miembros, ser militar no es una ocupación como cualquier otra, sino una opción de vida. Así, que el papel que asume un individuo que decide integrarse a la institución castrense no se abandona al terminar la jornada del día, ser militar es asumir un conjunto de valores, creencias y modelos de comportamiento que difícilmente pueden ser abandonados a lo largo de la vida de una persona.

De allí, la importancia que identifican Bermeo y Cols en la JPM como eje fundamental que contribuye a fortalecer el mantenimiento del orden y la disciplina de los miembros de las instituciones armadas.

Justamente, en este mismo sentido, el catedrático y ex senador de Colombia, Jairo Clopatofsky Ghisays, argumenta en su artículo “Justicia Penal Militar: instrumento esencial para la Fuerza Pública”, que la JPM se constituye en la herramienta necesaria para la preservación de la disciplina inherente de la fuerza pública, “mediante actos judiciales de investigación y

juzgamiento de aquellos delitos cometidos en actos relacionados con el mismo servicio” (CLOPATOFISKY, 2012. pág.1). Lo anterior, en correspondencia con lo preceptuado en la Sentencia C-358 de 1997, citada por dicho autor como sigue:

Aquellas actividades concretas que se orientan a cumplir y a realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares -defensa de la Soberanía, Independencia, integridad del Territorio Nacional y del orden Constitucional – y de la Policía Nacional- mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica (CLOPATOFISKY, 2012, pág. 1)

Adicionalmente, explica que es importante anotar que la labor de administrar la JPM se le ha encomendado a personas que conocen la organización militar, en razón a que “dominan las operaciones regidas en manuales militares, navales, aéreas y policiales con previos adiestramientos en áreas específicas, que implican una formación integral para hacer parte de las Fuerza Pública” (CLOPATOFISKY, 2012. pág. 2). Es decir, quienes gozan de esa capacitación militar, se desempeñan como administradores de justicia con conocimientos de derecho, con “un agregado a su favor, el cual los distingue de los jueces ordinarios, y se traduce sencillamente en el conocimiento preciso y puntual de los actos propios del servicio” (CLOPATOFISKY, 2012. pág. 2).

2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL: ÁMBITO DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

En este capítulo, se realiza la interpretación jurisprudencial frente al concepto, elementos y límites del Fuero Penal Militar en relación con los contenidos en la Constitución Política de Colombia han evolucionado en los últimos veinte años, dando paso a una hermenéutica inflexible en torno a la comisión de delitos por parte de miembros activos de las Fuerzas Militares, así sea con ocasión o en relación al servicio; los cuales se encuentran establecidos en los artículos 216, 217 y 218 de la Carta Magna.

De igual manera, cabe resaltar los pronunciamientos del Consejo Superior de la Judicatura frente a las definiciones de jurisdicción y competencia entre las distintas jurisdicciones, sea ordinaria o penal militar en relación con muertes en combate. Frente a ello, es preciso realizar un estudio detallado de la hermenéutica jurisprudencial frente al tema a colación y como el mismo se ha venido aplicando por el Consejo Superior de la Judicatura frente a los derroteros impuestos por las otras Altas Cortes.

En primer lugar se efectuará un análisis jurisprudencial de las decisiones más importantes que a través del tiempo han sido emanadas en torno a la definición del concepto de Fuero Penal Militar por parte de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo Superior de la Judicatura en los últimas dos décadas frente a los artículos 216, 217, 218 y 221 de la Constitución Política de 1991.

En segundo lugar, se estudiara como las jurisprudencias de otras Altas Cortes han influido en la línea jurisprudencial del Consejo Superior de la Judicatura, desde el momento de su constitución, entorno a los casos de resolución de conflictos de jurisdicción y competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar frente a casos en muertes en combate, así como la metodología y criterio jurídico para ello. Por último, se concluirá frente a la actual posición de las Altas Corte en relación al Fuero Militar.

2.1 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL FUERO PENAL MILITAR EN COLOMBIA

2.1.1 Primer Periodo: Años 1992 a 1996

En el primer lustro de la vida jurídica de la Constitución de 1991, se encuentra que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, no varió sustancialmente. A continuación se exponen brevemente, algunas sentencias, autos proferidos por dichos organismos.

2.1.1.1 Corte Constitucional

Se observa que desde su inicio hasta el año 1995, la Corte Constitucional no tuvo pronunciamientos claros frente al Fuero Penal Militar, sin embargo se comienza a dar un vuelco total a la mirada frente al tema con la jurisprudencia que comenzó asentar, la que da inicio con las sentencias C-141 de 1995, C-225 de 1995, C-399 de 1995 y C-444 de 1995, las cuales fueron pilares para la producción de la sentencia C-358 de 1997, que es la que abre el derrotero constitucional frente al Fuero Penal Militar en las cuales las Altas Cortes han fijado los parámetros que actualmente rigen jurídicamente el manejo del mismo en Colombia.

Sentencia C-592 de 1993: M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ. Esta sentencia, si bien no hace referencia de fondo el tema del Fuero Penal Militar, la Corte Constitucional comienza a dar visos de cambio frente a dicho concepto.

En esta oportunidad, la Corte (1993) hace una análisis sobre la constitucionalidad del aparte del artículo 374 del Decreto-ley 2550 de 1988, antiguo Código Penal Militar, el cual decía “En los procesos penales militares el cargo de defensor puede ser desempeñado por un abogado en ejercicio o por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo”; donde al realizar un pronunciamiento de fondo explica que: tampoco puede examinarse el asunto sin entender que la jurisdicción penal militar existe por mandato constitucional y que ella obedece, además de lo establecido en la Constitución Nacional en materia de debido proceso y de derecho de defensa, a lo que en su desarrollo establezcan las prescripciones del Código Penal

Militar, ya que el artículo 221 de la Carta establece que "de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública 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" (CORTE CONSTITUCIONAL, 1993). Para luego concluir que "En este sentido no puede sostenerse bajo los presupuestos de la Carta de 1991, que la urgencia, la trascendencia, la importancia o la prevalencia que en algunos asuntos plantea la justicia penal militar permita dispensar la presencia del abogado escogido por el sindicado, o de oficio, durante la investigación o el juicio" (CORTE CONSTITUCIONAL, 1993).

En ese orden de ideas, la competencia del legislador para establecer las mencionadas disposiciones aplicables a los procesos penales militares, esta facultad otorgada de modo especial y expreso por el constituyente no alcanza para disponer del derecho a la defensa y la asistencia técnica por un abogado en favor del sindicado, tal y como lo exige la Constitución" (CORTE CONSTITUCIONAL, 1993).

Sentencia C-141 de 1995: M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. La Corte determina la inexequibilidad de la expresión "en servicio activo" del inciso 2 del artículo 656 del Decreto Ley 2550 de 1988, Código Penal Militar vigente para esa fecha, el cual exigía que los vocales y el fiscal que integraban el Consejo Verbal de Guerra debían ser oficiales en servicio activo.

Es así, que en esta sentencia, la Corte Constitucional diferenció tres modelos existentes de Justicia Penal Militar: a) los que insertan la justicia militar dentro de la estructura de mando, los cuales evolucionaron en el sentido de consagrar las garantías propias del debido proceso, y de introducir elementos de profesionalización con respecto a la composición del órgano jurisdiccional; b) los que reconocen la separación de la justicia penal militar, independiente de la estructura de mando, unas veces articulada al poder ejecutivo y otras integrada exclusivamente a la rama jurisdiccional; y c) los que implican una absorción de la justicia militar por la justicia ordinaria (Alemania y Francia) (CORTE CONSTITUCIONAL, 1995)

Además, esta corporación indica que el marco constitucional de la Justicia Penal Militar responde a un modelo intermedio entre el reconocimiento de Fuero Militar (Constitución Política, 1991, art. 221.), y la integración de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial (Cortes Marciales o Tribunales Militares) que juzga los delitos en servicio activo por los miembros de la fuerza pública, en relación con el mismo servicio, y con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar, como su juez natural.

Sin embargo, advierte la Corte, que el Fuero Militar no debe asociarse con la idea de “privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial” para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos de suyo, que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas que sufren en algún momento la acción punitiva del Estado, en aras de favorecer a la impunidad, al otorgarse un trato particularizado, contrariando el principio de igualdad y la idea de justicia. Enfatiza que la Justicia Penal Militar pertenece al Sistema de administración de justicia de manera material, al ejercer su función jurisdiccional en un campo y materias específicos, y como quiera que no pertenece a la justicia ordinaria, de cierta manera tiene una articulación funcional con aquella, al cumplir en la práctica con funciones propias de la administración de justicia. Así mismo, concreta que la justicia penal militar está sometida a las reglas constitucionales y por consiguiente debe responder también a los principios que caracterizan la administración de justicia.

Ahora bien, en la sentencia bajo análisis, arguye sobre la existencia de “un entendimiento equivocado de lo que es el fuero militar, se ha afirmado por algunos que éstos sólo pueden estar integrados por militares”, y acota que el aparte normativo que se demanda no se ajusta a la Constitución Política de Colombia, toda vez que: “No se garantiza una administración de justicia independiente e imparcial, si quienes intervienen en el proceso de juzgamiento son oficiales en servicio activo, esto es, funcionarios que tienen una relación de dependencia y subordinación, un vínculo jerárquico con la institución y específicamente con sus superiores jerárquicos, en virtud del ligamen del mando militar jerárquico, que supone que aquéllos están sometidos a la obediencia debida a que alude el artículo 91 de la Constitución Política” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1995)

Dicha afirmación es sostenida por la Corte, al observar la situación de “conflicto social” que afronta el país, frente al confortamiento entre la fuerza pública, encargadas de preservar el orden público frente a “interesados en subvertir el orden institucional” (guerrilla, paramilitarismo, etc.), lo cual origina que la fuerza pública, de “alguna manera se actúa no sólo como agente directo o indirecto de la acción encaminada a cumplir la misión correspondiente para alcanzar las aludidas finalidades, las cuales pueden determinar el origen de la acción delictuosa, sino igualmente para juzgar la conducta de quienes siendo actores de dicha misión incurren en un delito” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1995)

De lo anterior, advierte la Corte que no presume esta sobre la “parcialidad y la mala fe de los oficiales en servicio activo que ejercen la actividad concerniente a la administración de justicia”, así como duda de su buena voluntad, afirma que “objetivamente” no existen las circunstancias internas y externas para asegurar la independencia e imparcialidad, por cuanto “éstas se predicán más del órgano-institución objetivamente considerado, que de las personas a las cuales se atribuye su función” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1995)

En ese orden de ideas, esa corporación afirma que la administración de la justicia “no sólo reclama un juez conocedor de la problemática sobre la cual debe emitir sus fallos, de juicio sereno, recto en todo sentido, con un acendrado criterio de lo justo, sino también de un juez objetiva e institucionalmente libre” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1995)

Para el caso concreto, la Corte con base a la Sentencia C-592 de 1993, concluye que si bien es cierto que la Constitución Política establece expresa e inequívocamente la existencia de la Justicia Penal Militar y la legitimidad del Fuero Militar, pero también es cierto que Justicia Penal Militar y las normas que la regulan deben sujetarse a los principios de independencia, imparcialidad y objetividad, inherentes al debido proceso y al ejercicio de la función jurisdiccional. Por lo tanto, declara como inexecutable la expresión “en servicio activo” del inciso segundo de la norma demandada, en aras de proteger la autonomía y la imparcialidad del juez.

Cabe resaltar que dicha sentencia tuvo salvamentos de voto de los señores magistrados Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA y Dr. JORGE ARANGO MEJIA. Para los tres primeros magistrados, la norma se encontraba ajustada a los preceptos constitucionales, por cuanto los miembros de las Fuerzas Militares en servicio activo y en relación con el mismo, deben ser juzgados por cortes marciales y tribunales militares, por cuanto la propia Constitución sustrajo la regla general que los “civiles” administren justicia, para que sean los mismos militares quienes juzguen, sin discriminar a los que actualmente prestan servicio o a los ya retirados, esto en el entendido que el fuero especial no tiene las mismas reglas aplicables a la administración de justicia ordinaria.

Igualmente, establecen que los militares están cobijados con el principio de la buena fe y que en ese orden de ideas, la “imparcialidad como abstracto no puede constituir en un argumento válido para declarar la inconstitucionalidad, pues si se sigue esa lógica, tendríamos que desconfiar también de quienes componen los tribunales ordinarios, en cuanto igualmente éstos se hallan integrados a sistemas jerárquicamente organizados” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1995) Asegura también, que no se debe confundir entre la obediencia debida, pues el Fallo funda el vínculo de dependencia con los superiores jerárquicos y la obediencia ciega, que de darse si rompería con la imparcialidad, pero de la cual no puede presumirse. El último magistrado indica que las decisiones tomadas en el Fuero Penal Militar deben presumirse (CORTE CONSTITUCIONAL, 1995)

Así las cosas, esta jurisprudencia marca la tendencia el prejuzgamiento de la Justicia Penal Militar en su autonomía e imparcialidad, al estar sometidos a la obediencia debida.

Sentencia C-225 de 1995: M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. La Corte realiza la revisión constitucional del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), realizado en Ginebra el 8 de junio de 1977, y aprobado en Colombia mediante la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994.

Así, que esta sentencia resalta las prohibiciones del DIH, por su vínculo evidente y directo con la protección a la vida, la dignidad y la integridad de las personas. Establece la naturaleza imperativa del DIH que tiene un carácter imperativo, al ser parte del *ius cogens*, por ser una norma reconocida por la comunidad internacional de los Estados, según el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969.

De hecho, el cumplimiento del DIH cobija no solo a las Fuerzas Armadas de los Estados sino también a los demás actores del conflicto armado. En Colombia, el DIH es válido en todo el tiempo, además se incorpora automáticamente al ordenamiento interno a través del bloque de constitucionalidad. Así mismo, contempla la posibilidad de aplicar el protocolo II de Ginebra sin violar la soberanía nacional, ni equivale a un reconocimiento de beligerancia de grupos insurgentes, en el entendido que el concepto de soberanía a aplicar es en la que las facultades del gobernante están limitadas al derecho de las personas.

No obstante, estos preceptos tienen además una consecuencia constitucional de gran trascendencia, puesto que ellas implican una relativización, en función de estos trascendentales valores constitucionales, del principio militar de obediencia debida consagrado, por el inciso segundo del artículo 91 de la Carta. En efecto, la Corporación ya había señalado que, como es necesario conciliar la disciplina castrense con el respeto de los derechos constitucionales, es inevitable distinguir entre la obediencia militar "que se debe observar por el inferior para que no se quiebre la disciplina y la que, desbordando las barreras del orden razonable, implica un seguimiento ciego de las instrucciones impartidas por el superior" (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225, 1995)

Tal es así, que no se puede invocar la obediencia militar debida para justificar la comisión de conductas que sean manifiestamente lesivas de los derechos humanos, y en particular de la dignidad, la vida y la integridad de las personas, como los homicidios fuera de combate, la imposición de penas sin juicio imparcial previo, las torturas, las mutilaciones o los tratos crueles y degradantes. Así, que la Corte declara exequible el protocolo y su correspondiente ley aprobatoria.

Sentencia C-399 de 1995: M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. La Corte resuelve la demanda de inconstitucionalidad del artículo 18 (literal d) de la Ley 4º de 1990, que establece en su tenor literal: “Artículo 18. La Procuraduría Delegada para el Ministerio Público tendrá las siguientes funciones:(...) D) Designar por delegación del Procurador general de la Nación, los Agentes Especiales para que desplazando al Agente Ordinario, intervengan en los procesos penales de competencia de la Justicia Ordinaria y Penal Militar”.

En esta oportunidad la Corte Constitucional toma el alcance del Fuero Militar, el cual debe ser determinado tomando en consideración los principios que orientan el régimen constitucional colombiano y las competencias de los otros órganos de poder (Constitución Política, 1991, art. 113). La Justicia Penal Militar, aun cuando se presenta como una jurisdicción específica, está sometida a la Constitución, al igual que todo órgano que ejerza competencias estatales (CONSTITUCIÓN POLÍTICA, arts: 1, 2, 123 y 124).

Por consiguiente, no puede entenderse el Fuero Militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública para los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia.

La Constitución establece el Fuero Militar como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, por lo cual sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, pues es un principio elemental de la hermenéutica constitucional que las excepciones son siempre de interpretación restrictiva, con el fin de no convertir la excepción en regla.

Así, que la Corte declara exequible el artículo atacado (aunque no se encontraba ya en vigor, y decidió estudiar su constitucionalidad por la necesidad de un pronunciamiento de fondo en torno a la materia), por cuanto si bien es cierto excluyó a la Fiscalía General de la Nación dentro de la

órbita de la Justicia Penal Militar, no lo hizo con la Procuraduría General de la Nación, pues por mandato constitucional, una función primordial del procurador es el de intervenir en todos los procesos judiciales y no excluyo tal competencia en los juicios castrenses.

Sentencia C-444 de 1995: M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. La Corte Constitucional resuelve la exequibilidad del artículo 114 Decreto Ley 041 de 1994, y artículos 14, 352, 353, 354 y 355 del Decreto-Ley 2550 de 1988, los cuales tienen que ver a la aplicación del Fuero Penal Militar a los miembros de la Policía Nacional, pues se cuestiona si este es aplicable, debido a la naturaleza civil de aquellos miembros de la Fuerza Pública otorgada por el artículo 218 de la Constitución Política.

Frente al caso, la Corte Constitucional diferencia a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. En sentido como autoridad administrativa solo cumple funciones preventivas más no represivas, salvo en actuaciones donde colaboren con las autoridades judiciales en función de policía judicial.

Así mismo, la Constitución es inequívoca al aplicar el Fuero Penal Militar a los miembros de la Policía Nacional por los delitos que comentan en servicio activo y en relación con el mismo, debido a las aspiraciones nacionales y necesidad coyuntural. Que si bien es cierto reconoce la Corte la incongruencia constitucional entre la naturaleza civil de la Policía Nacional y el Fuero Militar, es la misma Corte quien indica que no puede corregir dicha anomalía, por no ser de su función. Ante estos casos se debe aplicar el principio de armonización, con el fin de lograr una interpretación sistemática entre dos disposiciones constitucionales incongruentes, para el presente caso no resultan irreconciliables los artículos 218 y 221 de la Carta Magna. Así mismo establece que la Policía Nacional no está sujeta a la obediencia debida.

Sentencia C-578 de 1995: M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. La Corte estudia la inconstitucionalidad contra el artículo 15 parcial del Decreto Ley 85 de 1989, que en su tenor literal indica:

Artículo 15°. La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta. (...). Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior. Si este insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito (Ley 85, 1989).

En tal sentido, la Corte (1995) consideró que la orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio.

Así mismo, la obediencia ciega, como causal de exoneración, no se admite cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo y notorio para el agente que la ejecuta. La legislación y la jurisprudencia comparada, por lo general, admiten el deber de obediencia cuando el subordinado se encuentra simplemente ante la duda sobre la licitud del contenido de la orden. La exoneración absoluta de responsabilidad del militar que conscientemente ejecuta órdenes superiores que signifiquen la vulneración de sus reglas y principios no es de recibo y, por el contrario, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos se apartan de las reglas indiscutibles de las confrontaciones armadas y ofenden el sentimiento general de la humanidad. La obediencia ciega del militar subalterno, lo mismo que su correlativa irresponsabilidad absoluta, son rechazadas por el DIH, pues de permitirse éste carecería de sentido.

Entonces, no hay insubordinación por fuera de los actos del servicio, y, agrega, no es acto de servicio cualquiera que se cumple en ejecución de una orden. Una orden del servicio será aquella cuyo contenido entraña la ejecución de un acto del servicio. Por este, se comprende "tan solo aquel que es inherente a la calidad del militar, que es inseparable de ese carácter; en el sentido

que el contenido del mandato se halle inspirado en las exigencias del servicio" (CORTE CONSTITUCIONAL, 1995).

A consecuencia de lo anterior, la Corte declara la exequibilidad del artículo 15 del Decreto 0085 de 1989, “por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4º), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad.

2.1.1.2 Corte Suprema de Justicia

Sentencia de octubre 05 de 1994: M.P. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, radicación 8988. La Corte Suprema de Justicia entra a debatir en Sala de Casación Penal sobre la demanda interpuesta por el defensor del procesado HERIBERTO RODRIGUEZ ARANGO, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 06 de julio de 1.993, que modificó el fallo de primera instancia, al imponerle la pena principal y definitiva de catorce (14) meses de prisión, por el delito de hurto calificado; por los hechos ocurridos 24 de mayo de 1.990, cuando en un retén de la policía a la salida del municipio de la Plata (Huila), el señor HENRY ESPINOSA BOLAÑOS, que se desplazaba en un camión doble-troque, marca Chevrolet Brigadier, color blanco y azul, carpado y de Placas VS-2392, fue requerido por agentes de la Policía Nacional, y durante el registro del vehículo, se percató que unos agentes se subieron a la cabina del automotor para requisarla. Procedimiento tras el cual detecto la perdida de la suma de doscientos mil pesos (\$200.000.00) en efectivo, dinero que llevaba debajo del tapiz de la silla de la cabina.

Consecuente, la competencia recayó en el Juez de Primera Instancia, que fue el Comandante del Departamento de Policía del Huila, quien en Consejo de Guerra impuso al señor Heriberto rodríguez Arango en fallo de primer grado le impuso la pena principal de veinte (20) meses de prisión sin derecho a la condena de ejecución condicional, como autor material y penalmente responsable del delito de hurto agravado conforme descripción típica de los artículos 278 y 281-6

del Código de Justicia Penal Militar de la época. A la vez, que se cesó todo procedimiento a los otros vinculados. Consultadas las decisiones con el Tribunal Superior Militar, se profirió el fallo de segundo grado que, modificando el de primera, impuso al procesado la pena principal y definitiva de catorce (14) meses de prisión.

Sobre este caso, la Corte Suprema de Justicia (1994) pronuncia una solicitud de nulidad por incompetencia funcional de la Justicia Penal Militar planteada por la Procuraduría Primera Delegada, pues considera que el procesado no cometió el delito en ejercicio o en relación con sus funciones, por lo tanto la competencia inicial en el proceso del proceso recaía en la jurisdicción ordinaria. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia se pronunció frente al tema, donde expone su total desacuerdo con el ministerio público, pues considera que este erró en la interpretación normativa del Fuero Penal Militar establecido en el artículo 221 constitucional, frente al caso concreto, pues consideró que las acciones reprochables cometidas por el condenado,

Se originó en un comportamiento que desbordó la actividad pública que desarrollaba en el momento de los hechos, pues conformando (sic) el retén móvil para requisa de vehículos sobre la vía Garzón (Huila) Popayán (Cauca), afrontó con sus compañeros la inspección del camión en que viajaba el ofendido para lo cual penetró a la cabina del rodante, donde además de un arma de fuego cuya tenencia legítima acreditó el denunciante, halló un manojito de billetes en cuantía de doscientos mil pesos, que clandestina y abusivamente se apropió (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 1994)

Frente a ello, la Corte acotó que “la conducta juzgada no sucedió, entonces, porque el agente se sustrajera al cumplimiento propio del servicio para ir a cometer el delito, que es la hipótesis exceptiva que refiere la Jurisprudencia citada por el Procurador, sino como consecuencia de un arbitrario proceder sucedido mientras cumplía el deber oficial, es decir, que el hecho reprochado lo cometió "con ocasión del servicio", dado que la apropiación del dinero ocurrió en desarrollo de la requisa que practicaba en la cabina del camión en que se desplazaba el quejoso” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 1994). De ello surge, con la fuerza de lo evidente, el necesario nexo causal entre la función pública desempeñada y el hecho criminoso averiguado, sin que sobre advertir que tampoco se abrigan dudas en cuanto a lo primero, porque documental y testimonialmente se acreditó que Rodríguez Arango había sido asignado para el cumplimiento de la orden de requisa de vehículos automotores a la salida del municipio de Garzón, impartida por

el Comando de Policía del lugar y que en el momento mismo de ocurrir el episodio se hallaba en desarrollo de esa actividad pública.

Es así, que dentro de esta jurisprudencia no varía sustancialmente su propia línea jurisprudencial que tiene como antecedente la Constitución Política de 1886.

Sentencia de septiembre 18 de 1996: M.P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 27 de junio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior Militar condenó al acusado CESAR JERONIMO RINCON NEITA a la pena principal de 10 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio, en hechos ocurridos el 4 de octubre de 1993, aproximadamente a las 3:30 horas de la mañana, en las instalaciones de la Base Militar de Puerto Gaitán (Meta).

Los hechos ocurrieron cuando el Soldado del Ejército Nacional César Jerónimo Rincón Neita disparó su fusil de dotación oficial en contra del Soldado Wilson Alexander Velandia Vela, causándole la muerte. La investigación fue iniciada por el Juzgado 128 de Instrucción Penal Militar, que escuchó en indagatoria al sindicado Rincón Neita y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio, según lo previsto en los artículos 259 y 260 del Código Penal Militar. El proceso acreditó que los Soldados Rincón Neita y Velandia Vela llegaron a la Base Militar a las 3.15 de la mañana, de donde habían salido sin permiso horas antes para dedicarse a consumir bebidas embriagantes, y que minutos después de su arribo se presentó entre ellos un altercado que terminó en la forma relatada.

Cerrada la investigación, el Comandante del Batallón de Infantería No.20 "General Serviez", en su condición de Juez de primera instancia, convocó a Consejo Verbal de Guerra con intervención de Vocales, para juzgar al procesado Rincón Neita por la muerte de su compañero Velandia Vela. Mediante sentencia de 6 de mayo de 1994, la Presidencia del Consejo acogió el veredicto afirmativo de responsabilidad emitido por los Vocales, y en consonancia con éste, condenó al procesado a la pena principal de 10 años de prisión, y las accesorias de separación absoluta de las

Fuerzas Militares, e interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal, por el delito de homicidio tipificado en el artículo 259 del Código Penal Militar.

Apelado este fallo, el Tribunal Superior Militar lo confirmó en todas sus partes mediante el suyo de 27 de junio de 1994, que recurre en casación el defensor del procesado. La demanda de casación se presenta por lo que el defensor considera incompetencia de la Justicia Penal Militar para conocer de los hechos objeto de investigación.

La Corte (1996) considera que son dos las condiciones que el artículo 221 de la Constitución Nacional establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública sea de conocimiento de la Justicia Penal Militar: a) Que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo; y, b) Que el delito guarde relación con el servicio.

En el caso estudiado, no se discute la calidad de miembro activo de la fuerza pública del procesado César Jerónimo Rincón Neita. Su condición de Soldado regular del Batallón de Infantería NR-20 "General Serviez", adscrito a la Compañía "D" de la Base Militar de Puerto Gaitán (Meta) al momento de cometer el hecho, quedó establecida en el proceso. Igual afirmación no puede hacerse, en cambio, en relación con la segunda exigencia, referida a la relación que debe existir entre la conducta punible y la prestación del servicio, puesto que es claro que la función militar en este caso nada tuvo que ver con los hechos investigados.

Cuando se habla de relación con el servicio, se está haciendo referencia al nexo que debe existir entre el acontecer delictivo y la actividad militar, la cual, según reiterada doctrina de la Corte, se desarrolla mediante actos inherentes a la misma, o en acatamiento de órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando, siendo por tanto actos desligados de dicha actividad, los que se presentan al margen de estas hipótesis. Dentro del concepto de actos propios del servicio militar, solo cabe considerar los que se relacionan con el cumplimiento de los fines de las Fuerzas Militares, es decir, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Ya que al disparar César Jerónimo Rincón Neita su arma de dotación oficial en contra del Soldado Wilson Alexander Velandia Vela, no cumplía

misión militar alguna, ni acataba órdenes superiores. Su actitud, se revela como una decisión particular, de cuenta propia, que nada tiene que ver con el servicio prestado.

En consecuencia de lo anterior la Corte decide CASAR la sentencia impugnada, y por consiguiente DECRETA LA NULIDAD del proceso a partir inclusive del auto de cierre de la investigación, por incompetencia de la Justicia Penal Militar.

2.1.1.3 Consejo Superior de la Judicatura

Antes de la Constitución de 1991, los conflictos suscitados entre las jurisdicciones ordinaria y penal militar eran dirimidos por la sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia. Pero con la creación de la actual Carta Magna, dicha competencia para dirimir antes mencionados, le fue asignada al Consejo Superior de la Judicatura, según el artículo 256 en su numeral 6, el cual fue reforzado con el artículo 112 numeral 2 de la Ley 270 de 1996 o “Estatutaria de la Justicia”. Así las cosas, la naciente jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en su comienzo, se caracterizó en un principio en dirimir todo conflicto de competencia entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria a favor de la primera, teniendo como referente que el sindicado de la conducta punible fuera miembro activo de la Fuerza Pública.

Tal es así, que para mejor contextualización de lo anteriormente enunciado se analizaran las siguientes providencias:

Auto del 15 de diciembre de 1993: M.P. Dr. ÁLVARO ECHEVERRI URUBURU, radicación 732; dentro de esta providencia se trata de resolver el conflicto de competencia positivo impulsado por la Fiscalía 63, Unidad Quinta de Investigación Previa y Permanente dentro de un proceso adelantado en contra de unos uniformados por el punible de acceso carnal violento, el cual había sido adelantado en la Justicia Penal Militar, donde el Tribunal Superior Militar en proveído del 24 de marzo de 1993, confirmó la cesación de procedimiento del fallador de primera instancia.

En efecto, el Consejo Superior de la Judicatura realiza una precisión sobre la naturaleza, y facultad la Fiscalía General de la Nación, a la luz de la Constitución Política de 1991 (ente investigador y acusador de delitos perteneciente a la Rama Judicial como, con una estructura orgánica jerarquizada, con la doble facultad según la etapa procesal que se desarrolle: a) etapa de instrucción: dirigir, realizar y coordinar la investigación, concluyendo su actuación al declarar una resolución de acusación o la preclusión de la investigación, según el caso), para luego establecer que si la actuación procesal se encuentra CONCLUIDA Y ARCHIVADA, no procede la colisión de jurisdicción planteada, pues el artículo 97 del Código de Procedimiento Penal exige que el proceso se encuentre en curso.

Ahora bien, establece el Consejo Superior de la Judicatura la no procedencia de la intervención de la Fiscalía General de la Nación pues la cláusula General de Competencia,

(...) que le permite investigar los delitos y acusar los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Pero una vez concluida su actividad instructiva, su injerencia procesal se limita a la intervención en la etapa de juzgamiento, en calidad de parte procesal, pero sin facultad alguna para retrotraer la actuación a la etapa instructiva anterior. Menos aun cuando los jueces han proferido aquellas actuaciones que ponen punto final a un proceso con efectos de cosa juzgada. Lo contrario significaría romper la concepción del sistema acusatorio, consagrado en la Constitución Nacional, que entrega la competencia para las dos fases del proceso penal, a funcionarios diferentes y con atribuciones perfectamente delimitadas, frente a las cuales no cabe interferencia de ninguno de los dos con respecto a la del otro (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 1993)

Por su parte, concluye este Consejo que la pretensión del ente acusador, al retrotraer la actuación por no compartir la absolución decretada a favor de los sumariados es inadmisibles, “no sólo a la luz de las normas procesales, sino de la propia Carta Política Fundamental que definió la naturaleza y funcionalidad de la Fiscalía General de la Nación” (Consejo Superior de la Judicatura, 1993). Además, en esta jurisprudencia prevalece la cláusula general de competencia, no varió la competencia afincada la jurisdicción penal militar con el fin de dirimir el conflicto de competencia, solamente le bastó al operador judicial que el mismo tenía una cesación de procedimiento por la Justicia Penal Militar y por ende decidió que la solicitud de conflicto de competencia no merecía de una mayor elucubración, lo que permite inferir que la colegiatura tácitamente no varió la competencia al juzgador inicial.

Auto de 30 de marzo de 1995: M.P. Dr. ROMULO GONZALEZ TRUJILLO. Radicación 3955. Frente a esta jurisprudencia, el Consejo Superior de la Judicatura entra a dirimir el conflicto surgido entre la Justicia Penal Militar y la jurisdicción ordinaria por el proceso penal originado en la masacre de Rio Frio (Valle del Cauca) ocurrido el día 05 de octubre de 1993. Frente a esta providencia, el Consejo Superior de la Judicatura concedió la jurisdicción a la Justicia Penal Militar, siguiendo la tendencia dividida al constatarse la aclaración de voto del Dr. LEOVIGILDO BERNAL ANDRADE y salvamentos de voto de los señores magistrados Dr. EDGARDO MAYA VILLAZON, Dra. AMELIA MANTILLA VILLEGAS y Dr. ÁLVARO ECHEVERRY URUBURU.

Se observa que el Consejo Superior de la Judicatura (1995) hace un análisis delimitándola como la “prerrogativa que tienen los miembros de las Fuerza Pública en servicio activo para ser investigados y juzgados por las Cortes marciales o Tribunales Militares con el Código Penal Militar, cuando cometan delitos de índole Militar o en relación con el servicio” (CP., 1991, art. 221). Así mismo, analiza el artículo 14 del decreto 2550 de 1998, Código Penal Militar vigente para la época, para luego finiquitar que este régimen es de aplicación exclusiva a los militares, siempre que sean en servicio activo y “que estos hayan realizado las conductas que se presumen constitutivas de delito con ocasión del servicio, por causa del mismo o por funciones inherentes al cargo” (CPM, 1998. art.14).

Es decir, cuando el delito aparezca como consecuencia de la prestación del servicio, o cuando constituyó la oportunidad circunstancial para que se pudiera ejecutar, o como la expresión de sus obligaciones consecuentes con el cargo. Si el miembro de la Fuerza Pública delinque en actividad no relacionada con el servicio está sometido a la jurisdicción ordinaria y por ende desprotegido del Fuero Militar.

Frente al asunto a resolver, el Consejo Superior de la Judicatura (1995) tiene en cuenta los dos preceptos antes mencionados, es decir la condición de militares en servicio activo, los cuales están comprobados, por cuanto los oficiales, suboficiales y soldados que participaron en la operación del 05 de octubre de 1993 estaban bajo el mando del señor Mayor Eduardo Delgado Carrillo, según se desprende de la orden de operaciones No. 55, de esa fecha, operación

denominada DESTRUCTOR, donde se consignaron las ordenes especiales COMBAPAL, originadas en la situación conocida por información de inteligencia sobre cuadrillas del EPL que operaba en esa zona, con una misión específica al Pelotón PAU, el cual consistía en una operación de ocupación de maniobra de golpe de mano de acuerdo a las informaciones suministradas por el guía, el cual tuvo como resultado el informe militar sobre su desarrollo, que da cuenta de forma como se realizó y da como resultado la muerte de trece personas y la incautación de diversos objetos.

La colegiatura colige que hasta ahora lo demostrado en el proceso, los hechos ocurrieron con la actividad militar, en cumplimiento de órdenes militares previas, se consumaron conductas presuntamente ilícitas, lo cual deriva en la existencia del segundo requisito, es decir que las conductas ocurrieron con relación con el mismo servicio. Por lo tanto, esa Corporación concluye que la competencia recae en la Justicia Penal Militar; sin embargo se denota la división de postura entre los mismos magistrados frente a la decisión tomada.

Auto de 7 de octubre de 1996: M.P. Dr. MIRYAM DONATO DE MONTOYA, radicación 6973B. Esta jurisprudencia se centra frente a la colisión de competencia positiva por parte de la Tercera Brigada del Ejército con sede en Cali y la Fiscalía Regional con relación a la masacre de los Uvos (Cauca), ocurrida en 7 abril de 1991, donde murieron 17 campesinos. En aquella oportunidad el Consejo Superior de la Judicatura ordenó remitir a la Tercera Brigada las copias de las diligencias realizadas al Teniente Coronel ® PABLO ALFONSO BRICEÑO LOVERA, comandante del Batallón José Hilario López de Popayán para que conozcan sobre los delitos de favorecimiento, encubrimiento y suministro de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares en la modalidad de concurso material, con ocasión de haber ordenado armar y uniformar a los civiles.

Así, que la jurisprudencia se centra en el estudio de los elementos del Fuero Militar, donde es concebido como jurisdicción, que si bien es cierto que el fuero ordinario (entendido como el poder o potestad de conocer todas las causas civiles y criminales que no corresponden a tribunales especiales) es la regla general y comprende a todas las personas excluidas por mandato expreso de la ley, el Fuero Militar es,

La institución constitucional por la cual los miembros de la fuerza pública en servicio activo, por ostentar esa calidad, es decir, en razón de ser individuos de ese cuerpo denominado fuerza pública, gozan del privilegio de que los delitos por ellos cometidos en ejercicio del cargo o con ocasión de él, bien sea en forma directa e indirecta, sean conocidos por sus propias Cortes Marciales o Tribunales Militares (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 1996)

Así mismo, sostiene el alto tribunal que dicho privilegio constitucional no se traduce en impunidad, por cuanto la Justicia Penal Militar se rige por su propio código, toda vez que el “privilegio consistiría en que estos jueces estarían más compenetrados con la realidad militar por ser ellos más conocedores del campo de acción” (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 1996).

En ese orden de ideas, los elementos de Fuero Militar son dos: a) la condición de estar en servicio activo y b) que los hechos punibles estén en relación con el servicio”, los cuales deben concurrir “simultáneamente” en la conducta. Frente al primer elemento, no ofrece duda, pues se demuestra con cualquier medio probatorio encaminado a ofrecer certeza sobre la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública. No obstante, para el otro elemento, se parte de la premisa que:

No todo delito imputado a un miembro de la fuerza pública en servicio activo tiene relación con el servicio, puesto que la relación que se le exige a ese delito es con el servicio militar o policial que se le encomendó y no con el simple hecho de ser miembro de la fuerza pública; por la evidente razón de que no todos los actos de la vida de un integrantes de la fuerza pública tiene relación con el servicio, situación ésta que lleva a que no se pueda conceptualizar concretamente sobre el particular porque no se corre el riesgo de dejar comportamientos al margen, lo que nos conduce a que cada caso se dilucide frente al hecho en concreto que se juzga (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 1996).

Para ello, el Consejo Superior de la Judicatura da una serie de pautas para realizar la ponderación y establecer la existencia del Fuero Militar, las cuales son:

- a) “Que esté en cumplimiento o en ejercicio de las funciones inherentes a su cargo y no en desarrollo de otras actividades o funciones no oficiales; este elemento surge claramente de la regla general que limita las facultades de los servidores públicos a lo que les está expresamente permitido

por la Constitución y la ley tal como lo estableció el artículo 6o de la Carta Magna cuando se refirió a la responsabilidad de éstos. b) Que el servicio haya brindado la oportunidad de modo, tiempo y lugar para la ocurrencia del hecho de que se trate. c) Que la prestación del servicio sea la causa de la ocurrencia del hecho. Es decir, en relación con el elemento anterior no sólo se necesita la coetaneidad entre la prestación del servicio y el hecho ilícito, sino que es necesaria la existencia de una relación de causa efecto entre uno y otro” (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 1996)

Frente al caso en concreto, la recaudación probatoria apunta a establecer “única y exclusivamente” la competencia del funcionario judicial que debe asumir la investigación en contra del mencionado oficial y como problema jurídico, el de “establecer si el uniformar y armar civiles para que sirvan de guías o informantes del Ejército son conductas que deben ser juzgadas a través del Fuero Militar o por el contrario deben ser por la justicia ordinaria” (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 1996).

En ese sentido, traza el Consejo, que no existe prueba que indique que el aludido Coronel haya dado instrucciones para que los civiles que presuntamente participaron en esa matanza hayan obrado como lo hicieron, premisa que es sustentada por el propio teniente, quien es claro afirmar, que la misión de dichos civiles era la de “guiar” a la patrulla como informante para detectar a la guerrilla y para ayudar a emboscar a los insurgentes en la finca de uno de los civiles que estaba siendo víctima de extorción.

Igualmente, establece esta corporación que “el efectuar un servicio de inteligencia, de pesquisa, de patrullaje son actos propios del servicio”, e infiere que la participación de los civiles se circunscribía dentro de la actuación propia del servicio, toda vez que “que estos civiles actuaban en compañía de los militares suministrando información y orientándolos en la búsqueda de sujetos al margen de la ley y la circunstancia de que éstos fueran dotados de prendas militares y de armas, no es una actividad que se diera en forma independiente sino que se encontraba ligada a ese deseo de obtener información en beneficio de la actividad castrense y siempre se tenía el control de los hechos”; situación que no deja de ser ilegal a los ojos del Consejo Superior de la Judicatura, pero concluye que fue “producto de su propia actividad” (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 1996).

En efecto, para el cumplimiento de la misión de inteligencia, se debe actuar “con prontitud para obtener los resultados esperados”, lo que justifica que las Fuerzas Armadas acudan a civiles que conozcan la región, para ayudar a la obtención del logro de alcanzar la paz dentro del marco constitucional, los cuales en muchos casos, este recurso no sea el adecuado y traiga como consecuencia los hechos que se investigan en el proceso penal. Sin embargo, explica la Corte, que con dicho actuar “en su afán de proteger la vida de sus colaboradores los doten de prendas militares para pasar desapercibidos ante la comunidad e igualmente que los doten de armas para su propia protección”, lo que no significa que esta corporación este avalando a estos procederess ilegales, sino el demostrar que las actuaciones investigadas tienen una relación directa originadas en la prestación del servicio por lo que debe ser investigado por la Justicia Penal Militar.

Frente a esta providencia, el Consejo Superior de la Judicatura (1996) sostiene la tesis emanada de la Corte Suprema de Justicia, frente a los hechos que constituyen ser cobijados por el Fuero Penal Militar, al enmarcarlos como elementos es decir, que exista la condición de estar en servicio activo y que los hechos punibles estén en relación con el servicio, además propone como fórmulas de solución frente a la problemática que surge de anticipar si la conducta adelantada por un miembro activo de las Fuerzas Militares y/o Policía se encuentra encuadrada en actos propios del servicio, en las que determina que dichos actos, son aquellos en que ejerza cumpla con funciones inherentes a su cargo y no en desarrollo de otras actividades o funciones no oficiales, que el servicio haya brindado la oportunidad de modo, tiempo y lugar para la ocurrencia del hecho de que se trate, es decir que exista conexión entre el servicio y la conducta punible, y que la prestación del servicio sea la causa de la ocurrencia del hecho.

Sin embargo, dicha jurisprudencia cae en ambigüedades frente a la comisión del delito por parte y el militar que lo comete, como queda reflejado en la aclaración de voto de los honorables magistrados Dr. ENRIQUE CAMILO NOGUERA AARON, Dr. ROMULO GONZALEZ TRUJILLO, Dr. ALVARO ECHEVERRI URUBURU y Dr. LEOVIGILDO BERNAL ANDRADE, y el salvamento de voto del doctor EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON, quienes de una u otra forma precisaron que la competencia recaía en la Fiscalía General de la Nación, por cuanto la actuación del Oficial no tenía nada que ver con la prestación del servicio, pues el Coronel se extralimitó en sus funciones, pues a criterio de estos juristas, los miembros de la

Fuerza Pública no pueden armar y uniformar a civiles para atropellar a los ciudadanos. El propiciar o facilitar la comisión de delitos es un hecho ajeno a las funciones militares.

2.1.2 Segundo Periodo: Años 1997 a 2001

Durante este periodo, se observa cambios sustanciales frente a la concepción del fuero constitucional, donde se observa una gran desconfianza a la Justicia Penal Militar, que ha variado sustancialmente su jurisprudencia, la cual mutó progresivamente, comenzando con la sentencia C- 358 de 1997. También es importante acotar el cambio de legislación sobre Justicia Penal Militar, al promulgarse un nuevo Código Penal Militar con la Ley 522 de 1999, de cuyos artículos 2 y 3, modificaron el cariz del Fuero Penal Militar.

Cabe anotar que en este periodo la sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se encontraba en una posición ambivalente frente al fuero militar, donde no tenía adoptada una postura homogénea, hasta el año 2000 donde adoptó una postura frente al fuero a raíz de sentencia C- 358 de 1997 de la Corte Constitucional.

2.1.2.1 Corte Constitucional

Sentencia C-358 de 1997: M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. La Corte decide acerca de la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 25 (parcial), 26 (parcial), 39 (parcial), 45, 66 (parcial), 74 (parcial), 78, 87 (parcial), 88 (parcial), 89 (parcial), 123, 125 (parcial), 212, 259, 260 (parcial), 319 (parcial), 328 (parcial), 363 (parcial), 366 (parcial), 368 (parcial), 384, 402 (parcial), 430, 458, 473 (parcial), 485 (parcial), 500 (parcial), 577, 645, 702 y 703 del Decreto 2550 de 1988, por el cual se expidió el Código Penal Militar.

En virtud de la cantidad de normas acusadas, la Corte agrupa los artículos enunciados en grupos con similares características. La Corte (1997), señala en cuanto al Fuero Militar que es una institución que se encuentra mayormente definida en la Carta Política, menor será su rango de configuración por parte del legislador sobre ella. Por lo tanto la ley debe respetar dicha configuración, por cuanto la Justicia Penal Militar debe respetar el orden constitucional.

Frente al tema, particularmente al análisis de la expresión “con ocasión del servicio o por causas de éste o de funciones inherentes a su cargo”, la Corte Constitucional, comienza a realizar un análisis detallado del Fuero Militar, donde define el término “servicio” dentro del este tema como:

Las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares - defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional - y de la policía nacional - mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997)

Si bien es cierto, para la Corte, la normativa constitucional parte de la premisa que el miembro de la fuerza pública actúa como tal, pero también se desempeña como ciudadano y persona, razón por la cual no todas sus acciones u omisiones pueden quedar circunscritas en el Fuero Militar. En este sentido, para esta corporación se hace imprescindible distinguir, para efectos penales, cuales actos u omisiones se predicen de la actividad propia militar y cual como persona y ciudadano, con el fin de preservar la especialidad del Derecho Penal Militar.

A la vez, precisa que la función militar y de policía debe estar sujeta al principio de legalidad, con el fin de dar legitimidad al ejercicio, las condiciones y modalidades del uso de la fuerza que detenta el Estado. El marco jurídico plasmado en el Código Penal Militar tiene mayor importancia frente a los deberes que deben cumplir y a la abstención de conductas de la fuerza pública. La corte considera que “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” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997)

Así, que no es suficiente con que la conducta punible sea cometida “dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura” (Corte Constitucional, 1997), para que tenga conocimiento la Justicia Penal Militar. Es necesario analizar si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar a la luz de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, el alto tribunal constitucional contempla que el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, haya cometido un crimen al

margen de la misión castrense encomendada, no le es aplicable el Fuero Militar, pues “el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común”, es decir,

Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997)

Enfatiza que, un entendimiento distinto a lo planteado conduciría a desvirtuar la “esencia del fuero militar”, pues “de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental”. Para la colegiatura constitucional, el aceptar que una persona que se le imputa un delito, haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la fuerza pública o utilizando armas de dotación oficial se admitiría que el fuero se discierne frente a la calidad de militar y no repara la relación de su proceder con el servicio castrense. Lo anterior, por cuanto que la naturaleza de misión de la fuerza pública no puede servir para propósitos delictivos, lo cual debe ser “investigada y sancionada según las normas penales ordinarias” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997).

Por su parte, establece dos elementos del Fuero Militar, uno subjetivo (miembro activo de la Fuerza Pública) y otro funcional (el delito debe tener relación con el servicio), el cual no significa que “la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la fuerza pública”, por cuanto la Constitución y la ley repudian el uso ilegítimo para la consecución de los fines en el estado de derecho.

Ahora bien, “la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso”, en el que la Justicia Penal Militar constituye “la excepción de la norma ordinaria”, limitándola solamente en los casos “en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse”, es decir “en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997). Sobre este tema, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tiene la función de

dirimir los conflictos de competencia entre distintas jurisdicciones, según la Constitución Política y la Ley 270 de 1996.

La Corte Declara inexecutable las expresiones “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales”, contenida en los artículos 261, 262, 263, 264 y 266; “con ocasión del servicio o por causa de éste”, comprendida en el artículo 278; y “u otros con ocasión del servicio”, incluida en el artículo 291 del Código Penal Militar. En todos estos artículos habrá de entenderse que la Justicia Penal Militar sólo se aplica a los delitos cometidos en relación con el servicio, en los términos señalados en la sentencia.

Dicha postura de la Corte Constitucional no es unánime entre todos los miembros de dicha colegiatura, como puede observarse en el Salvamento parcial de voto de los señores magistrados JORGE ARANGO MEJIA, HERNANDO HERRERA VERGARA Y JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, quienes sostienen que la discrepancia de los magistrados estriba exclusivamente en la declaración de inexecutable de las expresiones "con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo", con las cuales el legislador ha calificado los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública, con sujeción a los preceptos constitucionales, para que queden comprendidos dentro del ámbito de jurisdicción de la Justicia Penal Militar. Ellos creen que la expresión constitucional -delitos cometidos en relación con el servicio- incluye las transcritas, es decir, ellas tienen “todas relación íntima e inescindible con el servicio”. La declaración de su inexecutable es improcedente e inútil, y a nada conduce.

Sentencia C-145 de 1998: M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. La Corte analiza la executable de los artículos 656 (parcial), 657 (parcial), 660, 661, 662, 675 (parcial), 676 y 680 del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), que hacen referencia a los vocales (jurados de conciencia) como partícipes dentro de los Consejos Verbales de Guerra.

