

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA**

CONFLICTO PENAL CON PRESO

RADICADO: 110010102000201101461 01

Registro: 04-6-2013

Magistrado Ponente: Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS

Bogotá, D.C., Seis (06) de junio de dos mil trece (2013)

Aprobada en Sala Según Acta No. 041 de la misma fecha

ASUNTO A TRATAR

Negada la ponencia al H. Magistrado WILSON RUIZ OREJUELA¹, con fundamento en el artículo 54 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el artículo 256-6 de la Carta Política y el 112-2 de la Ley 270 de 1996, se pronuncia la Sala sobre la definición de competencia para conocer de la investigación penal adelantada contra CARLOS ALFONSO SUAREZ ORTIZ, FRANCISCO JAVIER RESTREPO RESTREPO, FIDEL DARIO REINA HERRERA, JHON HENRY HENAO CANO, GEOVANNI JIMÉNEZ JIMÉNEZ y JORGE ELIECER QUINTERO GARCÍA, por los delitos de homicidio en persona protegida, en concurso con falsedad ideológica en documento público, peculado y concierto para delinquir.

ANTECEDENTES

De acuerdo al informe de Operaciones de fecha 2 de septiembre de 2007, suscrito por el Comandante ARPON 4 del Batallón de Infantería No. 22 “ Batalla de Ayacucho”², se tiene que en el sector de la Vereda La Insula “Chinchina”, se

pelotón en tres grupos montando puestos de observación y escucha... el 01 de septiembre de 2007 aproximadamente entre 20:00 y 20:30 horas nos encontramos en una cafetera (sic) aproximadamente a 150 mts del lugar donde fueron los hechos coordenadas "04-59-38 75-38-22" cuando escuchamos el ruido de un carro en la parte baja de la carretera procedimos a dirigirnos al sector teniendo en cuenta todas las medidas de seguridad, cuando llegamos al sitio se encontraban dos sujetos y al instante los individuos empezaron a disparar, obligándonos a desarrollar la situación y a reaccionar con fuego dando como resultado la muerte de los dos sujetos que tenían en su poder cada uno un arma corta " revólver calibre 38 yama y un revolver 38 largo..." (sic a lo transcrito).

TRÁMITE PROCESAL

1.- El Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar de Manizales, Caldas, mediante auto del 11 de septiembre de 2007, ordenó la apertura de indagación preliminar en averiguación de responsables por el presunto delito de homicidio, ordenando la práctica de pruebas, así como solicitar a la Fiscalía General de la Nación que en caso de conocer sobre las diligencias le fueran remitidas.

2.- En auto del 24 de febrero de 2011, nuevamente el Juzgado de Instrucción solicitó al Fiscal 57 Especializado de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, la remisión de las diligencias, petición que fue negada mediante oficio No. 080 del 7 de marzo de 2010, aduciendo que de las evidencias con las que contaba la Fiscalía, la acción militar no estuvo dentro del marco legítimo.

En consecuencia, la Fiscalía 57 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, solicitó la celebración de audiencia con el fin de proponer colisión positiva de competencia, diligencia que se celebró ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Chinchiná, Caldas, con función de control de Garantías, en la cual luego que el Fiscal hiciera un recuento de los hechos sucedidos y de dar traslado de los elementos probatorios recogidos en la investigación, sostuvo que los miembros del ejército no se

que se les ocasionó la muerte en un supuesto combate, se encontraban ajenos a cualquier confrontación armada, además de no existir combate alguno.

De conformidad con lo expuesto, el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Chinchiná, Caldas, con función de Control de Garantías, luego de realizar la argumentación con respecto a los hechos presentados por la Fiscalía General de la Nación, aceptó la solicitud, enviando la actuación a la Justicia Penal Militar para su pronunciamiento.

3.- Arribado el expediente al Juzgado Noveno de Brigada de Armenia, mediante providencia del 27 de mayo de 2011, sostuvo que en el caso, de acuerdo con las pruebas recaudadas, se infería la existencia de la relación directa del hecho con el servicio prestado por los militares que participaron en el combate y accionaron sus armas, en tanto que se trató del cumplimiento de una orden de operaciones, en la cual se incautó material bélico, indicando que junto con la trayectoria de los disparos en los cuerpos de los occisos, era necesario el análisis de otras pruebas, así como la legítima defensa y el derecho a la vida que tienen los militares. Así mismo, dijo que si bien para una de las víctimas la prueba de residuos de disparos resultó negativa, ellas son circunstancias que deben investigarse.