El demandante propone la declaratoria inconstitucionalidad de las normas del Código Penal Militar que tratan sobre la institución de los vocales de los consejos verbales de guerra, pues el artículo 680 del Código Penal Militar de la época establece la posibilidad que se declare la contravenida del veredicto proferido por los vocales del primer consejo verbal de guerra, cuando

se oponga a la realidad procesal. El mismo artículo dispone que el dictamen emitido por los vocales en el segundo consejo verbal de guerra es definitivo, lo cual para el actor es un problema por el carácter obligatorio del segundo veredicto, radicada en la figura misma de los vocales, pues estos solo están presentes durante el desarrollo del consejo verbal de guerra y emiten su veredicto a través de la contestación de un simple cuestionario sobre la responsabilidad o no del juzgado, sin que exista la obligación de sustentar su veredicto, limitando su respuesta a un “sí” o a un “no”.

Por lo tanto, el presidente de la corte marcial le corresponde verificar la congruencia del pronunciamiento de los vocales con la realidad de los hechos, estando solamente autorizado a admitir el veredicto o declararlo contraevidente y, en consecuencia, ordenar la designación de nuevos vocales para un segundo consejo verbal de guerra; mecanismo que para el actor genera simplemente impunidad, siendo necesario declarar la inconstitucionalidad de los vocales o jueces de conciencia, pues no se arriesga a proferir sentencia en contra toda evidencia probatoria del proceso, y abre la posibilidad de atacar las determinaciones judiciales en sede de casación por violaciones indirectas de la ley sustancial, toda vez que al tratarse de veredicto de vocales es improcedente porque no tienen obligación de fundamentar su decisión.

Además, sustenta que las decisiones de los vocales constituya una denegación de justicia, vulnera el derecho a la igualdad por cuanto el artículo 683 del Código Penal Militar enlista unos delitos con normas procedimentales correspondiente a los vocales, privando a los sindicados y a ciertas víctimas de ejercer recursos en derecho frente a veredictos de conciencia. Por otro lado, sustenta que los jurados de conciencia no pertenecen a la administración de justicia, vulnerando los artículos 116 y 246 de la Carta Política y el no poder recurrir sus fallos vulnera el artículo 29 *ejusdem*. Enfatiza que la institución de los vocales va en contravía con las obligaciones del Estado referentes al cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente a garantizar el derecho a gozar un recurso efectivo para la protección de sus derechos fundamentales, como quiera que la obligatoriedad de un segundo veredicto vulnera estos preceptos. Termina añadiendo que la figura de los vocales y jurados de consciencia ha permitido la absolución de violadores de derechos humanos y privado a sus víctimas de un recurso efectivo.

En esta ocasión intervinieron el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de apoderado, el Comandante de la Armada Nacional, el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, el Comandante de las Fuerzas Militares, el Director de la Policía Nacional, la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares (ACORE), la Comisión Colombiana de Juristas y el Ministerio de Defensa Nacional. El concepto del Ministerio Público lo hace el Viceprocurador General de la Nación. Los únicos que solicitaron la inexecutable de las normas fueron la Comisión Colombiana de Juristas y el Ministerio Público.

En tal sentido, la Corte Constitucional acepta la competencia para conocer de la demanda, y fija como problema jurídico si se vulnera la Constitución con la participación de los vocales en los consejos verbales de guerra establecida en el Código Penal Militar y que el veredicto dictado por los vocales del segundo consejo verbal de guerra sea de obligatorio acatamiento para el juez.

Una vez estudiado la inexistencia de cosa juzgada frente a la sentencia de C-141 de 1995, por cuanto esta no hace un juicio de constitucionalidad sobre la institución de jurados de conciencia, hace un estudio juicioso sobre los mismos recapitulando la historia desarrollada en el derecho anglosajón como mecanismo en contra del absolutismo asegurándose el privilegio de ser juzgados por sus pares, teniendo sus bases en la Carta Magna de 1215, en la *Bill of Rights* de 1689, donde se instituyó el ser juzgado por sus pares; siendo reconocida por Cessare Beccaria en su obra prima “Los delitos y las penas” y recogida en el sistema judicial norteamericano. Donde la corte hace una crítica referente a la falta de técnica jurídica sobre el análisis probatorio de los jurados dentro del proceso, así mismo hace un análisis a los jurados escandinavos del modelo jurídico de la Europa continental.

En Colombia, la institución de los jurados de conciencia es abordada por la Corte Constitucional al retomar sus orígenes en el Congreso de Cúcuta de 1821, con la ley sobre libertad y juicio de imprenta, que la consagraba. En 1851, durante el gobierno de José Hilario López, el legislador determinó que delitos como el homicidio, el hurto de mayor cuantía y robo serían juzgados por los mismos ciudadanos, y un año después se extendió a todos los delitos, salvo los cometidos por funcionarios públicos.

En la Constitución de 1886 se estableció la posibilidad de establecer juicios mediante jurados de conciencia, la cual fue desarrollada por las leyes Ley 57 de 1887 - con las reformas que introdujeron las Leyes 153 de 1887, 135 de 1888, 105 de 1890, 100 y 169 de 1892, 40 de 1907, 92 de 1920, 104 de 1922 y 1 de 1923; con el Código de Procedimiento Penal de 1938 - expedido mediante la Ley 94 de ese mismo año, la cual fue reformada en esta materia por la Ley 4 de 1943, los Decretos 242 y 1231 de 1951 y 1358 de 1964, y las Leyes 16 de 1968 y 16 de 1969; y el Código de Procedimiento Penal de 1971 - expedido mediante el Decreto 409 del mismo año.

En 1986, con las facultades extraordinarias por la ley 58 de 1984, se elaboró un proyecto de Código de Procedimiento Penal, donde se suprimía la figura de los jurados populares en conciencia por una de jurados conformados por abogados, donde se extracta el pensamiento de juristas como el Dr. HERNANDO DEVIS ECHANDIA y ALFONSO REYES ECHANDIA en contra de dicha figura; sin embargo se mantuvo dicha figura, dando luz al Decreto 050 de 1987. Con el Decreto 2700 de 1991 estableció los jurados de derecho, sin embargo el Consejo Superior de la Judicatura se abstuvo de cumplir con dicho precepto, con base en los artículos 246 y 247, posteriormente, con base en una demanda de inconstitucionalidad, mediante sentencia C-226 de 1993 se declaró inexecutable las normas que consagraban la figura de los jurados de conciencia en derecho, por cuanto los particulares solo pueden ser auxiliares de la justicia pero no administrarla, y la ley 58 de 1993 deroga todas las disposiciones sobre jurados en derecho (CORTE CONSTITUCIONAL, 1998).

Frente a la institución de los vocales en el procedimiento penal militar, para la Corte Constitucional equivale a los jurados de conciencia en la justicia ordinaria, empero el artículo 116 de la Constitución política no se podría aplicar a la Justicia Penal Militar por no ser esta parte de la rama judicial, y el artículo 221 ibídem, el cual determina la competencia del Fuero Militar a las prescripciones del Código Penal Militar, la cual en principio no se opondría la institución y permitiría que los miembros de la fuerza pública puedan ser juzgados por sus pares.

En este sentido, la Corte Constitucional expresa que la inclusión de vocales dentro del proceso penal militar no viola la constitución política, pues está acorde con lo dispuesto en el acto legislativo 02 de 1995, donde se estipula que las cortes marciales y tribunales militares estarán

compuestos de miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro. Sin embargo, es inconstitucional todas las normas donde este consagrada esta institución, desde el punto de vista del derecho al debido proceso, al derecho al acceso a la administración de la justicia, como quiera que en primer lugar, toda sentencia debe estar motivada con el fin de justificar su decisión, y esa motivación la que permite establecer un control judicial, académico o social para su posterior corrección de las decisiones judiciales.

En ese sentido la Corte insiste que dicha fundamentación debe ser jurídica, con base en lo establecido en el artículo 230 de la Carta Magna, en lo referente a que los jueces deben estar sometidos al imperio de la ley. Es decir, que en un Estado de Derecho, las actuaciones de los órganos públicos deben estar ajustadas a la normatividad penal. “Esto significa que las sentencias deben basarse en una apreciación de los hechos probados dentro del proceso, desde la perspectiva de las normas jurídicas vigentes” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1998); y puntualiza que “precisamente entre los fines del deber de motivar las sentencias se encuentra el de facilitarle al afectado la comprensión de la resolución emitida y la formulación de su impugnación” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1998).

A esta conclusión llega la Corte Constitucional (1998) al retomar lo fijado por en su jurisprudencia de la sentencia C-226 de 1993, y en el análisis que hace de los artículos 656 (parcial), 657 (parcial), 660, 661, 662, 675 (parcial), 676 y 680 del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), donde concluye que, aunque el juez advierta una contra evidencia en el veredicto de los vocales, puede apartarse mediante auto interlocutorio, el cual podrá ser consultado por el fallador de segunda instancia, pero si no confirma el auto, deberá el juez ajustarse al veredicto. Contrario, si es confirmado el auto, se deberá convocar un nuevo consejo verbal de guerra, con otros vocales, cuyo veredicto es, en todo caso, definitivo y obligatorio.

También es posible que el Tribunal Superior Militar declare que un veredicto es contraevidente, ello ocurre cuando la sentencia sube en revisión al Tribunal, caso en el cual también se convoca a un nuevo consejo verbal de guerra, de cuyo veredicto será definitivo. El carácter definitivo del segundo veredicto no está contemplado como causal de casación cuando este sea contraevidente, siendo la misma corte quien ha ratificado la intangibilidad del pronunciamiento de los jurados.

Frente a esta sentencia, se evidencia que si bien es cierto, tal y como exterioriza la Corte Constitucional, los veredictos de juzgados de conciencia tiene como “fallan con base en sus convicciones íntimas, de acuerdo con el principio de verdad sabida y buena fe guardada”, con ella se perdió una de las características del proceso penal militar de esa época, es decir, la característica de un procedimiento acusatorio puro como la de ser juzgado por sus pares.

Sentencia C-561 de 1997: M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. La alta corporación revisa la constitucionalidad del aparte del Código Penal Militar que reza:

Artículo 14. Principio. Las disposiciones de este código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el Derecho Internacional. También se aplicarán a los oficiales, suboficiales y agentes de la policía Nacional (Decreto, 1988, art. 14)

De hecho, para la época en que se profirió la sentencia, el demandante considera que el Fuero Penal Militar se estaba desplegando frente a conductas que no tenían nada que ver con el servicio, los cuales son propios de la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte comienza su análisis, con la reafirmación de su línea jurisprudencial comenzada con la sentencia C-358 de 1997, frente a la interpretación restringida del Fuero Constitucional, para luego concluir que es claro que el Código Penal Militar consagra hechos punibles militares como delitos ordinarios y comunes “en los que pueden quedar incurso los miembros de la Fuerza Pública, al cumplir la misión o servicio que les ha sido asignado”, donde reitera que para las últimas, las penas no pueden ser inferiores a las establecidas al Código Penal, pues en ese caso “tales normas serían inconstitucionales por infringir el derecho a la igualdad” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997)

Además, mantiene la hermenéutica en la cual la Justicia Penal Militar está montada sobre dos elementos, los cuales “se equilibran mutuamente”: a) personal o subjetivo, es decir ser miembro de la fuerza pública en servicio activo; b) funcional, donde concurre la relación del delito con un acto del servicio; elementos que el legislador no puede alterar este equilibrio.

En ese orden de ideas, la Corte (1997) sostiene la aplicación de la Justicia Penal Militar por delitos comunes a un miembro de la fuerza pública, se requiere, primero, que sea miembro activo

de la misma, y segundo, que el ilícito se produzca en ejercicio de actos del servicio. Es decir del cumplimiento de sus deberes funcionales consagrados en la Constitución y en la Ley, el cual es consagrado por el artículo demandado como inconstitucional. Esta colegiatura concluye que los únicos casos en que los delitos comunes están sujetos al Fuero Penal Militar son los que “guardan íntima relación de conexidad con los actos propios de la función pública que le corresponde desarrollar a la fuerza pública”. Por lo tanto el artículo 14 del Decreto 2550 de 1988 no vulnera el artículo 221 de la Constitución, siendo declarada exequible.

Así mismo, confirma que en aquellos casos en los que no aparezca “diáfananamente la relación directa con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997).

Sentencia T-298 de 2000: M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. La Corte resuelve los sucesos correspondientes a que el Cuerpo Técnico de Investigación -Dirección Seccional de Neiva-, por medio de Resolución del 5 de diciembre de 1994, ordenó abrir investigación y vincular a ella mediante indagatoria a los militares activos JOSÉ ANCIZAR HINCAPIÉ BETANCURT, ENRIQUE CAMACHO JIMÉNEZ -actor en esta tutela-, ELSÍAS MUÑOZ VARGAS, HERMÓGENES GALÍNDEZ Y WILSON CAVIEDES, por la comisión de múltiples hechos delictivos ocurridos en esa ciudad. En tal sentido, la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá especificó esos hechos de la siguiente manera:

Por una parte los secuestros y homicidios de URIEL ROA GUTIERREZ, N.N. (ahorcado en los primeros días de abril de 1994), para afirmar que tuvieron ocurrencia bajo un mismo patrón de actuación: las víctimas fueron retenidas sin orden judicial o sin existir estado de flagrancia, y llevadas a las instalaciones del Batallón Tenerife de Neiva, privadas de su libertad en una habitación de la Sección de Inteligencia, y posteriormente sacadas hacia parajes lejanos, donde se les dio muerte; con excepción de N.N. quien fue ahorcado en el patio de cañones, pero luego arrojado en las afueras de la ciudad. A todos se les hurtaron los bienes que portaban y sus documentos de identidad, para dificultar su reconocimiento. A ROBINSON ESCOBAR se le asesinó, previo seguimiento, cuando transitaba hacia el municipio de Palermo (Huila) hurtándole una gruesa suma de dinero y una motocicleta, de la cual se apropió ARNOLDO GUTIERREZ (...). Se hace referencia a otro grupo de crímenes contra la vida y la libertad personal, en relación con GUISELLA RODRIGUEZ OTALORA, ARMEL GUERRERO, JULIO CESAR VARGAS Y JHON FREDDY RODRIGUEZ, a quienes se les privó injustamente de su libertad y luego se les asesinó, simulando enfrentamientos con la guerrilla y reportándolos como bajas, vistiéndolos

previamente con prendas de uso privativo militar y colocándoles armas y elementos de campaña (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-298, 2000)

Frente a ello, el actor solicita que se acate una decisión del Consejo Superior de la Judicatura por medio de la cual dirimió el conflicto de competencias y resolvió que era la Justicia Penal Militar la competente para conocer del proceso que se adelanta en su contra. Por su parte, la Corte resalta una consideración del Tribunal Penal Militar en la medida en que:

La competencia para conocer del mismo, no puede recaer en esta Jurisdicción Especial, dadas las circunstancias modales en que se realizó el acontecimiento letal que originó el movimiento del aparato jurisdiccional del Estado, indicativo a todas luces, que no tiene ninguna relación con el servicio en forma directa, desde donde surge improcedente la aplicación de la citada garantía foral (CORTE CONSTITUCIONAL, 2002)

Continuando con su interpretación, se considera que la orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones, que se enuncian a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales (CORTE CONSTITUCIONAL, 2002)

Así, que de acuerdo a la extensión del Fuero Penal Militar a conductas que están más allá de los delitos estrictamente relacionados con el servicio representa una vulneración a la limitación que impuso el Constituyente al ámbito de aplicación de la Justicia Penal Militar. Por lo anteriormente expuesto, la Corte deniega el amparo solicitado por cuanto la competencia para conocer de los hechos enunciados recae en cabeza de la jurisdicción ordinaria.

Sentencia C-368 de 2000: M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA. La Corte resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 25, 29, 32, 71, 344, 364 y 608 de la ley 522 de 1999, por medio de la cual se expide el Código Penal Militar:

Artículo 3. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia (CÓDIGO PENAL MILITAR)

Frente a ello, la Corte Constitucional reitera los límites de la Justicia Penal Militar entorno a la reforma al Código Penal Militar con la Ley 522 de 1999. En tal sentido, los delitos no relacionados con el servicio que enuncia el artículo 3 de la Ley 522 de 1999, especifica los límites del criterio funcional derivados del *ius cogens*, más allá de los cuales no se puede extender el Fuero Militar sin violar la Constitución y el DIH.

La Corte (2000) reitera su posición en el entendido que: en materia penal, la regla constitucional general es la jurisdicción penal ordinaria, y la excepción, la jurisdicción penal militar; para delimitar el ámbito de aplicación de esta última, se aplican los dos criterios concurrentes señalados en el artículo 221 de la Carta y desarrollados por la Ley 522 de 1999: el personal y el funcional. El criterio personal, desarrollado por los artículos 1, 4 y 5 de dicha ley, indica que sólo sujetos calificados gozan de este fuero: de manera exclusiva, los miembros de la fuerza pública en servicio activo; pero esa calidad no es, por sí sola, suficiente para optar de manera válida, cuando se trata de conocer de un asunto determinado, por la competencia excepcional de la jurisdicción especial; si así fuera, se configuraría un fuero meramente estamental contrario al ordenamiento constitucional vigente. Por eso, el criterio personal debe concurrir con el criterio funcional, desarrollado en los artículos 2° y 3° de la ley citada, de acuerdo con los cuales, el Fuero Militar sólo opera para conocer y juzgar: a) aquellas conductas delictivas que sólo pueden ser cometidas en razón del servicio que prestan los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, por requerir esos tipos penales de sujetos activos calificados, como es el caso en los delitos del centinela, la insubordinación o la cobardía; y b) otras conductas delictivas que no requieren necesariamente de ese sujeto activo calificado, pero que se relacionan con el servicio que prestan los miembros de las Fuerzas Armadas, pues constituyen omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones asignadas a esas instituciones.

En consecuencia de lo anterior la Corte declara exequible el artículo relacionado con el tema objeto de estudio mientras que toma decisiones divergentes con respecto a los otros artículos demandados.

Sentencia T-806 de 2000: M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, la providencia resuelve sobre acción de tutela en contra de varias sentencias, entre ellas, la del Consejo Superior de la Judicatura que otorgó la competencia a la jurisdicción penal militar, a fin de conocer la investigación y juzgamiento de los hechos ocurridos en agosto de 1987. La hermana de la actora fue detenida en la ciudad de Bogotá por miembros de la fuerza pública y conducida a las instalaciones de la Brigada XX, sin que desde esa fecha se volviera a conocer sobre su paradero. Sin embargo, en el año 1990, después de la exhumación de un cuerpo que fue encontrado en la vía que de Santafé de Bogotá conduce a Villavicencio e inhumado en septiembre de 1987, se concluyó que el mismo correspondía a NIDIA ERIKA BAUTISTA, hermana de la accionante.

Este hecho dio origen a que la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, iniciara la correspondiente investigación penal, donde operó el fenómeno de la prescripción. Fueron vinculados cuatro miembros de la fuerza pública, a quienes se les dictó, en agosto de 1996, medida de aseguramiento únicamente por el delito de homicidio, por cuanto frente a otros delitos.

La Corte (2000) no varía su postura frente al Fuero Militar, por ser una excepción a la regla del juez ordinario, sólo puede operar cuando el delito cometido por el miembro de la fuerza pública tenga un relación directa, un nexo estrecho con la función que la Constitución le asigna a ésta, esto es, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, como el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio colombiano (CONSTITUCIÓN POLÍTICA. arts: 217 y 218).

Por tanto, al no existir el vínculo directo entre conducta delictiva y función militar o policial, y en razón del carácter restrictivo que tiene la institución del Fuero Militar, la competencia para investigar y sancionar aquélla sólo le corresponde al juez ordinario. Una interpretación diversa,

produciría una violación flagrante del texto constitucional, al socavarse la competencia de los órganos que por regla general están llamados a administrar justicia, transgrediéndose así, no sólo uno de los pilares del principio de legalidad y del debido proceso, como lo es el del juzgamiento por el juez natural, sino el principio de igualdad, por cuanto el fuero castrense se convertiría en un privilegio para la fuerza pública, sin razón alguna para ello.

De hecho, en el curso del proceso, deben aparecer pruebas claras sobre la relación existente entre la conducta delictiva del agente de la fuerza pública y la conexidad de ésta con el servicio que cumplía. En caso de no existir aquéllas, o duda sobre en qué órgano debe radicarse la competencia, siempre habrá de discernirse ésta en favor de la justicia ordinaria.

Por su parte, la Corte (2000) señala que así hubiese existido una orden de "deshacerse" del cuerpo de la víctima está nunca pudo haber estado relacionado con el servicio, elemento que no toma en cuenta el Consejo Superior de la Judicatura al momento de otorgar la competencia a la jurisdicción, razón por la cual se concede el amparo de tutela revocando todas las decisiones no concordantes con él.

Sentencia C-878 de 2000: M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. La Corte resuelve la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 1; 2; 3 y 195 de la ley 522 de 1999, por medio de la cual se expide el Código Penal Militar.

Artículo 1. Fuero Militar. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Penales Militares, con arreglo a las disposiciones de este código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros activos de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

Artículo 2. Delitos relacionados con el servicio. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública.

Artículo 3. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Artículo 195. Delitos Comunes. Cuando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el código penal ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar.

Así, que la Corte (2000) sigue manteniendo su línea jurisprudencial, en el sentido de establecer dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio, el cual no varío con la Ley 522 de 1999.

Cuando el Constituyente hizo referencia a que el Fuero Militar ha de operar cuando el delito tenga “relación con el servicio”, está indicando que el acto delictivo por el cual un miembro de la fuerza pública puede ser juzgado por la Justicia Penal Militar ha de ser cometido en ejercicio de “las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares - defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional - y de la policía nacional - mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica-” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-358, 1997), en donde se hace necesario distinguir entre los actos que ejecuta el miembro de la fuerza pública en ejercicio de las actividades propias de su cargo, y aquellos que puede ejercer como cualquier persona dotada de la capacidad de actuar delictivamente. Distinción ésta que, en su momento, corresponderá ejercer a las autoridades encargadas de las funciones de investigación y juzgamiento.

Acá, las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.

Así, que los delitos relacionados con el servicio, son aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando los mismos se deriven directamente del ejercicio de la

función militar o policial que la Constitución les ha asignado (CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 1991, arts., 217 y 218).

En tal sentido, debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa, que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la fuerza pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron *ab initio* criminales.

En cuanto a los delitos no relacionados con el servicio, la Corte (2000) señala que la norma no es taxativa, pues tampoco lo serán los de lesa humanidad, la tortura, el genocidio, la desaparición forzada, entre otras; razones por las cuales declara la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

Sentencia C-361 de 2001: M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. La Corte estudia la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (parcial), 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 234 numeral 3, 260, 261, 262, 292, 552, 553, 554, 555, 556, 557 y 563 (parcial) de la Ley 522 de 1999, por medio de la cual se expide el Código Penal Militar.

Artículo 2. Delitos relacionados con el servicio. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que

conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública (Ley 522, 1999, art, 2).

Artículo 187. Violación de habitación ajena. Artículo 188. Lesiones personales dolosas.

Artículo 189. Lesiones preterintencionales y culposas. Artículo 190. Hurto simple. Artículo 191. Hurto de uso. Artículo 192. Estafa. Artículo 193. Emisión y transferencia ilegal de cheque. Artículo 194. Daño en bien ajeno. Artículo 234. Competencia de la Corte Suprema de Justicia. Artículo 260. Fiscales penales militares y Artículo 261. Funciones de los fiscales penales militares ante el Tribunal Superior Militar. Artículo 262. Funciones de los fiscales penales militares ante los juzgados de primera instancia. Artículo 292. Fiscales penales militares. Artículo 552. Termino de instrucción. Artículo 553. Cierre de la investigación y calificación del mérito del sumario. Artículo 554. Formas de calificación. Artículo 555. Notificación de la providencia calificatoria. Artículo 556. Requisitos sustanciales de la resolución de acusación. Artículo 557. Requisitos formales de la resolución de acusación y Artículo 563. Control de legalidad y apertura del juicio a pruebas.

En dicho contexto, la Corte (2001) considera que se confunde la determinación de la competencia con la resolución de los conflictos que sobre esta determinación se presenten. La primera se refiere al estudio juicioso que realiza todo juez cuando ante él se presentan ciertos hechos que pueden llegar a ser de su conocimiento como autoridad judicial, luego de lo cual concluirá si cuenta o no con la potestad de conocer el caso que se le ha expuesto. La segunda, que comporta un significado distinto, está referida al momento en el cual se entraba una colisión entre dos jueces, cada uno de los cuales o bien se arroga sobre sí la facultad para conocer y decidir sobre los hechos, o al contrario, rechaza su facultad legal para llevar a cabo la función jurisdiccional.

Por su parte, el artículo 121 se refiere a delitos cometidos i) por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y ii) en relación con el mismo servicio. Así, algunas de las conductas que describen las normas acusadas que ahora se examinan, pueden ser llevadas a cabo por sujetos activos que no necesariamente sean militares en servicio activo, y también pueden cometerse por estos últimos por fuera del servicio. En ninguno de los dos casos su juzgamiento correspondería

a los tribunales castrenses, quienes sólo adquieren competencia con la concurrencia de las circunstancias personal y funcional exigidas por la Constitución.

En cuanto a los elementos que delimitan la noción de relación con el servicio activo para efectos de definir la competencia de los tribunales castrenses, esta noción, implica: a) la comisión del ilícito dentro de la circunstancia de estar llevando a cabo “actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares - defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional - y de la policía nacional - mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.” Y, b) voluntaria o culposamente haber incurrido “en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder, que por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza” (CORTE CONSTITUCIONAL, 2001).

De esta manera la Corte (2001) declara exequibles los artículos demandados a excepción de la expresión “y fiscales ante esa corporación” del numeral 3 del artículo 234 de la citada norma.

Sentencia T-1001 de 2000: M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. La Corte estudia el planteamiento de la posible vía de hecho en que incurrió la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al decidir la colisión de competencias existentes entre la justicia ordinaria y la justicia penal militar favoreciendo a esta última.

En este caso, Carlos Manuel Prada González era miembro de la Corriente de Renovación Socialista (CRS) y vocero de este grupo insurgente dentro del proceso de reinserción frente al gobierno nacional. El 20 de septiembre el señor Prada se trasladó junto con Ricardo González - también vocero de dicha organización- y Ernesto Parada, miembro de la Consejería Presidencial para la Paz al corregimiento de Blanquiset, municipio de Turbo, Antioquia. El 21 de septiembre los voceros convocaron a la población para informarles que algunos miembros de la CRS se trasladarían a la población con el fin de dirigirse hacia el municipio de Ovejas, Sucre. Les dijeron que no debían temer un enfrentamiento entre el grupo insurgente y los miembros del Ejército Nacional, pues dicho traslado era de conocimiento del gobierno.

Consecuente, el 22 de septiembre llegaron algunos de los miembros del grupo insurgente a la población. Entre tanto, según declaraciones rendidas por testigos, los señores Prada y González se encontraban descansando (tomando gaseosa) dentro del corregimiento. En ese preciso momento, según tales declaraciones, ingresaron al corregimiento tres camiones del Ejército, de los cuales bajaron varios soldados profesionales, quienes dispararon a los señores Prada y González. Ellos huyeron corriendo a campo traviesa y se detuvieron unos 400 metros más adelante. Al detenerse, el señor Prada se quitó la camiseta y la ondeó en gesto de paz, mientras él y González gritaban que eran negociadores frente al gobierno, para la reinserción del grupo insurgente. Prada y González fueron dados de baja un tiempo después y, según testigos, después de escucharse una ráfaga, se oyeron tres disparos independientes.

En tal sentido, el Consejo Superior de la Judicatura determinó que la Justicia Penal Militar era competente para llevar el proceso por homicidio contra los militares. Sobre el asunto la Corte afirma (2001) que la competencia de la Justicia Penal Militar se extiende a dos tipos de delitos: los intrínsecamente militares y los comunes que guarden relación con el mismo servicio. En lo que se refiere a la expresión “relación con el mismo servicio”, se aclara que la misma hace mención específica a aquellas actividades que, en forma concreta y directa, están dirigidas al cumplimiento o realización material de las funciones propias de la fuerza pública, ya relacionadas anteriormente en varias ocasiones.

Como consecuencia de lo anterior, la sola circunstancia de pertenecer a la fuerza pública e incurrir en una conducta delictiva, ya sea en tiempo de servicio, utilizando o no prendas distintivas, haciendo uso de instrumentos de dotación o aprovechándose de la investidura, no es criterio válido para desplazar al derecho penal común y considerar que el conocimiento del hecho punible corresponde a la Justicia Penal Militar. En realidad, -dijo esta Corporación- para que se pueda aplicar a favor de la jurisdicción penal militar el criterio restrictivo de competencia residual, es necesario examinar si el comportamiento activo o pasivo del miembro de la fuerza pública guarda relación con una específica misión militar o policial.

En torno a la exigencia de conexidad o de proximidad que debe existir entre la conducta y el acto de servicio, la Corte ha precisado (2001) que la misma no tiene ocurrencia en los siguientes

eventos: (i) cuando se trata de punibles que revistan una gravedad inusitada, como es el caso de los delitos de lesa humanidad y (ii) cuando la relación con el servicio no surge claramente de las pruebas que obran en el proceso. A juicio de la Corte, en los anteriores supuestos no se crea una verdadera relación de conexidad material, sino una relación ocasional que descarta cualquier aproximación con la competencia especial asignada por la Constitución a la Justicia Penal Militar. Frente a la primera hipótesis, por cuanto los delitos de lesa humanidad constituyen conductas punibles totalmente extrañas a las funciones constitucionales asignadas a la Fuerza Pública. Y frente a la Segunda, porque la duda que se genere en torno a la apreciación o valoración de los elementos de juicio allegados al proceso, desnaturaliza la exigencia de rigidez que debe acompañar la relación entre el delito y la función militar o policial. En estos dos eventos, y por las razones expuestas, aclaró la Corte, es determinante que la competencia deba radicarse en el juez ordinario y no en el juez militar.

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron los acontecimientos y en que fallecieron los miembros de la CRS, pueden resultar compatibles -como lo sostuvo la entidad demandada- con la actividad específica que venía realizando la Compañía A de contraguerrillas de la Primera División del Ejército Nacional y, desde esa perspectiva, guardan un claro fundamento de conexidad material con la misión encomendada y con las funciones que el artículo 217 de la Carta le asigna a la Fuerzas Militares, ya mencionados, postulados que, por lo demás, se encuentran seriamente amenazados por los distintos grupos alzados en armas que hacen presencia a lo largo y ancho del territorio nacional. Y que Prada González y Bolaños Castro ostentaran la calidad de negociadores o voceros en las conversaciones de paz que el grupo guerrillero de la CRS venía sosteniendo con el gobierno de la época, no desvirtúa o pone en duda la relación de proximidad existente entre su muerte y la operación militar que se venía desarrollando. Por esto y otros argumentos la Corte (2001) confirma la sentencia acusada en sede de tutela.

Sentencia C-1054 de 2001: M.P. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. La Corte revisa la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 263 numeral 3 y 264 de la Ley 522 de 1999, por medio de la cual se expide el Código Penal Militar,

Artículo 264. Competencia de los funcionarios de Instrucción Penal Militar. Los jueces de Instrucción Penal Militar tienen competencia para investigar todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho" (Ley 522, 1999, art. 264).

En esta, la Corte (2001) considera para que los jueces de instrucción penal militar tengan competencia es necesario no sólo que el presunto delincuente sea miembro activo de la fuerza pública (elemento subjetivo) sino que además el delito cometido tenga una relación directa con el servicio (elemento funcional). Los delitos relacionados con el servicio, son aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando los mismos se deriven directamente del ejercicio de la función militar o policial que la Constitución les ha asignado.

Todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la fuerza pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial. Así, que conforme a lo anterior, la Corte declara exequibles las disposiciones demandadas.

Sentencia SU-1184 de 2001: M.P. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. La Corte unifica criterios frente a la masacre de Mapiripán, en los cuales durante los días 15 a 20 de julio de 1997, un grupo de personas que vestían prendas privativas de las Fuerzas Militares irrumpió en el municipio de Mapiripán, Meta. Arribaron al sitio, procedentes de San José de Guaviare, lugar al cual habían llegado por vía aérea días antes. Durante su estancia en dicho municipio “sometieron violentamente a la población de Mapiripán, impidieron el ejercicio de los derechos de locomoción y comunicación, cerraron varias oficinas públicas, interrumpieron el desenvolvimiento de las actividades normales de ese municipio y procedieron a retener, torturar y asesinar un total de 49 personas, cuyos cadáveres descuartizados en su gran mayoría fueron arrojados al Río Guaviare.

En este marco, se atribuye a dos miembros de la fuerza pública que tenían competencia material, funcional y territorial sobre la zona (posición de garante), que frente a la agresión armada contra la población civil (situación de peligro generante del deber) no prestaron ningún tipo de ayuda (no realización de la acción esperada) cuando contaban con medios materiales para hacerlo

(capacidad individual para realizar la acción). Durante los hechos, fueron informados sobre la forma como se desarrollaban en el municipio las graves violaciones a los derechos humanos (dolo o imprudencia). En este sentido, la Corte definió algunos factores para solucionar estos conflictos de competencias:

a) para que un delito sea de competencia de la Justicia Penal Militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. b.) Que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad”. Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que, de manera flagrante, aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados (CORTE CONSTITUCIONAL, 2001)

Es así, que el núcleo de la imputación debe girar en torno a determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos, sino también de personas que se encuentran bajo la inmediata subordinación. Si el superior no evita – pudiendo hacerlo- que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional.

Para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la república. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación

cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes.

Así, que la existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.

Para que un miembro activo de la fuerza pública sea investigado y juzgado por la Justicia Penal Militar, es presupuesto indispensable que el comportamiento realizado tenga una vinculación directa con el servicio. Lo que significa, que los actos deben estar orientados a realizar los fines que constitucionalmente le han sido asignados, pero en el desarrollo de ellos se presenta un exceso cuantitativo. Es decir, el servidor público *ab initio* dirige su actuación al cumplimiento de un fin legítimo, pero hay un error en la intensidad de su actuar que implica un desbordamiento de la función pública.

No basta en consecuencia, una simple relación temporal o espacial entre el delito cometido y la función desarrollada, como en aquellos casos en que con ocasión o a causa del servicio se desvía en forma esencial la actividad inicialmente legítima para realizar conductas punibles que desborda la misión constitucional asignada. Hay ciertos comportamientos que siempre son ajenos al servicio, como aquellas violaciones graves a los DD.HH o al DIH, porque en ellas no puede afirmarse que la fuerza pública está realizando un fin constitucionalmente legítimo.

¿Pero cuándo una omisión de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? La respuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública. Esto significa que no pueden quedar amparadas por el fuero penal militar, las siguientes omisiones: i) las que se producen en el contexto de una operación que *ab initio* buscaba fines contrarios a los

valores, principios o derechos consagrados en la carta (surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho), o ii) las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad (no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en un combate) o iii) cuando no se impiden las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (un miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado). En los anteriores casos, siempre es indispensable que el garante tenga dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales.

Si el miembro de la fuerza pública tiene un deber específico de evitar el resultado (ostenta una posición de garante) y no inicia la acción de salvamento a pesar de que contaba con la posibilidad material de hacerlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado lesivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional.

En esta providencia, la Corte (2001) llega a cuatro conclusiones acerca del Fuero Militar:

1. Si la omisión equivale a la realización activa de una conducta que vulnera los derechos humanos, se imputa la violación de un derecho fundamental y por ende no tiene ninguna relación con el servicio. Esta equivalencia se presenta, cuando el miembro de la fuerza pública tiene una posición de garante originada en los riesgos que debe controlar (garantes de vigilancia o de custodia) o en los bienes jurídicos que debe proteger (garantes de protección).
2. Si la omisión no implica la imputación del resultado y significa solamente la violación a un deber funcional de actuar, la regla general es que se trata de un acto relacionado con el servicio. Es decir, los delitos de omisión impropia en los cuales el resultado es la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre son actos ajenos al servicio, mientras que los delitos de omisión propia, por regla general pueden considerarse relacionados con la misión constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública.
3. Verificada la posición de garante, el título de imputación corresponde a la violación grave de los derechos humanos, sin que ésta se modifique por la forma de intervención en el hecho punible (autoría o participación), el grado de realización de la conducta (tentativa o consumación) o la imputación subjetiva (dolo o imprudencia), pues en todos estos casos se toma parte en un mismo hecho.
4. Las conductas omisivas tendientes a ocultar la comisión del delito ejecutado por otro y que no le es imputable al miembro de la fuerza pública, realizadas después de consumada la grave violación a los derechos humanos, son formas de encubrimiento que no están vinculadas directamente con la función constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública. vg. facilitar la fuga de los grupos al margen

de la ley, después de un ataque a la población civil, no desplegando ninguna actividad tendiente a la aprehensión de los responsables. En general, esto mismo puede afirmarse de los delitos conexos (por acción u omisión) tendientes a facilitar u ocultar la violación grave de derechos humanos.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte revoca las sentencias acusadas, y en su lugar oficia al Consejo Superior de la Judicatura a fin de que resuelva la colisión de competencias de conformidad con los criterios expuestos en la sentencia de unificación.

2.1.2.2 Corte Suprema de Justicia

Sentencia de septiembre 18 de 1996: M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL. Radicado 9996. La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 27 de junio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior Militar condenó al acusado CESAR JERONIMO RINCON NEITA a la pena principal de 10 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio.

Los hechos ocurrieron el 4 de octubre de 1993, aproximadamente a las 3:30 horas de la mañana, en las instalaciones de la Base Militar de Puerto Gaitán (Meta), el Soldado del Ejército Nacional César Jerónimo Rincón Neita disparó su fusil de dotación oficial en contra del Soldado Wilson Alexander Velandia Vela, causándole la muerte. La investigación fue iniciada por el Juzgado 128 de Instrucción Penal Militar, que escuchó en indagatoria al sindicado Rincón Neita y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio, según lo previsto en los artículos 259 y 260 del Código Penal Militar. El proceso acreditó que los Soldados Rincón Neita y Velandia Vela llegaron a la Base Militar a las 3.15 de la mañana, de donde habían salido sin permiso horas antes para dedicarse a consumir bebidas embriagantes, y que minutos después de su arribo se presentó entre ellos un altercado que terminó en la forma relatada. (Hechos ya citados anteriormente).

Cerrada la investigación, el Comandante del Batallón de Infantería No.20 "General Serviez", en su condición de Juez de primera instancia, convocó a Consejo Verbal de Guerra con intervención de Vocales, para juzgar al procesado Rincón Neita por la muerte de su compañero Velandia Vela.

Mediante sentencia de 6 de mayo de 1994, la Presidencia del Consejo acogió el veredicto afirmativo de responsabilidad emitido por los Vocales, y en consonancia con éste, condenó al procesado a la pena principal de 10 años de prisión, y las accesorias de separación absoluta de las Fuerzas Militares, e interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal, por el delito de homicidio tipificado en el artículo 259 del Código Penal Militar.

Apelado este fallo, el Tribunal Superior Militar lo confirmó en todas sus partes mediante el suyo de 27 de junio de 1994, que recurre en casación el defensor del procesado. La demanda de casación se presenta por lo que el defensor considera incompetencia de la Justicia Penal Militar para conocer de los hechos objeto de investigación.

La Sala de Casación Penal de esa Corporación establece (1996) que dos son las condiciones que el artículo 221 de la Constitución Nacional determinan para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública sea de conocimiento de la Justicia Penal Militar: a) Que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo; y, b) Que el delito guarde relación con el servicio.

En consecuencia de lo anterior la Corte decide CASAR la sentencia impugnada, y por consiguiente DECRETA LA NULIDAD del proceso a partir inclusive del auto de cierre de la investigación, por incompetencia de la justicia penal militar.

Sentencia de Septiembre 15 de 1998: M.P. Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS. Radicado 2573. La Corte decide acerca del recurso de casación interpuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar contra la sentencia de 17 de noviembre de 1987, mediante la cual esa Corporación confirmó la dictada por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra convocado por el Comandante del Batallón de Infantería “Caycedo” con sede en Chaparral (Tolima), condenando al Cabo Primero del Ejército Nacional JORGE LUIS MARTÍNEZ BONETH a la pena principal de tres (3) años de prisión como responsable del delito de homicidio culposo en la persona de Saúl Huelgos Romero.

Los hechos ocurrieron en la madrugada del 26 de noviembre de 1986, dentro de la cantina “Olga Luz” de la población de Chaparral (Tolima), resultó muerto con arma de fuego el ciudadano Saúl Huelgos Romero, hecho del cual se sindicó al Cabo Primero del Ejército Jorge Luis Martínez Boneth, quien en uso de permiso y vestido de civil se dedicaba a ingerir bebidas embriagantes en dicho establecimiento acompañado de otro suboficial y varias amigas. Cometido el hecho, huyó del lugar siendo capturado por varios agentes de la Policía Nacional llevando consigo un revólver marca “Colt” calibre 38 largo.

La investigación fue iniciada y adelantada por el Juzgado 22 de Instrucción Criminal, despacho que lo oyó en indagatoria profiriendo en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio culposo. Practicadas otras pruebas, el Juzgado Superior de Chaparral atendiendo solicitud de su Fiscal remitió la actuación por competencia al Comando del Batallón de Infantería “Caycedo” con fundamento en el numeral 2, artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar y en consideración a que, según doctrina de la Corte, los delitos comunes cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en situaciones de turbación del orden público o conmoción interior eran de competencia de la justicia castrense.

Convocado Consejo Verbal de Guerra para juzgar al sindicado por el delito de homicidio culposo de que trata el artículo 329 del Código Penal, los Vocales afirmaron por unanimidad su culpabilidad en el hecho, veredicción acogida por el Presidente de dicho Consejo para condenarlo en primera instancia a la pena principal de tres años de prisión, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional, fallo consultado con el Tribunal Superior Militar y por éste confirmado, con salvamento de voto de sus integrantes, mediante el que es objeto del recurso de casación.

En el marco de la causal tercera de casación contemplada en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal vigente, se acusa la sentencia por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de orden legal (art. 441-1 del C. de J. P. M.), por incompetencia del juez.

Según la Corte (1998), de las pruebas aducidas al proceso resulta incuestionable que el Cabo Primero del Ejército Nacional Jorge Luis Martínez Boneth perteneciente al Batallón de Infantería

“Caycedo” con sede en Chaparral (Tolima) cometió el hecho punible por el cual fue juzgado y condenado mediante el procedimiento especial de los Consejos Verbales de Guerra, en circunstancias que no tuvieron ninguna relación con el servicio militar, calificándose su conducta por los juzgadores de instancia, como constitutiva de un delito común en razón a que el homicidio a él atribuido fue perpetrado dentro de un establecimiento público en momentos en que disfrutaba de un permiso concedido por sus superiores. Evidente es también que el hecho se consumó encontrándose el país en estado de sitio (a partir del mes de mayo de 1984) y que, el numeral 2 del artículo 308 del Código Penal Militar declarado exequible por la Corte en sentencia de 4 de octubre de 1971, atribuye a la justicia castrense el juzgamiento de los delitos comunes cometidos por los militares en servicio activo, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior.

Sin embargo, la Sala de Casación Penal en providencia de 25 de septiembre de 1987 M.P. Dr. RODOLFO MANTILLA JÁCOME llegó a la conclusión de que la Justicia Penal Militar no puede sustraer de los jueces ordinarios el conocimiento de los delitos comunes consumados por militares que no se encuentren en servicio activo o que hayan delinquido en actividades ajenas a dicho servicio. De ahí que, el Fuero Militar de acuerdo al querer del constituyente, sólo se aplique y justifique en el campo estricto del servicio militar.

Siendo este el criterio acogido por la Sala en cuanto a la institución del Fuero Militar fácil es colegir que el Suboficial del Ejército Nacional Martínez Boneth, acusado de homicidio, no tiene derecho a ser juzgado por el procedimiento establecido para los militares en servicio activo que delinquen por causas relacionadas con el servicio. Su juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria porque el hecho cometido no guarda ninguna relación con su actividad militar, sino que fue perpetrado en uso de la licencia o permiso y en circunstancias totalmente extrañas a su función castrense, resultando indiferente que al momento de su consumación el país se encontrara, como se encuentra en estado de sitio por turbación del orden público.

En consecuencia de lo anterior la Corte CASA la sentencia impugnada, declarar la NULIDAD del proceso a partir inclusive, de la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, a fin de que se reponga la actuación conforme a derecho y, ordena remitir las diligencias por conducto

del Tribunal Superior Militar al Juzgado de Instrucción Criminal radicado en Chaparral (Tolima), por competencia.

Sentencia de octubre 5 de 2001: M.P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Radicado 18499. La Corte Suprema estudia la demanda de casación interpuesta en defensa de los miembros de las Fuerzas Armadas ALEJANDRO LONDOÑO TAMAYO, MARCO HERNANDO BÁEZ GARZÓN, HUGO ALBERTO VALENCIA VIVAS, JORGE ELIÉCER CHACÓN LASSO y EDGARDO ALFONSO HERNÁNDEZ NAVARRO y los civiles CARLOS MARIO RUIZ VILLA y FRANCISCO ANTONIO DE JESÚS MONSALVE MONSALVE, contra la sentencia del Tribunal Nacional que modificó la proferida por un Juzgado Regional de esta ciudad, condenando a los cinco primeros por terrorismo y a los últimos por este mismo delito, en concurso con concierto para delinquir y homicidios agravados.

Según se consignó en las decisiones de instancia, en los últimos meses de 1988 vino a manifestarse una posición de beligerancia de miembros de la fuerza pública destacados en Segovia (Antioquia), hacia la administración de ese municipio, particularmente la alcaldesa y concejales pertenecientes al partido político denominado Unión Patriótica (U.P.), que empezó a crear un clima de zozobra frente a la deteriorada situación de orden público de la zona, recordándose las masacres cometidas en la finca “Honduras” (3 de marzo de 1988), “La Negra” (el mismo día) y “La Mejor Esquina” (3 de abril de 1988), que hicieron intuir a esas autoridades locales que correrían igual suerte, provocando misivas de los concejales al entonces Procurador General de la Nación; la segunda de ellas fechada el 29 de octubre de tal año, luego del paro nacional celebrado el 27 de ese mes, denunciando hostigamientos a la alcaldesa, a los concejales de la UP y del PCC, al igual que a la población civil, de parte del Ejército y el grupo que se denominaba “M.R.N.” (Muerte a Revolucionarios del Nordeste), a través de boletines amenazantes.

En similar sentido y en la misma fecha, la Inspectora de Policía de Segovia también dirigió comunicación al Procurador, destacando que “el ambiente de amenazas, el boleteo en sufragios, en boletines que circulan amenazando a toda la administración de Segovia y Remedios, deja ver a las claras, que elementos terroristas están sembrando el caos aquí, y que los encargados de

preservar el orden, la vida, bienes y honra ciudadana, hacen todo lo contrario” (Sentencia, octubre 5, 2001).

También fueron allegados al expediente panfletos que llevan títulos de “Guerra Sucia”, “Carta Abierta”, “Muerte a Revolucionarios del Nordeste, M.R.N.” y “Los Reales”, que se dice fueron editados y repartidos con intervención de militares, quienes días antes de noviembre de 1988, se habían dedicado a amedrentar a la población efectuando disparos al aire, escribiendo avisos murales amenazantes contra la población de Segovia, tales como “SEGOVIA TE PACIFICAREMOS... UP ASESINOS... AYER MRN, HOY REALISTAS, PORQUE DIOS AMO A SEGOVIA OS HA ENVIADO EL MRN”.

A pesar de las prevenciones sobre la participación en el paro nacional del 27 de octubre de 1988, éste se llevó a cabo y en su desarrollo habitantes de Segovia fueron retenidos por patrullas del Ejército y de la Policía, que luego de interrogarlos los dejaban en libertad, advirtiéndoles que serían “levantados a plomo” de sus casas muy pronto; el 30 de octubre, cuando se realizaba un acto cultural en el Parque de los Próceres, celebrando el día de los niños, se presentaron integrantes del Batallón Bomboná haciendo disparos al aire, dando lugar a la terminación de esa celebración, situación que se repitió esa misma noche, aduciendo que habían sido atacados, pero los pobladores no vieron a nadie distinto a miembros de la fuerza pública.

Todo ese hostigamiento se recrudeció con el ingreso al casco urbano de Segovia, aproximadamente a las 6:30 de la tarde del viernes 11 de noviembre de 1988, día de pago en la empresa “*Frontino Gold Mines*”, de un grupo de facinerosos en varios vehículos, quienes se dedicaron a disparar de manera indiscriminada contra personas, vehículos, casas, bares, entre otros, ocasionando la muerte de cuarenta y tres seres humanos, entre hombres, mujeres y niños, y lesionando a muchos otros, en número indeterminado. Se acreditó que durante casi una hora, mientras los malhechores permanecieron en Segovia, ningún miembro del Ejército o de la Policía, que debían prestar servicio a la población, acudió a tratar de impedir o repeler, como era su deber, la masiva agresión, y sólo aparecieron cuando aquéllos se habían ido de la cabecera municipal.