Con fundamento en lo anterior, el Juzgado Noveno de Brigadas de Armenia ordenó la remisión del expediente a esta Superioridad a fin de dirimir el conflicto de competencia planteado.

4.- Esta Colegiatura por proveído del 13 de junio de 2011, con ponencia del doctor Jorge Armando Otalóra Gómez, asignó el conocimiento de estas diligencias a la Jurisdicción Penal Ordinaria, representada por la Fiscalía 57 especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Medellín. Como argumentos para arribar a tal decisión, consideró:

No obstante lo anterior, se tiene que la Fiscalía 57 Especializada sustentó su solicitud

en posición postero - anterior, una sobre el plano y dos de adelante hacia atrás, y del plano sagital todas de derecha a izquierda.

A su vez de las cinco heridas perpetradas a Carlos José López Trujillo, recibió cuatro en posición postero - anterior, tres ínfero superior y cuatro de izquierda a derecha, además indicó el Fiscal que una de las víctimas en manera alguna disparo, al resultar negativa la prueba correspondiente, existiendo duda en la investigación.

Además señaló la Fiscalía que concurrían declaraciones de las cuales se infería que en el sector de ocurrencia de los hechos no hacía presencia grupos al margen de la ley ni extorsionistas.

Así pues, considera la Sala que le asiste razón al fiscal, en tanto existen serios elementos de juicio que evidencia la ruptura de la relación de los hechos ocurridos con el servicio constitucionalmente asignado a las fuerzas militares, caso en el cual contrario a lo manifestado por el representante de la justicia penal militar, el conocimiento de las diligencias le corresponde a la justicia ordinaria.

De lo anterior se puede deducir que no existe certeza y, en cambio, existe duda sobre la forma en que sucedieron los hechos investigados, circunstancia que obliga a que sea el representante de la Justicia Ordinaria el llamado a avocar el conocimiento de la investigación penal, al no quedar plenamente demostradas las condiciones que dan lugar a la aplicación del fuero militar pues, tal y como lo señaló la Corte Constitucional, “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.”

5.- El Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías el día 22 de mayo de 2012, celebró audiencia preliminar de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en la cual formuló cargos así: al **Teniente Coronel Carlos Alfonso Suarez Ortiz** como presunto autor del delito de homicidio en persona protegida en concurso con falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación. El Teniente **Fidel Darío Reina Herrera** como presunto autor del delito de homicidio en persona protegida en concurso con falsedad ideológica en documento público y concierto para delinquir. Igualmente se imputaron cargos a los soldados **Francisco Restrepo Restrepo, Giovanny Jiménez Jiménez, Jhon Henry Henao Cano, Jorge Eliecer Quintero García** en calidad de coautores del delito de Homicidio en persona protegida. Los imputados no aceptaron cargos; así mismo, a todos se les impuso medida de aseguramiento³.

escrito de acusación ante el Juez Penal del Circuito Especializado de Manizales contra **Carlos Alfonso Suarez Ortiz, Fidel Darío Reina Herrera, Francisco Javier Restrepo Restrepo, Jhon Henry Henao Cano, Geovanni Jiménez Jiménez y Jorge Eliecer Quintero García por los delitos de homicidio en persona protegida en concurso con concierto para delinquir, falsedad ideológica en documento público y peculado**⁴.

7.- El día 22 de marzo de 2013, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, celebró audiencia preparatoria dentro de la causa penal ya anotada, en la cual el defensor de confianza de los acusados Geovanny Jiménez y Jhon Fredy Henao Cano, elevó ante el señor Juez solicitud de colisión de jurisdicción, argumentando que la orden de operaciones, es un acto administrativo, se presume legal, y además fue emitida por la persona competente para hacerlo; que la misma fue legítima, y se hizo por cumplimiento de la misión constitucional. Así mismo, señaló que está probado que los hechos ocurrieron debido a que dos personas armadas, abrieron fuego en contra de la tropa, obligando a la reacción de los militares. También adujo, que existen entrevistas en las cuales se presenta al occiso y víctima, como una persona peligrosa y que cometía distintas actividades delictivas como extorsiones y hurtos, además que andaba armado.

El señor Juez de conocimiento, corrió traslado de tal solicitud a las partes intervinientes, es así, que la señora Procuradora manifestó que la competencia radica en la cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Indicando que la legalidad de la orden, es cuestionada, pero ello debe entrar a desvirtuarse es en el juicio oral, así, como la presunción de conexidad con el servicio.