Por estos hechos fueron vinculados a la investigación los miembros de la fuerza pública y los civiles antes mencionados. En la sentencia de fecha 31 de marzo de 1998, proferida por un Juzgado Regional de esta ciudad, se declaró la nulidad parcial respecto del procesado HENRY BERNAL FERNÁNDEZ a partir del auto por el cual ese despacho había avocado conocimiento, rompiéndose la unidad procesal en lo a él referente, y en providencia de 14 de octubre de 1999 el Tribunal Nacional decretó la cesación de procedimiento por muerte del acusado MARCOS ANTONIO RUIZ VILLA; por ello, sólo se hará referencia en lo pertinente a los restantes procesados.

En tal sentido, las demandas formal y sustancialmente son muy similares en cuanto al reproche de nulidad que efectúan, por falta de competencia funcional de la justicia ordinaria, serán resumidas conjuntamente en cuanto a ese cargo, formulado al amparo de la causal tercera de casación, aunque en las de los militares se situó como principal, en cambio en las de los civiles como segundo cargo.

Para la Corte, por carecer de relación alguna con el servicio que está a cargo de las fuerzas del orden los comportamientos enrostrados, constitutivos de terrorismo, también los oficiales del Ejército y de la Policía Nacional fueron investigados y juzgados por la jurisdicción común, de conformidad con la previsión del artículo 221 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 1995, que sustituyó el 170 de la anterior Constitución y enfatiza que “De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública 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” (CORTE CONSTITUCIONAL, 2001).

A fin de sustentar sus afirmaciones, la Corte hace referencia a la sentencia del 21 de febrero de 2001, radicación 12.308, siendo el M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, en lo pertinente así:

Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza

Pública. Así mismo, la expresión ‘relación con el mismo servicio’, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan ‘relación con el mismo servicio’. El término ‘servicio’ alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional- y de la policía nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica- (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2001)

Allí mismo agregó la Corte Suprema, en cuanto a los presupuestos para ser cobijado por la Justicia Penal Militar: Tal definición, según el fallo de constitucionalidad examinado, exige tres precisiones:

a) Que el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad conectada con una función propia del cuerpo armado; b) Que en el caso de conductas punibles de inusitada gravedad, por ser abiertamente contrarias a la función constitucional de la fuerza pública, de una vez se rompe el nexo funcional del agente con el servicio; y c) Que la relación del hecho punible con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran en el proceso (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2001)

Tal como analizó fundadamente el Tribunal, los miembros de la fuerza pública no se limitaron a la elaboración y distribución de los panfletos, de los sufragios a los miembros del Concejo y a otras autoridades municip2.1.2.2 Corte Suprema de Justicia y de escritos murales anónimos, que podrían ser encuadrados en el inciso 2. También ejecutaron actos amenazantes directos contra la población en general y contra algunos de sus miembros en particular, por ejemplo el personero municipal, Luis Eduardo Sierra y los estudiantes del INEM, en buena parte el 27 de octubre de 1988, cuando se realizó un paro nacional organizado por las centrales obreras.

Con estas conductas indiscutiblemente se produjo temor, inseguridad, intranquilidad e inestabilidad social, todo generado con la finalidad de causar pánico e intimidar a los habitantes de Segovia, luego de lo cual se quitó la vida a 43 personas, entre ellas mujeres y niños, y muchas

otras fueron lesionadas. También se causó daños materiales, con utilización de poderosas armas de fuego y granadas de fragmentación, ocasionando muy graves estragos.

2.1.2.3 Consejo Superior de la Judicatura

Auto del 29 de mayo de 1997: M.P. Dr. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN. La presente providencia resuelve el conflicto de competencia suscitado entre el Juez Regional de Cúcuta y el Inspector General de la Policía Nacional. En sus extractos indica que la Sala Disciplinaria siguiendo los lineamientos constitucionales acerca del Fuero Militar frente a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

La Sala explica (1997) que la frase “en relación con el servicio” tiene connotación especial, por lo que en aras de definir o concretar la existencia o no del Fuero Militar en un caso, se debe determinar su alcance jurídico. En este sentido, indica que para la aplicación del Fuero Militar debe existir un nexo circunstancial, el cual puede presentarse de manera directa o indirecta con la función militar, siendo este vínculo directo cuando toca de una manera estrecha la relación funcional, es decir, que el nexo nodal esté ligado con la función pública, lo para el este contexto, son los que originan los delitos típicamente militares que trata el artículo 14 del decreto 2250 de 1988. Es indirecto cuando el vínculo nodal es menos estrecho, al no tocar directamente con la función oficial, aun si esta la conducta referida a la misma, donde exista circunstancias de tiempo modo y lugar favorecedoras para cumplir o conseguir algo asociado a la función militar, respondiéndose, no por infringir sus deberes funcionales, sino al trasgredir la Constitución y la Ley con ocasión al servicio. Para la colegiatura es claro que el reconocimiento del fuero se requiere que el hecho se derive con “ocasión al servicio” y en relación con el mismo, como se desprende de los artículos 14 y 291 del Decreto 2550 de 1988, en tratándose de hecho punible común, cuya normatividad regirá el aspecto sustancial.

Para el caso en estudio, cuando no exista ninguna relación directa o indirecta con la función militar, los miembros de la fuerza pública responden como civiles, regidos por el Código Penal común y los procedimientos ordinarios. Ahora para el caso en concreto, la Sala (1997) encontró dos situaciones: a) la existencia de delitos de homicidio con fines terroristas y promoción de

escuadrones de la muerte, etc., que en principio no tienen relación con el servicio militar activo y b) la calidad de militar del hoy Mayor retirado R.R.P.

Al primer punto, para la Colegiatura le es clara que la función pública está encaminada a satisfacer los fines establecidos en el preámbulo de la Constitución como fines esenciales del Estado. En ese orden de ideas, ningún servidor público puede valerse de su calidad para cometer masacres escudándose en el cumplimiento de una función pública y por ende se le aplique el Fuero Militar. Sobre este aspecto, la colegiatura puntualiza que frente a delitos de lesa humanidad, masacres, secuestros la integración, conformación de grupos conocidos como escuadrones de la muerte o justicia privada, no pueden ser facilitados a razón del cargo militar que ostentan para cometer delitos comunes pues “la conciencia de la antijuridicidad anterior a la comisión del hecho, el dolo lo sumerge en actos comunes y ello lo priva del fuero y, en consecuencia, el juzgamiento será por delitos comunes” (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 1997).

Frente al punto b), la sala mira la calidad de militar del encartado, según los pronunciamientos esbozados tanto por la Justicia Penal Militar como por la Fiscalía General de la Nación y sobre las pruebas obtenidas, para indicar que las conductas desplegadas por el sindicado, fueron por acción y/u omisión frente a sus funciones como autoridad policial y que sin desconocer los hechos de lesa humanidad, los hechos punibles se derivan de actos relacionados con el servicio relacionadas a su función de Comandante del Distrito de Policía de Cimitarra.

Entonces, le resulta claro, “la relación de causalidad existente entre la acción atribuida y el resultado presuntamente punible, se predica del procesado R.P, como miembro de la Policía, por conductas activas y omisivas, por lo que en este caso la competencia necesariamente debe radicar en la Justicia Penal Militar” (Sala, 997).

Dicha conclusión parece contradecir sus razonamientos que sostienen que los delitos de lesa humanidad, terrorismo, secuestros, masacres, etcétera, son, en principio, ajenos al desempeño de funciones públicas, “pero en este caso particular se [encuentra] que si para deducir la responsabilidad y llamar a juicio como responsable penalmente se invoca la calidad de miembro

activo de la institución policial y el desempeño de las funciones, no [se puede sustraer] en esta realidad, sino reconocerla" (Sala, 1997).

Auto del 6 de noviembre de 1997: M.P. Dr. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN. Radicado 14080 B. Se pronuncia frente al conflicto de competencia su citado entre la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales de Medellín y la Inspección General de la Policía Nacional por el conocimiento de la indagación preliminar que por la presunta infracción al Decreto 3664 de 1986 se sigue a algunos subtenientes de la Policía Nacional.

Destaca la Sala (1997) que, los funcionarios judiciales que provocaron el presente conflicto inquieren sobre las razones por las cuales los jueces de instrucción penal militar tienen facultades de instrucción y no pueden provocar conflictos de competencias, y el otro por qué los fiscales sí gozan de esas facultades. Tal es así, que conforme a lo establecido en el Decreto 2550 de 1988, antiguo Código Penal Militar, en sus artículo 469 y 471, el conflicto de competencias, tanto positivo como negativo, es una facultad del Juez de Conocimiento, no a los Jueces de Instrucción Penal Militar, por cuantos sus decisiones no producen efectos de Cosa Juzgada. Ahora, sobre el Conflicto de Competencia, cabe destacar que la Sala encuentra dos elementos básicos estructuran el Fuero Militar, uno es que el miembro de la Fuerza Pública sindicado esté en servicio activo, y el otro, que el hecho delictivo del que se le indica tenga relación con el mismo servicio.

También, afirma que si bien todo servidor público está sometido a un régimen en su calidad como tal y otro como simples ciudadanos, donde el ordenamiento ordinario regula sus relaciones jurídicas de su vida privada, analizando cada una de las piezas procesales, y al realizar una valoración probatoria, encuentra que cada Oficial manifiesta que, tanto las armas, como municiones, proveedores y radios fueron adquiridos de forma particular (regalos, compras, etc.), actuaciones que no guardan relación servicio o con su calidad de miembros de la Policía Nacional o sus funciones constitucionales o legales.

Así, que para la colegiatura es claro que si fueron regalos por parte de otros compañeros, y si hubiera alguna relación con el servicio o con su calidad de miembros activos de la Policía Nacional, se les debería estar investigando también por cohecho, lo cual no ha ocurrido. Por lo

anterior, la Sala encuentra que el competente para conocer de los hechos de la vida privada de los miembros de la Policía Nacional es la justicia ordinaria, en este caso en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

Auto del 6 de mayo de 1999: M.P. Dr. ÁLVARO ECHEVERRI URUBURU. Radicado 19990302 A. En esta providencia la Sala Disciplinaria del Consejo Superior decide sobre un conflicto de competencia negativa de un proceso penal en contra de un Mayor y dos agentes, por el delito de homicidio, entre la jurisdicción penal militar y la ordinaria.

Comienza con señalar el artículo 221 de la Constitución Política, que indica que solamente la Justicia Penal Militar tiene conocimiento del conocimiento de un delito cuando: 1) la falta haya sido cometida por un funcionario activo de la fuerza pública y 2) que el acto u omisión realizado tenga relación con el mismo servicio oficial asignado al servidor oficial, “siempre y cuando la conducta reprochada tenga íntima afinidad y coetaneidad con esas mismas funciones” (Consejo Superior de la Judicatura, 1999). Así, expone lo siguiente:

Puede decirse, que lo que guarda relación con el servicio es aquello que se desprende naturalísticamente del mismo, pero que se transforma en punible cuando concurren el exceso o la extralimitación o cuando igualmente, se aprovecha indebidamente la condición del servicio para facilitar la comisión de un reato. Por ejemplo, hay exceso y extralimitación en el servicio y, por tanto, sería un caso de inequívoco conocimiento de parte de la justicia penal militar, en la conducta de un miembro de la fuerza pública que procede a ultimar al delincuente que se rinde (...). Habría aprovechamiento de las condiciones del servicio, cuando los miembros de la institución armada en un acto de allanamiento legalmente ordenado, proceden a apropiarse de bienes y elementos existentes en el lugar donde se efectúa la diligencia. En tal evento, no existe duda con respecto al conocimiento que le compete a la jurisdicción penal militar (Sala, 1999)

También, acoge lo esbozado por la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997, frente al tema relacionado con la expresión " con ocasión del servicio o por causas de este o de funciones inherentes a su cargo", en algunos de sus apartes consideró: la expresión " con ocasión del servicio o por causas de este o de funciones inherentes a su cargo", donde expresó en aquella oportunidad:

La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, en relación con el mismo servicio. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir, del servicio - que ha sido asignado por la Constitución y la ley a la fuerza pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar: a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso del poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la fuerza pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales (Sala, 1999)

No obstante, aunque observa la existencia de deficiencias probatorias en la instrucción, le resulta evidente, que:

El hecho de retener a una persona en su casa de habitación, sin orden de autoridad facultada para disponer la aprehensión, así como el proceder a hierla y, posteriormente, rematarla cuando era atendida en el hospital local, son hechos que en sí mismos repugnan a la naturaleza del servicio encomendado a la Fuerza Pública por el Estatuto Mayor de la República, que establece que aquella se instituye como el resto de las autoridades, para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Inciso 2 del artículo 2 de la C. P.) Y de manera específica, tales finalidades se consagran para la Policía Nacional en el artículo 218 ibídem (Sala, 1999)

Ahora bien, la colegiatura no tiene duda que la forma en cómo irrumpieron los delincuentes, sean o no pertenecientes a la Fuerza Pública en el domicilio del hoy occiso, sacándolo a la fuerza, lesionándolo mortalmente, y al parecer los mismos autores de este reprochable acto fueron quienes lo asesinaron en el hospital para consumir su propósito criminal. En este sentido, la Sala

encuentra que la forma violenta en cómo se realizó el allanamiento no puede predicarse como un acto de cumplimiento de un deber o a una misión encomendada a la Policía Nacional, toda vez que no se adujo orden de captura o diligencia de allanamiento para suponer que dicha actuación contó con legitimidad. Igualmente, los argumentos de la defensa para que el proceso sea remitido a la Justicia Penal Militar son insuficientes, toda vez que la sola circunstancia que los sindicados sean miembros activos de la fuerza pública, no significa que todo acto ejecutado por un uniformado tenga como consecuencia que sea juzgado por la Justicia Penal Militar, pues para que dicho conocimiento se dé, la conducta debe tener una íntima relación con el servicio y el cumplimiento de las funciones a su cargo o derivadas de una orden o mandato legítimo de un superior, por lo tanto no tiene respaldo jurídico la alegación del defensor y por lo tanto no le es admisible.

Concluye la Sala, que los inculpados sean o no autores o coautores del homicidio investigado, no estaban en ejercicio de las funciones a ellos asignadas, y de ser la retención y muerte posterior del ciudadano, la autoría de los investigados, tal conducta constituye un “acto antijurídico común”, por lo tanto no puede estar sometido al Fuero Militar.

Auto de 3 de junio de 1999: M.P. Dra. AMELIA MANTILLA VILLEGAS. Radicación 19980412 A. La Sala del Consejo Superior de la Judicatura resuelve el conflicto negativo de competencias suscitado entre la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Salamina y el Comando del Departamento de Policía de Caldas frente al conocimiento de las diligencias seguidas en contra de un subteniente de la Policía Nacional por el presunto delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.

La Sala (1999) comienza a delimitar el alcance jurídico del Fuero Militar consagrado en el artículo 221 de la Carta Política y sobre los alcances precisados en la sentencia C-358 de 1997, comprendiendo a la jurisdicción penal militar como una excepción a la regla del juez natural y solo es aplicable cuando un delito relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor del servicio asignada por la Constitución y la Ley a la Fuerza Pública.

Frente al caso en concreto, asevera la Colegiatura que las conductas desplegadas por el Subintendente no pueden quedar amparadas en el ámbito del Fuero Militar y por lo tanto debe ser conocida por la justicia ordinaria, por cuanto, si bien es cierto que si el presunto abuso de autoridad, detención arbitraria y ejercicio de la extralimitación en el ejercicio de la función fue realizada por el agente de policía dentro del servicio, pues dejó a disposición del comandante de estación al ciudadano.

Ahora, según la tesis esbozada por la Corte Constitucional referente a que el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser “próximo y directo” y no “hipotético y abstracto”, es decir, que el exceso o extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; pero en el presente caso, la prueba allegada al proceso, sobre todo la testimonial, da cuenta que el Jefe de Policía se encontraba hablando desprevénidamente con un particular cuando paso el denunciante en una moto, desprendiéndose que en ese momento estuviera efectuando una tarea inherente al desarrollo legítimo de las funciones de la Policía Nacional. Para la Sala ocurrió que, el agente aprovechando su investidura resolvió una riña personal de tiempo atrás; que aunado a las lesiones personales presentadas por el denunciante (8 días sin secuelas) demuestran el uso de fuerza desmedida, por lo tanto no le es aplicable el fuero penal militar (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 1999)

Auto del 9 de marzo del 2000: M.P. Dra. LEONOR PERDOMO PERDOMO. Radicación 20000116 A. En esta providencia, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resuelve el conflicto negativo de jurisdicción suscitado entre la Fiscalía 132 local de Medellín y el Comando de Policía Metropolitana del Valle de Aburra por caso de lesiones personales.

En esta providencia la Sala, encuentra conforme en las pruebas recaudadas, que el agente de policía estaba cumpliendo con su función de policía al momento de realizar el punible, al investigar el origen de unas detonaciones, como labor preventiva, conforme al artículo 32 del Código Nacional de Policía: “Los funcionarios de Policía están obligados a dar sin dilación el apoyo de su fuerza por propia iniciativa o porque se les pida directamente de palabra o por voces

de auxilio, a toda persona que esté urgida de esa asistencia para proteger su vida, o sus bienes o la inviolabilidad de su domicilio o su libertad personal o su tranquilidad” (2000).

En ese orden de ideas, el agente de policía investigado se puso a órdenes del Comandante de Estación, con el fin de cumplir con la obligación como policía, se dirigió al enfrentamiento con arma de fuego con el fin de “proteger la integridad de las personas que se pudiesen ver afectadas con dicha circunstancia y de restaurar el orden público turbado con el incidente de marras.”; que de no haber cumplido estaría incurso en una investigación disciplinaria por incumplir con sus deberes. Por lo tanto, la sala decide enviar el proceso a la Justicia Penal Militar.

Auto del 11 de mayo de 2000: M.P. Dr. JORGE ALONSO FLECHAS DIAZ. Radicación 20000710 A. Este asume el conflicto de competencia suscitado entre la Fiscalía Sexta Unidad de Vida de Manizales y la Justicia Penal Militar, por el proceso adelantado contra los miembros de la Policía Nacional, por los punibles de homicidio de dos personas, dentro de los hechos ocurridos la madrugada del 12 de mayo de 1995 en la ciudad de Manizales, barrio Solferino de Villahermosa.

En esta ocasión, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura hace un estudio juicioso frente al artículo 221 (Modificado Acto Legislativo 02/95, artículo 1) de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 217 y 28 *ejusdem*, para luego afirmar que el Fuero Militar, más allá del elemento diferencial de la condición subjetiva del agente es necesaria el nexo en "relación con el servicio".

Frente a la última expresión, la Colegiatura hace una compilación de la jurisprudencia enfocada a la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, con el propósito de unificar la propia hermenéutica jurídica del Consejo Superior de la Judicatura. Comienza retomando lo establecido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, frente a la expresión “relación con el servicio”, en la sentencia de Casación 8827 de marzo 26 de 1996 donde indicó:

Recuérdese que la competencia castrense de origen constitucional sólo se estructura cuando el hecho que motiva el proceso haya sido realizado por un miembro de las Fuerzas Armadas o de Policía Nacional en ejercicio activo de sus funciones y que la conducta tenga relación con el servicio militar o policial, es decir, que no basta que se trate de un militar o un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar.

Conforme al artículo 218 de la Carta Fundamental, la Policía Nacional tiene como fin primordial "el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en Paz". Lo anterior, significa que las únicas actividades que pueden considerarse como propias del servicio son las encaminadas al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y para asegurar que los habitantes vivan en paz, y por lo mismo y a contrario *sensu*, no pueden serlo aquellas que tiendan a vulnerar tales derechos (Sala, 1996).

Con ponencia del doctor FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, sentencia de casación 9.996 de fecha 18 de septiembre de 1996, donde se estudió dicha sentencia hacía referencia al disparo, producto de un altercado, de una arma de fuego al interior de un cuartel del Ejército, acto en el que resultó herido un soldado. Sobre el Fuero Militar sostuvo la Corporación:

Para la aplicación del régimen foral militar no basta, por consiguiente, que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible; es necesario, además, que el delito esté sustancialmente vinculado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente. Cuando se habla de relación con el servicio, se está haciendo referencia al nexo que debe existir entre el acontecer delictivo y la actividad militar, la cual, según reiterada doctrina de la Corte, se desarrolla mediante actos inherentes a la misma, o en acatamiento de órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando, siendo por tanto actos desligados de dicha actividad, los que se presentan al margen de estas hipótesis.

Dentro del concepto de actos del servicio militar, sólo cabe considerar los que se relacionan con el cumplimiento de los fines de las Fuerzas Militares, es decir, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Al disparar (A) su arma de dotación oficial contra el soldado (B), no cumplía misión militar alguna, ni acataba

órdenes superiores. Su actitud se revela como una decisión particular, de cuenta propia, que nada tiene que ver con el servicio prestado (Sentencia, 18 de septiembre, 1996).

Con ponencia del magistrado CALVETE RANGEL, Casación 11.907 del 12 de agosto de 1998, frente a los hechos a la actividad de un miembro de una patrulla de la Armada Nacional que en actos de una operación de contra guerrilla, optó por penetrar a una casa de habitación y en su interior encontró a una menor, a quien retiró de la presencia de sus padres y hermanos y en lugar cercano a la residencia, la accedió carnalmente y luego regresó al desarrollo de su labores, sostuvo en ese momento la Corporación:

La sala reiteradamente ha precisado que son dos las condiciones que el artículo 221 de la Carta Política establece para la investigación y juzgamiento de los delitos cometido por miembros de la Fuerza pública sea de conocimiento de la Justicia Penal Militar: a) que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo; b) que el delito guarde relación con el servicio.

Lo anterior, quiere decir que para la existencia de Fuero Militar no basta con que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible, sino que es necesario, además, que el delito esté sustancialmente ligado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente.

Concluyó la Corte en el caso referido, que la conducta atribuida al procesado no guarda relación con la misión militar que le fue asignada, “su conducta es fruto de una decisión particular, de cuenta propia, y completamente inconexa con el servicio encomendado”.

En la comentada providencia se manifestó en disenso el M.P. LOMBANA TRUJILLO, quien precisó: “basta pues una relación causal u ocasional o de oportunidad entre el resultado criminal y la tarea legítimas desempeñada por el militar o policial para que ese desbordamiento criminal, pero relacionado con la actividad militar que se cumpla, pueda ser conocido y reprimido a través de la jurisdicción especial; sin que tal conocimiento signifique vulneración a los principios de igualdad y del juez natural” (Sala, 1996).

El magistrado fundamentó su salvamento de voto en la sentencia de la Corte Constitucional C-358/97, según la cual señala:

El vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor.

Como se advierte, no ha sido precisamente objeto de consenso al interior de la Sala de Casación el tratamiento del fuero castrense, con mayor razón, si tiene en cuenta las decisiones citadas por el fiscal, y se ha acudido a diferentes criterios interpretativos, pero sí claro, es preciso destacar, se constituye en elemento común la definición de los actos del servicio, como aquellas actividades que están destinadas al cumplimiento de los fines que la constitución le asigna a las Fuerzas Armadas, al tenor de lo previsto en los artículos 217 y 218, evidenciando sutiles diferencias de criterio, en puntos relacionados con aspectos puramente subjetivos del autor en frente de la realización de actos ajenos al servicio y los fines señalados, pero que surgen con ocasión y en desarrollo del cumplimiento de misiones oficiales con las finalidades ya citado.

Después retoma la propia jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura respecto a la facultad constitucional de dirimir los conflictos entre jurisdicciones, reconociendo que ha tenido posiciones igualmente vacilantes, sin que pueda predicarse homogeneidad en sus decisiones frente al tema del fuero castrense, donde existe un cúmulo de criterios diversificados entorno a sutiles interpretaciones con relación a la existencia del fuero castrense, que parte de la dificultad de establecer cuáles los actos del servicio y pasa por el tratamiento y consideración de los aspectos subjetivos del agente frente al hecho delictivo que dicen referencia a causales de justificación y de inculpabilidad, el tratamiento de los delitos de lesa humanidad, entre otros.

Con relación a la sentencia C-358 de 1997, reconoce igualmente que antes de la doctrina constitucional contenida en la sentencia mencionada fue vacilante en cuanto a definir lo que la Constitución consagra como actos del servicio. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia y en

sus oportunidades el propio Consejo Superior de la Judicatura, se han manifestado retomando criterios de la sentencia en cita, sin que pudiera optarse claramente por un criterio definitorio trazado sobre argumentos de notable constatación, que pudieran constituir el basamento para resolver los conflictos que hacia el futuro se presenten, por lo aunque hoy ante la inoperancia de la doctrina constitucional a que se ha referido, surgen serios distanciamientos entre las diferentes posiciones que en particular esta Sala ha tomado, problemática plasmada por esa corporación en sentencia de fecha 18 de marzo de 1999, magistrado ponente Dr. EDGARDO MAYA VILLAZON, donde compila los presentes judiciales de esa Sala, previas a la sentencia C-358 de 1997 y las posteriores a la misma, manifestando salvamentos o aclaraciones de votos, donde deja entrever una doctrina consolidada al respecto, lo cual refleja lo dividida de las posiciones de la Sala frente al tema.

Por lo anterior, la Sala del Consejo Superior de la Judicatura (2000), en atención a la doctrina constitucional enmarcada en la C-358 de 1997, le da una interpretación con el fin de homogeneizar sus decisiones frente a la resolución de conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar, para ello retoma lo indicado en dicha providencia, dándole un análisis sesudo de cada uno de sus puntos, donde el Consejo Superior de la Judicatura sintetiza las tesis esposadas en la C-358 de 1997, el cual es de obligatorio cumplimiento para los operadores jurídicos, en cuatro postulados:

1. Fines Constitucionales de las Fuerzas Armadas. En el sentido que sólo pueden entenderse como actos del servicio, los que se compadezcan con los fines que la Constitución le ha atribuido como finalidades a las Fuerzas Armadas.
2. La Justicia Ordinaria es el juez natural y general para el conocimiento de los delitos.
3. Las conductas afrentosas de la dignidad humana y en particular los delitos de lesa humanidad son por su naturaleza excluyentes del fuero castrense.
4. Frente a la duda, ante la imposibilidad probatoria de abordar certeza de la concurrencia del fuero, se resuelve en favor de la justicia ordinaria.

Sobre el caso en concreto, comienza analizando el aspecto subjetivo como el aspecto funcional de la conducta, donde que en el primer aspecto concluye su acreditación, el segundo no se

encuentra claro, por cuanto los agentes de policía se encontraban patrullando las calles de la localidad de Villahermosa en la ciudad de Manizales, en particular, la zona de Solferino y en desarrollo de tal actividad registraron a los hoy occisos, procediendo a introducirlos al vehículo policial identificado con el número 689, pero conforme a lo obrante en el proceso, testimonios dan cuenta de lo inexplicable de la detención y además la omisión de dar parte a la estación de Policía CAI de Villahermosa, como corresponde a los procedimientos policiales. Así, el traslado a un sitio distinto a la precitada estación como la inexplicable desaparición hasta la hora cerca, lo que le permite a la Sala, después de analizados otros elementos de prueba, sobre la existencia de dolo *ab initio* criminal, además como de la inusitada gravedad de la conducta con respecto a los fines institucionales de las Fuerzas Armadas. En este caso un ejecución sumarial a consecuencia de descomposición social, los cuales atentan contra la dignidad humana y demás derechos fundamentales, elementos que le permiten concluir al Consejo Superior de la Judicatura asignar el proceso a la justicia ordinaria.

2.1.3 Tercer Periodo: Años 2002 a 2014

Sobre esta época, se caracteriza por el posicionamiento de la doctrina constitucional establecida a partir de la sentencia C-358 de 1997 y sus posteriores providencias, donde se cimentó la radicalización de su línea jurisprudencia acerca del tratamiento del Fuero Militar.

Así mismo, se observa que las decisiones de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se vuelven cada vez más drásticas frente al Fuero Penal Militar y frente a situaciones de combate, donde al prevalecer la duda de la comisión del combate en sí, se conjuga a favor de la Justicia Ordinaria.

2.1.3.1 Corte Constitucional

Sentencia C-580 de 2002: M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. La Corte revisa oficiosamente la constitucionalidad de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001, por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994. Para el tema de estudio:

Artículo IX: Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.

En tal sentido, los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares. No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre relaciones Diplomáticas.

La Corte considera que estas disposiciones no requieren estudio de constitucionalidad ya que las reglas que expresa la convención son imperativas desde el punto de vista constitucional. Se encuentran dos salvamentos de votos al interior de la sentencia que no discuten el tema expuesto.

Sentencia T- 932 de 2002: M.P. Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA. En esta sentencia de tutela, la actora señala que el 13 de diciembre de 1998 en la vereda Santo Domingo, Jurisdicción del Municipio de Tame (Arauca), cuando los residentes de ese caserío observaban los helicópteros militares colombianos y un avión tripulado por norteamericanos contratados por la OXI, que combatían en las intermediaciones con grupos guerrilleros, una de las aeronaves lanzó un artefacto explosivo el cual hizo blanco en el pueblo y al detonar, causó la muerte a 17 habitantes, incluidos 6 niños, hiriendo de gravedad a más de 25 personas, entre ellas a la accionante.

Ante las denuncias de los pobladores que señalaron como responsables del hecho a las Fuerzas Militares, los mandos castrenses aseveraron que los civiles habían muerto por acto irresponsable y criminal de la guerrilla, escudada en ellos, poniéndoles en medio de sus fusiles y objetivos.

El 18 de octubre de 2001, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dirimió a favor de la Justicia Penal Militar representada por el Juzgado de Instancia 122 de la Fuerza Aérea Colombiana el conocimiento de la investigación de la masacre de Santo Domingo considerando que las circunstancias en que se desarrolló el actuar de los miembros de la Fuerza Aérea Colombiana, tenían que ver con “actos de servicio”.

La Corte Constitucional (20002) consideró en su momento, que el Fuero Penal Militar está integrado por dos elementos, así: i) Un elemento subjetivo, que consiste en la calidad de miembro de la fuerza pública, o sea, las fuerzas militares y la policía nacional, conforme a lo dispuesto en el Art. 216 ibídem, en servicio activo. ii) Un elemento funcional, que consiste en la relación de los delitos con el servicio o las funciones de la fuerza pública, consagradas en los Arts. 217 y 218 superiores. Por ser la jurisdicción penal militar de carácter excepcional y especial, el conocimiento de la investigación y el juzgamiento de los mencionados delitos no puede serle atribuido y debe ser atribuido a la jurisdicción penal común.

Por otra parte, si existiera certeza sobre la autoría de los delitos por parte de miembros de las Fuerzas Militares, los mismos, por su naturaleza y sus características, en cuanto fueron cometidos en forma masiva y singularmente cruel contra pobladores civiles ajenos al conflicto armado que sufre el país y constituyen una violación muy grave de los DD.HH y el DIH, serían contrarios a las funciones que el art. 218 de la Constitución Política asigna a las Fuerzas Militares.

En consecuencia, en dicha eventualidad se configuraría un exceso cualitativo en el ejercicio de las funciones militares y se rompería el vínculo funcional directo que conforme a la jurisprudencia reiterada de esta corporación se requiere en forma imperativa para la aplicación del Fuero Penal Militar, de suerte que sería forzoso adjudicar el conocimiento del proceso a la jurisdicción penal ordinaria.

Sentencia C-291 de 2007: M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. En esta providencia la Corte decide acerca de la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999, que tratan del saqueo, la exacción, las contribuciones ilegales y la devastación.

Consideró la Corte (2007) que éstos no reúnen los requisitos de precisión y claridad exigidos para poder abordar un estudio de fondo, ya que el actor se limita a afirmar que los delitos que tipifican no pueden ser considerados como ‘actos del servicio’.

Sobre esta decisión salvó su voto el Dr. ARAUJO RENTERIA. El magistrado considera que existen conductas, como la del genocidio que no pueden ser juzgadas por la justicia penal militar por no ser actos del servicio, por lo que su juzgamiento debe corresponder a la justicia ordinaria. De ahí su posición respecto de la inexequibilidad de los artículos 174, 175, 178 de la Ley 522 de 1999, posición que se fundamenta en la jurisprudencia de la Corte. Por ello, discrepa de la propuesta de inhibición. Aceptada por la opinión mayoritaria en Sala Plena.

Sentencia C-533 de 2008: M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. En esta oportunidad, la Corte revisa oficiosamente las objeciones presidenciales presentadas al proyecto de Ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, por la cual se expide el Código Penal Militar.

La Corte Constitucional (2008) considera, de conformidad con lo previsto en el artículo 221 de la Constitución, de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerá las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Así, los delitos que se investigan y sancionan a través de la jurisdicción penal militar no pueden ser ajenos a la órbita funcional de la fuerza pública, resultando como justiciables por ésta únicamente los que cometan, (i) los miembros de la fuerza pública, (ii) en servicio activo, (iii) cuando cometan delitos que tengan "relación con el mismo servicio", es decir, los que se derivan directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley o los reglamentos les han asignado. Los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, pero que no tengan relación directa con el mismo servicio no están cobijadas por el fuero militar y por ello a la justicia penal militar no le corresponde investigarlos y sancionarlos.

Para tener derecho al Fuero Penal Militar, además de la condición de miembro de la fuerza pública en servicio activo, se requiere que el delito tenga relación con el mismo servicio, lo que no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para el cumplimiento de la misión castrense; por el contrario, el objetivo del derecho penal militar es excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos, que son repudiables y sancionables a la luz de la Constitución y la Ley, pues en un Estado de Derecho no es tolerable el uso de medios ilegítimos para la

consecución de sus fines. Sin embargo, es posible que en el ejercicio de las tareas o misiones propias de la fuerza pública, voluntaria o culposamente, ésta se altere radicalmente, o se incurra en excesos o defectos de acción originando una desviación de poder capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. En efecto, son estas conductas a las que se aplica el Fuero Penal Militar y a las que se les aplica el Código Penal Militar.

La jurisdicción penal militar no es competente para conocer de conductas que correspondan a delitos de lesa humanidad, actos violatorios del DIH, como tampoco de aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio (CORTE CONSTITUCIONAL, 2008).

En virtud de lo anterior, la Corte declara fundadas algunas de las objeciones presidenciales y oficia al Congreso a fin de que se le realicen las respectivas correcciones a los artículos, mientras que algunas otras las declarar infundadas.

Dentro de esta decisión tuvo salvamento de voto de los señores magistrados: HUMBERTO SIERRA PORTO y JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Para el primero, quien salvó su voto parcialmente, del fallo basándose al observar que objeciones presidenciales que se tuvieron como infundadas no lo son, en la medida en que se están tipificando delitos en el Código Penal Militar que también lo están en la ley ordinaria, lo cual conlleva a que diversas conductas reprochables aparezcan repetidas en dos textos normativos, en el caso concreto, crímenes de guerra serán conocidos por la justicia penal militar, y no la ordinaria, y además con la imposición de penas más bajas.

Así por ejemplo, mientras que la devastación está sancionada en la norma objetada con una pena que oscila entre los 3 y los 6 años de prisión, el mismo comportamiento en el Código Penal ordinario está castigado con una pena entre (80) a ciento ochenta (180) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Iguales diferencias punitivas se observan en relación con los demás tipos penales.

Mientras que el doctor ARAÚJO RENTERÍA señala que al gobierno le asiste razón en sus objeciones, pues los delitos contemplados en el CPM en esencia no son delitos militares, ya que de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política sólo pueden serlo aquellas conductas que sólo pueden ser cometidas por los miembros de la fuerza pública, que en los supuestos previstos en las normas demandadas, no lo son. Por consiguiente, no es aceptable que las conductas previstas por las normas demandadas puedan ser delitos de competencia de la justicia penal militar, como quiera que son delitos que se pueden cometer por los particulares y en esa medida, los miembros de la fuerza pública actuarían como tales. Las conductas tipificadas en las normas objetadas deben ser juzgadas por la justicia ordinaria.

Sentencia C-1184 de 2008: M.P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA. La Corte decide la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 424 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal.

Artículo 424. Omisión de apoyo. El agente de la fuerza pública que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

La Corte (2008) considera que se denotan dos elementos para que se configure el Fuero Militar. El primero de orden subjetivo, que el delito sea cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, y el segundo de orden funcional, que esa acción u omisión guarde relación con el mismo servicio.

El término ‘servicio’ alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares. Así, que las actuaciones de los miembros de la fuerza pública se presentan como integrantes de la misma, como personas y como ciudadanos, de modo que “la totalidad de los actos u omisiones” no pueden quedar comprendidas dentro del fuero. Para efectos penales se deben distinguir aquellas acciones u omisiones que tienen ocurrencia como miembro activo del cuerpo militar o policial, de las que corresponden a su actividad propia y singular como integrante de la colectividad, al ser “una distinción básica y

obligada si se quiere preservar la especialidad del derecho penal militar, que complementa el derecho penal común, pero que en modo alguno lo sustituye (Corte Constitucional, 2008).

No todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice.

Se explica entonces, la existencia de dos tipo penales de carácter “similar”, como señala el Fiscal General de la Nación, pero que no comparten la misma finalidad, ni son equiparables sus ingredientes normativos, esto tratándose del artículo 424 del Código Penal y el 186 de la Ley 522 de 1999 (CÓDIGO PENAL MILITAR). De esta manera se declara exequible la norma atacada.

Sentencia C-740 de 2013: M.P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 02 de 2012, por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia.

En ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Iván Cepeda Castro, Carlos Germán Navas Talero, Ángela María Robledo Gómez, Guillermo Abel Rivera Flórez, Santiago Medina Villarreal, Gustavo Adolfo Gallón Giraldo, Ramiro Bejarano Guzmán, Franklin Javid Castañeda Villacob, Claudia Liliana Erazo Maldonado y Jaime Absalón Rincón Sepúlveda presentaron ante esta Corte demanda de inconstitucionalidad por vicios de forma contra todo el texto del Acto Legislativo 02 de 2012.

Mediante este Acto, se busca adicionar al artículo 116 de la Constitución Política, que concierne para este caso, los siguientes incisos que confluyen en cualquier jurisdicción penal que se adelante contra miembros de la fuerza pública:

Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, y ejercerá las siguientes funciones: 1) De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra

miembros de la Fuerza Pública.2) De manera preferente, 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. 3) De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar. 4) Las demás funciones que le asigne la ley (Acto legislativo No. 2, 2012, art, 1)

El Tribunal de Garantías estará integrado por ocho (8) Magistrados, cuatro (4) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. No obstante, mediante auto de marzo 8 de 2013 el Magistrado sustanciador admitió la demanda, ordenó fijar en lista el presente asunto y corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor. Además, teniendo en cuenta que esta demanda se sustenta de manera directa en la presunta ocurrencia de vicios de procedimiento en el trámite que condujo a la aprobación de este Acto Legislativo, dispuso solicitar a los Secretarios Generales de las cámaras legislativas remitir toda la información necesaria para estudiar los cargos planteados.

Sobre esta decisión salvó su voto la doctora MARIA VICTORIA CALLE CORREA, MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Frente a ello, la Corte declara INEXEQUIBLE la totalidad del Acto Legislativo 2 de 2012.

2.1.3.2 Corte Suprema de Justicia

Sentencia de marzo 6 de 2003. M.P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Radicado: 17550. Se pronuncia la Sala acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado EDUARDO DELGADO CARRILLO y el apoderado de la Parte Civil contra el fallo proferido el 1 de diciembre de 1999 por el Tribunal Superior Militar que modificó el del Comando de la Tercera Brigada del Ejército (Juez de Primera Instancia), que el 8 de octubre de 1998 condenó al recurrente y a otro coprocesado, a la pena de 9 meses de arresto por hallarlo responsable del delito de favorecimiento (artículo 230 del Código Penal Militar) y lo absolvió de los delitos de falsedad ideológica en ejercicio de funciones (artículo 243), homicidio, concusión y cohecho; a otro acusado lo condenó por el mismo delito de favorecimiento; y, absolvió a los restantes (32) de los delitos de favorecimiento y homicidio.

Los hechos ocurrieron a partir de las 5 de la mañana del 5 de octubre de 1993 en la vereda El Bosque del corregimiento Portugal de Piedras de la comprensión municipal de Rio Frío (Valle), a donde llegó un grupo de hombres armados, algunos de los cuales vestían prendas de la Fuerza Pública y ocultaban su rostro mediante el uso de una capucha, quienes ingresaron violentamente a los domicilios de las familias Ladino Ramírez y Molina Solarte, de donde sacaron a Celso Mario Molina Suaza (45 años), Zenaida Ladino Ramírez (38 años), Lucely Colorado Bonilla (35 años), Frederman Molina Solarte (25 años), Hugo Cedeño Lozano (33 años), Edilia Rita Solarte (40 años), Julio César Ladino Ramírez (29 años), Edelcy Tusarma Salazar (16 años), Dora Estela Gaviria Ladino, Carmen Emilia Ladino Ramírez (34 años), Miguel Ladino (73 años), Ricardo Molina Solarte (25 años) y a Miguel Antonio Ladino Ramírez (47 años) para concentrarlos en la casa de la familia Ladino, donde fueron sometidos a torturas y algunos obligados a vestir prendas militares, para posteriormente asesinarlos, retirándose del lugar aproximadamente a las 11 de la mañana.

A esa misma hora arribó a las estribaciones de la meseta en la que está ubicada la casa, un pelotón del Ejército Nacional, adscrito al Batallón Palacé de Buga (Valle), al mando de EDUARDO DELGADO CARRILLO quien para la época ostentaba el grado de Mayor, e integrado también por el entonces Teniente Alfonso Vega Garzón, el Cabo Primero Leopoldo Moreno Rincón, el Cabo Segundo Alexander Cañizales Núñez y 30 soldados regulares, quienes, simulando ser objeto de ataque, abrieron fuego desde su posición, inferior y sin visibilidad, en contra de la casa donde había ocurrido la masacre, “tomándose” posteriormente el inmueble.

El entonces Mayor DELGADO CARRILLO, rindió informe en el que dio cuenta de un enfrentamiento con miembros de una columna del grupo guerrillero E.L.N, con el resultado de 13 bajas de esa organización, el decomiso de abundante material de guerra y la absoluta ausencia de novedades en sus propias filas, afirmando que había llegado al lugar cumpliendo órdenes de su superior, el Comandante del batallón, quien a las 8 de la mañana de ese día le había ordenado recoger en el centro de Buga a “un informante” que indicó la presencia de la “columna guerrillera” en el sitio reseñado, razón para que se diseñara la operación, partiendo del batallón a las 10:30 de la mañana.

Se presenta recurso extraordinario de casación con base en la incompetencia de la justicia penal militar para conocer de los hechos narrados. Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2003), el juicio de constitucionalidad excluyó de la normatividad nacional precisamente las expresiones “con ocasión del servicio”, “por causa de éste” “o de funciones inherentes a su cargo o de sus deberes oficiales”, que fueron las que le permitieron a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria la asignación de la competencia a los Jueces Penales Militares, de donde surge que lo que realmente terminó haciendo esa autoridad al desconocer la existencia de nuevas circunstancias que hacían imperativo definir el conflicto nuevamente planteado, fue, ni más ni menos, que seguir aplicándolas, incurriendo de esa manera en infracción del inciso final del artículo 243 de la Constitución Política: “Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

El acusado Mayor EDUARDO DELGADO CARRILLO y los demás procesados, fueron juzgados por la Justicia Penal Militar por hechos que no guardan ninguna relación con el servicio, sino que fueron cometidos con ocasión de él, pues aprovechándose de su condición de miembros del Ejército Nacional y en connivencia, aparente, con miembros de un grupo paramilitar, participaron, a título que la Jurisdicción Ordinaria se encargará de aclarar y resolver, en el homicidio de 13 personas que ocurrió el 5 de octubre de 1993 en la vereda El Bosque del corregimiento Portugal de Piedras de la comprensión municipal de Rio Frío en el departamento del Valle (Corte Suprema de Justicia, 2003).

De esa manera, se restaura el ordenamiento jurídico y el ejercicio de la jurisdicción del Estado sobre hechos que nunca fueron sometidos a juzgamiento, comoquiera que la acusación de la Justicia Penal Militar jamás se ocupó de los homicidios. Su actividad se limitó al procesamiento por conductas de encubrimiento y de falsedad, trámite incompatible con los compromisos internacionales suscritos por la República de Colombia y con los principios bajo los que ha operado y opera el conocimiento por la Justicia Internacional de temas que pueden ser inscritos dentro de aquellos que, por su inusitada gravedad, la comunidad internacional estima imprescriptibles y perseguibles en cualquier lugar por constituir, o por poder serlo, crímenes de

lesa humanidad, en cuanto identifique, entre otras causas, que el Estado con jurisdicción no quiere o no puede ocuparse del asunto, o, que, el juzgamiento benigno sea el medio de asegurar la impunidad de las conductas más graves (Corte Suprema de Justicia, 2003).

De esta manera la Corte CASA la sentencia impugnada, DECRETA LA NULIDAD de todo lo actuado desde el 3 de octubre de 1997 cuando se dispuso el cierre de la investigación por parte del Comando de la Tercera Brigada del Ejército Nacional - Juez de Primera Instancia-, dejándose a salvo la cesación de procedimiento que se decretó por la muerte de los procesados Luis Felipe Becerra Bohórquez y Leopoldo Moreno Rincón, así como las pruebas practicadas en el Consejo de Guerra, y ordena remitir la actuación al Director Nacional de Fiscalías, para que la asigne al Fiscal Delegado que corresponda.

Sentencia de marzo 6 de 2003. M.P. Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Radicado: 14042. Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados GABRIEL ALFREDO ZEQUEIRA ROMERO, ISMAEL BARBOSA BALLESTEROS y CARLOS ARTURO RINCÓN VEGA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, el 24 de abril de 1997, en la que al modificar parcialmente la del Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiriguaná (Cesar), fechada el 15 de octubre de 1996, los condenó a la pena principal de 50 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años y al pago de los daños y perjuicios, como coautores de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

El día 4 de marzo de 1995, en horas del mediodía, en jurisdicción territorial del municipio de Pailitas (Cesar), más exactamente entre los corregimientos de Norean y Besotes, conforme al plan convenido con particulares miembros de Ejército Nacional montaron un retén en la carretera que une a la costa atlántica con el interior del país, detuvieron el tránsito de dos tractomulas cargadas con 1.400 cajas de leche en polvo de propiedad de la empresa ‘Cicolac’ y después de que bajaron a sus conductores, las entregaron a quienes tenían el encargo de llevarlas hasta el sitio donde se ocultaría la mercancía con el fin de apropiársela, cometido que no lograron porque a varios kilómetros del recorrido se vieron obligados al abandono de los automotores, por presentar uno de ellos falta de combustible.

Los conductores que respondían a los nombres de Jesús Durán Bueno y Ernesto Jaimes Castro, conjuntamente con los dos ex agentes de la Policía que escoltaban los vehículos, Emilio Medina y Luis Eduardo Guerrero, fueron llevados a una finca cercana denominada ‘El Espejo’ de propiedad de Ismael Barbosa Ballesteros, sitio donde permanecieron atados y encerrados en un pequeño salón durante varias horas, hasta cuando ya de noche se les condujo por la vía que comunica el corregimiento de ‘El Burro’ y la población de ‘El Banco’, y en un paraje solitario los mataron en estado de indefensión y, luego, los arrojaron a las aguas del río Magdalena.

Durante los días siguientes los cadáveres fueron recogidos por habitantes de varias poblaciones ribereñas y después de la búsqueda incesante de sus familiares, transcurridos casi seis meses se logró el hallazgo de las sepulturas de tres de ellos en el cementerio ‘La Candelaria’ de El Banco y las playas de los corregimientos de ‘El Peñón’, municipio de San Martín de Loba y ‘Coyongal’, jurisdicción territorial del municipio de Magangué (Bolívar), lugares donde fueron inhumados sin identificación, pues fueron considerados por mucho tiempo como desaparecidos.

La Sala de Casación Penal de la Corte (2003), considera con respecto a la primera demanda presentada a nombre de Gabriel Alfredo Zequeira Romero, el casacionista manifiesta que los homicidios por los que fue condenado no tienen relación o nexos con la ejecución del delito de hurto, yerro que condujo a que el Tribunal aplicara indebidamente las normas citadas, a lo que la Corte responde que la casación no es una tercera instancia como lo quiere parecer el demandante, por lo cual desestima este primera cargo.

En lo que respecta a la segunda demanda presentada a nombre de a Ismael Barbosa Ballesteros se acusa al Tribunal de haber violado, de manera indirecta, la ley sustancial por errores de hecho y de derecho, ya que, en su criterio, no es cierto que su defendido haya participado en los delitos de homicidio agravado por los que fue condenado, yerro que surgieron por la omisión, suposición y tergiversación de unas pruebas y la ilegalidad de otra, lo que condujo a que se vulneraran los artículos 5, 23, 26, 35, 36, 40.2 y 324 del Decreto 100 de 1980, vigente para la época. Este cargo, al igual que el anterior no prospera.

En cuanto a la demanda presentada a nombre de Carlos Arturo Rincón Vega, al presentar cargos similares a las anteriores, no prospera, y por ende la Corte decide NO CASAR la sentencia.

Sentencia de mayo 15 de 2003: M.P. Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE. Radicado 12879. Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de MAURICIO MELO BUITRAGO, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 28 de agosto de 1.996 que confirmó el fallo proferido en primera instancia por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra convocado por el Comandante del Batallón de Infantería No.20 “Seerviez” el 7 de junio del mismo año, mediante el cual condenó al procesado a la pena principal de diez años de prisión como responsable del delito de homicidio.