A su turno, la Fiscal indicó que la petición debía despacharse desfavorablemente, pues no es la instancia para entrar a debatir la competencia, en tanto que ya se ha celebrado la audiencia de formulación de acusación, y la defensa no se pronunció al respecto, y en atención a la preclusividad de las etapas no es viable la solicitud. Agregó que de no ser atendida dicha solicitud la competencia debe permanecer en la justicia ordinaria, en tanto que en el artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 02 de 2012, se plasma que los trámites que se estén dando en la jurisdicción ordinaria, deberán permanecer en ella, norma que es clara y no

El Juez de conocimiento señaló que las conductas atribuidas no tienen relación con el servicio, pues, se trata de delitos de lesa humanidad, y es por eso que los delitos como los de homicidio en persona protegida, jamás podrán hacer parte de los conocidos por la justicia penal militar.

Señaló de igual manera, que el hecho de indicar que la orden de operación militar, es un acto administrativo y se presume legal, y que por tal, el señor Fiscal debe desde este momento demostrar la ilegalidad de dicho acto, no tiene razón de ser, toda vez que en el procedimiento penal existe libertad probatoria, además ello anticiparía el debate que se debe dar en el juicio oral.

Lo anterior, para concluir que la competencia debe quedar en su despacho, pues de la formalidad de la acusación, se cuestiona la legitimidad de la orden de operaciones y la legalidad de la actuación de los miembros de la Fuerza Pública, por lo que presenta acusación por la comisión de una actividad delictiva.

Finalmente ordenó la remisión de las diligencias a esta Superioridad a fin de que se dirima la colisión planteada por los defensores, teniendo en cuenta los criterios de necesidad, ponderación, legalidad que rigen las decisiones judiciales y a fin de evitar los excesos contrarios a la justicia⁵.

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En cuanto la existencia del conflicto de jurisdicciones.

En primer lugar, entra la Sala a corroborar la existencia de un conflicto de jurisdicciones y el tipo de que se trata, para luego abordar el estudio las particularidades del caso que la convoca. A este respecto, ha dicho esta Corporación lo siguiente:

“Entonces tenemos que, el conflicto se presenta cuando dos o mas 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 por que estiman ambas que es de su incumbencia, caso en el cual será positiva, es

2. Que surja disputa entre el funcionario que conoce y otro u otros acerca de quien 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 jurisdicción⁶.

Se trata pues de una controversia que versa sobre la competencia específica para conocer de un determinado asunto por parte de distintas jurisdicciones, ya sea porque las autoridades que las representan coinciden en considerarse investidas de la misma o por estimar lo contrario. En ambos casos, existe un diferendo conceptual sobre la autoridad que debe asumir el conocimiento del caso específico, siendo necesaria la intervención de este Tribunal de conflictos para dirimir dicha controversia.

Conforme a lo anterior, y de cara al caso *sub lite*, habrá de estimarse que, pese a la peculiaridad del modo en que regresa el asunto a conocimiento de esta Colegiatura, revisado el plenario de cara a las argumentaciones de uno de los defensores de los procesados, el original pronunciamiento de la Justicia Penal Militar, de la Fiscalía 57 de la Unidad de Derechos Humanos, y teniendo en especial consideración que las providencias por medio de las cuales se dirimen los conflictos entre jurisdicciones apenas hacen tránsito a cosa juzgada formal, por lo que es perfectamente posible que ante el advenimiento de una prueba sobreviniente o un cambio en la realidad legal o constitucional pueda plantearse de nuevo el conflicto de jurisdicciones.

El Tribunal de conflictos frente a la promulgación del Acto Legislativo No. 02 del 27 de diciembre de 2012.

Al tenor de lo previsto en el numeral 6º del artículo 256 de la Constitución Política de Colombia y artículo 112 de la Ley 270 de 1996, esta Corporación es competente para dirimir el conflicto en cita, que enfrenta a la justicia ordinaria y la justicia penal militar. Tales atribuciones constitucionales y legales, han valido para que esta Corporación, *de modo exclusivo*, resuelva las controversias incidentales entre representantes de dichas jurisdicciones, asignando la competencia que corresponda en cada caso; sin embargo, resulta conveniente que la Sala se ocupe brevemente de hacer ciertas precisiones referidas al alcance de sus

promulgación del Acto Legislativo No. 02 del veintisiete (27) de diciembre de dos mil doce (2012), reformatorio de la Constitución Política, conocido como la “*reforma al fuero penal militar*”. Esto en virtud del poder que le asiste, como órgano con funciones jurisdiccionales que es, de determinar el alcance de su propia competencia, vista la nueva realidad constitucional.⁷

Conforme a lo promulgado, se crean dos organismos *siu generis* con facultades para intervenir en el juzgamiento de los militares y policías con ocasión de conductas derivadas del desarrollo de operaciones u operativos: *el Tribunal de Garantías Penales y la Comisión Técnica de Coordinación*.