El día 19 de septiembre de 1.995 hacia el mediodía, cuando el personal de la tercera escuadra de la contraguerrilla, se bañaba a orillas del río Orinoco, a la altura de la Inspección de Puerto Nariño (Vichada), luego de un cruce de palabras entre los soldados Mauricio Melo Buitrago y Ramón Elías Marín Bonilla, el primero fue internando, al segundo dentro del río, a sabiendas que no sabía nadar y, después de propinarle un cabezazo en la cara, acción que lo dejó a merced de la corriente, intentó rescatarlo, sin lograrlo, produciéndose la muerte de MARÍN BONILLA a causa de paro respiratorio debido a asfixia mecánica por inmersión.

Estos hechos fueron inicialmente reportados al Comandante del Batallón “Serviez” por el Suboficial de “Enlace Biser” Amauri Giraldo Hernández el propio día 19 de septiembre, siendo recuperado el cuerpo de la víctima hasta el día 23 en el sitio Isla de Buenos Aires, frente a Puerto Nuevo, en el río Orinoco y realizado el levantamiento del cadáver por el Inspector Departamental de Puerto Nariño, señalándose en la respectiva acta como causa de la muerte asfixia mecánica por inmersión. Estas diligencias correspondieron al Juzgado 128 de Instrucción Penal Militar, autoridad que dispuso el adelantamiento de indagación preliminar el 9 de octubre. En desarrollo de la misma, inicialmente se escuchó en versión libre a MELO BUITRAGO, así como los testimonios de los soldados Elmer López, Eduard Lache Esquivel, decretándose la formal apertura instructiva por auto del primero de diciembre de 1.995.

Acopiadas las declaraciones de los soldados Gabriel Mauricio Hernández Bernal y Mauricio Quintero Rubio, se vinculó mediante indagatoria a MELO BUITRAGO, resolviéndose su situación jurídica el 7 de diciembre posterior con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio.

Una vez depuso bajo juramento el Cabo Segundo Carlos William Ceballos España y se resolvieron negativamente sendas solicitudes de nulidad por incompetencia elevadas por el defensor del procesado, previo el cierre instructivo, el 20 de marzo de 1.996 el Comandante del Batallón de Infantería No. 20 “Serviez” convocó al imputado a Consejo Verbal de Guerra por el delito de homicidio. Adelantada la audiencia respectiva, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos sintetizados precedentemente. Se invoca demanda de casación por error de hecho por falso juicio de identidad.

La Corte (2003) considera que al pretender el censor por la remisión del proceso a la justicia penal ordinaria, no advirtió que para la época en que se profirieron los fallos y presentó el libelo, la pena para el delito imputado al procesado oscilaba entre 25 y 40 años de prisión (art. 323, modificado por el art. 29 de la Ley 40 de 1.993), sanción mínima y máxima ostensiblemente superior a la señalada para el homicidio en el Estatuto aplicado, y que como lo venía sosteniendo la Sala y lo ha dispuesto la Corte Constitucional en el fallo C-358 de 1.997 al declarar la inexequibilidad, entre otros, del citado art. 259 del anterior C. de J.P.M., en relación con los delitos comunes contemplados en el Código Penal Militar, éste no puede, sin vulnerar el principio de igualdad en materia punitiva, imponer penas principales inferiores a las previstas en la legislación penal ordinaria.

En estas condiciones, es claro, que para ese momento, la falta de interés para proponer este cargo era incuestionable, como lo sigue siendo aún con la entrada a regir del nuevo Código Penal contenido en la Ley 599 de 2.000, toda vez que al contemplarse en este nuevo Estatuto una sanción para el delito de homicidio voluntario entre 13 a 25 años, al pasar el expediente de la justicia penal militar a la justicia ordinaria como efecto de la nulidad pretendida, el inculcado se vería sometido a la eventual imposición de una pena superior a aquella que le fuera impuesta

en el fallo extraordinariamente recurrido a MELO BUITRAGO. Por tanto, la Corte NO CASA la sentencia.

Sentencia de agosto 6 de 2003: M.P. Dr. MARINA PULIDO DE BARÓN. Radicado 16135. La Corte resuelve la demanda de casación presentada contra el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior Militar el 6 de marzo de 1999, confirmatorio de la sentencia dictada el 4 de febrero de 1998 por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra (Juez de primera instancia) por cuyo medio condenó a ELVIS CANDELO LERMA a la pena principal de 16 años de prisión, como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado de Rubén Darío Monsalve Aguirre.

Los hechos ocurrieron aproximadamente a las 3:30 de la mañana del 21 de noviembre de 1988, Luis Ángel Montoya Molina se presentó ante la Base del Ejército acantonada en el municipio de Bolívar (Antioquia) solicitando el apoyo de la Fuerza Pública, dado que momentos antes había sido agredido por dos individuos armados que tiempo atrás lo extorsionaban y ese día lo lesionaron. Entonces, el Subteniente Juan Carlos Medina Gallego procedió a trasladar al herido al hospital en compañía de varios soldados del Batallón de Infantería No.11, Cacique Nutibara, y en el trayecto Montoya Molina señaló a los hermanos Rubén Darío y Juan Diego Monsalve Aguirre como sus agresores, lo que motivó que los militares intentaran capturarlos, pero como huyeron, el soldado ELVIS CANDELO LERMA disparó contra el primero, en tanto que el Subteniente disparó contra el segundo, causándoles la muerte. Se señala como causal de la casación la incompetencia de la Justicia Penal Militar.

La Corte (2003) considera que el Procurador Judicial 314 Delegado ante el Tribunal Superior Militar insiste una y otra vez en que el comportamiento por el cual se acusó a ELVIS CANDELO LERMA no tiene relación alguna con el servicio que prestaba como Soldado regular del Ejército Nacional, y en esa medida no se encontraba amparado por el fuero militar para que conociera del proceso la Justicia Penal Militar, circunstancia que en su criterio determina la incompetencia de los funcionarios que conocieron de la actuación, sin que se adentre a censurar la calificación jurídica de la conducta.

La Constitución Política ha determinado que el Fuero Militar constituye una excepción taxativa, y como tal, de restrictiva interpretación, frente a la regla general que determina la competencia para adelantar investigación y juzgamiento de conformidad con las disposiciones procesales ordinarias; entonces, la competencia excepcional de la justicia castrense requiere de dos elementos inescindibles: el primero, de carácter personal, exige que se trate de un miembro de la fuerza pública en servicio activo; el segundo, de índole funcional, precisa que el delito guarde relación con un acto del servicio.

Así, en este asunto resulta innegable la relación existente entre el servicio que prestaba el Soldado CANDELO LERMA y el delito que cometió, ya que se advierte que el desafuero del Subteniente y del Soldado, guardó relación con el ejercicio de una actividad propia del servicio. Aquí resulta de especial utilidad indicar que en ocasión precedente esta Sala señaló como regla hermenéutica en punto de la procedencia del Fuero Militar lo siguiente:

Si se suprime la genérica función del agente y aun así persiste el resultado típico, fácilmente se colige que ninguna incidencia tiene aquella en la consolidación de éste y que, en consecuencia, la materialización de la conducta no depende de la función, careciendo por tanto estos dos extremos de cualquier nexo; es decir, que no siendo admisible la existencia de conexidad entre el ejercicio del cargo y el comportamiento reprochado, la competencia para el conocimiento del mismo recaería en los jueces ordinarios y no en los jueces y tribunal militar (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2003)

En efecto, si en el caso estudiado se suprime la solicitud de auxilio de Luis Ángel Montoya Molina a la Base del Ejército acantonada en el municipio de Bolívar (Antioquia), y su oportuna respuesta por parte del Subteniente Juan Carlos Medina Gallego, y entre otros, del soldado ELVIS CANDELO LERMA en el sentido de trasladarlo al hospital para que fuera asistido médicamente, desaparece la comisión del delito por el cual se condenó al procesado, circunstancia que permite fácticamente establecer la relación exigida constitucional y legalmente para que procediera en este asunto el fuero militar del procesado, dado que no se discute de manera alguna el otro requisito, esto es, que se trataba de un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo.

Por las razones expuestas con antelación la Corte decide NO CASAR la sentencia acusada pues en efecto la jurisdicción competente era la penal militar, pero de manera oficiosa casa la sentencia impugnada en el sentido de reducir la pena accesoria de 16 a 10 años.

Sentencia de junio 4 de 2004: M.P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN Y EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Radicado 13813. Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado, capitán (r) del Ejército Nacional, NELSON RAFAEL COTES CORVACHO, contra el fallo del 3 de junio de 1997, por el cual el Tribunal Superior Militar confirmó en su integridad la sentencia proferida por el Comandante de la Cuarta Brigada, Presidente del consejo verbal de guerra, en calidad de Juez de primera instancia, el 16 de diciembre de 1996, condenando a dicho ex oficial en calidad de autor de homicidio agravado en concurso homogéneo, a la pena principal de dieciséis años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez años, a indemnizar los perjuicios causados con la infracción; y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Los hechos sucedieron entre el 29 de diciembre de 1989 y el 2 de enero de 1990. Cuando el Capitán para esa época en servicio activo NELSON RAFAEL COTES CORVACHO, al mando de tropa perteneciente al Batallón de Infantería No. 10 “Girardot”, orgánico de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, siendo algunos de sus miembros los suboficiales CP. JUAN CARLOS PINILLOS SEÑIOR, CS. FERNANDO HUMBERTO GARCÍA SÁNCHEZ y los soldados LUIS ALBERTO CASTRO BALSÁN y RICARDO BAHAMÓN DÁVILA, retuvieron en la población de Juntas de Uramita, Vereda Santo Domingo, en una verbena de fin de año a los señores JOAQUÍN GUILLERMO VARELA LÓPEZ, CONRADO EMILIO VARELA LÓPEZ, ANÍBAL DURANGO HIGUITA y OCTAVIO DE JESÚS NAVALES HIGUITA, sindicados por uno de los guías que lo acompañaban como integrantes del Ejército de Liberación Nacional - EPL- civiles éstos que a la postre aparecieron muertos en el paraje “La Llorona”, comprensión municipal de Dabeiba (Antioquia) el 2 de enero de 1990.

La Sala (2004) mayoritaria (con aclaración de voto del magistrado Pérez Pinzón), advierte que bajo la égida de la Carta de 1991, acontecimientos delictivos tan graves como los que describe

este expediente rompen toda relación con el servicio que corresponde prestar a la fuerza pública y, por ende, no quedan amparados por el fuero castrense, debiendo ser investigados y juzgados por la justicia ordinaria.

Pese a tal convencimiento, en el expediente que se examina no se presenta nulidad por falta de competencia de la jurisdicción penal militar –que investigó y juzgó a COTES CORVACHO y a algunos miembros de su tropa- toda vez que las cortes marciales conocieron del acontecer delictivo antes que se profiriera la Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997 (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), a través de la cual la Corte Constitucional declaró, con efectos hacia el futuro, que el fuero castrense se conserva exclusivamente cuando los delitos hubiesen sido cometidos en relación con el servicio militar; y no así, cuando los ilícitos se cometieren con ocasión del servicio o por causa de éste, pues en los dos últimos eventos la jurisdicción común es la competente para investigar y juzgar las conductas punibles.

En otras palabras, la Justicia Penal Militar investigó y juzgo al capitán NELSON RAFAEL COTES CORVACHO, a los suboficiales JUAN CARLOS PINILLOS SEÑIOR y FERNANDO HUMBERTO GARCÍA SÁNCHEZ, y a soldados RICARDO LEÓN BAHAMÓN DÁVILA y LUIS ALBEIRO CASTRO BALSÁN, bajo el entendido que los delitos por ellos cometidos fueron con ocasión del servicio, y el fallo de segundo grado se produjo el 3 de junio de 1997; es decir, antes que la Corte Constitucional declarara inexecutable las expresiones con ocasión del servicio o por causa de éste, contenidas en varias normas del Código Penal Militar, Decreto 2550 de 1988.

No obstante, por decisión jurídica expresa de la Corte Constitucional, la Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997 produce efectos hacia el futuro, sin que pueda afectar aquellos procesos donde la Justicia Penal Militar hubiese conocido por delitos con ocasión del servicio, y ya se hubiese proferido sentencia. Lo anterior significa que lo resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, no se aplica en el presente asunto, puesto que el fallo de segundo grado fue proferido por el Tribunal Superior Militar el 3 de junio del mismo año.

Ello se aviene al caso que se examina, pues mientras adelantaba una labor de patrullaje legítimo en la población de Juntas de Urumita, el capitán COTES CORVACHO decidió retener a los civiles Joaquín Guillermo Varela López, Conrado Emilio Varela López, Aníbal Eduardo Higueta y Octavio de Jesús Navales Higueta, sindicados por un colaborador del Ejército, de pertenecer a un grupo subversivo, ocurriendo que estas personas aparecieron sin vida, ultimadas con balas de fusil, el 2 de enero de 1990, en el municipio de Dabeiba (Antioquia). Es decir, valiéndose de la ocasión brindada por el servicio, los implicados desviaron el poder que les permitía identificar y retener a los sospechosos para dejarlos a disposición de las autoridades, los ocultaron en parajes deshabitados, y luego les segaron la vida.

Quedó claro entonces, que los delitos fueron cometidos con ocasión del servicio, y no en relación con la función constitucional de las Fuerzas Militares. Por tanto, no es del caso decretar la nulidad por falta de competencia de la Jurisdicción Penal Militar, bajo el entendido que la expresión “con ocasión del servicio” fue retirada del Código Penal Militar por la inexequibilidad declarada en la Sentencia C- 358 del 5 de agosto de 1997, vale decir, con posterioridad a la fecha de los hechos (2 de enero de 1990) y al proferimiento del fallo de segundo grado (3 de junio de 1997).

Solo así, bajo las anteriores premisas, se explica y es admisible que la Justicia Penal Militar hubiese investigado y fallado el presente asunto. Y no cabe duda que, a la luz de la legislación y la jurisprudencia vigente, si semejantes hechos acontecieran con posterioridad al 5 de agosto de 1997 (fecha de la Sentencia C-358), su investigación y juzgamiento correspondería a la jurisdicción común, toda vez que delincuencia de tal naturaleza acaso sería cometida con ocasión del servicio, pero nunca en relación con la función constitucional de la fuerza pública.

En lo que tiene que ver con los cargos invocados, la Corte decide NO CASAR la sentencia impugnada.

En su salvamento de voto, el magistrado ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN considera que se la sentencia debió CASAR por incompetencia de la justicia penal militar para conocer de los hechos ya que antes o después de la decisión de la Corte Constitucional, a la que alude el fallo

mayoritario, es indiscutible que semejante comportamiento delictivo no podía ser cobijado por esa justicia especial. Nada tiene que ver la “prestación” del servicio militar con el hecho de retener unas personas y posteriormente, con toda deliberación, causarles la muerte. No viene al caso distinguir entre “ocasión” del servicio, por “causa” del servicio o “en relación” con el servicio, pues que esas tres voces conducían y conducen a lo mismo: se presta el servicio y surge la “ocasión”; se presta el servicio y éste como “factor desencadenante” permite la conducta; o se presta el servicio y en “relación” con él se extingue la vida de otros. Bastaría preguntarse qué “relación” tiene con el desempeño del servicio militar quitar la vida violentamente a unas personas que han sido retenidas. Y esto, repítase, es predicable antes y después del fallo proferido por la Corte Constitucional.

Sentencia de abril 19 de 2005: M.P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO. Aprobado Acta No. 331, del 14 de septiembre de 2011. La Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados HUMBERTO PÉREZ GUTIÉRREZ Y JOAQUÍN PABLO ORTIZ MEDINA, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar, revocando la absolutoria que había proferido el Juzgado Primero de Brigada en marzo 30 de 2004, condenó -entre otros- a los procesados en mención a la pena principal de 10 años de prisión y multa equivalente a 150 salarios mínimos mensuales legales el primero como autor del delito de secuestro simple agravado y 5 años de prisión y multa equivalente a 75 salarios mínimos mensuales el segundo como cómplice del mismo punible.

Los hechos ocurrieron en el municipio de Teorama (Norte de Santander), Vereda Puente Rojo, Corregimiento de San Pablo, con ocasión del secuestro del señor MIGUEL PICÓN, que se presentó el 13 de junio de 1994, cuando nueve sujetos armados vistiendo prendas de uso privativo de las Fuerzas Armadas pertenecientes al Grupo Únase de la Segunda Brigada de Barranquilla, penetraron a la vivienda de Luis Alirio Rodríguez Pineda a quien confrontaron con un encapuchado que lo identificó, lo cual motivó a que Rodríguez Pineda fuera introducido en un vehículo y trasladado a las instalaciones militares, sitio del cual nunca regresó, porque a partir de allí se desconoce su ubicación.

El Consejo Superior de la Judicatura en providencia de mayo 16 de 1996 ante el conflicto positivo suscitado, que el asunto concernía a la Justicia Penal Militar ésta asumió su

conocimiento en febrero 3 de 1997, resolviendo luego en febrero 11 la situación jurídica de los procesados que habían sido vinculados mediante indagatoria, absteniéndose de afectarlos con medida de aseguramiento.

En esas condiciones el Comando de Brigada en auto de abril 26 de 1997 cesó todo procedimiento seguido por los hechos contra los procesados por considerar que no existía mérito para continuar con la investigación, por el grado jurisdiccional de consulta, dicha decisión fue revocada por el Tribunal Superior Militar el 24 de febrero de 1998 ordenando que se continuará con la instrucción. En febrero 18 de 1999 el Comando dispuso de nuevo cesar procedimiento, tal determinación fue revocada por la segunda instancia de octubre 12 de ese año.

Cerrada la investigación en mayo 18 de 2000 el funcionario de primera instancia convocó en providencia de mayo 22 siguiente a los procesados a Consejo Verbal de Guerra a quienes les impuso detención preventiva, sin embargo toda esa actuación fue declarada nula por el Comando de Brigada en febrero 12 de 2001, ya entonces en vigencia el nuevo Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), por considerar que se habían vulnerado las garantías de defensa y del debido proceso a los implicados. Luego fue asignado el asunto a la Fiscalía 12 Penal Militar del Batallón de Policía Militar No. 2 con sede en Malambo (Atlántico), quien se cerró nuevamente la instrucción en abril 2 de 2002 y se calificó su mérito el 22 de agosto acusándose a los sindicados en mención -entre otros- por el delito de secuestro simple previsto en el Decreto Ley 100 de 1980.

Resolución que fue apelada parte civil, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior Militar el 9 de abril de 2003 la modificó para acusar a los procesados por el punible de secuestro extorsivo agravado de conformidad con los artículos 268 y 270 del Código Penal de 1980. Se basaron en errores de hecho derivados de falsos juicios de identidad en la valoración de la declaración rendida por el soldado César Augusto Quintero.

Señala la corte; que “la exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del

servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial”.

Frente a ello, resuelve CASAR oficiosamente el fallo impugnado y en tal virtud decretar la nulidad de todo lo actuado desde el 2 de abril de 2002, cuando se cerró la investigación, dejándose a salvo la cesación de procedimiento que se decretó por la muerte del procesado Raúl Alberto Rodríguez García, así como las pruebas practicadas. Y remitir la actuación al Director Nacional de Fiscalías, para que la asigne al Fiscal Delegado que corresponda.

Sentencia de septiembre 13 de 2006: M.P. Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA. Radicado: 19955. Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia proferida el 22 de marzo de 2002 por el Tribunal Superior Militar, a través de la cual confirmó la absolución dictada el 5 de agosto de 2000 por el Comando de Primera División del Ejército Nacional, a favor de los soldados EDGAR FABIÁN TOVAR FLÓREZ, BERNARDO ALBEIRO JIMÉNEZ JIMÉNEZ, CARLOS AUGUSTO MARTÍNEZ ROJAS Y JORGE DE JESÚS RESTREPO DÍAZ, quienes fueron acusados del delito de homicidio, y del Capitán Néstor Raúl Vargas Morales, el Teniente José Miguel Velandia Mora y el Sargento Segundo Luis Eduardo García, enjuiciados por el delito de encubrimiento.

El 20 de septiembre de 1993, los señores Carlos Manuel Prada González (Enrique Buendía) y Evelio Bolaños Castro (Ricardo González) miembros de la Corriente de Renovación Socialista, fueron llevados en helicóptero a la población de Blanquicet (Antioquia) en compañía del señor Ernesto Parada, Representante de la Consejería para la Paz de la Presidencia de la República, dado que para esos días los señores Prada y Bolaños se desempeñaban como voceros del movimiento insurgente ante el gobierno nacional con miras a obtener la paz y el desarme en el municipio de Flor del Monte (Sucre).

En cercanías del mismo sitio, en el cerro Filocuchillo, se hallaba destacado un grupo de militares que comandaba el SS. Germán Fandiño Sánchez, quien solicitó apoyo al comandante del Batallón de Infantería N. 31 “Voltígeros”, TC. Édgar Ceballos Mendoza, para evacuar al soldado Carlos Benítez Gómez, enfermo de paludismo. Como no fue posible conseguir el helicóptero para su traslado, y ante la gravedad, decidieron iniciar el descenso del cerro.

En forma simultánea, a las 16:00 horas del día 22, la compañía al mando del Capitán Vargas Morales salió en búsqueda del soldado enfermo en tres vehículos militares. Para ello, dada la peligrosidad de la zona, pusieron en práctica tácticas a fin de evitar emboscadas. Encontrándose en ese ejercicio, observaron personas vestidas de camuflado y otras de verde que portaban armas de largo alcance y notaron que se trataba de la guerrilla, por lo cual consideraron que podrían ser blanco de ataque. Ante la situación, y desconociendo la verdadera razón de la presencia de los miembros de la Corriente de Renovación Socialista, desembarcaron en forma rápida y en acción envolvente se ubicaron en el poblado. Todos los soldados dieron cuenta de los disparos hechos por los miembros de la guerrilla y la reacción de los miembros del Ejército Nacional. Se presentaron las detonaciones y cuando éstas cesaron fueron hallados sin vida Enrique Buendía y Ricardo González.

El primer cargo de la demanda hace alusión a que pese a que el Consejo Superior de la Judicatura, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, decidieron que la jurisdicción competente para conocer de las conductas que se juzgan es la penal militar, el demandante insiste en que la duda acerca de si los voceros de la Corriente de Renovación Socialista “ejecutados en forma sumaria fueron capturados vivos o ultimados en fuego cruzado”, permite concluir que el asunto es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, en cuyo respaldo invoca los salvamentos de voto a la providencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

La Corte (2006) considera que el fuero se configura por la ecuación hecho - servicio, que en su momento la instancia judicial competente estableció y la que ahora el censor cuestiona a partir de suponer, en el giro de una afirmación indefinida, que el propósito de los militares era el de sabotear el proceso de paz con la Corriente de Renovación Socialista. Ese presupuesto que se

Menciona, precisamente es el que definieron las autoridades jurisdiccionales, descartando ese tipo de juicios, sin que ello signifique, como hay que aclararlo, que ese supuesto pueda ser a la vez el fundamento de la justificación del comportamiento, pues hasta allá no llega la potestad del juez que define la competencia.

Por lo anterior, la Corte decide no acceder a los cargos planteados, sin embargo, al abordar el ítem de la casación oficiosa la Sala advierte que el Tribunal Superior Militar consideró que la causal de justificación no se estructuraba (la actualidad de una agresión injusta que se responde proporcionalmente como único medio para salvar un bien jurídico), y luego de descartar esa hipótesis, construyó a partir de ese supuesto el exceso sobre la misma, lo cual demuestra que la providencia se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes que impiden desentrañar su verdadero sentido, convirtiendo la acusación en una pieza simbólica que cierra el debate y que obliga al juez a consentir una decisión con base en presupuestos nunca bien explicados.

En suma, como consecuencia de una doble infracción al principio de motivación, si es que de considerar en éste caso la convocatoria a consejo verbal de guerra como un acto complejo se trata, la misma deviene nula por infracción al principio de motivación que es elemento esencial del debido proceso, y es por esto que la Corte decide CASAR de oficio la sentencia impugnada, y en consecuencia, decreta la nulidad de la actuación a partir del auto del 11 de octubre de 1996, mediante el cual la Primera División del Ejército Nacional (Juez de Primera Instancia), Comando de Santa Marta, dispuso el cierre del ciclo instructivo, dejando a salvo las pruebas practicadas con posterioridad a esa actuación.

En su salvamento de voto, el magistrado YESID RAMÍREZ BASTIDAS (Corte Suprema de Justicia, 2006) discrepa en cuanto a la causal invocada por la Sala, pues se encuentra convencido que el primer cargo formulado por el demandante a la sentencia impugnada, al amparo de la causal tercera de casación, consistente en la existencia de nulidad por falta de competencia de la jurisdicción penal militar, ha debido ser acogido, en razón a que las decisiones producidas en el ámbito nacional sobre la determinación de la competencia, no estuvieron antecedidas de un análisis de la totalidad del caudal probatorio pues se suprimieron algunos elementos con

abundante información coherente y suficiente para revelar las circunstancias en que se desarrollaron las conductas punibles investigadas.

En conclusión, de las piezas que conforman el proceso se desprende que los acusados han venido siendo juzgados por la jurisdicción militar por hechos en los que no se ha establecido con certeza que guardan relación sustancial con el servicio o que fueron cometidos con ocasión de él, y por tanto, deben ser tratados como si los hubiera realizado un “particular”, luego se estructura la causal de nulidad invocada por el demandante cuya declaratoria se impone a partir del auto del 11 de octubre de 1996, mediante el cual la Primera División del Ejército Nacional, Comando de Santa Marta, declaró cerrada la investigación, más no desde el auto del 4 de junio de 1999, mediante el cual dicha división trabó el conflicto positivo de competencias que le propusiera la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, según pedimento del censor.

Sentencia de abril 11 de 2007: M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ. Radicado: 25630. Examina la Corte en sede de casación, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal –Casanare-, el 9 de febrero de 2006, confirmatoria en su integridad de la dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Monterrey, el 24 de octubre de 2005, por medio de la cual se condenó a FREDDY CHAPARRO MONROY, a la pena principal de veintiséis años de prisión, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso de veinte años, y el equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales, a favor de “cada una de las familias que resulten ser beneficiarios legítimos”, por concepto de perjuicios morales, al hallarlo penalmente responsable del doble delito de homicidio simple, en los cuales perdieran la vida Germán Bedoya Marín y Andrés Cortés Vargas. En la misma decisión se negaron al encartado los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

Los hechos sucedieron a las 10:30 a.m. del 3 de junio de 2003, varios soldados que se encontraban temporalmente en Villanueva (Casanare) se evadieron del sitio de concentración para ingerir cerveza y escuchar música en una tienda cercana, más al percatarse los comandantes de su irregular alejamiento dispusieron ubicarlos, lográndose este cometido aproximadamente a

la 1.30 p.m.; hora para la cual FREDDY CHAPARRO MONROY, quien era uno de los ausentes, ya había regresado con el propósito de acostarse. Sin embargo, al ordenar un cabo que formaran CHAPARRO se presentó con su armamento y luego de admitir que había tomado cerveza, el suboficial le dijo que pasara a la fila.

Una vez formados, el comandante del pelotón, Subteniente GERMÁN ALBERTO BEDOYA MARÍN, dispuso que todos le soplaran en la cara para reconocer los bebedores y cuando apenas faltaban pocos turnos para examinar a CHAPARRO, éste abandonó la fila, se paró frente al superior, le dijo que iba a darle muerte y disparó su fusil en ráfaga hasta derribarlo; pero como el soldado JORGE ANDRÉS CORTÉS VARGAS quiso proteger de alguna forma a BEDOYA también recibió varios impactos mortales e igualmente resultaron con lesiones graves NICASIO COMAYÁN FERNÁNDEZ y JOSÉ COLINA ALBARRACÍN al ser alcanzados por las balas que disparó CHAPARRO contra el oficial caído y moribundo.

En la demanda de casación se destaca que el juez natural encargado de adelantar la investigación y juzgamiento, no es otro diferente al ordinario, razón por la cual se violentaron derechos sustanciales por ocasión del trámite ejecutado ante la Justicia Penal Militar.

La Corte (2007), acorde con el criterio restrictivo establecido respecto de la noción “relación con el servicio”, para la Sala asoma evidente que lo endilgado a FREDDY CHAPARRO MONROY, no puede entenderse relacionado con el servicio que como soldado regular desempeñaba para el día de los hechos, así se realizara la conducta con ocasión de una dicha adscripción castrense, pues, de ninguna forma es posible significar que dentro de esas funciones anejas a la condición militar que de él se releva, se halle la de atacar, al parecer embriagado, a su superior, dándole muerte una vez vaciada la carga de su fusil de dotación.

Cierto, sí, que el hecho se inscribe dentro de la órbita del servicio encomendado al procesado, cuando incluso se realizaba una actividad típicamente castrense, cual se reputa la formación ordenada por el Teniente, comandante del pelotón, para verificar las faltas cometidas por sus subalternos, pero, se repite que, no existe extralimitación o desviación de la función, simplemente porque no cobija un hecho completamente extraño a ella, como debe entenderse el

ataque repentino a su superior, causándole de inmediato la muerte, desde luego en circunstancias ajenas al combate o a la tarea de guarda y protección de la integridad del Estado y la comunidad misma, encomendadas a las Fuerzas Militares.

En suma, los dos homicidios atribuidos al procesado, asoman delitos comunes, aunque se reporten ejecutados en un escenario particular, la prestación del servicio militar, y dentro de un campo específico, la relación subordinado-superior. Por ello, competía a la jurisdicción ordinaria adelantar el conocimiento del asunto, en cabeza de la Fiscalía Seccional, para la fase instructiva, y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Monterrey, en lo que atiende a la etapa enjuiciatoria. A la vez, en el asunto examinado, incluso, el yerro adquiere matices de mayor envergadura nulificante, pues, a más de desbordarse la competencia de los funcionarios llamados a conocer del asunto, se pasó por alto la misma jurisdicción ordinaria, como quiera que, pretextando un inexistente fuero, se adelantó el trámite conforme la regulación asignada por vía excepcionalísima a la Jurisdicción Penal Militar.

A consecuencia de lo anterior, la Corte decide CASAR la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, en relación con el cargo único propuesto a favor del procesado FREDDY CHAPARRO MONROY, y en consecuencia declara la nulidad de lo actuado en contra de éste, a partir, inclusive, de la resolución que decretó el cierre de la instrucción, para efectos de que se rehaga la actuación dentro de los lineamientos de respeto a derechos y garantías fundamentales, señalados en la parte motiva de la decisión.

Sentencia de abril 26 de 2007: M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ Y ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN. Radicado: 25889. Revisa la Corte en sede de casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 15 de febrero de 2005, mediante la cual se confirmó, entre otras decisiones, la condena impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado contra CARLOS CASTAÑO GIL, JULIO ENRIQUE FLÓREZ GONZÁLEZ, LINO HERNANDO SÁNCHEZ PRADO, JUAN CARLOS GAMARRA POLO y JOSÉ MILLER URUEÑA DÍAZ, por los delitos de homicidio y secuestro agravados, terrorismo y concierto para delinquir.

Para 1997, el municipio de Mapiripán se encontraba bajo la jurisdicción del Batallón “Joaquín París” de San José del Guaviare, el cual estaba adscrito a la VII Brigada del Ejército Nacional de Colombia, con sede en Villavicencio. Existía una tropa denominada Brigada Móvil II que estaba adscrita al Comando de Operaciones Especiales de Contraguerrilla. En julio de 1997 la VII Brigada del Ejército estaba bajo el mando del General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, la Brigada Móvil II se encontraba al mando del Teniente Coronel LINO HERNANDO SÁNCHEZ PRADO. En el sitio conocido como “El Barrancón”, cercano a los municipios de Charras y Mapiripán, se encontraba apostada la Infantería de Marina. La presencia de la fuerza pública se extendía al aeropuerto de San José del Guaviare, controlada por el Ejército y la Policía Antinarcóticos. El Batallón “Joaquín París” se encontraba a cargo del aeropuerto. En la tarde del 12 de julio de 1997, en el aeropuerto de San José del Guaviare, aterrizaron los aviones Douglas DC-3 HK 3993P y Antonov AN-32 HK 4009X con hombres fuertemente armados de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) de Córdoba y Urabá, provenientes de Necoclí y Apartadó (Antioquia), los cuales vestían prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares. Estos fueron transportados desde el aeropuerto en dos camiones tipo “reo” de los que usualmente utilizaba el Ejército, los cuales fueron autorizados para acceder a la pista ante una llamada efectuada por una persona que se identificó como oficial del Batallón “Joaquín París”. Los camiones se dirigieron a un paraje cercano a la llamada “Trocha Ganadera” que conduce al llano y selva adentro. En la carretera, se les unieron la autodefensas provenientes de Casanare y Meta y desde allí, por vía fluvial, pasando por el sitio llamado “El Barrancón” –donde se encontraban las guarniciones militares de la Brigada Móvil II y la Infantería de Marina– continuaron su recorrido sin inconvenientes hasta Charras, en la orilla opuesta al río Guaviare, frente a Mapiripán. Durante el recorrido de San José del Guaviare a Mapiripán los miembros de las autodefensas transitaron sin ser detenidos por áreas de entrenamiento de las tropas de la Brigada Móvil II.

Al amanecer del 15 de julio de 1997, más de 100 hombres armados habían rodeado el municipio de Mapiripán por vía terrestre y fluvial. Enseguida tomaron control del pueblo, de las comunicaciones y de las oficinas públicas y procedieron a intimidar a sus habitantes; permanecieron en esa localidad desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997, y durante ese período impidieron la libre circulación, torturaron, desmembraron y degollaron aproximadamente a 49

personas, cuyos restos arrojaron al Río Guaviare. Posteriormente, incursionaron en el corregimiento “La Cooperativa” del mismo municipio, y en ese lugar también dieron muerte, entre otras personas, a Agustín N., Raúl Morales, Jaime Pinzón y Álvaro Tovar Morales. La fuerza pública llegó hasta el lugar después de concluida la masacre, el 22 de julio siguiente, cuando ya lo habían hecho los medios de comunicación.

En calidad de determinadores de la masacre, como también de las conductas de secuestro agravado, terrorismo y concierto para delinquir, se acusó a CARLOS CASTAÑO GIL, entonces jefe de las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), Luís Hernando Méndez Bedoya, alias “Rene”, y en condición de autor material a JULIO ENRIQUE FLÓREZ GONZÁLEZ, además de otros, todos de la misma organización. Por los mismos hechos se llamó a responder en juicio criminal a varios miembros del Ejército Nacional de Colombia, entre otros, los sargentos JUAN CARLOS GAMARRA POLO y JOSÉ MILLER URUELA DÍAZ, así como también al Teniente Coronel LINO HERNANDO SÁNCHEZ PRADO, en su condición de Comandante de la Brigada Móvil No. II.

En las acusaciones y los fallos se sostiene que en desarrollo de ese plan delictivo, los miembros del Ejército Nacional que prestaban sus servicios en el aeropuerto, contra todos los reglamentos, no sometieron a requisa a los pasajeros ni tampoco la carga de las aeronaves que allí aterrizaron. También se afirma, que los comandantes de las guarniciones tuvieron conocimiento de los hechos, los que nunca fueron ajenos a LINO HERNANDO SÁNCHEZ PRADO, quien no obstante que contaba con toda la infraestructura logística, tales como medios de comunicación, radioteléfonos, helicópteros, recursos humanos y armas, no prestó el apoyo al angustioso llamado de la población civil, estando la guarnición a su cargo en un sitio muy cercano a Mapiripán llamado “El Barrancón”.

En cuanto al suboficial JOSÉ MILLER URUEÑA DÍAZ, encargado de la Unidad Militar que tenía la función de registrar las aeronaves y los ocupantes que llegaran al aeropuerto de San José de Guaviare, se dice que con absoluta extrañeza no se percató de un hecho tan notorio como el aterrizaje de las dos aeronaves y se concluye que su total negligencia no tuvo otra explicación

diferente a la que sabía quiénes eran los que se transportaban, la clase de carga y obviamente el destino final.

La demanda a nombre del procesado LUÍS ENRIQUE FLÓREZ GONZÁLEZ consta de tres cargos: falso juicio de identidad, violación de la presunción de inocencia y ausencia de derecho de defensa.

La presentada a nombre de JOSÉ MILLER URUEÑA DÍAZ se basa en tres cargos, falso juicio de identidad por mutilación de la prueba, falso juicio de identidad por distorsión de la prueba y violación directa por indebida aplicación de los artículos 340 y 342 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 7, inciso 2 del artículo 232 y 29 de la Carta Política.

En cuanto a la demanda presentada por LINO HERNANDO SÁNCHEZ PRADO, se aducen dos cargos principales: violación directa de la ley sustancial y falta de congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, y uno subsidiario, violación indirecta por errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Sobre la demanda a nombre del procesado JOSÉ MILLER URUEÑA DÍAZ, no le asiste razón al demandante cuando sostiene que su defendido fue condenado con fundamento en su responsabilidad objetiva, sino que ante la titularidad de unos deberes que omitió cumplir, se le imputaron los delitos (Corte Suprema de Justicia, 2007).

Al analizar la situación del entonces Sargento Segundo URUEÑA DÍAZ y otros procesados militares en iguales condiciones, la sentencia consideró que los delitos a ellos imputados – homicidio y secuestro agravados, terrorismo y concierto para delinquir- se avenían “de manera inobjetable a la omisión prevista en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 100 de 1980, en cuanto el resultado antijurídico se causó y materializó por la vía de la abstención consciente y voluntaria de no impedirlo, pudiendo hacerlo” (Corte Suprema de Justicia, 2007).

A esa conclusión arribó tras considerar que los miembros de las Fuerzas Militares son garantes de protección frente a los eventuales transgresores de los derechos fundamentales de las personas, máxime cuando los mismos prestan sus funciones en zonas de alto conflicto. Por lo

tanto, cuando eluden deliberadamente el cumplimiento de esos deberes de seguridad o protección, consintiendo la producción de su lesión, o en otras palabras, no actúan permitiendo que se ocasionen resultados graves y dañinos, tales conductas de inactividad e indiferencia se colocan al margen del ordenamiento superior, y sus responsables sujetos a la sanción prevista en el delito de acción, porque el artículo 21 de la ley 100 de 1980, reproducido con mayor riqueza descriptiva en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, equipara, mediante un juicio de equivalencia puramente hipotético, la acción con la omisión. (Corte Suprema de Justicia, 2007).

Es cierto que los llamados delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, son los que emanan del incumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre por la Constitución y/o por la ley y que en su estructura dogmática, como lo advierte el Procurador, se considera como un tipo eminentemente abierto, en el que el deber jurídico y la posición de garante que generan la equiparación de la omisión al hacer activo descrito en un tipo penal, son elementos normativos. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2007)

No obstante, encuentra la Sala que aunque en el presente caso la imputación contra los militares involucrados, entre ellos JOSÉ MILLER URUEÑA DÍAZ, surgió, de un lado, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución y la ley que les compelm a resguardar los bienes jurídicos de los pobladores de Mapiripán y sus cercanías, especialmente por la grave situación de orden público que para la época de los hechos se vivía la región, de otro, no puede desconocerse que la omisión de tales deberes se tradujo en verdaderas acciones positivas encaminadas a prestar una importante contribución para que los actos criminales planeados por el grupo armado al margen de la ley involucrado en este proceso contra la población de Mapiripán y sus alrededores, pudiera llegar a término, como en efecto ocurrió.

Los militares procesados y condenados en las instancias, compartieron conscientemente los fines ilícitos propuestos por el grupo de hombres armados al margen de la ley que arribaron en la fecha de los acontecimientos a la región, y que, por supuesto, estuvieron de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, realizando cada uno de ellos la tarea asignada en el rol que les correspondía de acuerdo con sus funciones (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2007)

Por lo tanto, los militares que así actuaron en este caso, coparticiparon criminalmente en calidad de coautores por acción, porque al incumplir con sus deberes, permitieron el paso de las autodefensas en la forma en que lo hicieron, colaboraron materialmente con la ejecución de la acción criminal de acuerdo al rol que cada uno desempeñaba, en lo que se vislumbra como una clara división de un trabajo criminal planificado de antemano o acordado desde su ideación, pues de no ser por esa cooperación, como se admite en el fallo demandado, nunca se habría logrado el arribo del grupo criminal a la población de Mapiripán y menos su sometimiento en la forma como ocurrió.

Sobre la demanda presentada a nombre del procesado JOSÉ MILLER URUEÑA DÍAZ, el Tribunal no distorsionó el resultado de la evidencia obtenida en la aludida diligencia de inspección judicial. En este mismo cargo, sin desarrollo demostrativo alguno, el censor sostiene que la condena de su defendido se fundó en la simple responsabilidad objetiva, afirmación que como lo advierte el Delegado desconoce el contenido de la sentencia y la teoría plasmada en ella, por cuanto no fue la simple causalidad entre el paso de las autodefensas por el aeropuerto y los crímenes que luego se cometieron lo que dio lugar a imputárselos, sino que su responsabilidad se fundó en que en su condición de sargento activo y comandante en el aeropuerto de San José del Guaviare, omitió deliberadamente el cumplimiento de sus deberes institucionales, encaminados a resguardar los bienes jurídicos inscritos en el artículo 217 de la Constitución Política en concordancia con los previstos en el artículo 2 ibídem.

Sobre esa base, concluyó el Tribunal que cuando se tiene la obligación de evitar el resultado y no se adelantan las labores de salvamento de los bienes jurídicos a pesar de contarse con los medios para ello, se configura la comisión del delito por “omisión” gracias a no ejecutar los deberes positivos que le impone la condición de garante dentro de su competencia institucional. Y en este caso se halló acreditado que para el 12 de julio de 1997 el mando era ejercido por el procesado URUEÑA DÍAZ y dentro de su deber funcional estaba evitar el paso de los hombres armados que luego hicieran presencia en el municipio de Mapiripán, teniendo los medios para hacerlo, pues había por lo menos una decena de efectivos apostados en el aeropuerto.

Por lo tanto, no asiste razón al demandante cuando sostiene que su defendido fue condenado con fundamento en su responsabilidad objetiva, sino que ante la titularidad de unos deberes que omitió cumplir, se le imputaron los delitos.

La Corte cita un aparte de la providencia del Tribunal en los siguientes términos: “está demostrado que la vigilancia de todo movimiento al interior del pluricitado terminal aéreo correspondía al Sargento Segundo Urueña Díaz, quien para el efecto tenía a su mando al Cabo Primero LEONARDO MONTTOYA RUBIANO y 12 soldados. Al estar encargado de tal unidad, era de su potestad absoluta direccionar las órdenes necesarias a fin de cumplir adecuadamente con su misión legal. Las funciones a él dispensadas era de naturaleza vinculante, correspondían al concreto deber jurídico que le competía obedecer (posición de garante), y como tal era su obligación dirigir las acciones correspondientes (capacidad de acción) con el objeto de mantener la seguridad del aeropuerto y su pretermisión dolosa en ese sentido (nexo de evitación) trascendió en la producción del resultado antijurídico, y agrega que en la institución militar imperan relaciones de jerarquía. Existen mandos superiores que imparten órdenes y los subalternos deben obedecerlas, a menos claro está, que éstas sean ilícitas. Es un hecho fehaciente también que el superior en rango militar, no sólo tiene el deber jurídico de cumplir con lo suyo, sino igual, procurar que los demás a su mando ejecuten las acciones tendientes al acatamiento de los mandatos. El superior jerárquico tiene la misión constitucional de implantar medidas de especial seguridad para evitar acontecimientos que atentan contra la población, las instituciones y las personas, más cuando se trata de zonas de orden público de extremo riesgo y cuidado; así mismo, quien tiene el deber jurídico de vigilancia y control, como ocurrió con el procesado, no solo deber ser cauteloso y exigente en cumplir su misión, sino igual, exigir a sus subalternos ese mismo rigor militar y normativo, a fin de evitar que éstos cometan conductas vulnerantes de la ley y de derechos fundamentales e impedir, por supuesto, que ellos permitan ejecutarlas. De esta forma, dentro de esa jerarquía militar, no será de recibo que el encargado de cumplir y exigir el cumplimiento de las ordenes, más aún cuando se trata de la defensa de la población civil para garantizar el mínimo desarrollo de los derechos fundamentales, eluda su responsabilidad y pretenda descargar en otros su total omisión, que dicho sea de paso, tal argumento de delegación no es pertinente cuando se tiene la violación de derechos fundamentales que, por encima de

cualquier consideración, deben protegerse cuando se tiene la posición de garante (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2007)

Es cierto que los llamados delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, son los que emanan del incumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre por la Constitución y/o por la ley y que en su estructura dogmática, como lo advierte el Procurador, se considera como un tipo eminentemente abierto, en el que el deber jurídico y la posición de garante que generan la equiparación de la omisión al hacer activo descrito en un tipo penal, son elementos normativos.

Sobre la demanda a nombre del procesado LINO HERNANDO SÁNCHEZ PRADO, el procesado SÁNCHEZ PRADO no fue ajeno a la incursión de los paramilitares al municipio de Mapiripán. La actividad del procesado se concretó, de acuerdo con lo probado, a permitir el tránsito de los paramilitares por el lugar donde estaba acantonada la base militar que comandaba, contribución necesaria para que los armados ilegales pudieran llegar hasta la población azolada, lo cual se corresponde íntegramente con los elementos de la coautoría impropia por división del trabajo criminal, pues necesariamente SÁNCHEZ PRADO compartía conscientemente los fines ilícitos propuestos por los paramilitares que dejó transitar libremente por territorio de su jurisdicción, y, por supuesto, estuvo de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, realizando la tarea asignada en el rol que le correspondía de acuerdo con la función que allí desempeñaba.

Las funciones desarrolladas por el procesado lo colocaban en la posición de garante de la vida, integridad física y demás bienes de la población en riesgo, para lo cual contaba con capacidad de acción y estaba en condiciones de evitar el riesgo, lo cual omitió dolosamente. Así, estos cargos tampoco prosperan.

Ahora, sobre la petición de cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal en relación con algunos delitos, se declara la prescripción de la acción penal por el delito de terrorismo imputado a los particulares CARLOS CASTAÑO GIL y JULIO ENRIQUE FLÓREZ GONZÁLEZ, en relación con el cual se dispone la cesación de todo procedimiento a su favor. Existen además dos salvamentos de voto referidos al principio de la reformatio *in pejus*.

Sentencia de julio 24 de 2007: M.P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN. Radicado: 16295. La Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el Procurador 314 Judicial II, contra la sentencia de fecha 6 de abril de 1999 por cuyo medio el Tribunal Superior Militar confirmó la proferida por el Comandante del Batallón de Infantería N° 7, José Hilario López de Popayán - Juez de primera instancia-, que condenó al Cabo Segundo del Ejército Nacional JOHN FREDY GIL GRAJALES a la pena principal de 10 años de prisión, al hallarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio en el Soldado Dairo Miguel Gómez.

En tal sentido, el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar de Popayán con fecha 16 de mayo de 1996 solicitó al Batallón José Hilario López del Ejército Nacional con sede en esa ciudad, la aprehensión del Soldado Dairo Miguel Gómez contra quien había proferido medida de aseguramiento de detención preventiva por el presunto delito de hurto de armas y bienes de defensa y días antes se había evadido del Batallón.

De la misión anterior y de otras, con fecha 17 del mismo mes y año el Capitán Alexis Iván Cantillo Barraza, Oficial S-2 de la mencionada guarnición militar, impartió orden de trabajo que incluyó al Cabo Segundo del Ejército Nacional JOHN FREDY GIL GRAJALES. Los hechos ocurrieron aproximadamente a la 1:15 minutos de la tarde del 21 de mayo de 1996, en una de las calles del barrio Dean Bajo de Popayán, allí se encontraron el Cabo Segundo GIL GRAJALES y el soldado Gómez quien se desplazaba en una bicicleta. Este desatendió los llamados de aquél que pretendía cumplir la orden de captura, fue perseguido y en ese trayecto le disparó causándole una herida que dos días más tarde produjo su muerte en el Hospital San José a donde fuera llevado en procura de atención médica.

El recurrente formula un único cargo contra el fallo del Tribunal, bajo la égida de la causal tercera de casación del artículo 220 del Decreto 2700 de 1991, por violación de los artículos 464-1 del C.P.M. y 304-1 del estatuto procesal penal entonces vigente, debido a que la sentencia impugnada fue proferida por funcionario que no tenía competencia.

La Corte (2007) establece que son dos las condiciones que el artículo 221 de la Carta establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública sea de conocimiento de la Justicia Penal Militar: a) que el imputado al ejecutar la conducta punible se encuentre en servicio activo; y b) que el delito guarde relación con el servicio, ya visto reiterativamente durante el desarrollo del trabajo.

Ahora, en lo que tiene que ver con el concepto “relación con el servicio”, la jurisprudencia se ha ocupado de él, el cual no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o de policía y la conducta punible que realiza quien lo presta, sino que es necesario determinar una conexión entre el comportamiento constitutivo de infracción a la ley penal y los deberes que constitucional y legalmente le competen a esos servidores públicos, toda vez que, tales preceptos imponen las barreras dentro de las cuales se puede actuar en un estado social de derecho, también visto en el transcurso de la investigación.

Así, que el punto neurálgico está en si el delito cometido por el procesado guarda relación con el servicio. Para determinar si un delito cometido por un militar en servicio activo se encuentra relacionado con el mismo servicio, es imprescindible examinar las atribuciones y deberes del militar imputado y la forma como estos fueron desarrollados o cumplidos por el sujeto agente, determinando si la conducta constitutiva del delito es producto de un ejercicio desviado o excesivo del poder militar.

El hecho de disparar en contra del señor Gómez quien posteriormente perdió la vida, es un comportamiento que ontológicamente constituye un ejercicio extralimitado y excesivo de las funciones propias del servicio, cuales eran aprehender y dejar a disposición de la autoridad competente a la persona cuya captura se había solicitado. Una orden de tal naturaleza debe cumplirse respetando los derechos constitucionales fundamentales del imputado; la extralimitación o desvío de la función es lo que hace que en el presente caso se esté frente a un delito relacionado con el servicio de competencia de los Tribunales Militares.

Por estas razones considera la Corte (2007) que en efecto, la jurisdicción competente para conocer de los hechos descritos es la penal militar, y por ende NO CASA la sentencia recurrida.

Sentencia de octubre 27 de 2008: M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ. Radicado: 30641. Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL contra el fallo de segundo grado de fecha 11 de febrero de 2008, por cuyo medio el Tribunal Superior de Cartagena, confirmó la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2002, por el Juzgado Único Penal del Circuito de Mompox, que condenó, entre otros, al mencionado procesado a la pena principal de 33 años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años, como determinador de los delitos de secuestro simple agravado y homicidio agravado.

Fue así, que con el objeto de destruir unos laboratorios para el procesamiento de cocaína, en el mes de agosto de 1994, el Ejército, realizaba en la región de La Pradera y Pueblo Mejía, la operación “Mineros”. Mientras se hacía un registro de la zona, el día 16 de ese mes y año, por parte de la Sección Segunda, al mando del CP MAYRO MARULANDA y el CS VÍCTOR SÁNCHEZ TOVAR, en la parte alta del cerro, fueron atacados con Granadas y tiros de fusil, resultando muertos el Cabo SÁNCHEZ y el soldado GARCÍA VÁSQUEZ.

Esta patrulla la mandaba el ST PÉREZ DEVIA, la que fue apoyada por el Cuarto Pelotón al mando del ST ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL, quien con la intención de averiguar sobre la muerte del Cabo SÁNCHEZ y por los comentarios que habían sobre que, HÉCTOR HERNÁN TAVARES MONTOYA, alias EL MOCHO, era “sapo” de la guerrilla, mandó a cuatro soldados, con la ayuda de dos más pertenecientes a la patrulla Cali II, autorizados por el ST PÉREZ DEVIA, para que los trajeran desde donde se encontraba pernoctando en Pueblito Mejía, hasta la Base donde se encontraban ellos.

Efectivamente, varios soldados vestidos de civil, fueron por EL MOCHO, a quien sacaron brutalmente de la casa, en presencia de sus hijos IRENE y CLAUDIA MONTOYA HOLGUIN y del señor YIMI CAVAS, como a las once de la noche del 17 de agosto del año mencionado, le tuvieron en la base, amarrado a un palo, durante el día 18, y en las horas de la madrugada del 19, también por orden de ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL lo subieron al Cerro y mientras el soldado GIL HINCAPIE le disparaba, los demás disparaban al aire repetidamente, simulando un

combate con la guerrilla. Seguidamente dos soldados cavaron un hueco y lo colocaron allí tapándolo con piedras y palos y lo reportaron como un guerrillero dado de baja. Además hicieron un acta de levantamiento de cadáver de un N.N. en el que estamparon las huellas digitales de un señor a quien le compraron un marrano, con la condición de que debía estampar las huellas digitales en un papel que ellos estaban elaborando, afirmando posteriormente que ellas eran las huellas del guerrillero al que le dieron de baja en el combate.

La Corte inadmite la demanda de casación presentada, sin embargo se dispone a CASAR de oficio la sentencia impugnada en los siguientes términos: se observa que en la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Mompox y confirmada por el Tribunal Superior de Cartagena, se impuso al mencionado implicado una pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años, lo cual desborda el límite máximo de 10 años establecido en el artículo 44 del Decreto 100 de 1980, norma ésta última vigente para la época de ocurrencia de los hechos juzgados y aplicable por ser más favorable. Ante esa situación y teniendo en cuenta que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución Política, “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, norma que contempla el principio de legalidad de las penas y, por lo mismo, protege la libertad individual frente a la arbitrariedad de los funcionarios judiciales y garantiza los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, surge claro que la pena accesoria que se le impuso al procesado lesiona el citado principio de legalidad (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2008).

Por lo tanto, la Sala casará oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado y, en consecuencia, disminuirá a diez años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, hoy llamada inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuesta al procesado ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL.

Sentencia de mayo 6 de 2009: M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ. Radicado 26137. Juzga la Corte en sede de casación la sentencia de segundo grado del 27 de febrero de 2006, proferida por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual confirmó con modificaciones el fallo dictado por el Juzgado 12 de Brigada de Primera Instancia con sede en Florencia, Caquetá,

condenando a los procesados CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA, al CS. MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ y a los soldados profesionales ROBERTO ANTONIO MARÍN MENÉNDEZ, ABEL PABÓN URIBE, WILSON RAMOS SOTO, RUBÉN DARÍO POLANÍA CABRERA, REIBINSON GARCÍA SARMIENTO, JAMES TORO PABÓN y JOSÉ VICENTE SÁNCHEZ MENDOZA a la pena principal de 27 años de prisión y a las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como responsables del concurso homogéneo de homicidio agravado.

Los hechos ocurrieron el 4 de febrero de 2002, el Teniente Coronel José Fernando Mejía Araujo, Comandante del Batallón de Infantería No. 34 “Juanambú”, perteneciente a la Décima Segunda Brigada del Ejército Nacional, presentó denuncia penal ante el Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar, relatando que el 22 de enero del mismo año, a eso de las 12:30 horas, el COT de su unidad reportó que la Compañía “Atacador”, acantonada como base militar en el municipio de Solita, Departamento del Caquetá, al mando del CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA, se encontraba en combate con integrantes de un grupo armado al margen de la ley, específicamente con el Puesto Avanzado de Combate (PAC) de los pinos, al mando del Cabo Segundo MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ, y conformado por los soldados profesionales WILSON RAMOS SOTO, JAMES TORO PABÓN, ROBERTO MARÍN MENÉNDEZ, JOSÉ SÁNCHEZ MENDOZA, RUBÉN POLANÍA CABRERA, ABEL PABÓN URIBE y REIBINSON GARCÍA SARMIENTO.

Señala que al cabo de aproximadamente una hora después, el comandante de la Compañía, CT. MUÑOZ PLAZA, le informó que la situación se hallaba controlada, pero que habían sido dados de baja tres integrantes del grupo armado ilegal, por lo cual le impartió instrucciones para que en horas de la mañana se hicieran las gestiones para el levantamiento de los cadáveres y los trámites de rigor. Sin embargo, se estableció que en realidad las víctimas, que fueron identificadas como Edgar Reinaldo Valencia, Robinson Cortés y Juan José Herrera Gutiérrez, habían sido retenidas y permanecieron durante el día del 22 de enero de 2002 en un hueco que estaba siendo adecuado para búnker en las instalaciones de la base, lugar del cual fueron sacados en horas de la noche, amarrados de las manos y con cinta pegante en sus bocas, para ser conducidos hasta el sector de

los “eucaliptos”, cerca al antiguo cementerio del municipio de Solita, donde la tropa al mando del CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA les disparó, dándoles muerte.

La Corte (2009) considera que los delitos que se pueden investigar y sancionar a través de la jurisdicción penal militar, están restringidos a los ocurridos en la esfera funcional de la fuerza pública, esto es, en el curso de actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares. Así, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la incompatibilidad de una obediencia militar ciega y absoluta con los principios constitucionales de la justicia. Pues la muerte de los señores Edgar Reinaldo Valencia, Robinson Cortés y Juan José Herrera Gutiérrez, la madrugada del 23 de enero de 2002 en el municipio de Solita, departamento del Caquetá, de ninguna manera podía estimarse como un acto propio del servicio, o a consecuencia de él, en lo que corresponde a la Fuerza Pública y, particularmente, a los militares aquí procesados, activos para la fecha de los hechos.

Lo anterior, porque de conformidad con los hechos que se declararon probados en los fallos de instancia, en una valoración que se corresponde íntegramente con los elementos de juicio incorporados al diligenciamiento, la muerte de los mencionados civiles se produjo después de haber sido retenidos por miembros del Ejército Nacional adscritos a la compañía “Atacador” y conducidos a las instalaciones de la Base la Solita, en donde permanecieron privados ilegalmente de su libertad, en condiciones que se indicaron anteriormente.

Así, los hechos desarrollados en semejante contexto no pueden entenderse relacionados con el servicio que como miembros activos del Ejército Nacional desempeñaban para el día de los hechos. Se trató de ejecuciones extrajudiciales, violatorias de normas precisas de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre ellas el derecho a la vida, ocurridas en el contexto de una operación completamente ajena a la tarea que contemplan las instituciones y del bienestar de los asociados, constitucional, legal y reglamentariamente le ha sido deferida a la Fuerza Pública y, particularmente, al Ejército Nacional (Corte Suprema de Justicia, 2009).

De lo anterior, se desprende que la Sala decide CASAR la sentencia impugnada y por ende ordena su traslado a la jurisdicción competente, la ordinaria.

Sentencia de agosto 19 de 2009. M.P. Dr. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. Radicado 26657. La Corte resuelve la acción de revisión propuesta por la Procuradora Dieciséis Judicial II en lo Penal, en representación de la Procuraduría General de la Nación, contra la sentencia del 23 de enero de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior Militar confirmó el fallo absolutorio dictado por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra convocado por el Comando de la Brigada XIV del Ejército Nacional, en calidad de Juez de Primera Instancia, el 31 de octubre de 1994, a favor del Cabo Primero Jhon Jairo Marín Castañeda y los Soldados Jhon Jairo Hernández Agudelo, José Antonio Jiménez Zuluaga, Enrique Morales Velásquez y Héctor Jaime Molina Quintero, por el delito de homicidio.

El Comando del Batallón Bomboná emitió la orden de operaciones Bengala No. 002, a fin de que sus tropas localizaran y/o capturaran a miembros de las proscritas ‘Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - FARC’ que, para los primeros días del mes de febrero de 1988, se encontraban haciendo retenes en las veredas El Costeñal, El Terminal, El Recreo y otras de sus alrededores, comprendidas en jurisdicción del municipio de Remedios (Antioquia).

Para dar cumplimiento al referido mandato, en la madrugada del 4 de febrero de 1988 salieron dos pelotones. La patrulla al mando del Teniente CARLOS EDUARDO SANTACRUZ ESTRADA se desplazó desde la base de Cerro Grande, hasta las veredas anotadas, con el propósito de mantener la presencia de la tropa en secreto. El día 6 de febrero, dicha patrulla retuvo a los ciudadanos ELKIN DE JESÚS MORENO SALAS, LUIS CARLOS YARCE y FRANCISCO ANTONIO VARGAS SEPÚLVEDA, quienes quedaron bajo la vigilancia de un piquete de uniformados al mando del cabo Primero MARÍN CASTAÑEDA. Paralelamente a la custodia de esos retenidos, el Teniente SANTACRUZ decidió emboscar una casa campesina, bajo la creencia o convicción de que unos jinetes se habían dirigido a ese lugar, entablando una breve y sospechosa charla con una mujer que observaba sigilosa el camino y quien, supuestamente, recibió algo de esos individuos, elemento que guardó en su cinto (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2009).

Bajo el supuesto de que los moradores de la vivienda emboscada no atendieron las voces de alto e identificación por parte de los militares, el Teniente SANTACRUZ ESTRADA ordenó disparar contra el inmueble. Como consecuencia de esta acción, resultaron lesionados los ciudadanos OSCAR EMILIO PALACIOS, JOAQUÍN EMILIO RESTREPO y GERMÁN ENRIQUE GUERRA ACHURI, este último sufriendo perturbación funcional del órgano de la locomoción por pérdida anatómica de una de sus piernas a la altura de la rodilla. Adicionalmente, la tropa saqueó la morada y unas tiendas vecinas, sustrayendo dineros que se encontraban en su interior. Entretanto, uno de los retenidos, ELKIN DE JESÚS MORENO SALAS, había sido amarrado ‘al estilo FARC’, es decir, atando sus brazos hacia atrás, dando vuelta con el lazo a su cintura y cuello, lo que le imposibilitaba cualquier movimiento, so riesgo de estrangularse. En las condiciones anotadas, este ciudadano fue ultimado por algunos de los militares a los que se había confiado su custodia, bajo el baladí argumento atendidas las circunstancias de que había pretendido huir (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2009).

La Sala (2009) concluye independientemente de la responsabilidad que quepa o no a los uniformados absueltos, es que jamás se demostró inequívocamente, dentro de los presupuestos de estrictez que gobiernan la intervención excepcional de la justicia castrense, que efectivamente esa actuación atribuida a los servidores públicos vino consecuencia necesaria de la función a ellos asignada. Y no puede hacerse tan tajante afirmación porque, sencillamente, los elementos de juicio recopilados, como así incluso lo entendieron las instancias, parten por aceptar que las víctimas no estaban realizando ningún comportamiento reprochable ni formaban parte del grupo insurgente.

No obstante, la legalidad de la orden impartida, los elementos de juicio incorporados al proceso, en especial las versiones de los uniformados, llevan a colegir que éstos no cumplieron con la orden impartida, puesto que la actividad que desplegaron, sin duda, se encuentra por fuera de la esencia del servicio militar, excediendo el mandato conferido por la Constitución Política y la Ley. Situación, como lo reconoce el Procurador Delegado, obligaba el conocimiento de los hechos a la jurisdicción penal ordinaria y, por lo mismo, surgen razones de incompetencia en cabeza de la Justicia Penal Militar, afrentando los postulados del juez natural, conforme lo

enseña el artículo 29, inciso 2, de la Carta de Derechos (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2009).

De esa forma, resulta claro que los uniformados se apartaron de la orden militar denominada “Bengala No. 002”, que tenía como fin localizar y capturar a miembros de la agrupación guerrillera que operaba en ese lugar, habida cuenta que desde el momento en que dispararon contra civiles que no participaban en la confrontación y que se hallaban refugiados en una casa de habitación campesina, el hurto de los bienes de algunos pobladores y el posterior ajusticiamiento de otro ciudadano, lo hicieron por fuera del servicio militar, máxime cuando las autoridades de la república están estatuidas para proteger la vida, honra y bienes de las personas que habitan el territorio colombiano (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2009).

En virtud de lo anterior, la Corte DECLARA fundada la causal tercera de revisión invocada a favor de las víctimas, y por ende ordena remitir el caso a la justicia ordinaria a fin de que decida lo que en derecho corresponda.

Sentencia del 25 de junio de 2010: M.P. Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. Aprobado acta N° 113 del 17 de abril de 2013. La Corte resuelve los recursos de casación formulados por los defensores de los procesados HARRISON ELADIO CASTRO APONTE y BAYRON GABRIEL CARVAJAL OSORIO, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali modificó la decisión del Juez 4° Penal del Circuito Especializado con función de conocimiento de la misma ciudad y, en su lugar, condenó a los mencionados por el punible de homicidio simple y a otros trece militares por el mismo delito, en su modalidad culposa.

Los hechos se presentaron el hacia las 17:30 horas del 22 de mayo de 2006, 13 hombres del Pelotón Especial Lince del Batallón de Alta Montaña No. 3, ‘Rodrigo Lloreda Caicedo’, adscrito a la Tercera Brigada del Ejército Nacional con sede en Cali, al mando del Teniente Harrison Eladio Castro Aponte, hicieron presencia en inmediaciones del hogar siquiátrico, Mi Casita, ubicado en la parcelación La Cristalina, corregimiento de Potrerito, del Municipio de Jamundí (Valle del Cauca), en cumplimiento de la orden de operaciones denominada ‘Continuación de la

Misión Táctica No. 27 Ballestas III de la orden de operaciones No. 23 del Batallón de Alta Montaña No. 3', elaborada el día 21 del mismo mes y año.

A la llegada de los militares, se encontraba en el exterior del inmueble ya mencionado un grupo de 7 hombres de la Policía Nacional (DIJIN, Comisión Especial para Cali, Grupo COMCA) del Grupo Investigativo de Hidrocarburos, quienes, guiados por el informante civil Luis Eduardo Betancur Zamora, se encontraba practicando un operativo, encaminado a la búsqueda de estupefacientes. Hacia las 17:40, en el preciso instante en que el grupo de policías requería a los moradores del hogar siquiátrico para permitirles el ingreso, los militares abrieron fuego en contra de aquellos, provocando así la muerte de todos los policías, incluido el civil Betancur Zamora, quien se hallaba desarmado.

La acción militar era comandada, fuera del teatro, por el Teniente Coronel Bayron Gabriel Carvajal Osorio, para la fecha comandante del Batallón de Alta Montaña, quien bajo la mencionada orden de operaciones, la cual resultó falsamente motivada, y previo el cruce de comunicaciones telefónicas con Castro Aponte, así como con el suboficial de inteligencia del Ejército y el informante que acompañaba a los policías, guio la operación y se abstuvo de suspenderla, no obstante los perentorios reclamos de sus superiores; una vez producido el resultado descrito, la escena del múltiple crimen fue alterada, al tiempo que los miembros del Ejército impidieron el acceso de la autoridad de policía.

Por el contrario, sustenta el vicio pregonado en una distinta apreciación de la prueba obrante en la actuación, y es así como asegura que la incompetencia del fallador ordinario encuentra apoyo en el dicho del testigo Loaiza, toda vez que, según dice, éste agradeció la presencia del Ejército en el hogar siquiátrico, ponderación inocua con la que pretende derribar las conclusiones de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Agrega que los militares eran integrantes del Ejército Nacional y comoquiera que actuaron en cumplimiento de una orden legítima, como -según lo aprecia- así lo demuestra el documento denominado Misión Táctica N° 27 Ballestas III de la orden de operaciones N° 23 del Batallón de Alta Montaña N° 3 elaborada el 21 de mayo de 2006 por el Coronel Carvajal Osorio, entonces la

competencia que ha debido operar es la especial y no la ordinaria. Por lo anterior, la Corte resuelve NO CASAR la sentencia recurrida.

Sentencia de junio 20 de 2012: M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO. Radicado: 028012. En esta ocasión la Corte resuelve la acción de revisión promovida por el Ministerio Público contra la sentencia de febrero 25 de 1997 del Tribunal Superior Militar, que confirmó la providencia proferida por la Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional del 22 de noviembre de 1996, donde absolvió al teniente GERMAN DARÍO OTALORA AMAYA, los suboficiales LUIS CASTELLANOS OSORIO, JUAN CARLOS VARÓN ABELLA y los soldados voluntarios WILLIAM ROBLEZ ERAZO, RAFAEL MEJIA QUIROZ, ADRIANO HOSTIOS, ANTONIO GÓMEZ ARDILA Y JHONY BANGUERA PADILLA por los delitos de homicidio agravado; por los hechos ocurridos el 3 de enero de 1994 a las cinco de la tarde, cuando las compañías “Depredador” al mando del Teniente del Ejército Nacional Germán Darío Otálora Amaya y “Espada” al mando del Subteniente Francisco Molina Guerrero, orgánicas del Grupo de Caballería No. 16 Revéis Pizarro, ejecutaron operativos en la Inspección Puerto Lleras del Municipio de Saravena (Arauca), que estaba compuesta además por un cabo primero, un cabo segundo y 25 soldados voluntarios que acordonaron el área, aquella (integrada también por los suboficiales Castellanos Osorio Luis y Varón Abella Juan Carlos y 12 soldados voluntarios entre los cuales se encontraban Robles Erazo William, Quiroz Mejía Rafael, Hostios Adriano, Gómez Ardila Antonio y Padilla Banguera Jhonny), penetrando al poblado y dieron muerte a los civiles José Alexis Fuentes Guerrero, Ezequiel Tabares, Fructuoso Rincón Páez, Adolfo Calderón Flórez, Iván Lozano González, Ciro Blanco Cáceres, José del Carmen Salcedo, Luis Hernán Vargas Luna y una persona más cuyo cadáver no fue posible rescatar de las aguas del Río Arauca. Tras dichos acontecimientos los uniformados concentraron a los restantes pobladores del lugar, durante un día, mientras era evacuada la tropa.

El 28 de noviembre de 1995 fueron acusados como coautores de homicidio agravado y se convocó a un Consejo Verbal de Guerra. Tras efectuarse la respectiva audiencia y teniendo veredicto absolutorio, se dispuso declarar su contraevidencia, decisión que por virtud del grado jurisdiccional de consulta fue confirmada por el Tribunal Superior Militar en proveído de junio 26 de 1996. Se convocó el 15 de octubre de 1996 un nuevo Consejo Verbal siendo el veredicto

absolutorio por tal razón el 22 de noviembre de 1996 el jurado absolvió a los enjuiciados, no obstante de considerar que dicho veredicto de conciencia era contraria a la verdad procesal. Este fallo fue confirmado en consulta a través del que proferiera el Tribunal Superior Militar en febrero 25 de 1997.

La Procuraduría General de la Nación, a través de la Procurador Primero judicial II Penal, debidamente comisionado, interpone acción de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en la causal 4 del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 (que en términos similares corresponde a la tercera del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 con los alcances dados por la Corte Constitucional en su sentencia C-04 de 2003), y en las recomendaciones hechas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado colombiano acerca de la necesidad de emprender una investigación seria, imparcial y eficaz de los hechos ocurridos en Puerto Lleras con el fin de juzgar y sancionar a los responsables; solicita remover los efectos de cosa juzgada respecto de las sentencias proferidas por la Justicia Penal Militar con el objeto de que se reestablezca la justicia material, ordenando retrotraer la actuación surtida hasta antes del cierre de la instrucción o su equivalente, para adelantar la investigación y el juzgamiento de manera seria e imparcial sobre la violación de DD,HH y al DIH que revelan los sucesos materia de las sentencias.

La Corte se encargó al notificar personalmente la admisión de ese libelo a los señores José Rafael Quiroz Mejía, Germán Darío Otálora Amaya, Juan Carlos Varón Abella y Luis Jesús Castellanos Osorio, más no con Adriano Hostios, Antonio Gómez Ardila y Jhony Padilla Banguera, quienes en consecuencia fueron declarados personas ausentes. En el trámite probatorio, solo se decretó como prueba oficiar la aducción del informe No. 49/981 de septiembre 29 de 1998 producido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y si la misma se había pasado para conocimiento de la Corte Interamericana, además se comprobó que William Robles Herazo, había fallecido, decretándose el cierre.

Surtido el trámite probatorio, la defensora de José Rafael Quiroz Mejía considera que su defendido jamás cometió los hechos que se le imputaron en el proceso en que terminó absuelto; aquellos, dice, fueron producto de un enfrentamiento entre las Fuerzas Militares y la guerrilla del

Ejército de Liberación Nacional. Manifiesta que la Comisión afirma que hubo una flagrante violación del derecho a la vida, pero no tuvo en cuenta que los hombres fallecidos eran reconocidos bandidos de la región dedicados a intimidar a la población e incluso a ejecutar a algunos de sus miembros. Y colige que en ningún momento hubo una violación a los DD.HH o una infracción grave al DIH, porque las muertes se produjeron cumpliendo las normas de conducción de hostilidades. Concluye:

Cuando se presenta una situación de conflicto armado, tal como la padecida por Colombia, se deben aplicar las normas del Derecho Internacional Humanitario, de tal manera que cuando en medio del desarrollo de las hostilidades se presenta la muerte de una persona, se deberá revisar si tal deceso se produjo como consecuencia de la violación del Derecho Internacional Humanitario, pues en tal caso habrá lugar a predicar igualmente la violación del derecho a la vida (...). Pero si por el contrario, la muerte que se produce a manos de la Fuerza Pública Militar, es la de un combatiente que cae en medio de un combate en el que se respetan las reglas de enfrentamiento, al no violarse las normas del Derecho Internacional Humanitario, tampoco habrá lugar a predicar violación de los derechos humanos (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012)

Sobre este caso, la Corte (2012) antes de comenzar a dilucidar de fondo sobre la demanda, aclara que procesalmente se encuentra vencido el término de la acción de revisión, y que dicha demanda era obligación interponerla durante dicho lapso de tiempo, pero que dado al principio de prevalencia del derecho sustancial contenido en el artículo 228 de la Constitución, y la exigencia de alegar porque no hubo actividad probatoria durante el trámite que variara los supuestos indicados en la demanda, y por ende el actor no tenía nada distinto que decir diferente a lo que consignó en él, lo cual es procedente examinar las pretensiones y dictar sentencia que a que haya lugar.

En ese sentido, recoge lo señalado en la sentencia C-04 de 2003 y en la ley 906 de 2004, numeral 4 del artículo 192, indica que se podría dar el supuesto de la remoción de la cosa juzgada y la rescisión del fallo absolutorio por violaciones a DD.HH o infracciones al DIH en el evento que apareciera un hecho nuevo, prueba no conocida, decisión judicial interna o internacional de supervisión y control de DD.HH, aceptada formalmente por el país, se constata un incumplimiento del Estado colombiano de investigar de forma seria e imparcial; siempre que:

1) la acción se interponga contra un fallo ejecutoriado en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario; y 2) que mediante decisión proveniente de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, se establezca un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones (Corte Suprema de Justicia, 2012)

En ese sentido, aclara la Corte (2012) a la defensora, que esa no es la instancia procesal para resolver la responsabilidad de los acusados, en el sentido de no realizar análisis a los argumentos defensivos, sino para verificar si el mismo es susceptible de retrotraerse. Sin embargo, entra a analizar el tipo de delito (homicidio agravado), las víctimas del tipo penal (Civiles), sus ejecutores (miembros del Ejército Nacional), para concluir que el caso se trata “un episodio de violación al Derecho Internacional Humanitario y consecuentemente una afectación al derecho a la vida inherente a todo ser humano, en la medida en que al parecer se efectuó un ataque a la población civil cuyo resultado fue la muerte de nueve personas”; pues no se explica si no se va a dilucidar su responsabilidad penal, como haría la corte para resolver la acción de revisión sin necesariamente examinar las pruebas obrantes en el proceso y hacer un juicio de razón sobre ello, como puede verse en esta jurisprudencia, donde al analizar la diligencias de necropsia, levantamiento de cadáver y actas de incautación e inventario de elementos decomisados, concluye que:

El cadáver de Fructuoso Rincón presenta tatuaje a nivel de la región dorsal izquierda, lo cual traduce que fue impactado a corta distancia y por su espalda, además el arma que supuestamente portaba tenía trabados sus mecanismos de percusión; el cadáver de Ezequiel Tabares evidencia 13 lesiones a nivel del hemicuerpo posterior y dos en sentido lateral, su supuesta arma, un revólver, no tenía en su tambor vainilla alguna; al cuerpo de José Alexis Fuentes le fueron encontradas huellas de un disparo hecho a corta distancia en la tabla ósea del parietal derecho; finalmente Hernán Vargas recibió un disparo con trayectoria antero-posterior, izquierda a derecha, lineal, vale decir que se encontraba boca abajo, concordando con el relato testimonial que lo ubica nadando en el río cuando fue dado de baja. La escena en relación con los demás fallecidos se evidenció manipulada al punto de implantarse en la misma algunas armas, eso sin contar con la prueba testimonial que sugiere que las muertes de José del Carmen Salcedo, Ciro Blanco y Adolfo Calderón pudieron acaecer en situación de absoluta indefensión y sin que mediare confrontación alguna, o con la prueba documental que permite establecer que Iván Lozano supuestamente portaba una escopeta, pero en relación con la misma nada fue incautado que hubiere permitido colegir que fue disparada (Corte Suprema de Justicia, 2012)

De lo anterior, se desprende que la Jurisprudencia encontrada en esta sentencia es contradictoria, pues si no se iba realizar análisis sobre la responsabilidad, porque la Corte Suprema de Justicia, hace el siguiente juicio de valor:

Pone en tela de juicio que la muerte de los 9 civiles haya obedecido a una confrontación bélica, en la cual los agentes del Estado hicieren uso de la fuerza. De modo que en principio puede estarse ante graves afectaciones de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario a que hacen relación los citados informes de la Comisión Interamericana y que ameritan investigarse (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012)

En ese sentido, el alto tribunal ordinario da por sentada la primera causal, es decir, una grave infracción al DIH y al derecho a la vida, con base en el bloque de constitucionalidad (Resolución 2244 de diciembre 19 de 1968 “Respeto a los Derechos Humanos en los conflictos armados”, literales a), b,) c); Resolución 2675 de 9 de diciembre de 1970 “Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados”, numerales 1,2,3,4 y 7; el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y el artículo 13 del Segundo Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949; y el artículo 135 de la Ley 599 de 2000).

Frente a la segunda causal, es decir una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, se establece un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones; y que si bien los informes 49 de 1998 y 61 de 1999 emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyeron que el Estado colombiano era responsable por la muerte de los 16 civiles, y recomendó realizar una investigación seria, imparcial y eficaz por los hechos ocurridos en Puerto Lleras, no obstante, recuerda los efectos limitados e insuficientes de las recomendaciones hechas por esa Entidad internacional sobre este tipo de hechos, en la que parafrasea lo sentado por ese propio alto tribunal en sentencia de revisión de febrero 24 de 2010, rad. 31195, en el sentido de indicar que solo los informes y su recomendación pueden propiciar la revisión, pero no la de declarar invalidad la actuación, previa verificación de la Corte.

Del mismo modo se basa en la sentencia de septiembre 22 de 2010, rad. 30380, donde se adhiere de la jurisprudencia de la Corte Interamericana (sentencia del 8 de diciembre de 1995) y de la Corte Constitucional (T-558 del 10 de julio de 2003), señala que los informes y recomendaciones

de la Comisión Interamericana deben ser tenidos en su sentido corriente, por ser un acto unilateral internacional que no posee carácter de decisión y por ende no obliga ser cumplida por los Estados, en donde la jurisprudencia constitucional va más allá, al analizar tres tópicos que deben ser tenidos en cuenta:

a) La naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; b) si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos o si por el contrario se alude a un asunto específico; y (c) los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012)

Es así, que la Corte Suprema de Justicia, entra a revisar sí las actuaciones procesales dentro de la Justicia Penal Militar de estos hechos se adelantaron bajo estándares de seriedad, imparcialidad y eficacia. El Supremo Tribunal de lo Ordinario se acoge a su línea jurisprudencial, al reiterar la posición de su sentencia de casación de mayo 25 de 2006, Rad. No. 21923, la cual armoniza su jurisprudencia con la depredada por la Corte Constitucional (T-806 del 29 de junio del 2000, sentencia C-358 de 1997, Sentencia C-358 de 1997), en la “para que una conducta sea considerada ‘en relación con el servicio’, no basta que el agente ostente esa condición para la época de comisión de los hechos. Es imprescindible, además, que de manera patente el acto esté vinculado con las funciones asignadas a las fuerzas militares” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012)

Es decir, que tenga una relación próxima, es decir, “la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto”, así como los dos aspectos para tener en cuenta al momento de aplicar el Fuero Militar, el primero, sobre delitos de lesa humanidad no pueden ser de conocimiento de la Justicia Penal Militar, siendo esta de la justicia ordinaria, y la segunda, el de aparecer pruebas claras sobre la relación entre la conducta delictiva del agente de la fuerza pública y la conexidad de ésta con el servicio, y en caso de no existir esta, o estar en duda sobre quién debe recaer competencia, debe discernirse en favor de la justicia ordinaria (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012)

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia (2012) considera que el proceso adelantado por la Justicia Penal Militar carece de seriedad, imparcialidad y eficacia, otorgándole la razón a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; al ratificar que los hechos se presentan por un supuesto ataque a la población civil cometido por el Ejército Nacional, por tanto no puede estar cobijado por el Fuero Militar, por no ser este un hecho relacionado con el servicio.

Frente a ello, la Corte resuelve que se encontraba fundada la causal de revisión invocada por el Ministerio Público, deja sin efecto las sentencias de primera y segunda instancia, proferidas por la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional (Yopal), el 22 de noviembre de 1996 y el Tribunal Superior Militar, el 25 de febrero de 1997, por medio de las cuales se absolvió a los mencionados acusado del cargo de homicidio agravado, así como la actuación surtida inclusive, a partir del auto de 21 de noviembre de 1995, con el cual se dispuso el cierre de la instrucción, enviando las diligencias a la Fiscalía General de la Nación.

Sentencia de julio 11 de 2012: M.P. Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. Radicado 39218. En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia conoce sobre la falta de competencia declarada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 51 Penal del Circuito de esta ciudad contra el General (retirado) JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, por el delito de desaparición forzada en concurso homogéneo de once personas, por los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985 durante la recuperación de las instalaciones del Palacio de Justicia de Bogotá, quien para la época se desempeñaba como Comandante de la Brigada XIII del Ejército Nacional con sede en la capital, que en los operativos de retoma habría permitido la retención de guerrilleros y personal civil y la posterior negativa a ofrecer información sobre su paradero.

Se tiene conocimiento que el general fue vinculado a la investigación por la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia el 28 de septiembre de 2007 cuando ya no era general de la república, es decir, desde 1990. Ahora, en cuanto a la sentencia de primera instancia fue impugnada mediante recurso de apelación por la defensa y por el representante del Ministerio Público, la cual recayó en una Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de

Bogotá, manifestando que no tenía la competencia para conocer de la alzada, sustentando su posición en la interpretación de la Corte Constitucional (SU-1184 de 20001) acerca de la interpretación del párrafo del artículo 235 de la Constitución Política. Estima el *adquem* que el juzgamiento del General ARIAS CABRALES ha debido guiarse por el fuero que llevaba inherente su posible actuar delictivo, sin que se hubiera desprendido del mismo por su retiro, con base principalmente en lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y en los pronunciamientos del 3 de mayo de 2010 y 14 de diciembre de 2011 proferidos en los radicados 33.118 (definición de competencia de congresistas y los delitos en relación con la función) y 37.914 (caso del general Miguel Alfredo Maza Márquez), respectivamente. Por ello dispone la remisión de lo actuado de la Corte Suprema de Justicia.

No sobra precisar, que en pretérita oportunidad y para conocer de impedimento manifestado por otra Sala de decisión del Tribunal Superior de Bogotá, el Magistrado que aquí funge como ponente manifestó su impedimento para conocer del presente asunto y con proveído del 21 de marzo de 2012, no le fue aceptado por los demás integrantes de Sala de Casación Penal.

La Corte Suprema de Justicia (2012) plantea como problema jurídico el ‘fuero especial de investigación y juzgamiento de un General de la República se consolida y permanece incluso después de su retiro, siempre y cuando el comportamiento tenga relación con la función y el servicio’.

Para ello analiza, en primer lugar, el fuero especial que trata el numeral 4 y el párrafo del artículo 235 de la Constitución Política, dejando claro que éste goza de ese privilegio al momento de asumir el cargo, cuando deja el cargo, solo conserva el fuero para conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas, en este caso, la persona individualmente considerada no es la que interesa para determinar la calidad foral, sino el cargo desempeñado y sus funciones, factores que son los únicos que inciden y determinan la presencia del fuero o su prolongación en el evento de que el sujeto pasivo de la persecución penal se desprenda del cargo. Si se inicia la acción penal, y el funcionario está en el cargo, el fuero nace *ipso facto*, por el contrario si la investigación nace después de que el funcionario haya entregado el cargo, se deberá hacer un previo análisis si la presunta conducta punible tiene relación con las funciones desempeñadas.

Frente a ello, la Corte mantiene su hermenéutica respecto al precitado parágrafo de la norma constitucional. En este sentido, adquiere especial importancia: primero los aspectos temporales, espaciales y modales dentro de los cuales transcurre la conducta delictiva que se imputa segundo, y segundo, la naturaleza del delito. La Corte (2012) estudia el primer aspecto, con base a su jurisprudencia (Auto del 1 de septiembre de 2009. Rad 31.563) para aclarar que la extensión de fuero no solo es procedente en relación a delitos propios (los que guardan relación directa con las funciones inherentes al cargo), sino también debe verificarse la vinculación contextual y circunstancial de la conducta punible con las funciones.

Sobre el segundo aspecto, es decir, la naturaleza del delito imputado, debe acudir al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional (SU-1184 de 2001), la cual señala que si las conductas punibles implican grave violación de los DD.HH o al DIH, estas conductas por si solas son ajenas al servicio público, la cual es citada como soporte por la Sala de decisión del Tribunal Superior de Bogotá para abstenerse de conocer del recurso de alzada (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012)

Con esta tesis, la Corte Suprema de Justicia propone, como la guía en torno al fuero no se encuentra solamente en determinar si la conducta delictiva fue realizada con ocasión de la función, a propósito de las mismas o dentro de su contexto, sino también, dependiendo del caso, debe atender a la naturaleza del delito imputado.

El alto tribunal hace una integración de las mencionadas jurisprudencias para determinar si es aplicable “el fuero de investigación y juzgamiento a pesar del retiro del cargo, labor en la cual son importantes las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolla la conducta para determinar su vinculación a la función, como también la naturaleza y entidad del delito objeto de imputación” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012).

Para el caso en concreto, la Corte señala expresamente que no puede conformarse solo con que el señor General JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES ostentaba ese grado y era Comandante de la Decimotercera Brigada del Ejército para la época de la retoma del Palacio de Justicia, sino

establecer si el delito de desaparición forzada está o no relacionado con el servicio y con ello colegir si se le concede el fuero constitucional.

En tal sentido, sostiene que la desaparición forzada es un delito que no tiene relación con el servicio o con el cumplimiento de la misión o función estatal de la fuerza pública, conforme a lo establecido en la Ley 599 de 2000 y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas del 8 de mayo de 1994, aprobada internamente mediante Ley 707 de 2001 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012)

Así mismo, considera que si bien es cierto que el fenómeno de desaparición forzada fue tipificado penalmente en el ordenamiento colombiano en el año 2000, empero que los hechos acaecieron en el año 1985, la Corte acude al principio de “legalidad universal”, que ha decantado el mismo cuerpo colegiado para resolver situaciones referente a delitos que comporten una grave afectación a los DD.HH y al DIH, cuando no existía tipo penal en momento de materializarse el hecho, el cual no puede ser pretexto para que estas conductas no puedan ser investigadas y juzgadas. Además, que el delito de desaparición forzada es un delito de ejecución permanente.

Por último, se prosigue con la línea jurisprudencial decantada por la Corte Constitucional sobre el Fuero Militar (sentencia C-878 de 2000, C-533 de 2008 y C-469 de 2009) haciendo un parangón entre lo establecido en la ley 522 de 1999 y la ley 1407 de 2010 referente a los delitos que no están relacionados con el servicio. Para concluir que si el delito de desaparición forzada atribuido al General (r.) JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, no puede en ningún caso tener relación con las funciones propias del cargo militar, y por el otro, el acusado no regenta en la actualidad el cargo de General de la República, claro resulta que en este caso no se cumple ninguna de las dos condiciones que daría lugar al fuero constitucional para la investigación y juzgamiento penal, razón suficiente para que el conocimiento del proceso se regule por las reglas generales del C. de P.P, y en consecuencia, la segunda instancia le corresponde al Tribunal Superior de Bogotá (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012)

Así, la Corte resuelve Declarar que la competencia para conocer en segunda instancia del proceso que se adelanta contra el ex General JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, radica en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sentencia de septiembre 12 de 2012: M.P. Dr. JAVIER ZAPATA ORTIZ. Radicado: 33771. La Sala de Casación Penal, decide la demanda presentada por el apoderado de CARLOS ARMANDO CASTILLO MARTÍNEZ, contra el fallo del Tribunal Superior Militar de 13 de julio de 2009, de la sentencia que lo condenó junto con otros miembros de la fuerza pública, como coautores del delito de privación ilícita de la libertad, por los hechos sucedidos el 6 de octubre de 2000, el Sargento Primero de Inteligencia Militar NORBERTO ZAMBRANO DÍAZ y el Infante de Marina Profesional BERNARDO DAVID ARIAS VILLAR, en cumplimiento de la misión de trabajo impartida por el Teniente Coronel de Infantería de Marina CARLOS ARMANDO CASTILLO MARTÍNEZ como Comandante del Grupo Gaula del Departamento de Sucre, se dirigieron a Puerto Viejo (Sucre) para hacer contacto con Martha Montero Hernández, con ocasión a la investigación adelantada en esa dependencia de tres cartas anónimas recibidas y relacionadas con presuntos delitos contra la libertad individual, quien les daría información sobre la ubicación de alias “El Negro” y su esposa Carmen Arias Hernández, últimos de los que se dice, tenían una caleta con armas y estaban implicados en los hechos investigados por esa oficina de policía judicial. Procedieron a identificar a Jorge Luis Vitola Díaz como alias “El Negro” y le solicitaron los acompañara hasta Sincelejo para entrevistarle con ocasión a los cargos existentes en su contra. Subieron la bicicleta en la que éste se desplazaba a la camioneta ocupada por los uniformados y cuando se encontraban a la altura del peaje de Pueblo Viejo, el aprehendido Jorge Luis se bajó abruptamente del automotor, corrió y detrás de él salió el suboficial ARIAS VILLAR, momento en que se escuchó la detonación de un arma de fuego y Vitola Díaz resultó herido en el muslo derecho, lo cual produjeron unas lesiones que le ameritaron una incapacidad médico legal de 90 días y secuelas de deformidad física que le afecta el cuerpo con perturbación del órgano de la locomoción de carácter permanente.

Como actuación procesal relevante se encontró que la Fiscalía Penal Militar acusó, el 30 de noviembre de 2006, a NORBERTO DÍAZ ZAMBRANO como coautor del delito de privación ilegal de la libertad; a BERNARDO DAVID ARIAS VILLAR coautor del concurso de privación

ilegal de la libertad y lesiones personales. Con relación a CARLOS CASTILLO MARTÍNEZ, cesó todo procedimiento, el cual fue revocado por la Fiscalía de Segunda Instancia ante el Tribunal Superior Militar mediante providencia del 14 de febrero de 2007.

Surtida la etapa de juicio el Juzgado de Instancia de Inspección Armada Nacional y FAC, impuso las siguientes condenas: Al Teniente Coronel de Infantería de Marina CARLOS ARMANDO CASTILLO MARTÍNEZ y al Sargento Primero de Infantería de Marina NORBERTO ZAMBRANO DÍAZ un año de prisión, como coautores del delito de privación ilegal de la libertad; Al Infante de Marina Profesional BERNARDO DAVID ARIAS VILLAR dos años, seis meses de prisión como coautor del delito de privación ilegal de la libertad y autor de lesiones personales; y multa de diez mil pesos. Además se impuso como penas adicionales la pérdida del empleo, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la principal; y les concedió la condena de ejecución condicional.

Contra esta decisión, los defensores de NORBERTO ZAMBRANO DÍAZ, BERNARDO DAVID ARIAS VILLAR y CARLOS ARMANDO CASTILLO MARTÍNEZ, interpusieron el recurso de apelación y el Tribunal Superior Militar el 13 de julio de 2009, la confirmó; que inconformes interpusieron recurso extraordinario de casación, siendo solamente admitida la presentada a favor de CARLOS ARMANDO CASTILLO MARTÍNEZ referido a la nulidad motivada en la ausencia de competencia de la Jurisdicción Militar para conocer del asunto.

La invalidación de lo actuado por la violación al debido proceso, al haber sido proferido el fallo con desconocimiento de las normas determinantes de la competencia, en la medida que la investigación y juzgamiento fue realizado por la Jurisdicción Penal Militar, cuando correspondía a la ordinaria –Juez Penal del Circuito de Sincelejo–, motivo por el cual solicita la abrogación de lo actuado a partir del cierre de la investigación. Evoca apartes del fallo y la denuncia, para afirmar que no se puede considerar, que amedrentar a un ciudadano como se hizo con Jorge Luis Vitola Díaz, tiene relación con el servicio público de investigación de conductas punibles por parte del Estado. Como repercusión de la irregularidad, manifiesta que al haber sido juzgado su poderdante por la jurisdicción ordinaria, habría tenido mejores posibilidades de defensa sin los temores reverenciales a los jueces que eran sus superiores.

El Ministerio Público manifiesta que para el momento de los hechos era miembros oficiales activos de la Armada Nacional de Colombia. Para la Procuraduría se trató de un abuso de poder en el marco de una tarea ligada a la función de neutralizar y contrarrestar las actividades de grupos armados ilegales que comprometen el derecho a la libertad, propia del GAULA. El director del GAULA dice que para dar respuesta a la defensa, es cierto que a la competencia funcional de dicha entidad no le está asignada la de privar de la libertad a las personas y por ende no podía abusar de ella. Explica, que si el ciudadano hubiera decidido acudir a las oficinas por su propia voluntad, la entrevista a realizar constituiría una actividad de verificación y el punible no se habría configurado.

En las consideraciones de la Sala (2012) para el primer evento –investigación-, está atribuida a la Fiscalía General de la Nación; para el segundo –juzgamiento-, la jurisdicción ordinaria que constituye la común para todos los asociados; sin embargo, esta garantía no es absoluta, pues la misma Carta autoriza otras jurisdicciones especiales, como la de menores, la indígena y la penal militar. Por su parte, la Justicia Penal Militar presupuesta los siguientes elementos: el primero, de carácter subjetivo, consistente en la necesidad de hacer parte de la institución castrense y ser miembro activo de ella, y el segundo de carácter funcional, en la medida que el hecho punible reprochado debe guardar relación con el servicio. Es claro para la Corte, que los punibles atribuidos a CASTILLO RAMÍREZ guardan relación con el servicio, en la medida que éste como miembro de la fuerza pública en su calidad de Capitán de Fragata y cumpliendo las funciones de Comandante del GAULA del Departamento de Sucre impartió la misión de trabajo cumplida por Norberto Zambrano Díaz y Bernardo David Arias Villar, en sus condiciones de Sargento Primero de Inteligencia Militar e Infante de Marina Profesional, respectivamente, adscritos a esa dependencia. Así, existió un vínculo claro de origen, entre los delitos que se reprochan y la actividad del servicio cumplido por los acusados, razón por la cual advierte la Corte, que la competencia para investigar y juzgar el punible referido, correspondía a la Justicia Penal Militar, motivo por el que no habrá lugar a invalidar lo actuado por desconocimiento del principio del juez natural, consustancial al derecho fundamental del debido proceso. Ante lo anterior, la Corte resuelve NO CASAR el fallo recurrido conforme a lo expuesto a la parte emotiva.

2.1.3.3 Consejo Superior de la Judicatura

Auto de fecha agosto 14 de 2006: M.P. Dr. JORGE ALONSO FLECHAS DÍAZ. Radicado 200601121 00. La sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se pronuncia sobre la definición de competencia para conocer de la investigación adelantada con ocasión de las muertes violentas de diez policiales adscritos a la DIJIN-Comisión Especial Cali –COMCA– y un civil por acción de tropas del Batallón de Alta Montaña No. 3 del Ejército Nacional, en el área rural del municipio de Jamundí (Valle del Cauca), vereda Potreritos, finca La Cristalina, ocurridas el 22 de mayo de 2006.

Así mismo, sienta los lineamientos para resolver conflictos de competencia en el actual sistema penal acusatorio, como quiera que el artículo 54 de la Ley 906 de 2004 varió el trámite del conflicto de competencia, por cuanto establece que el Juez de Conocimiento puede pronunciarse sobre la definición de competencia sin necesidad de trabar colisión, y de considerarse incompetente, remitirá las diligencias a la autoridad que deba definirla. En este sentido, la Corporación encuentra concordantes el mencionado precepto legal con el artículo 256-6 de la Carta Política y el artículo 112 numeral 2 de la Ley 270 de 1996, con base al principio rector del artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (Actuación Procesal), donde establece “la necesidad de lograr la eficacia en el ejercicio de la justicia”, en el entendido que “bajo la vigencia del actual régimen penal acusatorio oral, para efectos de definir la competencia de una autoridad judicial para conocer de determinado asunto, basta, sin más, que el juez ante el cual se haya presentado la acusación manifieste su incompetencia y remita el expediente a quien por virtud de la ley corresponda definir el asunto para que de plano se pronuncie sobre el tema” (Ley 904, 2004, art.10).

Ahora bien, frente al tema de fondo, el Consejo Superior de la judicatura dirime el conflicto de competencia de acuerdo a lo establecido en el artículo 221 de la Constitución Política y su correspondiente jurídica sentada por la Corte Constitucional en las sentencias C-358 de 1997, C-081/96, donde determina que el Fuero Militar solo se restringe frente a delitos cometidos “con relación al servicio” (Corte Suprema de Justicia, 2006).

Auto de octubre 15 de 2009: M.P. Dra. JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ. Radicado No. 110010102000200902254 00. La sala procede a dirimir el conflicto de competencias suscitado entre el juzgado sexto de primera instancia de brigada de Bogotá y la FISCALÍA SETENTA Y DOS ESPECIALIZADA DE CÚCUTA, con ocasión del conocimiento del proceso penal que por el delito de HOMICIDIO se adelanta contra los orgánicos del Ejército Nacional S.S. MAURICIO ANTONO MORALES ACEVEDO, CS. JOSÉ DAVID PEÑALOZA PALACIOS, y los Soldados Profesionales MIGUEL ANGEL ARIZA QUIROGA, JUAN CARLOS VEJARANO y OSCAR EDUARDO ARTEAGA ALVAREZ, miembros del Grupo Especial “BUITRE DOS”, adscrito al BATALLÓN DE CONTRAGUERRILAS No. 95, de la BRIGADA MÓVIL No. 15, con relación a los hechos ocurridos el 8 de julio 2007, escenificados en la vereda “Altagracia” del Municipio de Teorama (Norte de Santander), en los que resultó muerto de manera violenta el señor EUSTACIO FRANCO AMAYA.

Mediante informe del 8 de julio de 2007, rendido por el Sargento Segundo MAURICIO A. MORALES ACEVEDO, en su condición de Comandante del Grupo Especial BUITRE DOS, dio a conocer lo siguiente:

En la presente me permito informar los hechos ocurridos hoy domingo 08 de julio del 2007 donde me encontraba en el desarrollo de la misión táctica Japón tres, por la información obtenida del agente de control de Teorama de la (CIOCA) donde se obtuvo la información de la presencia de sujetos pertenecientes a la red de las milicias de las FARC, que pretendían montar un retén ilegal sobre la vía que de Teorama conduce al Municipio de San Calixto con el fin de entorpecer la consulta popular que se realiza hoy domingo en el Municipio de Teorama. Siendo aproximadamente las 04:00 de la mañana, íbamos en desplazamiento y fuimos atacados repentinamente con fuego nutrido, quedando herido inmediatamente el soldado profesional Chávez Martínez Julio Cesar quien se desempeñaba como puntero del grupo. El personal inmediatamente reaccionó donde el cabo segundo Peñalosa Palacios José David, estableció una base de fuego y el resto del personal trataron de asegurar dos partes altas que teníamos al lado derecho e izquierdo de la vía en el intercambio de disparos se prolongó aproximadamente 10 minutos. Dichos hechos ocurrieron en la vereda alta gracia sector el puentecito coordenadas aproximadas 08°26'16'' – 73°17'29''. Luego de que la situación se calmó observamos, sobre la vía un cuerpo sin signos vitales y portaba una pistola al parecer calibre 7.65 mm procedí a informar a la brigada móvil lo que estaba ocurriendo siendo aproximadamente las 06:30

sacamos en un carro civil al soldado herido lo atendieron en el puesto de salud de este municipio donde posteriormente fue evacuado en la ambulancia para el hospital de Ocaña (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2009)

Finalmente, el militar informó que fueron testigos de los hechos el CS. JOSÉ DAVID PEÑALOZA PALACIOS, y los Soldados Profesionales MIGUEL ANGEL ARIZA QUIROGA, JUAN CARLOS VEJARANO y OSCAR EDUARDO ARTEAGA ALVAREZ. Se allegó acta de inspección de cadáver, de fecha 6 de julio de 2007, correspondiente al occiso EUSTACIO FRANCO AMAYA, realizada por el Juzgado 86 de Instrucción Penal Militar, donde se hizo constar que al obitudo le fue encontrada una pistola calibre 9 mm., un proveedor para la misma y vainillas de dicho calibre y 5.56 mm.

Según el Consejo Superior de la Judicatura, la Norma Superior, ha señalado dos condiciones básicas para el Fuero Penal Militar: que se trate de miembros de la Fuerza Pública en servicio activo al momento de la acción típica, y, b) la conducta típica tiene que ser realizada en relación con actos del servicio, o sea de actividades por medio de las cuales se cumplen las funciones esenciales que a la Fuerza Pública le entrega la Carta Política (CPC, 1991, art. 317).

Así, son delitos relacionados con el servicio, aquellos cometidos por miembros de la Fuerza Pública, “derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia”, tienen esa condición, todos aquellos hechos punibles, que nacen o emanan del desarrollo o ejercicio de operativos militares o policiales que son propios de la actividad de la Fuerza Pública (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2009).

El hecho, “derivado” es aquel suceso que proviene, se origina, o es resultado directo e inmediato de otro hecho; y para el caso del Fuero Militar, será el hecho punible que se suscita de la realización de operaciones militares, ya sea que se trate de delitos propiamente militares, -o sea los tipificados en la Ley 522 de 1999-, o de crímenes comunes que cometan en relación con el servicio, según la expresa reglamentación del artículo 195 del Código Penal Militar. Ahora, en cuanto a los eventos que en ningún momento pueden considerarse como "actos del servicio" el texto del artículo 3 del Código Penal Militar, es con todo enunciativo de estos casos, pudiendo

colegirse que se refiere en rigor a genocidios y delitos de “lesa humanidad” o contra el ser humano (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2009).

En el aspecto subjetivo, el Consejo encuentra más que demostrada este aspecto en cabeza de los investigados en razón de su clara condición de miembros de la fuerza pública. En lo atinente al aspecto funcional, se llenan todos los requisitos exigidos por la Carta Política, legislación e incluso está acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para que su conocimiento sea asignado a la Jurisdicción Penal Militar, pues los hechos fueron cometidos por miembros del Ejército Nacional, adscritos a la Brigada Móvil No.15, en servicio activo, tal como lo certificó la Institución Castrense, en cumplimiento de una orden del servicio para iniciar operaciones de registro y control militar del área donde ocurrieron los hechos, descrito anteriormente (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2009)

Obsérvese, que el desarrollo sistemático de las acciones, guarda plena correspondencia con la Orden de Operaciones Fragmentaria No. 086, denominada “JAPÓN 3”, expedida por el Comando de la citada Brigada el 4 de julio de 2007 y los hechos ocurrieron el 8 de julio de 2007, circunstancias que además de encontrarse documentadas en el curso de la investigación, coincide con la versión rendida por los militares sobre los dolorosos e infortunados hechos y con el contenido del informe suscrito por el suboficial Morales Acevedo, medios de prueba demostrativos y suficientes para determinar que los hechos materia de investigación tuvieron ocurrencia en desarrollo de la misión constitucional del servicio militar (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2009).

Lo anterior demuestra sin objeción, que los integrantes de la Patrulla Militar, se encontraban en el preciso momento de los hechos objeto de la investigación penal y que determinaron el presunto homicidio de EUSTACIO FRANCO AMAYA, en cumplimiento de un operativo propiamente militar, cuyo objetivo era neutralizar grupos armados al margen de la ley, precisamente en el área donde se registraron los hechos (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2009)

Por tanto para el Consejo, la muerte investigada, se originó, como consecuencia inmediata de actos derivados del ejercicio de la función militar propia de la fuerza pública y está llamada a ejercer la competencia la Jurisdicción Penal Militar representada en este caso por el Juzgado Sexto de Primera Instancia de Brigadas con sede en la ciudad de Bogotá.

Auto de agosto 4 de 2010: M.P. Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS. Este trata de conflicto de jurisdicciones suscitado entre la Fiscalía Doscientos Treinta Seccional de Bello Antioquia y el Juzgado Octavo de Instancia de Brigadas de Medellín (Antioquia).

En tal sentido, el Consejo Superior de la Judicatura en Sala Disciplinaria (2010), señala que del contexto de las pruebas, no se encuentra certeza que efectivamente los militares involucrados dieron de baja a la víctima cumpliendo el referido operativo militar, y en ese orden de ideas, no existe la posibilidad en aceptar que hay total claridad sobre la forma como acontecieron los hechos. Así, la sala, apoyada en la sentencia C-358/97 y 110010102000200902080 00 de esa corporación, establece que frente a la duda sobre lo realmente acontecido, la Sala resuelve el Conflicto de Jurisdicción, asignando el asunto a la justicia ordinaria.

Auto de agosto 19 de 2010: M.P. Dr. JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO. Radicado: 201002393 00. Providencia que dirime el conflicto positivo de jurisdicciones suscitado entre la Jurisdicción Ordinaria representada por el Juzgado Único Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías La Montañita, Caquetá, y la Jurisdicción Penal Militar, representada por el Juzgado Doce de Brigada de la ciudad de Florencia.

La Sala (2010) considera que son tres los requisitos que se exigen para que el fuero especial de juzgamiento ante la Justicia Penal Militar, a saber: 1) ser la persona investigada o juzgada, miembro de la fuerza pública; 2) estar la misma persona en servicio activo y, 3) que el delito tenga relación con el servicio.

Así, se entiende de manera general que los delitos guardan relación con el servicio cuando se cometen dentro del desarrollo natural de las tareas encomendadas al respectivo miembro de la fuerza pública, siempre que tales tareas tengan inequívoca relación con la misión militar o

policial que constitucionalmente les corresponde, marco en el cual ocurre un exceso, una extralimitación o abuso de poder, por lo cual, cae dentro del campo punitivo, sin ser posible deslindar ese exceso de lo que en un momento anterior de la misma situación no lo era, esto es, del desarrollo legítimo de los cometidos de la fuerza pública en sus distintas especialidades y disímiles tareas.

Los uniformados cumplían tareas propias que la Constitución le ha encomendado al Ejército Nacional, realizaban un operativo debidamente ordenado en el que debían cumplir la misión que les había sido encomendada como miembros de la fuerza pública. Sin embargo, del material probatorio precedentemente resaltado, a criterio de la Sala, existen dudas de si la muerte de los occisos ocurrió o no en un enfrentamiento armado, razón por la cual se dirime el conflicto a favor de la justicia ordinaria.

Auto de agosto 11 de 2010: M.P. Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS. Radicado 201002186 00. Conflicto de Jurisdicciones suscitado entre el juzgado 15 de Brigada de Valledupar Cesar y el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad.

Para el Consejo Superior de la Judicatura (2010), entre lo afirmado por los familiares del occiso y lesionado en las declaraciones rendidas ante el Juzgado 21 de Instrucción Penal Militar y lo revelado por los militares, no se ajustan en señalar de manera concordante los apartes relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se le quitó la vida al señor LIMEDES LEONARDO JIMÉNEZ LACOUTURE y lesiones al señor ROBERTO CORDOBA GUERRA. Del contexto de estas pruebas, no se encuentra certeza que efectivamente los militares involucrados le cegaron la vida al señor LIMEDES LEONARDO JIMÉNEZ LACOUTURE y lesiones al señor ROBERTO CÒRDOBA GUERRA, cumpliendo el referido operativo militar, y en ese orden de ideas, no existe la posibilidad en aceptar que hay total claridad sobre la forma como acontecieron los hechos.

Así, frente a la duda sobre lo realmente acontecido, la Sala resolverá el Conflicto de Jurisdicción, asignando el asunto a la justicia ordinaria.

Acta No. 049, del 4 mayo de 2010. M.P. Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS. Radicado 110010102000201001269 00. Registro: 30-04-2010. La Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura procede a dirimir el conflicto de jurisdicciones suscitado entre la Fiscalía Setenta y Siete Especializada UNDH Y DIH de Neiva Huila y el Juzgado Doce de Brigada de Florencia Caquetá, con ocasión del conocimiento de la investigación penal iniciada en indagación preliminar por el Juzgado Setenta de Instrucción Penal Militar de la ciudad de Florencia - en averiguación de responsables- por el delito de homicidio contemplado en el artículo 103 del Código Penal Militar (ley 522 de 1999), contra tropas del BIJUA, en desarrollo de la Operación Táctica denominada AGUILA, al mando del Sargento Viceprimero LEITON GRAJALES LEONARDO, por hechos ocurridos el día 12 de abril de 2008, en la vereda Buenos Aires del Municipio de San José del Fragua (Caquetá), donde tropas del BIJUA sostuvieron contacto armado, y fue dado de baja una persona no identificada, al parecer pertenecientes a un grupo subversivo, quien portaba ochenta metros de cable detonante, una granada de mano, y un radio scannerá.

Dentro de su trámite procesal, el Juzgado 70 de Instrucción Penal Militar de Florencia, por auto de fecha 11 de septiembre de 2008, abrió indagación preliminar y dispuso la práctica de algunas pruebas. El mismo Juez, por escrito de fecha 24 de abril de 2009, le solicitó a la Fiscalía 14 Seccional de Belén de los Andaquíes (Caquetá), le remitiera las diligencias adelantadas respecto de los hechos ocurridos el día 12 de abril de 2008, en razón, a que en esos hechos, participaron los miembros del Batallón de Infantería No. 34 del Ejército Nacional en servicio activo y en uso de sus funciones, por ende, el conocimiento de los mismos es de competencia de la Justicia Penal Militar. Por oficio No. 159 la Fiscalía Catorce Seccional, informó que las diligencias adelantadas en la actuación referida, fueron remitidas por competencia a la Fiscalía de la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la ciudad de Neiva Huila, por ende, remitió la solicitud a dicha Fiscalía. La Fiscalía 77 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH, por oficio No. 140 de 3 de julio de 2009, informó al Juez 70 de Instrucción Penal Militar, que no era viable remitir las diligencias adelantadas por la Fiscalía 14 Seccional de Belén, por cuanto no son claras las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos, existiendo duda de que la víctima hubiere fallecido efectivamente como consecuencia de un enfrentamiento, atendiendo

a los graves señalamientos que hace la esposa del occiso. Es así, que solicita la entrega definitiva del proceso, para que dicha jurisdicción investigue los hechos (Sala, 2010).

La Sala se suscribe a establecer el homicidio cometido en la persona AUDELIO LASOS CUELLAR, por tropas pertenecientes al Batallón de Infantería No. 34 JUANAMBÚ, estando en cumplimiento de una operación de militar, que debe ser investigado ya sea por la Justicia Penal Militar o por la Justicia Penal Ordinaria, donde entra a determinar dos elementos: 1) Qué delitos se realizan con relación, en conexidad o con ocasión del cargo o del servicio y cuando ellos son de competencia de la Justicia Castrense y, 2) Cómo se debe trabar el Conflicto de Jurisdicción.

Así, que de conformidad con lo establecido en el artículo 221 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 2 de 1995, se tiene que, “De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública 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. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”. Frente a ello, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades se ha pronunciado así:

El órgano jurisdiccional al que se le ha confiado la misión de ejercer la Justicia Penal Militar, aun cuando se presenta como poder jurisdiccional específico, está sometido a la Constitución al igual que todo órgano que ejerza competencias estatales. Por consiguiente, su organización y funcionamiento necesariamente debe responder a los principios constitucionales que caracterizan a la administración de justicia. Se establece un fuero especial para los miembros de la fuerza pública que estén en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Toda especie (y el fuero no es una excepción sino una especie) se somete al género, en este caso la Constitución (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-047, 1996)

En cuanto a materia de definición de competencia, (Ley 906 de 2004, vigente para la época de los hechos), señala que “cuando el juez ante el cual se haya presentado la acusación manifieste su incompetencia, así lo hará saber a las partes en la misma audiencia y remitirá el asunto inmediatamente al funcionario que deba definirla, quien en el término improrrogable de tres (3) días decidirá de plano (CÓDIGO PROCEDIMIENTO PENAL. art: 54).

Por su parte, la ley 522 de 1999, reglamenta que “hay colisión de competencias cuando dos (2) o más jueces de conocimiento o fiscales, reclaman que a cada uno de ellos corresponde exclusivamente el conocimiento o tramitación de un proceso penal, o cuando se niegan a conocer de él por estimar que no es de la competencia de ninguno de ellos” (CÓDIGO PENAL MILITAR. art: 273).

Es así que el conflicto de competencias, sólo puede presentarse entre dos funcionarios judiciales que consideran cada uno ser o no ser competentes para conocer del caso. Lo que requiere que deben expresar los fundamentos legales o jurídicos en los cuales se apoyan en sus planteamientos relacionados con la aceptación o repudio de la competencia.

Auto de febrero 23 de 2011: M.P. Dr. JORGE ARMANDO OTÁLORA GÓMEZ. Radicado 201100164|0. Resuelve la Sala sobre la Impugnación de competencia entre la Jurisdicción Penal Militar y la Jurisdicción Ordinaria.

Considera el Consejo Superior de la Judicatura (2011) que es poco probable, hasta éste momento y con base en lo que enseña la prueba obrante en la foliatura, la existencia de alguna relación entre las conductas punibles desplegadas por los señores JOSÉ IGNACIO BENÍTEZ BETANCOURT, HUGO STANLEY MARTÍNEZ RENDÓN Y JORGE ALEXANDER BALLESTEROS GARCÍA, consistente en ingresar atrás de un camión a la bodega de una empresa llamada Cadearbe Ltda., donde abrieron las cajas y requisaron a los trabajadores, procediendo a subir cinco cajas al vehículo, “cada una con dos timbos con un total de 120 litros aproximadamente de una base de ácido muriático, alcohol etílico y un saltante; sustancia de color traslucido” llevándoselas sin dejar recibo de su retención, ni efectuar un acta sobre lo ocurrido.

Los acusados cometieron las presuntas conductas delictivas al margen de la misión constitucional encomendada. Porque las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, como son precisamente los investigados en el *sub lite* los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia, C-358, 1997).

Los hechos objeto de investigación referidos a delitos de gran trascendencia social, por su misma naturaleza antes que guardar relación con el servicio, se muestran como actos cometidos con ocasión del servicio y no en relación con el mismo, lo que conlleva la asignación de la competencia a la jurisdicción ordinaria.

Auto de marzo 07 de 2012: M.P. Dra. JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ. Radicado 110010102000201200472 00. La Sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resuelve sobre el Conflicto Positivo de Jurisdicciones suscitado en esta oportunidad por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva, ante solicitud de conflicto formulada por la Fiscalía 86 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Neiva adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, con sede en la citada ciudad y el Juzgado Séptimo de Brigada con sede en Neiva; despachos que reclaman para sí, el conocimiento de la investigación penal que se adelanta por el homicidio múltiple de los señores ANTONIO CLAROS TOBÓN, JOSÉ RENTERÍA, CARLOS HUMBERTO AGUIRRE RODRÍGUEZ, YOBANY MONSALVE MARÍN y NELSON MEDINA VARGAS por los hechos ocurridos el 2 de febrero de 2007, miembros del Ejército Nacional adscritos al Batallón de Infantería 26, Cacique Pigoanza, en probable contacto armado, dieron muerte a los señores ANTONIO CLAROS TOBÓN, JOSÉ RENTERÍA, CARLOS HUMBERTO AGUIRRE RODRÍGUEZ, YOBANY MONSALVE MARÍN Y NELSON MEDINA VARGAS, en la vereda Las Damas, Jurisdicción del Municipio de Garzón.

Como actuaciones procesales relevantes en la justicia ordinaria se encuentra los registros de la audiencia preliminar del 22 de febrero de 2012, bajo la dirección de Juez Tercero Penal municipal con funciones de Control de Garantías, entre la Fiscalía 86 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Neiva adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y el Procurador Judicial 141 de esa ciudad, donde el ente investigador pidió la competencia para conocer sobre el caso, por cuanto en la investigación preliminar se obtuvo como pruebas el informe ejecutivo del investigador del CTI en el cual señaló que el sujeto JOSÉ RENTERÍA, se le incautaron dos granadas de

fragmentación, elementos que llevaba consigo al momento de su deceso y cerca de su cuerpo se encontró una vainilla de fusil. En cuanto al segundo cuerpo, correspondiente al señor ANTONIO CLAROS TOBÓN se le halló un revólver con tres cartuchos percutidos y cerca de éste, dos vainillas para fusil. Frente al tercer cuerpo, correspondiente a YOBANY MONSALVE MARÍN, se encontró un revólver con capacidad para seis cartuchos, de los cuales estaban percutidos cuatro. En cuanto al interfecto NELSON MEDINA VARGAS, se le encontró también un revólver de seis cartuchos, uno percutido y cerca de éste una vainilla para fusil. Al quinto cuerpo, correspondiente al señor CARLOS HUMBERTO AGUIRRE RODRÍGUEZ un arma de fuego hechiza tipo changón. El fiscal delegado destacó que se les practicó prueba de toma de residuos de disparo y a los dos restantes, no se les practicó por cuanto tenían cada una de sus dos manos impregnadas de sangre.

Finalmente, el Fiscal Delegado, concluyó que existen en el asunto altas probabilidades de no haber existido un combate o contacto armado, y existir contrariamente elementos razonables para predicar una ejecución extrajudicial frente al resultado negativo de los residuos y de las vainillas halladas a menos de 1.80 metros de los cadáveres.

La Corte (2012) establece que el objeto del presente conflicto radica en establecer entre la Jurisdicción Penal Militar representada por el Juzgado Séptimo de Brigadas con sede en Neiva y la Ordinaria en cabeza de la Fiscalía 86 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Neiva adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, quién es el competente para conocer la investigación penal que se adelanta por el homicidio.

El hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero más aún, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, esto significa que el exceso o extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de la fuerza pública.

En este sentido, el Consejo Superior de la Judicatura hace un análisis dogmático de la duda razonable para concluir que: “en desarrollo de los anteriores presupuestos, es importante precisar que el citado concepto, no alude a cualquier tipo de duda que pueda surgir de la valoración objetiva del comportamiento delictivo que eleve cualquiera de los intervinientes o partes en el proceso, por cuanto ello devela una probabilidad o posibilidad” (García Restrepo, 2003, pág. 23). Respecto del conocimiento del hecho con una carga elevada de subjetividad cuya valoración debe surtirse dentro del debate probatorio, de allí que la duda razonable se sustente “en la razón como resultado de un proceso de análisis y valoración que realiza el órgano judicial competente de cara a los hechos concretos de cada caso” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-578, 2002), y en ese sentido -como lo advierte el profesor CARLOS BERNAL PULIDO en su obra el “Derecho de los Derechos”, soportada en una razón jurídica legítima y no en una simple apreciación o concepto sin soporte jurídico o científico.

Bajo los anteriores postulados, la duda razonable como criterio de valoración dentro de un trámite de conflicto de competencia, supone un amplio ejercicio de ponderación según los criterios y reglas señaladas por la Corte Constitucional en las sentencias C-358 de 1997 y C-578 de 2002, a fin que las valoraciones subjetivas no adquieran la entidad de duda razonable (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2012).

Conforme lo predicó la Fiscalía 86 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Neiva adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, existen elementos probatorios que ponen en duda que la muerte de los señores ANTONIO CLAROS TOBÓN, JOSÉ RENTERÍA, CARLOS HUMBERTO AGUIRRE RODRÍGUEZ, YOBANY MONSALVE MARÍN Y NELSON MEDINA VARGAS, se haya dado en combate; por cuanto en los cadáveres no existe residuos de disparo, así como la circunstancia que las vainillas fueron encontradas muy cerca de los cadáveres, lo cual generan duda razonable desdibujando el presunto enfrentamiento.

Frente a ello, el Consejo resuelve dirimir el conflicto positivo de competencia planteado en el sentido de declarar que el conocimiento de la presente investigación penal corresponde a la jurisdicción ordinaria cuya dirección investigativa está en cabeza de la Fiscalía 86 Delegada ante

los Jueces Penales del Circuito Especializado de Neiva adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído. Requiérase en el juzgado de Neiva en el menor tiempo disponible para empezar diligencias con las fiscalías delegadas con la proveniente información.

Auto del 28 de marzo de 2012: M. P. Dr. PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO. Radicado: 11001010200020120065500. El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, resuelve la competencia planteada en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 08 de febrero de 2012 por el delito de lesiones personales en contra del soldado JUAN CARLOS DELGADO DIAZ, adelantado en el Juzgado Promiscuo Municipal de Gachetá con funciones de conocimiento (Cundinamarca), actuación remitida a esta Corporación por el Juzgado Penal del Circuito con sede en el mismo municipio, de acuerdo con lo dispuesto en auto del 14 de marzo de la presente anualidad, en cumplimiento al mandato establecido en el artículo 256 numeral 6 de la Constitución Política.

Los hechos surgieron con ocasión de lo sucedido el 7 de julio de 2007, cuando el soldado regular Carlos Brayan Espinosa Herrera, adscrito al Batallón Baraya, se encontraba prestando el servicio militar en el sitio denominado el Ramal del municipio de Junín (Cundinamarca), en las horas del mediodía en momentos que le servían el almuerzo, se le acercó el soldado Juan Carlos Delgado Díaz y le pegó un puño en el rostro. Motivó este acontecimiento el sostener una relación sentimental la víctima con una hermana del indiciado.

En la actuación la audiencia fue realizada por lesiones personales, toda vez que el anotado ciudadano no aceptó dicha imputación. En efecto, consideró el delegado del Ministerio Público, que el caso investigado no podía ser conocido por la jurisdicción ordinaria, dado que tanto el indiciado como la víctima para el momento de los hechos se encontraban prestando el servicio militar como soldados regulares, y en este sentido, la competencia se encuentra asignada a la Jurisdicción Penal Militar.

Por su parte, la posición de la Fiscalía considerando que si esa relación no se demuestra o no resulta diáfana, el integrante de la fuerza pública a quien se le atribuye autoría o participación en el hecho quedará sometido al derecho penal ordinario.

En solución al inconveniente ninguna discusión se presenta en torno a la condición de miembros del Ejército Nacional de los involucrados en los hechos, es decir, tanto el indiciado como la víctima, pues para la época de los hechos se desempeñaban como soldados regulares adscritos al Batallón Baraya, prestando el servicio militar en el sitio denominado el Ramal del municipio de Junín (Cundinamarca). Así, se desprende de la documentación y el registro de las audiencias que dan cuenta de dicha la condición, lo cual no admite controversia (Consejo Superior de la Justicia, 2012).

La condición de integrantes de la fuerza pública de los sujetos activo y pasivo de la acción penal, pues si así fuera, ningún análisis tendría que hacerse en torno a si las conductas delictivas cometidas por esa clase de sujetos tienen relación o no con el servicio, en los precisos términos establecidos por la Corte Constitucional.

En la audiencia preliminar de formulación de imputación, el episodio que generó el ataque de parte del soldado DELGADO DÍAZ en contra de su compañero ESPINOSA HERRERA, fue por asuntos relacionados con vínculos sentimentales entre el ofendido y la hermana del imputado, de ninguna manera puede ser considerado acto inherente a la función militar comportamiento como el desplegado por el encartado, situación por la cual la razón le asiste a la representante de la Fiscalía General de la Nación al poner en duda la competencia de la Jurisdicción Penal Militar. (Consejo Superior de la Justicia, 2012).

Por tanto, la Corte resuelve asignar el conocimiento de la presente investigación a la jurisdicción ordinaria, representada en este caso por el Juzgado Promiscuo Municipal.

Auto del 21 de junio del 2012: M.P. Dra. JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ. Radicado 110010102000201201288 00 (4335 -13). En esta ocasión, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, el conflicto positivo de jurisdicciones, suscitado entre la

Jurisdicción Penal Ordinaria, representada en esta oportunidad por la Fiscalía 63 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Barranquilla, adscrita a la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la referida ciudad, y la Jurisdicción Penal Militar representada por el Juzgado 15 de instancia de Brigada con sede en Valledupar, quienes reclaman para sí el conocimiento de la investigación penal que se adelanta por los homicidios de los señores CLEMENTE ÁLVAREZ BARÓN y LUCAS JAVIER TRUJILLO MÁRMOL, en hechos ocurridos el 20 de diciembre de 2007, en el Municipio de Riohacha (La Guajira), sujetos quienes en principio fueron reportados como N.N.s.

El Fiscal Delegado destacó que la trayectoria de los disparos causados a los occisos en nada corresponde al plano topográfico del sitio donde fueron ultimados, por ser esta una zona completamente plana, la cual obra en álbum fotográfico. Es decir, para que existieran este tipo de trayectorias los agresores en el primer caso tendrían que haber estado en una posición más alta que el occiso y en el segundo caso los tiradores del Ejército tendría que estar en un plano inferior. Se cree que los dos ciudadanos fueron llevados a este lugar y al parecer fueron ejecutados sumariamente pues los elementos indiciarios así lo indican, luego si realmente allí hubiera existido tal acción.

En la audiencia preliminar el fiscal concluyó, que existen dudas frente a la forma como efectivamente se desarrollaron los hechos. Por su parte, la Sala de competencia en desarrollo del contenido de la premisa anterior, el conflicto entre jurisdicciones se presenta cuando dos o más funcionarios investidos de competencia, se disputan el conocimiento de un proceso, bien porque ambos funcionarios estiman es de su conocimiento, caso en el cual será positivo; o por considerar que no les corresponde, evento en el cual será negativo.

Cabe destacar, que esta superioridad emitirá pronunciamiento, además de lo señalado, porque los elementos de convicción allegados para su valoración encarnan suficiente ilustración, frente a la estructura que debe examinarse en un conflicto de naturaleza penal entre autoridades de diferentes jurisdicciones, en tanto se tiene: a) prueba para valorar el elemento subjetivo y, b.) prueba para un pronunciamiento a fondo sobre el elemento funcional, tendiente a valorar las

circunstancias de ocasionalidad y relación con el servicio militar (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2012).

Ante los aspectos señalados, se tiene que los extremos trabados en conflicto, han aceptado la calidad de miembros del Ejército Nacional de los señores, Teniente RICARDO RUBIANO GRANADOS, Cabo Primero GINO CEBALLOS CABRERA y LOS SOLDADOS PROFESIONALES ALEXANDER BUSTAMANTE MERIÑO, ARGENIS GARCÍA MARTÍNEZ, DANIEL VALLEJO MINDIOLA, WILLIAM PÉREZ MURILLO, DELVER ROMERO SÁNCHEZ, WILLIAM MARTÍNEZ GÓMEZ y LERISIS CAÑAS GÓMEZ; quienes participaron y conocieron de los hechos de homicidio en presunto combate armado de los señores CLEMENTE ÁLVAREZ BARÓN y LUCAS JAVIER TRUJILLO MÁRMOL en calidad de militares que se encuentra relacionada en los diferentes informes de policía judicial recaudados en el expediente (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2012).

Para llegar a la conclusión de que si el hecho punible acaeció con relación al servicio, es necesario tener en cuenta que debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, ya descrito. El surgimiento de la duda razonable que rompe el nexo entre la actividad militar y el servicio prestado constitucionalmente por el Ejército Nacional, en tanto desdibuja el presunto uso de armas de fuego, en confrontación armada por parte de los señores, quienes en vida respondían a los nombres de CLEMENTE ÁLVAREZ BARÓN y LUCAS JAVIER TRUJILLO MÁRMOL, por cuanto la prueba científica, de absorción atómica, la cual advierte que pese a ventilarse que los occisos probablemente usaron armas de fuego y sostuvieron combate armado con los efectivos militares, no existen huellas de tal uso o elementos razonables para inferir que éstos hayan usado dichas armas en la confrontación armada alegada por los militares, circunstancia que adquiere mayor connotación, en la forma en que probablemente impactaron los proyectiles en los cuerpos de CLEMENTE ÁLVAREZ BARÓN y LUCAS JAVIER TRUJILLO MÁRMOL, con respecto a una zona completamente plana, como se evidencia de los álbumes fotográficos (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2012).

La Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resuelve DIRIMIR el conflicto positivo de jurisdicciones planteado en el sentido de declarar que el conocimiento de la presente

investigación penal corresponde a la jurisdicción penal ordinaria representada por la Fiscalía 63 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Barranquilla, adscrita a la Unidad de DD.HH y DIH de dicha ciudad.

Acta No. 032 de 02 de mayo de 2013: M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA.

Radicación No.110010102000201300508 00. Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. La Sala procede a dirimir Conflicto Penal Militar entre la Fiscalía Primera Especializada de Pasto y el Juzgado Doce Penal Militar de Brigada del Caquetá, para conocer de las diligencias penales adelantadas en averiguación, contra miembros del Ejército Nacional pertenecientes a la Contraguerrilla No.59 por la muerte de los señores LEONIDAS ARRIGUI ROSAS y DANIEL EDUARDO SANTOFIMIO YEPES, por hechos sucedidos el 22 de mayo de 2007, en la vereda Puerto Minas de Yurilla de Puerto Guzmán (Putumayo).

Los hechos sucedieron cuando tropas pertenecientes al Batallón de Contraguerrilla No.59 de Florencia (Caquetá), en ejercicio de la orden de operaciones MEDUSA del 20 de mayo de 2007, y en tareas relacionadas con el control militar del área se le dio la orden al pelotón Dinamita 4 conducir operaciones militares sobre el área general de Palmas del Yurilla, Nueva Floresta y Puerto Mina de Yurilla, jurisdicción del municipio de Puerto Guzmán para garantizar la seguridad de la población civil y neutralizar las acciones terroristas de las ONT FARC- 32. Los militares estaban bajo el mando de SV. ZULUAGA PLAZAS FERNANDO quien relató los hechos así:

Se empezó con una infiltración aero transportada hasta un sitio reconocido de ahí se empezó la infiltración a pie hasta el río Yurilla, el día 22 siendo aproximadamente las 14. 30 horas se escuchó un motor aguas arriba, le di la orden al C3 PEÑA SUBALTERNA FERLEY que se dirigiera a la orilla del río y verificara quien se desplazaba en dicho motor así se efectuó. Después de 15 o 20 minutos aproximadamente se escucharon varias detonaciones y empezó el combate con el frente 32 de las FARC quien opera en esta región, al llegar al río le pregunté al cabo que había sucedido, el cual me dijo que venían en la canoa puros subversivos y al hacerle la proclama e identificarse como miembros del Ejército Nacional, le contestaron disparándoles, ordené hacer un registro al otro lado del río y no se halló nada pero el cabo me insistía que unos subversivos habían caído al río, informe al Comandante del Batallón los hechos sucedidos el cual me dio la orden que permaneciera en el sector, al día siguiente 23 de mayo de 2007, se encontró un cadáver en el sitio de los hechos quien portaba un revolver MAGNUN 357 el cual vestía pantalón jean azul, un buzo de color azul de fondo y una camisa roja, informamos al batallón y aseguramos el área, pero ese día no pudimos salir del

sitio, el día 24 a las 6.00 horas aproximadamente ordené hacer registros de ambos lados del río arriba el cual me informaron que habían encontrado un segundo cadáver quien portaba un fusil AK 47 cuatro (4) proveedores para la misma un chaleco multipropósito, bolso de asalto que contenía material de intendencia y propaganda alusiva al Frente 32 de las ONT FARC y quien vestía sudadera negra con un buzo verde con mangas blancas, informé inmediatamente al comandante del batallón quien me dio la orden de alistar un helipuerto para la extracción de los cuerpos, la Contraguerilla mía fue llevada al municipio Curillo Caquetá y de ahí a la Hormiga Putumayo, los cuerpos fueron traídos a la ciudad de Mocoa donde vino el señor C3 PEÑA y el SLP Blanco Silva a entregarlos a las autoridades competentes (Sala, 2013)

La Sala hace referencia a la jurisprudencia vigente, precisado que el Fuero Militar se circunscribe única y exclusivamente al ámbito de lo penal, en cuanto al juzgamiento de las conductas delictivas realizadas por los miembros de la Fuerza Pública (elemento objetivo); y que dicho fuero cubre a todos los miembros de la Fuerza Pública que al tenor de lo preceptuado por el artículo 216 de la Constitución Política está integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (elemento subjetivo) y que el fuero militar se restringe a los ilícitos penales cometidos en servicio activo y en relación con el mismo servicio (elemento funcional) (Sala, 2013).

En este orden de ideas, las conductas punibles consumadas bajo circunstancias diferentes a las plasmadas en el artículo 221, de la Constitución por parte de los miembros de la Fuerza Pública, serán juzgados por la Jurisdicción Penal Ordinaria, es decir cuando los comportamientos que realizan no están en servicio activo; o cuando no obstante estar en servicio, no tienen relación con el mismo. Por tanto, no toda conducta delictuosa realizada por un miembro de la fuerza pública es de conocimiento de la Justicia Penal Militar, porque debe existir un vínculo o nexo de causalidad directa entre la conducta y el servicio, para que el comportamiento delictuoso sea de su competencia.

Ahora bien, con relación a la Jurisdicción Penal Militar la Corte Constitucional precisa:

En los precisos términos de la Constitución Política, la jurisdicción penal militar conoce (1) de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, (2) siempre que ellos tengan "relación con el mismo servicio". De esta manera, la misma Carta ha determinado los elementos centrales de la competencia excepcional de la justicia castrense, con lo cual limita el ámbito de acción del legislador en este campo y exige un más estricto control de constitucionalidad

sobre él, pues, como bien se expresó en la Sentencia C-081/96 de esta Corporación, entre más definida se encuentre una institución por la Carta, menor será la libertad de configuración del Legislador sobre ella. Por ende, la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. La extensión de éste, por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común (Sentencia C-358, 1997)

Entonces, se puede decir que donde se produjo el enfrentamiento que produjeron las muertes que se investigan, se considera cumplido el primero de los requisitos exigidos por la ley para definir o no la aplicabilidad del Fuero Militar, es decir la calidad de miembros del Ejército Nacional que como integrantes del escuadrón Dinamita 4 perteneciente al Batallón de Contraguerrilla No. 59, con sede en Florencia - Caquetá, participaron en las citadas operaciones,

Así, la Sala resuelve ASIGNAR la competencia para conocer de la presente investigación penal a la Justicia Penal Militar representada por el Juzgado 12 Penal Militar de Brigada del Caquetá.

Acta N° 23 de abril 02 de 2014: M.P. Dr. JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO. Radicación: N° 110010102000201400495 00/2221C. Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. En este caso, la Sala procede a manifestarse respecto a la solicitud elevada por la doctora DIANA ALID QUINTANA COTACIO, actuando como abogada defensora de los Suboficiales JAMES ANDRÉS ORTÍZ LUGO y ADÁN SALAMANCA MERCHÁN, investigados dentro del proceso penal radicado No.157 Fiscalía 15 Penal Militar con sede en Florencia Caquetá, y Radicado N° 9627 de la Fiscalía Treinta y Nueve Especializada de la Unidad Nacional de DD.HH y DIH con sede en Neiva-Huila, investigación adelantada por la muerte del señor JOEL ARIAS POSADA, donde solicita se trabaje conflicto de jurisdicción y competencia entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Penal Militar, requiriendo el expediente a la Fiscalía 39 Especializada de Unidad de Derechos Humanos y DIH y enviando al Consejo Superior de la Judicatura, encargado de definir la competencia y la jurisdicción conforme al numeral 6 del artículo 256 de la CP y 2 del artículo 112 de la ley 270 de 1996, y que se disponga que la competencia sea en cabeza de la Justicia Penal Militar.

Los hechos ocurrieron el 01 de marzo de 2004 aproximadamente a la 1 a.m., cuando miembros del Liborio Mejía la Agrupación al mando del Teniente DAVID MAURICIO RAMIREZ MALDONADO, se dirigieron a la Vereda el Chamón jurisdicción del municipio de Florencia (Caquetá) a cumplir la orden de operaciones "RAPAZ", con el fin de neutralizar las acciones armadas de miembros pertenecientes a la ONT de la cuadrilla XIV FARC. Aproximadamente entre las dos y las tres de la mañana llega el individuo a la casa, el cual se percató de la presencia de militares, el señor JOEL ARIAS POSADA huye por la parte trasera de la casa y lanza una granada a los miembros del Batallón de Ingenieros No.12 General Liborio Mejía, reaccionando estos últimos y dando de baja al sujeto mencionado (Sala, 2014).

Frente a ello, se inicia la investigación penal basándose en el cumplimiento de la orden de operaciones No. 59 de Febrero 29 de 2004, clave Rapaz, cuya misión es el registro y control militar de área de la Vereda el Chamón jurisdicción del municipio de Florencia (Caquetá). Pero la procuradora mediante memorial del 24 de abril de 2013, solicitó a la Fiscalía 15 Penal Militar, remitir el expediente a la justicia ordinaria considerando que es competente, porque existen dudas en el actuar de los militares. Mediante auto de fecha 30 de abril, la Fiscalía 15 Penal Militar resuelve acceder a la petición elevada por la Procuradora Judicial Penal ante los jueces penales del circuito de Florencia. Adicional a lo anterior, no se tuvo en cuenta de acuerdo al principio integral de la defensa, cuando deben investigar tanto lo favorable como lo desfavorable.

Frente a ello, la abogada considera que:

La actuación hecha por la Fiscal 15 Penal Militar, así como la de la Fiscal Especializada, no es la más idónea, porque en últimas, con sus actuaciones lo que hicieron en palabras prácticas fue resolver un conflicto de competencia, cuando por mandato legal, esa facultad solo está, en cabeza de esta Honorable Corporación, de conformidad con los artículos 116 y 256 numeral 6, de Constitución Política de Colombia, desarrollados por los artículos 112, numeral 2 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia” (Sala, 2014).

Igualmente, la abogada reprocha la conducta asumida por la Juez Penal Militar, “quien toma una decisión tan trascendental, en el proceso con un auto, que ni comunicó y ni notificó, cuando por sentido común, lo mínimo de garantía, a que tiene derecho los sujetos procesales es saber que autoridad lo está investigando. Ahora si bien es cierto al momento de enviar la investigación penal se hablaba sobre el delito de homicidio, en el transcurso de la instrucción la Fiscalía 39 Especializada en DDHH y DIH (...), se le solicitó se enviara a la justicia penal militar, siendo negada la petición al expresar la fiscal por cuanto para que ello ocurra se requiere que haya un conflicto entre dos

jurisdicciones, es decir, en este caso, que la justicia penal militar este reclamando el conocimiento de la investigación, lo cual no ocurre en el sud-judice, toda vez que fue precisamente esa jurisdicción la que con auto del 30 de abril accedió a la solicitud de la Procuraduría General de la Nación (Sala, 2014).

Ante lo señalado, la Sala permite recordar que:

El conflicto se presenta cuando dos o más funcionarios investidos de competencia de distinta jurisdicción, se disputan el conocimiento de un proceso, bien por considerar, que no les corresponde, evento en el cual será negativa o porque estiman ambas que es de su incumbencia, caso en el cual será positiva, es así como para su configuración es preciso que se den varios presupuestos: 1) Que el funcionario judicial esté tramitando determinado proceso. 2) Que surja disputa entre el funcionario que conoce y otro u otros acerca de quién debe conocerlo. 3) Que el proceso se halle en trámite, esto es que no haya sido fallado. 4) Que los funcionarios entre quienes se disputan formen parte de distinta jurisdicción (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Acta 127 del 17 de septiembre, 2003)

La Sala (2014) advierte, que en este caso no existe una colisión positiva o negativa de jurisdicciones o en su defecto la necesidad de una definición de competencia por parte de esta Corporación, ya que contrario a ello fue la misma Jurisdicción Penal Militar, en cabeza de la Fiscalía 15 Penal Militar, mediante auto del 30 de abril de 2013, -por solicitud de la Procuraduría, al considerar que existían dudas en el actuar de los militares-, quien remitió las diligencias a la justicia penal ordinaria. Así, que la Sala resuelve INHIBIRSE de resolver la petición de Definición de Competencia.

Acta No. 045 de junio 06 de 2014: M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA. Radicación No.110010102000201401269 00. Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. La Sala entra a definir colisión de competencia positiva entre la Justicia Ordinaria – Fiscalía 94 Seccional Delegada de Marinilla Antioquia y Justicia Penal Militar – Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar de Medellín. Frente a las diligencias en averiguación de responsables, integrantes del Batallón Especial Energético y Vial Nro. 4, del Ejército Nacional en el Municipio de San Rafael, por muerte de NN masculino en presunto combate.

Los hechos se remiten a lo consignado en el informe ejecutivo FPJ-3 del 19 de enero del año 2008, suscrito por funcionario de policía judicial de la SIJIN, Patrullero Arbey Jeovanny Arredondo, y en concreto, a lo relatado por el Cabo Tercero del Ejército Nacional, DUBERNEY QUINÓNEZ ZAMUDIO en la entrevista que le fuera tomada donde manifestó que:

Se encontraba en la vereda media cuesta entonces a las 23:00 recibió una llamada en la cual le ordenaron que se moviera hacia la vereda Cirpes ya que se tenía la información de que en ese sector se iba a realizar una extorsión por parte de unos individuos no identificados por lo que él se desplazó en compañía de 05 soldados hasta el sector quedándose en este hasta las 06:00 esperando la llamada del cabo León, quien a su vez esperaba la llamada del Sargento Palomino para que este ordenara el registro, al iniciar el registro se encontraron de frente con los extorsionistas que al escuchar la voz de proclama según el abrieron fuego contra la tropa a lo cual ellos respondieron causándole la muerte a una persona, al indagarle cuántas personas eran manifestó que eran tres y vestían ropas oscuras (Sala, 2014)

Dentro de la pruebas que se adjuntan como soporte del caso están: el Informe Ejecutivo Policía Judicial FPJ3 de 19 de enero de 2008, ya mencionado, la actuación de primer respondiente FPJ-4 Policía Judicial, inspección técnica a cadáver FPJ-10, álbum fotográfico, varias entrevistas, necropsia realizada por la doctora Carolina Delgado Gómez, médica del Hospital Pbro Alonso María Giraldo de San Rafael, Antioquia, informe pericial de toxicología del Instituto Nacional de Medicina Legal de Medellín, del 7 de mayo de 2008, informe pericial de alcoholemia del Instituto Nacional de Medicina Legal de Medellín, del 13 de febrero de 2008, entre otros.

La Sala entra a analizar que para la época de los hechos está vigente la Ley 588 de 1999, que enuncia aquellas situaciones que son de la competencia de la Justicia Penal Militar, precisamente por guardar relación con el servicio. La norma en cuestión señala que:

Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública (Ley 599, 1999, art. 29).

Consecuente, entra a establecer el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio.

Vale destacar, que la Justicia Penal Militar constituye una jurisdicción especialmente instituida para tramitar los delitos de carácter militar, que sean cometidos por miembros de la Fuerza Pública, siempre y cuando se reúnan los requisitos que para el efecto consagran expresamente la Constitución y la ley, esto es, en servicio activo y en relación con el servicio –artículo 221 de la Constitución Política- y que tales punibles deben ser investigados y juzgados por Jueces y Tribunales Castrenses, bajo las directrices establecidas en el Código Penal Militar.

En este orden de ideas, “la doctrina como la jurisprudencia regente en la materia ha sido unánime en precisar que una actuación delictiva tiene relación con el servicio cuando es realizada por un miembro de la fuerza pública y este se encuentra en cumplimiento o ejercicio regular de las funciones a él asignadas siempre y cuando la conducta ilícita tenga íntima afinidad y cohetaneidad con esas mismas funciones” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-358, 1997).

Entonces, los delitos comunes cometidos por militares en servicio activo, pero ajenos a su actividad no deben ser de conocimiento de la Justicia Penal Militar. Así, resulta que un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor, esto es, del servicio que ha sido asignado por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública.

Ahora, sobre el ámbito del Fuero Penal Militar debe precisarse lo siguiente:

a) Que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado; b) Que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública y c) Que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358, 1997)

La Sala también resalta que, “aunque resulta obvio en el Estado de Derecho, no sobra repetir que la Constitución Política, el respeto a la dignidad de la persona, la vigencia de los derechos fundamentales y la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, así como la obligatoriedad del Derecho Internacional Humanitario, rigen en Colombia en todo tiempo. No obstante que el propio ordenamiento constitucional y su desarrollo estatutario contemplan las posibilidades de restricción de algunos derechos y garantías, está prohibido en nuestro sistema todo acto o decisión que implique anularlos, eliminarlos o suspenderlos, y la vigilancia judicial acerca del efectivo acatamiento a este principio no admite tregua ni paréntesis” (Sala, 2014).

Ahora, en cuanto al concepto jurídico de jurisdicción, lo define como “la soberanía del Estado, ejercida por conducto de una de sus ramas del poder público, destinada a la administración de justicia, con el fin de satisfacer intereses generales y, en particular, de aplicar el derecho material a un caso particular y concreto, caracterizándose por ser general, exclusiva, permanente e independiente; dividiéndose para su funcionamiento de acuerdo a la pretensión reclamada” (Sala, 2014).

Así las cosas, la Sala resuelve asignar el conocimiento a la Justicia Ordinaria, en cabeza de la FISCALÍA 94 SECCIONAL DELEGADA DE MARINILLA, ANTIOQUIA.

2.2 ANÁLISIS GENERAL DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

En los últimos veinte años de existencia de la Constitución Política de 1991, se ha vivido grandes transformaciones en el campo jurídico, donde se ha abierto una especie de apertura de derechos y libertades. Sin embargo, la Corte Constitucional, ha sido inflexible frente al Fuero Militar y sus decisiones sobre este tema, que han influido en las otras Altas Cortes.

Se puede avizorar que la Constitución Política de Colombia recoge en su artículo 221 el contenido del Fuero Penal Militar que estaba plasmado en el Decreto 2550 de 1988 frente al requerimiento concerniente a la calidad de militar del sujeto activo, toda vez que se necesitaba el nexo que implicaba que la conducta versara en relación con el servicio. De lo anterior, se explica por qué la Corte Suprema de Justicia tuviera una mejor noción del manejo del Fuero Militar, no en vano fue por mucho tiempo el máximo órgano consultor de competencias entre jurisdicciones. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal comenzó a estructurar los elementos del Fuero Militar aunque algo impreciso frente a sus alcances.

Por otro lado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura comenzó una jurisprudencia agridulce frente al tema del Fuero Militar, caracterizada por las posiciones divididas frente a la aplicación del mismo, bastándole solamente que la conducta se produjera dentro de las actividades propias del servicio, sin hacer un análisis probatorio.

Por su parte, la Corte Constitucional comenzó a ver con recelo el Fuero Penal Militar en sus primeras providencias, pero sin pronunciarse de fondo sobre el tema. Sin embargo, todo cambio con la sentencia C-358 de 1997, la cual fijó la interpretación invertebrada acerca de la aplicación del Fuero Penal Militar, que implicó para las otras Altas Cortes un panorama jurídico diferente, en especial para el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, dicha interpretación nace con un sesgo ideológico encaminado a la desconfianza del sistema de Justicia Penal Militar, por cuanto no observaba la suficiente autonomía e imparcialidad en sus decisiones.

Cabe recordar, que en el Decreto 2550 de 1988, los Comandantes de las Unidades Operativas Menores y Mayores eran los jueces de conocimiento frente a sus subalternos. Lo anterior causó que dicho recelo se convirtiera en una presunción tacita de impunidad frente a la Justicia Penal Militar, y fijó como regla, que en caso de duda frente a la comisión de un acto del servicio, este debería ser resuelto a favor de la justicia ordinaria.

Frente a esta jurisprudencia, es inflexible el modo en que se concibe el Fuero Penal Militar, al señalar que este no puede convertirse en un medio para privilegiar a los miembros de la fuerza pública frente a la comisión de conductas punibles, adquiriendo la misma interpretación una ideológico en contra del accionar militar o policial. Sin embargo, se concluye que las conductas delictivas que rompan el nexo con relación al servicio, por ser contrarias con su función militar, así como la que pretendan desde un principio la voluntad de realizar un delito simulándose dentro de la actividad del servicio o de las que tajantemente rompen con dicho nexo, verbigracia los delitos de lesa humanidad, son de conocimiento de la justicia ordinaria.

No obstante, la hermenéutica empleada por la Corte para la resolución de su providencia, deja entrever que el actuar de los miembros de la fuerza pública tiene un cariz donde siempre actúan en contravía de su deber funcional constitucional. Lo anterior se sustenta en el hecho en el cual se adopte la postura que el Fuero Militar solo funge para encubrir a sus aforados frente a la realización de conductas típicas por fuera del entorno militar o policial, y por lo tanto se limita estrictamente a lo dispuesto en la Constitución Política de 1991.

En ese orden de ideas, con esta jurisprudencia se comienza a soslayar la legalidad de todas las operaciones militares y policiales, al poner de presente que los casos en donde haya “duda” referente a que la conducta punible del miembro de la fuerza pública desplegada en desarrollo de la operación en sí misma, o en los eventos en que no concuerde el planeamiento, la ejecución y el resultado de la operación con la misión constitucional, serán de conocimiento de la justicia ordinaria; dándosele la potestad al Consejo Superior de la Judicatura para dirimir dicha situación frente a pruebas recaudadas, que en la mayoría de los casos han sido politizadas y obedecen a conveniencias económicas de activistas de Derechos Humanos.

Ahora bien, el camino adoptado después del año dos mil por parte del Consejo Superior de la Judicatura, es el apego, que raya con lo racional frente a la doctrina constitucional adoptada y que en sus decisiones en un alto porcentaje siempre ha señalado tener DUDAS frente a operaciones militares, resolviendo conflictos de competencia a favor de la justicia ordinaria. Lo que deja entrever la parcialidad en sus decisiones y el desconocimiento en temas militares relacionados con las operaciones, lo cual es preocupante para todos los miembros de la fuerza pública, que han sido sujetos de investigaciones penales.

Si bien, la jurisprudencia ha llenado grandes vacíos que tiene la norma constitucional acerca del Fuero Militar, la misma aún se encuentra en construcción como quiera que el operador jurídico que dirime un conflicto de competencia entre la Jurisdicción Penal Militar y la justicia ordinaria, desconoce del contexto militar sobre la evolución del conflicto colombiano y el estado de guerra permanente con grupos guerrilleros o al margen de la Ley que con el correr del tiempo han adoptado el terrorismo como forma de lucha y al narcotráfico como su motor económico.

Así, que los vacíos a que se refiere, es la de los operadores jurídicos que confunden conceptos de DD.HH con DIH, y dentro de ese contexto, ha dejado en un limbo los destinos de los miembros de la fuerza pública que no han podido determinar si sus conductas son ajustadas a derecho o no, quitándoles armas jurídicas a favor de los ONG que han visto en dichos vacíos una gran oportunidad para lucrarse del dolor y la ignorancia de los demás.

3. INSEGURIDAD JURÍDICA FRENTE AL JUZGAMIENTO DE MIEMBROS ACTIVOS DE LA FUERZA PÚBLICA

Es un hecho que en la actualidad las Altas Cortes han fijado un derrotero frente a la aplicación del Fuero Penal Militar en Colombia, al carecer de un marco jurídico estable. Como se pudo constatar anteriormente, existe dentro de la jurisprudencia nacional de los últimos veinte años una desconfianza latente hacia el Fuero Penal Militar, ocasionado principalmente por yerros de interpretación frente a conceptos de DD.HH y DIH en el contexto del conflicto armado interno, con una supuesta falta de imparcialidad y autonomía en las decisiones de las Cortes Marciales y los Tribunales Militares traducidas en impunidad, con la ignorancia de los juristas frente al desarrollo operativo-táctico militar dentro del entorno que rodea el conflicto colombiano.

De igual forma, con los prejuicios de algunas organizaciones no gubernamentales y organismos de derecho internacional frente a la labor represiva del Estado colombiano encabezado por las Fuerzas Militares, como violador de DD.HH y DIH frente a acciones mediáticas acaecidas en la última década (ejecuciones extrajudiciales de los jóvenes de Soacha), y por último, la falta de implementación de una verdadera política criminal militar.

Efectivamente, esta desconfianza, data de los tiempos del gobierno del presidente Turbay Ayala y del Estatuto de Seguridad (Decreto 1923 de 1978), donde concedió a la Justicia Penal Militar juzgar a civiles por delitos políticos mediante Consejos Verbales de Guerra, norma que despertó duros cuestionamientos entre los académicos, intelectuales, sectores de oposición y organizaciones internacionales. Durante la época que rigió dicho Estatuto (21 de septiembre de 1978 al 9 de junio de 1982) fueron denunciados abusos por parte de militares frente a violaciones de derechos humanos. Como lo diría después Luis Carlos Galán “El Estatuto de Seguridad es simplemente una respuesta represiva a la miseria” (El Espectador, 2008), que si bien es cierto pretendió enmendar la situación de orden público que vivía el país a finales de los años setenta y comienzos de los ochentas del siglo pasado, tendría un efecto perturbador y prejuicioso frente a la Justicia Penal Militar, poniendo en entredicho la imparcialidad y autonomía de ésta.

De hecho, esto ha creado un ambiente de suspicacia en el Fuero Penal Militar, donde los propios juristas la catalogan como un “beneficio” a los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia

para cometer delitos resguardados en su función constitucional fijada en los artículos 216 y 217 de la Constitución Política de 1991. Así, la tesis de la Corte Constitucional sostiene que, la jurisdicción corresponde a la justicia ordinaria en los siguientes casos: a) cuando no exista nexo entre la conducta punible y el servicio, b) que a pesar de existir uno, éste se rompa por la propia voluntad del militar o policía de querer y actuar de forma delictuosa dentro del desarrollo de la operación militar, c) cuando exista duda entre el mencionado nexo; estos deberán ser investigados, d) cuando se infrinjan preceptos y principios del Derecho Internacional Humanitario y e) frente a delitos de lesa humanidad (tortura, homicidio, desaparición forzada, entre otros).

Dicha situación, ha creado una inseguridad jurídica en torno al rol que deben cumplir los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, dentro de sus propias funciones, en el sentido de tener la suficiente certeza que al desempeñar sus funciones constitucionales lo hagan cumpliendo con los más altos estándares jurídicos en los momentos en que se desarrollen operaciones militares, que se traducen en combates con el enemigo, a consecuencia de los cuales se ocasionan bajas de personas que se encuentran al margen de la Ley, donde los jueces y magistrados pueden interpretar erróneamente reglas y principios de DD.HH y de DIH, como del derecho operacional.

Lo anterior, tiene eco con las declaraciones dadas por el señor Mayor General Sergio Mantilla Sanmiguel, durante su comandancia del Ejército Nacional, en entrevista con Yamid Amat para el periódico “El Tiempo”, en el que precisa el alto mando militar que:

El origen es muy sencillo y es una gran preocupación que tienen las Fuerzas Militares, es el marco jurídico con el que [se actúa]. El país debe entender que nosotros somos parte de la estructura del Estado y que estamos conduciendo unas operaciones militares en el marco de un conflicto interno. Ese conflicto debe tener normas claras de juego; es decir, tiene que estar bajo el marco del Derecho Internacional Humanitario. Así lo estamos haciendo en todas las fuerzas. Lo que esperamos son normas claras que nos garanticen que por cumplir con nuestro deber, nuestros hombres no vayan a salir "empapelados", y plantea una solución: “que nos equipen de las herramientas que nos permitan cumplir con nuestro trabajo, dándonos la certeza de que cuando hacemos las cosas bien se nos avala que las hicimos bien, que cumplimos con los protocolos, que cumplimos con las leyes. Y que cuando las hicimos mal, pues nos debe caer el peso de la justicia. Frente al fuero indica: “no lo entendemos como privilegio, sino como una garantía. Garantías que los procedimientos para defender mi país

están perfectamente avalados y entendidos por quienes van a ser nuestros jueces” y agrega “a quien roba un banco usted no puede atacarlo con un avión. No hay proporcionalidad ni lógica. Entendemos que no podemos cometer excesos, que tenemos que verificar y garantizar que estamos cumpliendo con las normas de derecho. El problema existe cuando de parte de quienes nos juzgan, no entienden bombardeos, confrontación armada, emboscadas, golpe de mano, son técnicas militares (...)”, puntualizando en un tema específico “nosotros (militares) estamos haciendo las cosas ajustados al Derecho Internacional Humanitario y los señores jueces, al hacer el examen, nos dicen que eso no debió haberse hecho con normas del Derecho Internacional Humanitario, sino de Derechos Humanos. Nuestra respetuosa solicitud es que esa dicotomía se nos esclarezca (...). Queremos no ser víctimas de una inadecuada interpretación de los Derechos Humanos, cuando precisamente, estamos combatiendo a quienes los violan todos los días, sembrando minas, matando niños, asesinando a nuestros soldados y policías y secuestrando nuestra gente. Eso es lo que queremos que los jueces entiendan (ELTIEMPO.COM, 2011)

Así, que la inseguridad jurídica que ronda a los militares y policías frente al marco legal con el cual deben operar, ha generado una coyuntura con el derecho militar colombiano, cuando se está frente a actos del servicio (operaciones militares). Entonces frente a ello, surge los siguientes interrogantes **¿En qué casos opera el Derecho Internacional Humanitario? ¿En cuales se estaría atentando contra los Derechos Humanos?**

En torno a esta situación, se presenta un estudio de caso, que muestra claramente la falta de seguridad jurídica que tienen los militares investigados en el ejercicio de la defensa técnica y material, por cuanto sin que medie pruebas que así lo determinen, los operadores jurídicos varían la calificación de la conducta en la actuación procesal pasando por escenarios de imputaciones producto de operaciones militares que van desde homicidio simple, agravado y de persona protegida por el DIH.

3.1 EXPOSICION DEL CASO

La dicotomía suscitada en los últimos tiempos en torno al conflicto armado interno colombiano frente a la aplicación de los DD.HH y/o DIH, ha conllevado a que existan casos, en los cuales los operadores jurídicos no hacen una adecuada tipificación frente a situaciones donde se presentan casos de combate o enfrentamiento entre las Fuerzas Militares y grupos al margen de la ley.

De hecho, se trae a colación un caso real, donde se hará un análisis de las piezas procesales, estableciéndose dos momentos para el abordaje de los casos individualmente tratados, los cuales permitirán dar claridad al tratamiento fáctico, sustantivo, procesal y probatorio que desde la administración de justicia (sea esta penal militar u ordinaria) se ha dado a cada caso, con la intención de determinar si se han reivindicado los presupuestos jurídicos o simplemente los fallos proferidos, están matizados por algún tipo de influencia política o subjetividad del fallador.

3.1.1 Hechos de referencia

Con el fin de proteger la integridad de los sujetos procesales involucrados en este caso y la reserva legal del mismo, toda vez que se encuentra en curso la investigación, se omitirán los lugares y nombres de las personas y se alteraran las fechas de la ocurrencia de los hechos.

Los hechos están relacionados con la muerte del señor X, quien falleció el 5 de enero de 2005, entre 4:30 a.m. y 5:00 a.m., en la vereda H, Municipio J, por un personal adscrito a grupo Gaula del Ejército Nacional, al mando del suboficial A y compuesta por señores soldados profesionales B, C, D y E, mientras se desarrollaba una orden fragmentaria, en razón a la información de inteligencia militar recibida, en el sentido que en el referido sector, al parecer, se encontraban algunos integrantes del Frente 45 del grupo FARC, quienes se dedicaban a “boletear” y/o extorsionar comerciantes del lugar. Al occiso se le encontró en su poder un arma de corto alcance (pistola) y una granada de mano en el interior de uno de los bolsillos.

Posteriormente los familiares del occiso y por ciudadanos del sector denunciaron que el señor X no era un guerrillero, sino un campesino de ese sector, quien presuntamente fue visto por última vez el día 03 de enero de 2005, siendo aproximadamente las 4:00 p.m., mientras se encontraba dentro de la residencia de unos conocidos ubicada en un barrio del municipio J, fue abordado al parecer por dos sujetos, quienes le susurraron algo al oído y posteriormente salió por su propia voluntad manifestando: “(...) el que nada debe, nada teme (...)”

3.1.2 Antecedentes procesales

El proceso se inició con la apertura de indagación preliminar el día 06 de enero de 2005 por la Fiscalía Seccional del municipio J, que posteriormente mediante auto remitió por competencia a la Justicia Penal Militar el averiguatorio, al considerar que el señor X murió en desarrollo del combate con el Ejército. El expediente fue avocado por un Juzgado de Instrucción Penal Militar, mediante auto, quien continuó con el trámite de la indagación preliminar, ordenándose posteriormente investigación formal por el delito de HOMICIDIO SIMPLE del señor X en contra de los señores A, B, C, D, E siendo vinculados a su vez mediante indagatoria.

Por otro lado, la justicia ordinaria a través de la Fiscalía General de la Nación, con base en las resoluciones sustantivas, asigna la investigación de los hechos en cuestión a una Fiscalía L Especializada Delegada ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, quien a su vez, propone conflicto de competencia positiva, la cual fue trabada por el correspondiente Juzgado de Brigada y resuelta por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dirimiendo a favor de la justicia ordinaria, al existir DUDA en relación con los hechos materia de investigación.

La Fiscalía L Especializada y Delegada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, asume la investigación y sin que practicara ninguna prueba ni escuchar en ampliación de indagatoria a los militares comprometidos, profiere resolución interlocutoria mediante la cual resuelve imponer medida de aseguramiento en contra de A, B, C, D y E, consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por la presunta comisión en calidad de coautores de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO, la cual se hizo efectiva para los sindicados.

La providencia se sustentó con base en lo encontrado en el informe de inspección a cadáver y el protocolo de necropsia del occiso X, donde establecía un desprendimiento de la mandíbula y la pérdida de una falange de la mano derecha, lo que supondría para el ente investigador una presunta ejecución extrajudicial, aunado con las supuestas contradicciones reflejadas en cada una de declaraciones.

La anterior providencia fue apelada dentro de los términos, siendo confirmada la medida de aseguramiento por la Fiscalía M Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, resolviendo no reponer la providencia; más sin embargo da la posibilidad de interponer una solicitud de nulidad, al no haberlos escuchado en indagatoria previamente.

La defensa de los militares interpuso la nulidad de la actuación a partir del momento en que la Fiscalía L Especializada Delegada ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario avocó su conocimiento. Ésta fue denegada por la mencionada Fiscalía, pese a que la Procuradora N en los Penal, apoyó los argumentos de la Defensa.

Durante ese lapso procesal el Fiscal L, con el fin de subsanar su error y observando a futuro el vencimiento de términos ordena escuchar en ampliación de indagatoria a los señores A, B, C, D Y E, diligencia en la cual, fue nuevamente variada la calificación provisional de la conducta de HOMICIDIO AGRAVADO a HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA; así mismo, les imputó SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO.

Por otro lado, durante la instrucción del proceso se celebró diligencia de inspección judicial al lugar donde se suscitó el deceso de X, en compañía de peritos (topógrafo, fotógrafo, balístico), los sindicatos y el abogado defensor. La diligencia judicial se celebró sobre las coordenadas suministradas en el informe de desarrollo de la misión táctica a las 4:40 a.m., hora que inició presuntamente el combate, donde se dejó constancia por el propio fiscal que el sitio era muy oscuro, pues no había alumbrado público, lo cual impedía la visibilidad y que en los alrededores no se observa vivienda, dificultando que los sindicatos pudieran ubicar sus posiciones, además por cuanto el terreno del combate había cambiado drásticamente, pues según lo relatado por mis representados para el día de los hechos había más vegetación, y ahora había una nueva cerca que atravesaba el terreno donde ocurrieron los hechos, además de tala de árboles, entornos tales que dificultaron que los sindicatos recordaran sus posiciones, condiciones que permiten deducir que los sindicatos podían equivocarse respecto a la descripción de sus posiciones y distancia por ende caer en contradicciones.

Igualmente, se practicó la exhumación del cadáver de X en el cementerio donde reposaba el cuerpo, el cual contó con la presencia del mencionado señor Fiscal, el abogado de la defensa, tres peritos (un antropólogo, una topógrafa y un fotógrafo) y miembros del CTI, encontrándose en el dictamen final que las heridas encontradas correspondían a laceraciones producidas por proyectiles de arma de fuego y no a torturas como supuso inicialmente la Fiscalía en la medida de aseguramiento.

La Fiscalía M Delegada Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial confirma la resolución que niega la nulidad planteada. El señor suboficial A es nuevamente escuchado en ampliación de indagatoria; así mismo fueron llamados en ampliación de indagatoria cada uno de los soldados procesados. Luego de terminar con la última diligencia de ampliación de indagatoria, el señor Fiscal L especializado, ese mismo día profiere resolución de cierre de investigación, sin siquiera esperar a que los dictámenes correspondientes al examen del cadáver del señor X fueran allegados al proceso, como tampoco evacuó en su totalidad las pruebas decretadas por el ente instructor, así como las solicitadas por la defensa y decretadas por el señor Fiscal en su momento.

Por último, luego de surtirse los alegatos precalificatorios, esbozando cada una de estas irregularidades en el proceso, el señor Fiscal L califica el mérito de la investigación con resolución de acusación en contra de A, B, C, D y E por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA y desestimó el SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO.

3.1.3 Análisis del caso

3.1.3.1 Homicidio simple, homicidio agravado y homicidio en persona protegida

La vida como derecho fundamental ampliamente reconocido y protegido por la Constitución Política de 1991, bloque de constitucionalidad conformado por tratados y convenciones sobre derechos humanos ratificados por el Congreso y la legislación nacional vigente, permite que el legislador, dentro de la ley 599 de 2000 al enmarcar conductas como típicas lesivas a este bien jurídico, las enmarcó dentro de su título I del libro segundo entre las que se encuentran dentro del

mismo el capítulo II: homicidio, descrito en todas sus gamas (simple, agravado, culposo, preterintencional), el cual es aplicable a todas las conductas acaecidas dentro de un entorno social ordinario.

Sin embargo, el actual Código Penal también protege el derecho fundamental a la vida como bien protegido por el DIH, es decir, dentro de un marco comprendido en un conflicto armado, ya sea externo o interno, es así como el artículo 135 establece el homicidio en persona protegida.

Por su parte, la doctrina coincide en afirmar que, etimológicamente, el vocablo homicidio deviene del latín *homicidium*, esto es, *homo* (hombre) y *cidium* derivado de *caedere* (matar), de donde se puede obtener claramente la idea de que el homicidio se debe entender como matar a un hombre. En este contexto, se debe precisar los alcances de los diferentes tipos penales de homicidio que le fueron endilgados a los sindicados A, B, C, D y E durante el desarrollo del proceso. En primer lugar, se tiene que en un comienzo, la justicia ordinaria a través de la Fiscalía Seccional del municipio de J inició la investigación previa como homicidio simple y luego fue remitida y continuada por la Justicia Penal Militar, quien inició la investigación formal en contra de A, B, C, D y E por ese delito. Es menester precisar, que el homicidio simple es aquel que está contemplado en el artículo 103 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), cuya pena fue aumentada por la ley 890 de 2004 y que en su tenor literal reza: “El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses”.

Tal es así, que como tipo objetivo, el homicidio es un tipo penal monofensivo, de lesión, instantáneo, de resultado objetivo; cuyo sujeto activo es monosubjetivo indeterminado singular; y se desprende que el sujeto pasivo es también monosubjetivo, puede ser cualquier individuo de la especie humana vivo cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición, entendido en los términos del artículo 74 del Código Civil.

Como objeto jurídico se establece que es la vida, la cual es protegida desde el nacimiento del individuo; el objeto material es de naturaleza personal en la medida en que recae sobre una persona que en ella se concreta el bien jurídicamente protegido. Contiene el verbo rector simple de matar el cual carece de cualquier otra circunstancia u otro ingrediente normativo. Como tipo

subjetivo, el homicidio puede ser un delito cometido por dolo directo, dolo eventual acción o por omisión impropia.

Sobre el caso objeto de análisis, se tuvo que la muerte de X fue a consecuencia de un enfrentamiento armado o combate por parte de las Fuerzas Militares, con ocasión a la ejecución de una misión fragmentaria de operaciones.

Luego, la justicia ordinaria en cabeza de la Fiscalía L especializada delegada ante la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, una vez concedida la competencia por el Consejo Superior de la Judicatura, sin haberle ampliado la indagatoria, les impone medida de aseguramiento por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO a los señores A, B, C, D y E en calidad de coautores materiales, cuyo agravante fue la causal contenida en el numeral 7 del artículo 104 de la ley 599 de 2000: “CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION. La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere: (...) 7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”. Sin que para ello, la providencia diera suficientes argumentos de orden fáctico, jurídico y probatorio, que les permitiera a los investigados ejercer un verdadero derecho de defensa.

El artículo 104 del Código Penal, consagra circunstancias específicas de agravación para el homicidio, que detectan una mayor capacidad ofensiva del autor y menor sensibilidad frente al bien jurídico de la vida. Estos agravantes específicos ligados al homicidio recogen circunstancias modales, motivacionales o relativas que recaen a un sujeto pasivo determinado, en el cual el legislador quiere brindar una mayor protección y respeto, aumentando la pena entre 400 a 600 meses, conforme a la reforma de la ley 890 de 2004. Pues inicialmente la ley 599 de 2000 contemplaba la punibilidad entre 25 a 40 años. Actualmente la legislación consagra once agravantes para el homicidio.

Para caso en cuestión, la causal de agravación contenida en el numeral 7: “Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”, es con el fin de comprender mejor el espectro punitivo manejado en el proceso objeto de estudio. Así, que

esta causal tiene dos variantes: una en que el autor asume el rol de ubicar a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, y la otra, en que la víctima se encuentra en esta situación por razones ajenas al autor, pero que este se aprovecha.

En tal sentido, para la Sala de Casación Penal, la Corte Suprema de Justicia, los conceptos de indefensión e inferioridad son:

En primer lugar no se puede dejar pasar por la Corte, sin más, la forma ligera y equívoca como el *ad quem* confunde y asimila los conceptos indefensión e inferioridad, al punto que los tiene como si fueran una misma cosa o sinónimos. Si bien la agravante hace referencia a que el homicidio se entiende agravado cuando se coloca «a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación», ha de precisarse que la indefensión se presenta cuando «el destinatario de la acción se encuentra ya en situación personal desventajosa -enfermo, dormido, minusválido, drogado- inferioridad ésta que aprovecha para consumir sin riesgo y con mayor seguridad el homicidio», y la inferioridad se refiere a aquellos supuestos en los que «el agente despliega comportamiento insidioso, acechante, alevoso, utiliza el mecanismo avieso y solapado del veneno o emplea cualquier otro artificio que coloque al sujeto pasivo en condiciones desventajosas para intentar con fortuna reacción tempestiva a la letal agresión» (...). No es necesario que el agente coloque al sujeto pasivo de la conducta punible en esa situación mediante actos previos para predicar su existencia, sino que el ofendido carezca de los medios o elementos que le sirvan para repeler el ataque, o que aquél se aproveche de esa circunstancia, estando así el victimario en condiciones de superioridad en relación con el atacado. En síntesis, las circunstancias de indefensión o inferioridad, pueden ser propiciadas por el victimario o aprovechadas por él (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2007)

De lo anterior se podría inferir sobre la existencia de dos puntos de vista de indefensión, con relación al sujeto pasivo o víctima y con relación al sujeto activo u agente. En la primera, se puede dar por el descuido, la tranquilidad o indiferencia de la víctima, es decir, al relajamiento de la atención y desatención de la actitud defensiva del sujeto (indefensión subjetiva); o también cuando la víctima no cuente con medios o mecanismos para desplegar su defensa (indefensión objetiva). En la segunda, el agente procura acciones positivas tendientes a provocar o procurar el estado de indefensión o inferioridad; o se da con ocasión al simple aprovechamiento del estado que el agente encuentra al sujeto pasivo.

Ahora bien, la inferioridad se puede postular que el defensor, aun teniendo las herramientas para defenderse, o cuenta con algún medio de defensa, en relación con el agresor, resulta ésta

abiertamente desproporcionada frente a la capacidad ofensiva del agresor, limitando su protección. Para el caso en concreto, en su momento el señor Fiscal consideró que la agravación punitiva se deriva en que se aprovecharon de X en estado de INDEFENSIÓN, toda vez que no tenía medios de defensa, desamparado con relación a sus agresores, en donde carecía de cualquier posibilidad de defensa o reacción, frente al considerable número de militares fuertemente armados con fusiles, ametralladoras y pistola, “que previamente habían concebido cegarle la vida, y frente a él deciden despiadadamente dispararle, con circunstancia de mayor punibilidad ya tratada con antelación”.

En dicho contexto, el Fiscal decide ampliar la indagatoria de los sindicados, con el fin de subsanar su yerro al proferir la medida de aseguramiento sin siquiera previamente vincularlos por la conducta punible que el instructor traía en mente a través de una ampliación de indagatoria, sin embargo vuelve a variar el delito de homicidio a los militares A, B, C, D y E, atribuyéndoles la comisión del tipo penal de homicidio en persona protegida y adicionándole otro, secuestro simple agravado. En ese orden de ideas, el homicidio en persona protegida es:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses (CÓDIGO PENAL, art. 135).

PARAGRAFO. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al Derecho Internacional Humanitario: 1) Los integrantes de la población civil. 2) Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3) Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate. 4) El personal sanitario o religioso. 5) Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 6) Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. 7) Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados. 8) Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse (CÓDIGO PENAL, art. 135).

Por lo anterior, se puede decir que los elementos de este tipo penal consta de: a) sujeto activo: monosubjetivo calificado. Actor armado del conflicto de cualquier grupo; y b) sujeto pasivo: monosubjetivo cualificado, en cuanto tenga la calidad otorgada por el artículo 135 del Código Penal, es decir sea una persona protegida por el DIH (población civil, las personas civiles, los

heridos, enfermos y náufragos fuera de combate, el personal sanitario o religioso, los periodistas, los combatientes que hayan depuesto las armas, los apátridas, los refugiados y cualquier otra persona que el DIH le dé la condición de persona protegida).

¿Cuáles son esas personas protegidas? El artículo 13 del Protocolo I de Ginebra establece como personas protegidas los heridos y enfermos, dentro de los cuales están los miembros de las Fuerzas Armadas de las partes en conflicto, los miembros de las milicias y voluntarios de esas fuerzas, los miembros de las otras milicias y los miembros de los otros cuerpos de voluntarios que tengan como condiciones estar mandados por una persona que responda de sus subordinados, tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia, llevar las armas a la vista y dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

También son personas protegidas los miembros de las Fuerzas Armadas que reciban órdenes de un gobierno no reconocido por una potencia, las personas que sigan a las Fuerzas Armadas pero no participen de ellas, los miembros de las tripulaciones y la población no ocupada que decida tomar las armas en contra de alguna fuerza invasora. Así mismo, los miembros de organismos de auxilio como la Cruz Roja, Media Luna Roja, Defensa Civil, Bomberos, miembros de ONG's, personal diplomático, testigos protegidos por el Estado, asilados políticos, miembros de un grupo étnico, religioso, político y/o cultural, funcionarios públicos, miembros de las misiones médicas, entre otros.

Ahora, en cuanto a homicidio en persona protegida, conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, es un delito monoofensivo, que admite tentativa, complicidad, determinación y coautoría. Sus causas de justificación inadmisibles son el cumplimiento de una orden legítima, el ejercicio de un cargo público y el consentimiento del sujeto pasivo. Las causales de justificación admisibles son la legítima defensa y el estado de necesidad. Por su parte, “la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado Colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-225, 1995)

Así mismo, es importante aclarar otros conceptos que vienen al caso, como la definición de conflicto armado tomado de la jurisprudencia internacional, indica que es: “el recurso a la fuerza armada entre Estados, o la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos, dentro de un Estado” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-291, 2007)

Para el DIH, hay dos tipos de conflictos armados: los internacionales y los no internacionales. Al respecto se toma el no internacional, el que vive Colombia. “los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado [Parte en los Convenios de Ginebra]. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima” (CICR)

Cabe destacar, que los principios generales del DIH representan el mínimo de humanidad aplicable en todo tiempo, lugar y circunstancia y sirven, fundamentalmente, para interpretar las normas aplicables en los conflictos armados, entre los cuales están:

El principio de humanidad: es donde el individuo tiene derecho al respeto por la vida, la integridad física y moral. Se debe tratar con humanidad a todas aquellas personas que no participen en las hostilidades (incluso miembros de las Fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa).

Principio de igualdad entre los beligerantes: la aplicación del DIH no afecta al estatuto de las partes en conflicto, ya que el *ius in bello* es independiente del *ius ad bellum*, de forma que una vez iniciado un conflicto armado se aplica de forma indiscriminada a todas las partes enfrentadas.

Principio de necesidad militar: establece un delicado equilibrio entre las necesidades de la guerra y los condicionamientos humanitarios, de forma que no se deben causar al adversario

males desproporcionados en relación con el objetivo del conflicto armado, que es vencer al enemigo.

Principio del derecho de ginebra: las personas fuera de combate y las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades deben ser respetadas, protegidas y tratadas con humanidad.

Principio de inmunidad: las personas y la población civil gozarán de la protección general contra los peligros que procedan de las acciones militares. No serán objeto de ataques la población civil como tal ni las personas civiles que no participen en las hostilidades. Se prohíben las represalias contra personas y bienes protegidos por el DIH.

Principio de prioridad humanitaria: en los supuestos de duda se debe conceder prioridad a los intereses de las víctimas sobre otras necesidades derivadas del desarrollo del conflicto armado.

Principio de no discriminación: se prohíbe toda distinción desfavorable en la aplicación del DIH por razones de raza, color, sexo, lenguaje, religión o creencias, opiniones políticas o de otro género, nacionalidad u origen social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos.

El principio del derecho humanitario: es aquel donde las personas puestas fuera del combate y las que no participan directamente de las hostilidades, serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad.

El principio de distinción: son las acciones militares donde las partes en conflicto tienen que distinguir entre la población civil y el enemigo. Los ataques deben ser dirigidos únicamente contra los combatientes y no contra la población civil.

El principio del derecho de la guerra: es aquel donde el combatiente no tiene un derecho limitado a elegir los medios y los métodos de la guerra.

El principio de la proporcionalidad: es aquel donde el combatiente debe adecuar los medios a su disposición, ante el objetivo que se le presente o vaya a neutralizar. Se prohíben las armas y los métodos que causen a las personas civiles y a sus bienes daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista.

El principio de limitación: es aquel donde los ataques deben limitarse estrictamente a objetivos militares. No es ilimitado el derecho de las partes en conflicto a elegir los medios y modos de combatir contra la parte adversa. De manera que existen medios (armas) lícitos e ilícitos y formas de emplearlos (modos) permitidos o contrarios al DIH.

Para el caso en concreto, la Fiscalía L dictó resolución de acusación en contra de A, B, C, D, y E, endilgándoles el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA como coautores materiales, pero precluyó la investigación frente al tipo penal de secuestro simple agravado, al concluir que no existían pruebas que permitieran señalar que los acusados habían sido quienes sacaron al señor X dos días antes de su muerte.

Por otro lado, si bien es cierto el instructor no pudo establecer un nexo causal entre el supuesto secuestro con la muerte de X, hace una serie de conjeturas, con base en las irregularidades presentadas al momento de la planeación de la operación militar (orden de fragmentaria de operaciones y el anexo de inteligencia). Asevera, que los sindicatos tenían conocimiento al momento de cegar la vida de X que el occiso no era integrante de un grupo guerrillero. Adecuando su conducta con el tipo penal señalado en el artículo 135 de la ley 599 de 2000; lo anterior, según el Fiscal L, con miras de engrandecer la institución militar y mitigar la voluntad de combate del enemigo.

En efecto, ese dictamen denota el poco conocimiento que los señores Fiscales tienen por del Derecho Operacional, pues dentro de sus razonamientos, desconoce que ni el suboficial ni los soldados tienen facultades operacionales de planeamiento, pues estas emanan del Comando de la Unidad Táctica, como tampoco estaban en sus funciones el participar en operaciones de inteligencia, como quiera que esas son facultades propias del oficial o suboficial encargado de la oficina de inteligencia de las unidades tácticas (Batallones) y unidades operativas menores

(Brigadas). En sentido, tampoco hay nexo causal que indique que los señores A, B, C, D y E tuvieran conocimiento sobre los hechos realizados por la persona muerta en combate, pues la orden fragmentaria de operaciones era de registro y control, es decir, que debían asegurar el área sin límite de tiempo, con el fin de inspeccionar y vigilar el terreno.

3.1.4 Conclusión de caso

Frente al caso anteriormente expuesto, se puede notar un gran vacío frente a lo que se refiere al Fuero Penal Militar, toda vez que se denota a lo largo de toda la actuación adelantada por la Fiscalía L de Derechos Humanos y DIH, la palpable **violación al derecho de defensa y al debido proceso**, así como la inseguridad jurídica frente a la función militar que desempeñan cada uno de los sindicatos. Pues fueron escuchados en indagatoria por parte de la Justicia Penal Militar, imputándoles el delito de HOMICIDIO SIMPLE. Luego al cambiar de jurisdicción, la Fiscalía les resuelve situación jurídica por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO, sin que mediara ninguna comunicación, ni fuese éste el delito imputado en la indagatoria y lo que es peor, sin que mediara la práctica de alguna actuación; y luego, fueron citados para una ampliación de indagatoria, con la sorpresa para los investigados que la Fiscalía varió nuevamente la calificación DE HOMICIDIO AGRAVADO A HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA EN CONCURSO CON EL DELITO DE SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO, para acabar con una resolución que mantiene el primer tipo penal, y precluyó el segundo, siempre variando sus argumentos frente a la conveniencia de mantener a los mencionados militares privados de su libertad.

Aunado a ello, se puede manifestar la poca imparcialidad que tiene la Fiscalía frente a los militares y policías, como quiera que en el caso planteado, donde solo se practicaron unas cuantas pruebas, quizás tres testimoniales y unas misiones de trabajo, sin que ninguno de ellos tenga la contundencia o evidencia, que se encontraban ante la configuración de tales delitos. Situación que fue puesta de presente ante el juzgado de conocimiento, pues hasta ese momento no solo desconocían cuales fueron las razones para la variación de homicidio simple a homicidio agravado, sino lo que era peor aún, el desconocimiento de las razones para la variación nuevamente a homicidio en persona protegida.

Así, que con el fin de proceder al estudio de caso, se trazará una construcción previa del caso con los datos suministrados en el expediente, buscando decantar una verdad procesal, con los mismos elementos aportados tanto en la etapa de indagatoria como de instrucción, que demostrará las distintas posturas disidentes del ente investigador y titular de la acción penal; para ello se establecerán instrumentos con las siguientes características:

3.1.5 Preguntas generadoras del relato para el análisis

- ¿El hecho ocurrió en servicio o fuera de él? Dentro del servicio, durante desarrollo de la misión fragmentaria FUGAZ.
- ¿En qué fecha ocurrió el hecho? El 04 de diciembre de 2006.
- ¿En dónde sucedió? En una vereda del municipio de Puerto Asís, departamento del Putumayo.
- ¿Quién es el presunto perpetrador o perpetradores? Miembros de la fuerza pública.
- ¿Cómo ocurrió? Existen dos versiones. La de los militares y la de los familiares del occiso.

Versión Ejército: el Grupo Especial del Ejército, integrado por un suboficial y cuatro soldados profesionales durante desarrollo de la misión fragmentaria, en cumplimiento de un registro de control militar de área, con base a informaciones de inteligencia sobre bandas de delincuencia organizada al servicio de las ONT-FARC, que estaban realizando extorciones a comerciantes del municipio de Puerto Asís, sostienen un combate de encuentro, produciéndose un intercambio de disparos, a consecuencia del cual se produjo un terrorista dado de baja en combate, a quien se le encontró una pistola Browning CAL. 7,65 mm serial 390128 de fabricación Bélgica, un proveedor, 01 granada de mano M-26, 04 cartuchos Cal. 7,65mm y una vainilla del mismo calibre.

Versión de los familiares del occiso:

- ¿Quién o quiénes son las presuntas víctimas? Un occiso, quien en vida responde al nombre de XX.

- ¿Hubo detención en flagrancia o luego de pesquisas? Luego de las pesquisas.
- ¿Hubo detención? Sí.
- ¿Qué autoridad la ordeno? La Fiscalía General de la Nación – Fiscalía Especializada de la Unidad Nacional de DD.HH y DIH.
- ¿Qué autoridad avoco el conocimiento del caso? La Fiscalía General de la Nación, remitidas posteriormente a la Justicia Penal Militar y decidida la competencia por el Consejo Superior de la Judicatura en cabeza de la Fiscalía General de la Nación - Fiscalías Especializadas de la Unidad de DD.HH y DIH.
- ¿Se respetaron los derechos individuales (jurisdicción ordinaria) del detenido o el Fuero Penal Militar? No.

Así, la caracterización de cada caso recaerá en las categorías anteriormente establecidas, que permitirán la reconstrucción fáctica inicial del suceso generador de la acción penal, así como la descripción de las primeras actuaciones de la autoridad que asume la investigación y los procedimientos iniciales de instrucción de la siguiente manera:

Pregunta generadora: permite delimitar el ámbito de racionalización del caso propuesto, con ellas se pretende esquematizar en lo posible la descripción fáctica del caso, que en el grueso de los expedientes judiciales adolece de puntualización generando ambigüedades y deformaciones procesales. En esta categoría se permite extraer de cada caso los elementos básicos de los sucesos base para analizarlos de manera posterior.

Relato: aun cuando es importante determinar ciertos derroteros puntuales para el análisis de caso, también lo es que en su tratamiento minucioso se pueden establecer elementos determinantes para la aplicación del derecho, esta categoría por tanto permite explorar los contenidos fácticos que por su entidad no parecerían ser relevantes pero que analizados en forma sistemática podrían arrojar otro tipo de razonamientos jurídicos y judiciales.

Análisis: con los elementos recogidos de las anteriores categorías se establecerá de manera sucinta un análisis de lo acaecido y se contrastará con la verdad procesal probada en el proceso

para encontrar similitudes, vacíos o complementariedades aportadas por los investigadores, las partes o el fallador.

Seguidamente, se propone el presente instrumento que permite identificar cuál es el régimen legal utilizado para el caso concreto, analizando además de ello la adecuación típica utilizada, el mecanismo empleado para la obtención de resultados en cuanto a la investigación y por último las razones por las cuales la autoridad asume competencia en el caso excluyendo a otras posibilidades (jurisdicción penal ordinaria vs jurisdicción penal militar).

Además, se propone el siguiente instrumento para identificar cómo fue el funcionamiento procesal en el establecimiento de la responsabilidad penal; si las fases prescritas desde el punto de vista procedimental fueron cabalmente alcanzadas y si en su desarrollo se permite establecer los derechos del sujeto destinatario de la acción punitiva del Estado.

- Procedimiento Jurisdicción Ordinaria.
- Procedimiento Jurisdicción Penal Militar.
- Decisión (absolutoria-condenatoria). EN JUICIO.
- ¿Las fases procesales fueron agotadas a cabalidad? NO.
- ¿El procesado tuvo acceso a todas las fases del proceso? NO.
- ¿Se agotó en la etapa probatoria el principio de contradicción? NO.
- ¿Qué pruebas en el debate probatorio fueron utilizadas y cuáles excluidas? SE ENCUENTRAN EN EL EXPEDIENTE Y OTRAS FUERON SOLICITADAS EN AUDIENCIA PREPARATORIA.

Sin embargo, en el entendido de establecer la verdad procesal y más aún los razonamientos jurídicos que dan lugar a una sentencia en uno u otro sentido, es importante establecer cuáles fueron los medios probatorios y cómo se practicó el debate al interior del proceso que llevó a la decisión final del mismo; para ello se utilizara herramienta metodológica que se desarrollará en el siguiente capítulo.

4. CREACIÓN COMITÉ INTERINSTITUCIONAL – POLÍTICA DE FORTALECIMIENTO

Conforme lo señala la Constitución Política de Colombia, la nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes, constituidas por el Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada Nacional, cuya finalidad primordial es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. También, el mandato constitucional establece que los delitos cometidos por la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares.

Sin embargo, la situación de la Justicia Penal Militar en Colombia se ha visto inmersa en un grado de desconfianza, de prejuicios y de muchas situaciones que en algunos casos al ser verificadas realmente se han constituido en una verdad innegable por la impunidad que originan sus decisiones, pero en otros, se ha visto vulnerado y arrebatado el fuero castrense que le es propio a los miembros de la fuerza pública.

Entonces, como se ha visto en el capítulo precedente, la inseguridad jurídica de cómo ha de aplicarse el Fuero Militar dentro de la posible comisión de conductas punibles que pudieren incurrir los oficiales, los suboficiales y los soldados en la planeación, conducción, desarrollo y resultado de una operación militar, con base en preceptos jurídicos y precedentes jurisprudenciales ambiguos frente a la protección de los DD.HH y del DIH dentro del marco de conflicto armado.

Es así, que la situación en éste punto, resulta bastante enmarañada, al no existir unos parámetros claros al inicio de una evaluación jurídica de una situación fáctica para tener en cuenta la determinación de la competencia en hechos operacionales que marquen la diferencia entre una muerte en combate o una ejecución extrajudicial o falso positivo, y en ese contexto se tenga claridad por parte del operador jurídico cual es la norma a aplicar y la jurisdicción competente.

Si bien es cierto, la normatividad vigente, así como los pronunciamientos de las Altas Cortes han señalado la competencia en delitos originados por violaciones a los DD.HH y al DIH en cabeza de la justicia ordinaria, las situaciones problemáticas que se suscitan respecto a los conflictos de

jurisdicción son innumerables y se presentan, por existir esas deficiencias en establecer parámetros claros que determinen la acción a seguir.

Por consiguiente, las imputaciones varían diametralmente de acuerdo a la posición subjetiva que sustente el Juez, encontrando que pese a no existir diferencias fácticas en dichas situaciones, en algunos casos se instruyen en la Justicia Penal Militar y en otros se les adelantan sus causas en la jurisdicción ordinaria, bien sea por el punible de homicidio agravado o en justicia especializada por homicidio en persona protegida, como se puede observar en el desarrollo de la investigación.

De hecho, con este actuar, se encuentra en permanente vulneración la norma superior, que establece un Fuero Militar para el juzgamiento de los miembros de las Fuerzas Militares. Se debe tener en cuenta que el concepto de Derecho Penal Militar implica la presencia de una justicia militar, que en el caso colombiano es estructurada bajo los designios del artículo 221 de la Constitución Política de 1991. El sistema de la Justicia Penal Militar es conocido doctrinariamente como intermedio, en virtud de que se soporta en la existencia de un Fuero Militar reconocido por la Carta Magna.

Es así, que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la Corte Interamericana, desconfían de la Justicia Penal Militar, así lo han demostrado en sentencias, opiniones consultivas y resoluciones de admisión sobre casos de supuestas violaciones a los derechos humanos, en donde se considera que no es necesario agotar los recursos judiciales internos, para acudir a la justicia internacional, cuando se trate de la Jurisdicción Penal Militar. Ésta es una grave señal con miras a la aplicación del principio *pro homine* por parte de la Corte Penal Internacional, que también se basará en el sistema de precedentes.

Por su parte, resulta paradójico que todos los días se hable de DD.HH, DIH, del debido proceso, de la presunción de inocencia, del principio constitucional del proceso denominado impugnación; pero cuando los investigados y juzgados los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, se violen todos los mencionados axiomas y garantías. La preocupación es evidente, los organismos, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, e instancias judiciales universales y regionales, aún antes de que existan providencias debidamente ejecutoriadas, les

están colocando lápidas en el cuello a los seres humanos que diariamente permiten vivir dignamente en este país.

No obstante, han sido varias las decisiones emanadas de las Altas Cortes, en las que se plasma la situación aquí planteada; sin embargo, se encuentra que no existe un criterio claro que permita identificar al operador jurídico la situación a seguir. De hecho, esta situación fue señalada por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional de fecha 14 de agosto de 2006. MP. Dr. JORGE ALONSO FLECHAS DÍAZ, en la que se señaló:

Si se aceptara que fueran juzgados por la justicia penal militar todas las personas a las que se imputa un delito, que haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la fuerza pública o utilizando armas de dotación oficial, se estaría admitiendo que el fuero se discierne por la mera circunstancia de que el sujeto activo tenga el carácter de miembro de la fuerza pública (...), debe intervenir un elemento funcional (...), el delito debe tener relación con el mismo servicio (...) antes de decidir acerca de la aplicación del derecho penal militar en un caso concreto, es indispensable que el juez, al analizar el contenido fáctico en el que se cometió el acto delictivo, distinga y confronte la conducta efectivamente realizada y la operación o acción propia del servicio (...) son forzosamente estimadas por el juez, habida cuenta que la norma penal la involucra conjuntamente. En el caso de los delitos comunes objeto de recepción pasiva por parte del código penal militar, la ausencia de un condicionamiento positivo estricto dentro del mismo tipo penal que supedita la competencia de la JPM, dificulta la decisión acerca de cuál es el derecho aplicable. Esa decisión está siempre expuesta a dos peligros igualmente graves y lesivos de la igualdad y del debido proceso. Por una parte la discrecionalidad judicial para definir el juez natural y el derecho aplicable y la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la jurisdicción ordinaria (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2006).

Frente a esta situación, se ha pretendido discernir, aclarar y establecer cuando un hecho operacional militar corresponde su conocimiento e investigación a la justicia ordinaria o/y especializada y a la Justicia Penal Militar.

Consecuente, el actual gobierno colombiano en cabeza del señor Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, ha tratado de modificar el artículo 221 de la Constitución Política en referencia al Fuero Militar con el fin de subsanar la coyuntura que vive actualmente la fuerza pública; aunque con tropiezos, como el retiro del artículo 12 del proyecto de Acto Legislativo No. 07 de 2011. Ahora, con la nueva presentación del Proyecto de Acto Legislativo, el cual fue radicado con el No. 192 de 2012, ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, el

cual ya cursa ante la Comisión Primera del Senado, con el radicado No. 016 de 2012 que está en su sexto debate.

En el mencionado proyecto de ley establece entre otras, la creación de una comisión mixta integrada por representantes de las dos jurisdicciones, con el fin de estudiar si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la fuerza pública, ocurre algún hecho que pueda ser punible y exista dudas sobre la jurisdicción competente, la cual constatará inmediatamente lo sucedido y remitirá la actuación a la que corresponda. La Ley Estatutaria regulará la composición de la comisión y la forma en que será apoyada por los diferentes órganos de Policía Judicial de las jurisdicciones ordinaria y militar. También indicará a las autoridades que pueden solicitar la intervención de la comisión, los plazos que deberá cumplir y la manera de solucionar sus desacuerdos.

Frente a ello, esta investigación, ha estado encaminada con la resolución de esta problemática aquí plasmada, a establecer jurídicamente parámetros que deben tenerse en cuenta para la determinación de la competencia en hechos operacionales militares que tengan como resultado la pérdida de vidas humanas, diferenciándose entre una muerte en combate o una ejecución extrajudicial o mal llamado “falso positivo”, y en ese contexto, adoptar las normas aplicables.

Es por ello que en este capítulo se desarrolla, desde una perspectiva jurídico militar y no político jurídico, las posibles funciones, facultades y directrices que conformarían dicho Comité Interinstitucional dentro del marco político - jurídico colombiano, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estatuto de Roma y el Derecho Internacional Humanitario, dentro del entorno del conflicto armado interno; sin perjuicio de menoscabar la función constitucional radicada en manos del Consejo Superior de la Judicatura.

Así, que se propondrá un marco técnico - jurídico en el cual se determine cuando una acción, operación, o procedimiento militar decanta en una conducta típica, que a simple vista es violatoria de DD.HH y/o el DIH, por cuanto con el cumplimiento de estos protocolos los miembros de las Fuerzas Militares en desarrollo de las operaciones militares, deben cumplir el

mínimo de requisitos técnicos militares que demuestren que la operación se desarrolló dentro de los parámetros señalados, así:

4.1 COMITÉ INTERINSTITUCIONAL

Frente a la disyuntiva propuesta por la Corte Constitucional sobre dudas frente a una operación militar, el desarrollo del hecho operacional en si enmarcado dentro de los límites constitucionales fijados para el Fuero Militar y los miembros de la fuerza pública que deben adelantar la conducción de hostilidades; así como frente a establecer cuando un hecho operacional militar corresponde su investigación a la justicia ordinaria especializada o a la justicia penal militar, se debe hacer una apreciación en cuanto a que los hechos operacionales que arrojen como resultado la violación de los derechos humanos, ya sea a la población civil, a miembros de grupos irregulares (insurgentes, terroristas, bandas criminales) u a miembros de la misma fuerza pública, no pueden ser objeto del Fuero Militar, conforme a la jurisprudencia nacional e internacional.

En ese orden de ideas, surge la pregunta: ¿los delitos derivados de un hecho operacional que no implique violación a derechos humanos pueden ser de conocimiento de la Justicia Penal Militar? Frente a ello, el actual gobierno nacional propone en la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo No. 192/2012, la delimitación de los delitos que excluyen la competencia del Fuero Militar, entre los cuales se destacan: el genocidio, la desaparición forzada, la tortura, violación y abusos sexuales y propende por la creación de nuevos tipos penales tales como: crímenes de lesa humanidad, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado, actos de terror contra la población civil y reclutamiento o uso de menores. De igual forma, defiende la posición en la cual, ante la situación de conflicto armado, ya sea interno o externo, las infracciones de DIH sea competencia de la Justicia Penal Militar. También, suscita el debate si el homicidio en persona protegida, la toma de rehenes y otras acciones constitutivas de infracciones del DIH son conductas que por su sola comisión rompen el nexo funcional del agente con el servicio y por ende excluye al fuero.

Consecuente, la coyuntura que sufren muchos de los soldados por la inseguridad jurídica frente a la aplicación de la fuerza dentro del contexto actual del conflicto armado interno colombiano se

está valorando bajo el prisma equivocado, toda vez que la duda se genera por la condición de víctima, desconociendo la legalidad de los actos operacionales que adelantan la fuerza pública en cumplimiento de sus deberes y funciones constitucionales.

Lo anterior no se debe tomar como hechos tendientes a proteger la impunidad frente a conductas punibles de algunos miembros de las Fuerzas, sino a garantizar la supremacía de la justicia en jurisdicciones que tengan un somero conocimiento de la conducción de hostilidades.

Es por ello, que **se propone** con el presente trabajo, **la creación al interior del Tribunal Superior Militar la conformación de un grupo interdisciplinario** que estudie y analice al inicio de cada hecho operacional las circunstancias de orden técnico operacional, estableciendo unos protocolos que permitan con claridad determinar la jurisdicción competente y el derecho a aplicar.

Ese equipo interinstitucional **estaría compuesto por un Magistrado del Tribunal Superior Militar, por un Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, por un Procurador Judicial como representante del Ministerio Público y por un señor Oficial de alta guarnición**, encargado de analizar la parte operacional y de inteligencia referente a cada situación en donde se hubiese desplegado una orden de operaciones.

De tal manera que sin usurpar las funciones propias del Consejo Superior de la Judicatura, se podrá **con la aprobación de esos protocolos, garantizar una verdadera justicia transparente y sin prejuicio de enmascarar hechos delictuosos en el amparo de un Fuero Penal Militar**. Por eso se considera, que se deben tener en cuenta protocolos que posean algunas directrices que los militares deben seguir tanto en aspectos de inteligencia militar, táctica operacional, manejo de armamento y municiones y otros aspectos más, que permitan hacer valoraciones jurídicas al interior de las actuaciones judiciales, que permitan avizorar el actuar militar en los hechos objeto de investigaciones.

4.2 PROTOCOLOS A SEGUIR

4.2.1 Protocolos de inteligencia de combate

Definición: los protocolos de combate son aquellas reglas que permiten establecer que la producción de inteligencia de combate cumpla con los estándares exigidos por el DIH, sin vulneración de derechos fundamentales, y que los mismos sean concordante con la elaboración de la orden de operaciones y el resultado operacional.

De otra parte, la inteligencia de combate es el conocimiento que todo Comandante debe tener sobre el enemigo, tiempo atmosférico, terreno, población civil y ambiente operacional, indispensables para el planeamiento y conducción de operaciones tácticas. Conciérne a situaciones locales (relativamente) y es el elemento esencial que necesita un Comandante para combatir.

Descripción: el área de producción de inteligencia de combate incluye, la recolección y procesamiento de la información para transformarla en inteligencia de combate y diseminarla conforme a los manuales de inteligencia y de operaciones con el fin de ser utilizado por el Comando de la Unidad Militar en una posterior orden de operaciones.

Personas que intervienen en el procedimiento:

- Comandante de la Unidad Táctica (Batallón o Grupos), Unidad Operativa Menor (Brigada) y Unidad Operativa Mayor (División).
- Oficial de inteligencia nivel S2 (Batallón) / B2 (Brigada) / G2 (División).
- Suboficial de inteligencia S2 / B2 / G2 (Batallón)/ B2 (Brigada) / G2 (División).
- Comandantes de compañía.
- Especialista en inteligencia de combate.
- Operador de monitoria táctica.
- Rastreadores.
- Red básica de inteligencia (informantes)b

- Red de cooperantes.

Documentos que intervienen en el procedimiento:

- El anexo de inteligencia.
- El orden de batalla de la amenaza de acuerdo al área asignada a cada compañía, en lo posible con fotografías e información actualizada sobre órdenes de captura.
- Informes de inteligencia.
- Órdenes y solicitudes de acuerdo al plan de búsqueda del batallón.
- Carta de situación operacional.
- Cuaderno registro de informaciones.
- Plantilla operacional de inteligencia de combate.
- Cuaderno de monitoria táctica.
- Cuaderno del observador.
- Cuaderno de actividades de las secciones de inteligencia.

Protocolos:

- Los encargados de la sección de inteligencia a nivel S2, B2 y G2 deben ser idóneos y capacitados en estudios referentes a la especialidad del arma de inteligencia y contar con la suficiente preparación de analista de inteligencia.
- Los documentos soportes de las operaciones deben incluirse los que hagan parte de la inteligencia de combate, sobre todo el cotejo de las informaciones con inteligencia técnica y humana.
- Deben existir dentro de los archivos de las unidades operativas mayores, menores y tácticas todos los documentos existentes referentes a las fuentes y agencias, entre ellos las hojas de vida real y ficticia de cada fuente, con el fin de aparecer cuando se requieran por la autoridad competente. Las respuestas tales como “no existen” o “nunca se han llevado” generan dudas respecto a la operación militar.
- Todo informante debe tener un registro de asignación de códigos.

- Debe existir carpetas de seguimientos de producción de la información suministrada, como del origen de su obtención.
- Los planes de búsquedas deben ser elaborados, tanto a nivel general como a la unidad táctica, para que sirvan de guía para el desarrollo del ciclo de inteligencia.
- En el libro de actividades de las secciones de inteligencia, deben consignarse todas las informaciones recibidas por la sección en el momento y no con posterioridad, por razones de seguridad, para evitar la fuga de información, lo que hace que la información no tenga ese respaldo jurídico probatorio necesario para la operación.
- En caso que el Oficial de Jefe S2, B2 y G2 no se encuentre por fuera de la Unidad
- Los Jefes de las secciones de inteligencia, en las mayorías de los casos se encuentran fuera de las Unidades cumpliendo con operaciones de inteligencia, deben quedar consignadas en el libro de actividades de la sección, dejando a cargo de la misma un suboficial, debiendo consignar en los respectivos libros.
- Toda información militar obtenida en el ciclo de inteligencia debe ser consignadas solamente los documentos oficiales de inteligencia, pues con base a ellas se produce la inteligencia de combate y por ende en el planeamiento de las órdenes de operaciones. Las anotaciones hechas en cuadernos personales u otros diferentes permitidos por las directivas, resoluciones y manuales.
- El consolidado de los dineros asignados a gastos reservados tales como pago de información, en los que deben obrar nombre, apellidos, firma, huellas, fotocopia de la cédula y el registro fotográfico del pago de los mismos, se deben conservar en respectivo archivo.
- Los pagos de las informaciones se efectúan, por investigaciones generalizadas y no por objetivos concretos en el área de responsabilidad de la Unidad.
- Los documentos de legalización de los pagos que reposan en las secciones correspondientes deben cumplir con los requisitos, tales como firma, huella y copias de cédula para respaldar el pago.
- Las órdenes de batalla deben ser actualizadas mensualmente, conforme a las Disipaciones de las Direcciones de Inteligencia de cada Fuerza, con el fin de evitar inconsistencias en los registros.

- Los funcionarios que buscan información militar, no deben ser los mismos que participan en el operativo militar.
- Los funcionarios que se encargan de conseguir a los moradores para identificar a los sujetos muertos en combate como miembros de una organización armada ilegal no pueden ser los mismos que hayan participado en el operativo militar.
- Se deben controlar por parte de Jefe de la Sección de inteligencia de la respectiva Unidad Militar u Oficial de Inteligencia y Comandantes de Compañías y Pelotones la información recogida por los soldados profesionales de la misma región. No se debe permitir el manejo de redes informales de informantes para evitar irregularidades en su aducción.
- Los miembros que participan en la recolección de información militar no deben participar en el planeamiento o ejecución del operativo.
- Los encargados de la producción de inteligencia deben realizar un mayor análisis y mejor clasificación de la información obtenida, verificándola.
- Los encargados de la producción de inteligencia deben los objetivos militares, pues no se les puede dar un igual tratamiento un objetivo de guerrilla que de delincuencia común.
- Debe existir reportes oficiales previos sobre la información entregada en el libro diario de inteligencia.
- Todo desmovilizado que aporta información militar, debe aparecer dentro del programa de atención humanitaria al desmovilizado.
- En las actas de pago de información, se debe especificar y describir el tipo de información que se entrega, si la misma fue producto de un resultado operacional y la fecha que suministro la misma.
- La información suministrada plasmada en las actas de pago de información debe ser igual en los anexos de inteligencia y en las órdenes fragmentarias.

4.2.2 Protocolos relacionados con el planeamiento, ejecución de las operaciones y cadena de mando

Definición: son protocolos que permiten establecer que el proceso militar para la toma de decisiones (PMTD), cumple con estándares mínimos exigidos por el DIH, que no vulnere los derechos fundamentales y las causas por el cual se da un combate.

Descripción: el proceso militar para la toma de decisiones (PMTD) es una secuencia analítica, singular, sistemática y comprobada. Su enfoque analítico conduce hacia la resolución de problemas y sirve al Comandante y a su Estado Mayor, como instrumento facilitador del desarrollo de apreciaciones y de planes. Se inicia cuándo se recibe una misión y tiene como finalidad producir una orden; los aspectos analíticos del proceso, continúan en todos los niveles de las operaciones.

Personas que intervienen en el procedimiento:

- Comandante Unidad Operativa Menor.
- Comandante de la Unidad Táctica.
- Oficial de Operaciones nivel S3, B3 y G3.
- Oficial de Inteligencia nivel S2,B3 y G3
- Demás miembros del Estado Mayor en lo referente a asesorar al comandante en lo referente a su cargo.

Documentos que intervienen en el procedimiento:

- Misión y/u órdenes permanentes del comando inmediatamente superior.
- Anexo de inteligencia.
- Orden de operaciones.
- Anteordenes a cada miembro del Estado Mayor si las hay.
- Insitop.
- Mapa del área de operaciones.
- Los sumarios de ordenes permanentes tanto propios como los del comando superior.
- Los manuales de campaña adecuados (especialmente el manual de estado mayor en operaciones).
- Informes de patrullaje.
- Lecciones aprendidas.

- Libro diario operacional.

Protocolos:

- Las misiones tácticas deben ser difundidas a los Comandantes de Compañía directamente por el Comandante del Batallón para no perder la cadena de mando.
- Las órdenes de operaciones no contemplan el movimiento de los puestos de mando.
- Las misiones tácticas fragmentarias deben ser difundidas y dadas por escrito a quienes cumplen la misión, cuando esto no se cumple, se crea una situación que adolece de liderazgo, generando un manto de duda a los operadores judiciales.
- Las misiones no contienen el anexo de inteligencia puntual, todos los anexos de inteligencia con los que operan son generales o son un extracto de la orden de batalla.
- El libro diario operacional es de obligatorio cumplimiento y debe contener todos los registros del día, de forma legible, claro y sin enmendaduras. La inexistencia o anómala registro de dicho documento genera desconfianza de tipo documental.
- Los Comandantes de las Unidades no dan responsabilidad jurisdiccional de áreas de combate a los Comandantes de Compañía.
- Las órdenes de operaciones se tienen que transmitir de forma verbal y escrita en un mismo tiempo. No deben transmitirse verbalmente y por escrito después, legalizándola en ordenes de operaciones tipo, es decir todas son iguales (tipo formato).
- En las misiones tácticas, los soldados profesionales que laboran en la sección segunda no deben actuar en los resultados operacionales, salvo necesidades del servicio debidamente soportado, por cuanto genera muchas dudas en el actuar militar.
- Las fechas de elaboración del anexo de inteligencia y la orden de operación deben ser concordantes cronológicamente en el tiempo. No es admisible que el anexo de inteligencia sea de fecha posterior a la emisión de la orden de operaciones.
- El anexo de inteligencia y la orden de operaciones debe tener una descripción detallada en la identificación específica del objetivo militar si lo hubiere. En las órdenes de registro y control de área la descripción del objetivo militar debe ser general. Lo anterior con el fin de evitar que luego de ocurrido los hechos operacionales y al efectuarse las verificaciones correspondientes, se encuentra en las declaraciones o en el mismo informe de patrullaje,

que se tenía información precisa del objetivo desde el día anterior u horas antes, en muchas ocasiones por informantes o campesinos de la región, contradiciendo todo lo que hasta el momento se ha plasmado en la orden fragmentaria de operaciones, pues no establecen objetivos puntuales. Situación que al ser cotejada igualmente con el pago de información, cobra relevancia jurídica, para determinar ilegalidad en la actuación operacional.

- Los informes de patrullaje deben ser bien elaborados mediante formato donde más o menos contenga la información fundamental de cómo sucedieron los hechos operacionales, debiéndose recalcar la preparación del oficial o suboficial que lo suscribe, quien es el personal que participó en la operación. Lo anterior, requiere mucha asesoría y capacitación al personal que participa en las operaciones, pues básicamente de sus dichos e informes, si existe contradicción en el contenido de este documento y la Fiscalía con lo hace imputaciones por fraude procesal, falsedad ideológica y hasta concierto para delinquir.
- En el desarrollo de las operaciones, el Oficial que lleva el mando de la operación o incluso el mando superior, no distribuye adecuadamente la tropa. En muchas ocasiones, sabiendo que la Unidad por ejemplo tiene un pelotón compuesto por un oficial, dos suboficiales y veintisiete soldados, solo usa para la ejecución a un suboficial y cuatro soldados.
- Las órdenes impartidas en el terreno relacionadas con los puntos de disloque de las patrullas, son generales donde no hay misiones establecidas y donde no se aplican los procedimientos tácticos ordenados, por ejemplo en los casos de registros.
- Los grupos de apoyo en donde están ubicadas las ametralladoras, se colocan en posiciones desfavorables en el terreno, de tal manera, que no se establece un punto desde el cual se brinde un verdadero acompañamiento a la maniobra que se está realizando. Por ejemplo, que quede mirando hacia arriba con respecto al lugar que debía proteger y además dentro de la línea de fuego con respecto a la supuesta ubicación de combate. Esta situación, puede ser valorada como un indicio grave de un no combate.
- El integrante de la tropa, que tienen a cargo la ametralladora M-60, se mueve muchas veces hasta el mismo punto del combate, sin ningún tipo de orden.
- Deben aplicarse las reglas de encuentro del DIH.
- Se deben recoger algún tipo de registro o evidencia física si hace referencia a alguna de campos minados.

- Cuando se proceden hacer las reconstrucciones de los hechos, o a verificar en las cartas operacionales, se encuentra que conforme a los relatos de las personas que intervinieron en la operación, ninguno de los tiempos de desplazamiento de la tropa desde el punto ya sea de partida, o de disloque en el lugar de la operación, coinciden con la realidad vista en el terreno.
- Debe cumplirse con el procedimiento del primer respondiente, vulnerándose con ello la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios que van a servir de base como pruebas, lo que genera muchas dudas en la actuación.
- Es necesario que sea el Cuerpo Técnico de Investigación, quien realice los procedimientos urgentes y de policía judicial, tales como el levantamiento de cadáver e inspección al lugar del hecho. De no hacerse así, el Comandante de la Unidad debe tener soportes de la solicitud que hicieron para el procedimiento y la autorización correspondiente de hacer el levantamiento la tropa, por situaciones especiales de orden público.
- A pesar de la gravedad de algunos hechos, no se hace presencia en la zona de los Comandantes Militares.
- Las comunicaciones en el terreno de operaciones se efectúan de manera inmediata por parte de los Comandantes que llevan el mando de la operación hacia su superior. Su tardío reporte genera dudas en la actuación.
- Toda orden de operaciones debe estar soportado en el anexo de inteligencia.
- El análisis de la información debe ser concienzudo. No debe proceder con escasa información de movimientos generales del enemigo en el área.
- El informe de patrullaje deben reflejar con claridad las circunstancias operacionales y el desarrollo de la misión.
- El informe de patrullaje debe contemplar el tipo de maniobra utilizada para entrar en combate.
- En los informes de patrullaje deben relatar el momento inicia la ejecución de la orden de operaciones hasta el momento en que llegó a las coordenadas donde se produce el combate, pues en la práctica ocurren casos donde se limita a referir que se presenta un combate en unas coordenadas que son diferentes al objetivo y a una distancia diferente de la señalada.
- Las coordenadas donde se produjo el combate, suministradas en los informes de patrullaje, deben ser concordantes con las coordenadas del objetivo y la distancia señaladas en la

orden de operaciones. Si no hay concordancia de coordenadas debe justificar dicha circunstancia.

- En los análisis operacionales que realizan los Comandantes de las Patrullas deben ser detallados respecto a la situación operacional, el área analizada, pues se hacen análisis donde se establece que milicianos se encuentran en el área, sin precisar el sitio del mismo.
- Las misiones tácticas se desarrollan sin reserva.
- En las misiones tácticas se advierten el azimut y la distancia; sin embargo, las Unidades llegan a otro sitio. Es importantísimo, se realice estudio y valoración de cada situación. (lectura de cartas, etc.).
- La intención del Comandante plasmada en la orden de operación debe concordante con la ejecución del mismo.

4.2.3 Protocolos relacionados con el armamento y municiones

Al realizar las revistas de conteo de municiones mensuales ordenadas, se evidencia que las actas no son confrontadas por parte del oficial inspector para establecer algún tipo de novedad, lo que origina errores contables en el acta.

Al recibir por parte de las Direcciones de Armamento, el listado sistematizado de municiones, no se confronta y no se hace la corrección necesaria para que estos documentos queden en iguales condiciones de veracidad.

No existe el *backup* o archivo digital del kardex del almacén de armamento de acuerdo a lo establecido.

Hay errores numéricos en la entrada y salida del material. Los almacenistas encargados cuadran las cifras para evitar novedades en las revistas. Hay datos que no pueden ser confrontados por falta de documentos.

Existe desorganización en la documentación para sustentar el registro de material: no aparecen actas, se encuentran mal archivadas, hay carpetas sueltas.

Existe confusión en los ítems objeto de registro, como el tipo de munición, objeto de salida y su conteo.

Los inspectores delegados no pasan revista de las inspecciones de conteo de municiones, por tal motivo los errores no son controlados.

El acta mensual de conteo de municiones no concuerda en su mayoría con los cuadros de control de municiones, lo que genera un caos contable.

El almacén de armamento no elabora los boletines diarios para verificar los cargos de las Unidades y material de depósito.

Las actas mensuales del material decomisado solo se limitan a verificar cantidades y no registran el número del arma, situación que impide determinar si verdaderamente es el arma que se encuentra depositada.

No se encuentra clasificada cuáles armas son a cargo de la Fiscalía y cuales a cargo de la Unidad.

La marca y el lote de la munición incautada no queda registrada en el acta.

Hace falta la descripción de las armas, en qué condiciones se encuentran y sus respectivos calibres de manera descriptiva.

No hay archivo digital fotográfico de las armas incautadas.

CONCLUSIONES

En la declaración de inexecutable del Acto Legislativo 2 de 2012 por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-740/13, M.P. Nilson Pinilla Pinilla de octubre de 2013 por la falta del cumplimiento de los requisitos de procedimiento para el caso de los Actos Legislativos, la Corte resalta que es posible la reforma a la Constitución, pero que tales reformas no deben hacerse de manera “apresurada o como resultado de pasajeras coyunturas políticas.” (C-740/13) Posición que está en concordancia con lo que este mismo colegiado estableció en las sentencias C-222/1997 y C-816/04. “Estos requisitos más exigentes que se establecen para la reforma de la Constitución no son caprichos, o formalidades sin sustancia, sino que representan la garantía misma del régimen constitucional y de la supremacía de la Carta” (C-816 /04). Por lo que en el futuro cualquier iniciativa legislativa referente a la reforma constitucional del fuero penal militar debe tener presente que para la vida democrática tales formalidades deben acatarse, pues cualquier desconocimiento de las mismas puede viciarlas de nulidad y afectar con ello la seguridad jurídica que de ellos se desprende. En la Sentencia C-740/13, se recoge lo establecido en la Sentencia C-040/10 sobre la importancia que tiene dentro de la supremacía de la Constitución el cumplimiento de todos los requisitos de trámite para su modificación al señalar que:

Existe un consenso jurisprudencial en el sentido que la exigencia del cumplimiento de los requisitos de procedimiento para el caso de los Actos Legislativos es mayor que cuando se trata de normas de índole legal. Ello debido a que la magnitud de las consecuencias, en términos de afectación de la arquitectura constitucional, que conlleva el ejercicio del poder de reforma por parte del Congreso, en tanto constituyente derivado, implica la **necesidad inexcusable del cumplimiento de los requisitos de trámite que, por su naturaleza, vinculan a las decisiones del legislativo con la deliberación democrática.** (C-740/13)

La seguridad jurídica es “un principio que atraviesa la estructura del Estado y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza” (BOHÓRQUEZ y BOHÓRQUEZ. 2008. pág. 2381) por lo que el estudio iniciado en este trabajo sobre la inseguridad jurídica frente al juzgamiento de miembros activos de la fuerza pública es una reflexión que está al orden del día en el estudio del Derecho Penal en Colombia, ya que está directamente vinculada a la legitimidad de las decisiones judiciales, especialmente en lo que se

refiere al juzgamiento de la Fuerza Pública y su juez natural con fundamento en el fuero penal militar contemplado en la Const. Nal.

En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. (BOHÓRQUEZ y BOHÓRQUEZ. 2008. pág. 2381)

La decisión de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 15 de noviembre de 2012 al establecer la nulidad del acto administrativo: *Apoyo a la justicia penal militar* de 2006 por haberse usurpado las funciones de la justicia penal militar al pasarlas a la Fiscalía General de la Nación, desconociéndosele las funciones legales al Consejo Superior de la Judicatura, preserva en parte la seguridad jurídica para los miembros de la fuerza pública y crea derroteros en lo referente al juez natural para los hechos cubiertos por el fuero penal militar.

resulta claro que mediante dicho acto se asigna una competencia a los funcionarios de la Fiscalía General que el artículo 250 Constitucional no le atribuye y que, por el contrario, de manera expresa el artículo 264, en concordancia con el artículo 2° del Código Penal Militar, la radica en los Jueces de Instrucción Penal Militar para determinar el juez competente, de conformidad con las pruebas allegadas. (CONSEJO DE ESTADO. 2012. pág. 47)

Además en la misma decisión, el Consejo de Estado reitera que por mandato constitucional y conforme a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, es el Consejo Superior de la Judicatura el que debe determinar los conflictos de competencia entre la Justicia Penal Militar y la justicia ordinaria, por lo que los servidores del CTI luego de la fijación, recolección, embalaje y aseguramiento de las evidencias físicas halladas en el lugar de los hechos, deben remitir los respectivos informes al Juez de Instrucción Penal Militar para que sea éste quien determine la competencia para conocer del proceso.

Por consiguiente, estima la Sala que de presentarse conductas delictivas por miembros de la Fuerza Pública, “con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares”, para determinar la competencia de la Justicia Penal Militar o de la Justicia ordinaria para conocer de un caso concreto, será el juez de Instrucción Penal Militar quien al analizar la situación fáctica en que se cometió el

acto delictivo confronte la conducta realizada y la operación o acción propios del servicio, para efecto de establecer si tal operación o acción se encuentra dentro del tipo de delito militar y del delito común adaptado a la función militar o se aparta de ella para tipificarse como conductas del conocimiento de la Justicia ordinaria. (CONSEJO DE ESTADO. 2012. Págs: 48 - 49)

El desconocimiento de la competencia atribuida a los funcionarios de Instrucción Penal Militar en el acto administrativo: *Apoyo a la justicia penal militar* de 2006 para realizar la investigación y juzgamiento de los hechos que se presentaran en las actuaciones que realizaran los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo en el marco de una operación militar, relacionados con el mismo servicio, y al dejarlas a cargo de los Fiscales de las URI, es una muestra clara de la tendencia al recorte del fuero penal militar por parte de ciertos sectores de la sociedad colombiana (algunos interesados en el desprestigio de las Fuerza Pública) y un sobredimensionamiento de las funciones otorgadas a la Fiscalía General de la Nación, contrariándose en materia grave a la Constitución Nacional y asignándosele unas funciones a los miembros del CTI sin la capacitación suficiente sobre los modelos operacionales propios de las fuerzas militares. Tal situación, fue descrita desde septiembre de 2006 en el Número 97 de Unimedios, así:

Empero, cuando confiábamos en que nuestra labor de cerca de dos años encontraría algún tipo de acogida, hemos registrado, con estupefacción y desconcierto, que los enemigos agazapados en su refugio obvio, las sombras, usufructuando coyunturas extrañas a la configuración y funcionamiento de las estructuras castrenses, sin mostrarse demasiado como es su costumbre, han influido para dejar patentizada su impronta en el acuerdo, suscrito entre el saliente señor Ministro de Defensa y el Fiscal General de la Nación, con la complacencia de algunos altos jerarcas de la Fuerza Pública y el poco estimulante silencio de los demás, según el cual las investigaciones en los casos adscritos a la competencia de la Justicia Penal Militar serán avocadas por funcionarios de la Fiscalía, a prevención (ello ocurre cuando se carece de servidores públicos que puedan asumir ese cometido), haciendo caso omiso de los Arts. 250 y 221, que en su orden preceptúan que de la potestad investigadora de la Fiscalía se exceptúan "...los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio". Y que de ellos conocerán las cortes marciales y tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". Anotando que la utilización del verbo "conocer" se ha entendido desde siempre como comprensivo de las funciones de investigar y juzgar. (FERRO. 2006. pág. 2)

FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía:

ANDREAU GUZMÁN, F. (2003) Fuero Militar y Derecho Internacional. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas – Comisión Internacional de Juristas

ARAGÓN NOGUERA, E. (1996) Juzgamiento de los miembros de las fuerzas militares. Doctrinas Jurídicas

BERMEO LARA, D., CASTAÑEDA GARCÍA, I., y CASTRO, G. (2010) Radiografía del sistema de justicia militar en América Latina. En J. Rial. La justicia militar: entre la reforma y la permanencia. Buenos Aires: RESDAL

BERMEO, CASTAÑEDA Y CASTRO. (2010) La justicia militar. Entre la reforma y la permanencia. Compilador: Juan Rial. RESDAL

BOHÓRQUEZ, Luis y BOHÓRQUEZ Jorge. (2008) Diccionario Jurídico Colombiano. Tomo II. Bogotá: Editora Jurídica Nacional

CAMELO PIÑEROS, José Arturo; HURTADO CUBILLOS, Claudia Yaneth y QUINTERO CHAPARRO, Sandra Rocío. (2006) Proceso de evolución de las cortes marciales. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké

LÓPEZ VÉLEZ, Luis Emilio. (2015) Normas APA 2015. Bogotá: USTA

MEJIA AZUERO, Jean Carlo. (2001) Crisis del proceso ordinario laboral. Hacia un código modelo. En: Colombia Prolegómenos - Derechos Y Valores ISSN: 0121-182X ed: Editorial Kimpres Ltda. V. IV. fasc.7 p.51 - 66 ,2001

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (2012)

Apoyo a la justicia penal militar. 14 de junio de 2006. Bogotá

RIAL, J. (2010) La justicia militar: entre la reforma y la permanencia. Buenos Aires, RESDAL

PEÑA VELÁSQUEZ, E. (2001) Comentarios al nuevo código penal militar: su texto, jurisprudencia y las instituciones del Derecho Penal Militar ante los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional

ROJAS BENTANCOURTH, D. (2002) Impunidad y conflictos de jurisdicción. Pensamiento Jurídico

RUEDA SOTO, M. (2001). Fuerzas Militares y Delito. Bogotá: Ediciones ETHOS

VALENCIA TOVAR, Álvaro. (2002) Fuero militar y justicia penal militar: una tradición histórica de la jurisprudencia colombiana. Revista Credencial Historia

VALENCIA TOVAR, Álvaro. (2001) Visión Histórica de la Justicia Penal Militar en Colombia. Revista Justicia Penal Militar

Webgrafía:

CERMEÑO PETRO, J. (2004) El fuero penal militar en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS48.pdf>

CLOPATOFSKY GHISAYS, J. (2012). Justicia Penal Militar: Instrumento Especial para la Fuerza Pública. Recuperado de

<http://www.jairoclopatofsky.com/docs/documentos/JUSTICIAPENALMILITAR1.pdf>

DE MARES, Kelly Chaib. (2013). Reforma al fuero penal militar. Línea de garantías jurídicas. Escuela Superior de Guerra. Centro de investigaciones para la prevención y resolución de conflictos armados. Recuperado de www.esdegue.mil.co/cmhm/sites/.../reforma_fuero_penal_militar.pdf

EQUIPO NIZKOR. (2012) El Procurador General solicita declarar la nulidad de acto administrativo por desconocer el fuero penal militar. Septiembre 6 de 2012, Bogotá. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/justicia24.html>

ELESPECTADOR.COM. (2012) Anulan acuerdo firmado entre Gobierno y Fiscalía por Justicia Penal Militar. Bogotá, 11 de diciembre de 2012. Recuperado de <http://www.elspectador.com/noticias/judicial/anulan-acuerdo-firmado-entre-gobierno-y-fiscalia-justic-articulo-391932>

ELTIEMPO.COM. (2011) El Tiempo. Recuperado de <http://m.eltiempo.com/justicia/sergio-mantilla-y-muerte-de-alfonso-cano/10713677>

FERRO TORRES, José Guillermo Eduardo. (2006) La justicia penal militar: ¿en crisis? Bogotá, 6 de septiembre de 2006. Recuperado de <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/Ediciones%20/94/historico94.html>

LA FM. (2012) Anulan acuerdo entre Gobierno y Fiscalía por Justicia Penal Militar. 12 de diciembre de 2012. Bogotá. Recuperado de <http://www.lafm.com.co/noticias/colombia/11-12-12/anulan-acuerdo-entre-gobierno--12#ixzz3WxITpA1z>

YACUZZI, Enrique. (s.f.). El estudio de caso como metodología de investigación: teoría, mecanismos causales, validación. Universidad del CEMA. Recuperado de www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/296.pdf

Jurisprudencia:¹

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025-00

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-740/13

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-044/15

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto de 3 de junio de 1999. 19980412 A.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto de agosto 11 de 2010. 201002186 00

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto del 14 de agosto de 2006. 200601121 00

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto del 11 de mayo de 2000. 20000710 A

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto de 30 de marzo de 1995. 3955

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto de 7 de octubre de 1996. 6973B

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto de agosto 19 de 2010. 201002393 00

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto de Agosto 4 de 2010. 201002144 00

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto de febrero 23 de 2011. 201100164 0

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto de octubre 15 de 2009

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto del 15 de diciembre de 1993

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto del 21 de junio del 2012. 110010102000201201288 00

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto del 28 de marzo de 2012. 11001010200020120065500

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto del 29 de mayo de 1997

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto del 6 de mayo de 1999. 19990302 A

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto del 6 de noviembre de 1997. 14080 B

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Auto del 9 de marzo del 2000. 20000116 A

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225/95

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-361/01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 6 de agosto de 2003. 16135

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 18 de septiembre de 1996. 9996

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1054/01

¹ Por orden de mención.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1184/08
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-141/95
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-145/98
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-291/07
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358/97
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-368/00
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-399/95
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-444/95
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-533/08
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-561/97
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578/95
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-580/02
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592/93
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-878/00
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 12 de agosto de 1998. 11907
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de abril 11 de 2007. 25630
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de abril 26 de 2007. 25889
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de agosto 19 de 2009. 26657
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de septiembre 18 de 1996. 9996
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de abril 25 de 2007. 26309
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de julio 11 de 2012, 39218
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de julio 24 de 2007. 16295
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de junio 20 de 2012. 028012
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de junio 4 de 2004. 13813
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de marzo 26 de 1996. 8827
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de marzo 6 de 2003. 14042
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de marzo 6 de 2003. 17550
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de mayo 15 de 2003. 12879
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de mayo 6 de 2009. 26137
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de octubre 05 de 1994. 8988
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de octubre 27 de 2008. 3064

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de octubre 5 de 2001. 18499

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de septiembre 12 de 2012. 33771

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de septiembre 13 de 2006. 19955

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Septiembre 15 de 1998. 2573

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de septiembre 18 de 1996. 9996

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1184/01

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-932/02

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1001/01

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-298/00

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-806/00

ANEXO No. 1.

ACTO ADMINISTRATIVO ENTRE EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: APOYO A LA JUSTICIA PENAL MILITAR



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL– FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

DE: Ministro de Defensa Nacional y Fiscal General de la Nación.

PARA: Comando General de Fuerzas Militares, Funcionarios de Justicia Penal Militar, Directores Nacionales y Seccionales de Fiscalías y Cuerpo Técnico de Investigación.

ASUNTO: Apoyo a Justicia Penal Militar.

Como es de su conocimiento, con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares se presentan con alguna frecuencia situaciones en las que se producen hechos que revisten las características del homicidio al cual se refiere el art. 103 del Código Penal, o del homicidio en persona protegida al que alude el art. 135 ibídem; circunstancias que ameritan la inspección técnico científica de los lugares donde hayan ocurrido los hechos, razón por la cual, para facilitar la investigación el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General de la Nación expiden las siguientes directrices:

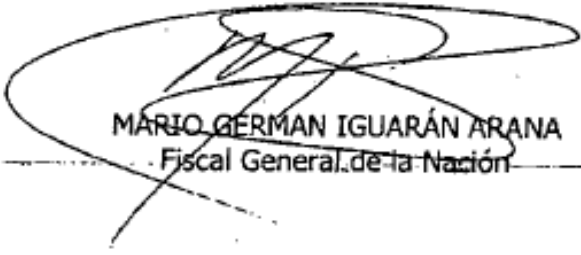
1. Que los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación lleven a cabo las inspecciones de aquellos lugares de los hechos en donde se requiera su concurso técnico científico.
2. Que, mientras se hacen presentes en el lugar de los hechos los servidores del CTI, se realice por parte de los miembros de la Fuerza Pública su protección, atendiendo la obligación legal prevista para el "Primer Respondiente".
3. Que, con el fin de facilitar el procedimiento las Fuerzas Militares deben llevar a cabo el desplazamiento oportuno de los servidores del CTI al lugar de los hechos, procurar su seguridad y el retorno a la respectiva sede.
4. Que luego de la búsqueda, fijación, recolección, embalaje y aseguramiento de las evidencias físicas y elementos materiales de prueba hallados en el lugar, así como las entrevistas de los posibles testigos, los servidores del CTI remitan los respectivos informes a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía.

5. Que el Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata asumirá las diligencias a prevención, atendiendo lo previsto en el artículo 29 de la Carta Política, en concordancia con el artículo 250 ibídem; del artículo 45 del Código de Procedimiento Penal y la sentencia C358 de 1997 de la Honorable Corte Constitucional.
6. De ser evidente la existencia de los factores subjetivos y funcionales que justifican el reconocimiento del fuero instituido en el artículo 221 de la Constitución en concordancia con el artículo 250 de la Carta fundamental, el fiscal de la justicia ordinaria decidirá con prontitud el traslado de la investigación a la Justicia Penal Militar en cuyo caso se mantendrá el apoyo técnico científico del CTI; si no se evidencian los factores enunciados continuará conociendo la Fiscalía General de la Nación, informando de esta situación a la Jurisdicción Penal Militar.

Dado en Bogotá, D.C. a los catorce (14) días del mes de junio de 2006.



CAMILO OSPINA BERNAL
Ministro de Defensa Nacional



MARIO GERMAN IGUARÁN ARANA
Fiscal General de la Nación

ANEXO No. 2

ANULAN ACUERDO FIRMADO ENTRE GOBIERNO Y FISCALÍA POR JUSTICIA PENAL MILITAR

Tomado de: <http://www.elspectador.com/noticias/judicial/anulan-acuerdo-firmado-entre-gobierno-y-fiscalia-justic-articulo-391932>

EL ESPECTADOR

Judicial | Mar, 12/11/2012 - 18:53

Anulan acuerdo firmado entre Gobierno y Fiscalía por Justicia Penal Militar

Por: [Elespectador.com](http://www.elspectador.com)

El documento establecía el procedimiento para investigar presuntos delitos en operaciones militares.

El Consejo de Estado declaró la nulidad parcial del acto administrativo suscrito entre el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General para investigar presuntos delitos en operaciones militares denominado "Apoyo a la Justicia Penal Militar".

El alto tribunal consideró que dentro de una operación militar se pueden presentar ocasionalmente situaciones que no guardan relación con el servicio, pero no por ello debe ser la Fiscalía la que asuma su conocimiento o determine a qué jurisdicción le debe corresponder su investigación.

En el acto firmado el 14 de junio de 2006 por los entonces Ministro de Defensa, Camilo Ospina Bernal, y el Fiscal, Mario Iguarán Arana, se establecía el procedimiento que se debía seguir para investigar las muertes que se presenten con ocasión de las operaciones que realizan las fuerzas militares. (Ver [Sin efecto quedaría convenio de FF.MM. y Fiscalía para operaciones militares](#))

Dicha disposición dejaba en manos del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía la facultad para decidir si la investigación de un hecho era competencia de la justicia penal militar o de la justicia ordinaria.

"Luego de que el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) realice sus labores de inspección, búsqueda, recolección y aseguramiento de las evidencias físicas en el lugar de los hechos, así

10/4/2015

Anulan acuerdo firmado entre Gobierno y Fiscalía por Justicia Penal Militar - Versión para imprimir | ELESPECTADOR.COM

como las entrevistas de los posibles testigos, estos funcionarios **deberán remitir sus informes, ya no a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía, sino al Juez de Instrucción Penal Militar para que éste defina la competencia para conocer el proceso**", precisa uno de los aportes.

En este caso, la Procuraduría General había manifestado que el procedimiento establecido en las normas demandadas era violatorio del debido proceso de quienes podrían verse **investigados y juzgados en un procedimiento y por un juez, distintos al que establecen la Constitución y la Ley.**

Para el Ministerio Público era necesario definir expresamente el procedimiento a seguir tanto por la Fiscalía General de la Nación como por el Ministerio de Defensa Nacional, **con ocasión de la comisión de delitos de homicidio simple y de homicidio en persona protegida en desarrollo de las operaciones propias de las fuerzas militares en las que se amerita la inspección técnico científica de los lugares donde ocurren los hechos.**

Ante esto se consideró como determinante el establecimiento de las competencias de los funcionarios para efectos de optimizar la investigación judicial sobre la legalidad de tales acciones y especialmente para esclarecer la aplicación y vigencia del fuero penal miliar en cada caso particular.

Igualmente se indicó que el hecho de señalar para definir **quién tiene la competencia para adelantar una investigación sobrepasa los alcances naturales y jurídicos de los actos administrativos y las competencias constitucionales y legales de los funcionarios que lo profirieron.**

La sentencia declaró la nulidad de los numerales 4, 5 y 6 del Acto Administrativo "Apoyo a la Justicia Penal Militar".

Los numerales anulados

"...4. Que luego de la búsqueda, fijación, recolección, embalaje y aseguramiento de las evidencias físicas y elementos materiales de prueba hallados en el lugar, así como las entrevistas de los posibles testigos, los servidores del CTI remitan los respectivos informes a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía.

5. Que el Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata asumirá las diligencias a prevención, atendiendo lo previsto en la Carta Política, en concordancia con el artículo 250 ibídem; del artículo 45 del Código de Procedimiento Penal y la sentencia C-358 de 1997 de la Honorable Corte Constitucional.

10/4/2015

Anulan acuerdo firmado entre Gobierno y Fiscalía por Justicia Penal Militar - Versión para imprimir | ELESPECTADOR.COM

6. De ser evidente la existencia de los factores subjetivos y funcionales que justifican el reconocimiento del fuero instituido en el artículo 211 de la Constitución en concordancia con el artículo 250 de la Carta Fundamental, el fiscal de la justicia ordinaria decidirá con prontitud el traslado de la investigación a la Justicia Penal Militar en cuyo caso se mantendrá el apoyo técnico científico del CTI; si no se evidencian los factores enunciados, continuará conociendo la Fiscalía General de la Nación, informando de esta situación a la Justicia Penal Militar.”

Dirección web fuente:

<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/anulan-acuerdo-firmado-entre-gobierno-y-fiscalia-justic-articulo-391932>

COPYRIGHT © 2015 www.elespectador.com

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular.

Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited.

All rights reserved 2015 EL ESPECTADOR

ANEXO No. 3

LA JUSTICIA PENAL MILITAR: ¿EN CRISIS?



No. 97

UNIMEDIOS COMUNICACIONES UN RADIO UN TELEVISIÓN CENTRO DE CONVENCIONES

Tomado de: <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/Ediciones%20/94/historico94.html>

Septiembre de 2006

La justicia penal militar: ¿en crisis?

El profesor Ferro analiza el estado actual de la Justicia Penal Militar en nuestro país y señala posibles rumbos.

José Guillermo Eduardo Ferro Torres²

A raíz de recientes acontecimientos que han sobresaltado la conciencia nacional, en especial los que se tradujeron en muertes de integrantes de la fuerza pública causadas por "fuego amigo", se ha puesto de nuevo en boga la añeja discusión acerca de la conveniencia de conservar la justicia penal militar como jurisdicción especial, lo cual ha hecho que nos esforcemos por hallar la correlación entre sucesos criminales de envergadura aún no juzgados y las críticas suscitadas en contra de una Institución que ninguna incidencia tuvo en su generación, ni mucho menos en su catalogación como propiciadora de decisiones jurídicas incorrectas, entre otras consideraciones, porque ni siquiera se entrabó conocimiento de los lamentables hechos acaecidos en Jamundí.



Según el profesor Ferro, es importante examinar con cuidado hacia dónde se van a dirigir las normas de la justicia penal militar.
Foto: Archivo El Tiempo

No obstante ello, y estando todavía calientes los cuerpos de los policías abatidos, las cabezas visibles del Gobierno, la Procuraduría y la Fiscalía, como es su costumbre cuando se dan eventos tan explotables en el campo periodístico, tomaron con fervor patriótico cuanto micrófono se les situó a su alcance para posar con un ceño más fruncido del habitual y exclamar en tonos vehementes sus notas desaprobatorias, sin pasar por alto las promesas de exhaustivas investigaciones y proclamar que no había sido un error, ni una acción de combate, sino un asesinato cobarde y ruin, con lo que abatieron de entrada principios tan caros a nuestro Estado de Derecho, como la presunción de inocencia, el debido proceso y la reserva que debe predominar en las pesquisas iniciales. Y como si eso no bastara, se anunció que la investigación de los ilícitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en relación con el servicio, que les es propio, pasaría a manos de la Fiscalía General de la Nación, medida cuya consonancia con el problema que se buscaba conjurar (la evitación de la impunidad) traté de hallar, pero a la par con la búsqueda de razones inexistentes, se agolparon en mi memoria evidencias indescartables de la precipitación al naufragio al que, con independencia de su eficiencia o utilidad, fuerzas maquiavélicas están condenando a la institución castrense.

² Profesor Emérito, Magíster en Derecho Penal y Criminología, y Candidato a Doctor en Sociología Jurídica de la Universidad Externado de Colombia.

El primer eslabón de la cadena de desgaste consistió en la utilización de esta normatividad para el juzgamiento de civiles, expediente que se invocó cuando el ejecutivo implantaba el estado de sitio, lo que ocurrió durante cerca de cuarenta años, recurso que con nitidez contrariaba la esencia de la jurisdicción y producía, por lo caprichoso y postizo de su aplicación, desconfianza, resquemores y rechazo por parte del grueso de la población colombiana. Luego se desnaturalizaron los instrumentos de control disciplinario, verdaderas matrices de la filosofía castrense, al situarlas dentro de un régimen indiferenciado y en dominios de autoridades que ignoran los valores, principios y dinámicas identificadoras de fuerzas militares y Policía Nacional. Más adelante se interpretó de manera extensiva, y contraria al sentido que en principio quiso dársele, la competencia de la H. C. S. de J. para juzgar a generales y almirantes, contenida en el Art. 235 de la C. N., incluyendo a todos los oficiales de insignia, con lo que se eliminó la posibilidad de comprometer a buena parte del mando en los destinos de la Justicia Penal Militar. Al mismo tiempo, se determinaba que los únicos legitimados para fungir como titulares de juzgados y fiscalías castrenses eran los miembros de la Fuerza pública abogados, con el grado de oficiales en servicio activo o en retiro, medida que causó un profundo descontrol en la organización estatal por cuanto fue necesario vincular con precipitud a una gran cantidad de personas que habían obtenido sus títulos de manera fácil y, al no haber contemplado siquiera la posibilidad de ejercer su profesión, carecían de experiencia y vocación. Para teñir el panorama de pinceladas más dramáticas y angustiosas, la H. C. C. ha asumido la posición de restringir en sus decisiones el llamado fuero penal militar, hasta conducirlo a su más minúscula expresión, enfatizando además el carácter residual de la jurisdicción, todo lo cual nos sitúa ante la nada satisfactoria idea de la existencia de una tendencia a eliminarla, mediante un paulatino, pero inexorable, arrinconamiento.

Como los argumentos que se esbozaron para suprimirla nos parecieron sesgados y superficiales, sin perjuicio de que admitamos que su operatividad dista de ser perfecta, aceptamos, comenzando el segundo semestre de 2004, hacer parte, en compañía de consagrados juristas, de una comisión que se encargara de diseñar un Proyecto de Código Penal militar que sintonizara la normatividad y organismos vigentes con la voluntad gubernamental, presente en la reforma constitucional que se tradujo en la adopción del sistema acusatorio en Colombia. Producto de este trabajo mancomunado fue la elaboración de sendos proyectos de Ley entregados al Congreso, a finales del año pasado. El primero establecía un procedimiento simplificado, que permitiera descongestionar los Despachos judiciales, atiborrados por punibles de menor entidad, y el otro, implementando el sistema acusatorio que para los estamentos militares y policiales no era desconocido, pues se utilizó con algunas variantes desde épocas remotas. Además, se creaban la dirección de fiscalía castrense, la defensoría pública militar y el cuerpo técnico de investigaciones, entre otras innovaciones, procurando acoger las recomendaciones expresadas por la H. C. C., para corregir los vicios preceptivos, tanto de fondo como de forma, atildados por esa Corporación y adecuar las normas a los Tratados y Convenios en materia de derechos fundamentales, para restringir al máximo las posibilidades de condena a la Nación por Cortes internacionales, cuyo resultado palpable se traduciría en la estructuración de un aparato de administración de justicia autónomo, ya que consolidaba su separación de la línea de mando, eficiente, serio y respetable que redujera la impunidad a porcentajes tolerables.

Empero, cuando confiábamos en que nuestra labor de cerca de dos años encontraría algún tipo de acogida, hemos registrado, con estupefacción y desconcierto, que los enemigos agazapados en su refugio obvio, las sombras, usufructuando coyunturas extrañas a la configuración y funcionamiento de las estructuras castrenses, sin mostrarse demasiado como es su costumbre, han influido para dejar patentizada su impronta en el acuerdo, suscrito entre el saliente señor Ministro de Defensa y el Fiscal General de la Nación, con la complacencia de algunos altos jerarcas de la Fuerza

Pública y el poco estimulante silencio de los demás, según el cual las investigaciones en los casos adscritos a la competencia de la Justicia Penal Militar serán avocadas por funcionarios de la Fiscalía, a prevención (ello ocurre cuando se carece de servidores públicos que puedan asumir ese cometido), haciendo caso omiso de los Arts. 250 y 221, que en su orden preceptúan que de la potestad investigadora de la Fiscalía se exceptúan "...los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio". Y que de ellos conocerán las cortes marciales y tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". Anotando que la utilización del verbo "conocer" se ha entendido desde siempre como comprensivo de las funciones de investigar y juzgar.

Así consolidadas las últimas tendencias en la materia, nos declaramos incapaces de imaginarnos a los miembros del CTI de la Fiscalía marchando al unísono con pelotones, batallones y demás agrupaciones de combate en los sitios más escarpados de nuestra geografía, sintiendo como zumban en sus oídos los proyectiles enemigos, para proceder a desplegar sus procedimientos ante la ocurrencia de muertes y lesiones en combate. Incluso, de otra parte, se ha establecido que una de las principales causas del fracaso del sistema acusatorio, que en un porcentaje abrumador sólo está judicializando eventos de flagrancia, radica en la inoperancia de la Policía Judicial, que resulta insuficiente e impreparada, con lo que nos queda la amarga sensación, de que se le está arrebatando la función, desde luego de forma inconstitucional, a un tuerto para entregársela a un ciego.