En cuanto al Tribunal de Garantías, la reforma constitucional aprobada contempla que:

“ARTICULO 1°. Adiciónese el artículo 116 de la Constitución Política con los siguientes incisos:

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.*

El Tribunal de Garantías estará integrado por ocho (8) Magistrados, cuatro (4) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. Sus miembros serán elegidos por la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Gobierno del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pleno. Los miembros de la Fuerza Pública en retiro de este Tribunal serán elegidos de cuatro (4) ternas que enviará el Presidente de la República.

⁷ Conocido esta atribución como *compétence* ha sido útil en materia de justicia arbitral para que los Tribunales determinen en específicos casos el alcance de sus atribuciones competenciales (Ver. Sentencia T-408/10). Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reiteradas ocasiones se ha valido de este principio universal para conservar el conocimiento de causas en las que su competencia ha sido puesta en entredicho o no se ofrece tan prolija (*Véase Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, párr. 74; Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, párr. 64.; y, Caso Furlan y Familiares vs.*

Una ley estatutaria establecerá los requisitos exigidos para ser magistrado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el mecanismo de postulación de candidatos, el procedimiento para su selección y demás aspectos de organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales.

Parágrafo Transitorio. El Tribunal de Garantías Penales empezará a ejercer las funciones asignadas en este artículo, una vez entre en vigencia la ley estatutaria que lo reglamente.”⁸

Ergo, se trata de un organismo permanente de carácter judicial, con facultades constitucionales para intervenir en los procesos penales seguidos contra miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en cualquier jurisdicción, con un doble propósito: *fungir como un especialísimo juez de control de garantías en estas causas* (Numerales 1º y 2º), y, *como tribunal de conflictos en caso de controversias por la competencia suscitadas entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria* (Numeral 3º).

En lo que respecta a esto último, la Sala advierte que por lo menos en el proyecto de Acto Legislativo presentado por el Gobierno Nacional al Congreso de la República, el nuevo Tribunal de Garantías Penales no tenía a su cargo la tarea de dirimir conflictos entre jurisdicciones; dicho encargo constitucional había sido previsto para la Comisión Técnica de Coordinación o Comisión Mixta, como fue expresado por el señor Ministro de la Defensa en su exposición de motivos.

“2. Creación de una comisión mixta

Actualmente, en una operación militar donde resulta una muerte en combate constituye, para efectos judiciales, una noticia criminis que obliga a las autoridades judiciales a poner en marcha una investigación penal. El efecto es que miembros de la Fuerza Pública son vinculados de manera automática a investigaciones penales así no hayan cometido ningún delito con efectos negativos en la misión de la misma y en la moral de sus hombres. Es necesario entonces un mecanismo que permita distinguir los casos donde no hay duda sobre la legitimidad de una operación y de sus resultados, y aquellos donde, por la existencia de dudas sobre las circunstancias y de indicios de conductas delictivas, hay mérito para iniciar una investigación penal tendiente a establecer si se cometió algún delito en el marco de la operación.

Adicionalmente, es importante que en caso de duda sobre lo sucedido haya una constatación oportuna y técnica de los hechos.

Una solución que parece posible a los ojos del Gobierno Nacional es adelantar una averiguación rápida y eficaz que permita establecer algunos hechos básicos, con base en los cuales se pueda asignar la jurisdicción. Por eso se propone crear por acto legislativo una comisión mixta, encargada de constatar los hechos rápidamente y determinar si una investigación penal debe iniciarse. La creación de este mecanismo supone tres ventajas: (i) evita iniciar de oficio una investigación formal por todas y cada una de las operaciones militares, sin perjuicio de que los

afectados interpongan una denuncia si creen que han sido víctimas de un delito; (ii) permite disipar desde el inicio las discusiones sobre competencia, al remitir a la jurisdicción que corresponda según la constatación fáctica efectuada por la comisión mixta las actuaciones, sin perjuicio de que posteriormente la otra jurisdicción plantee el conflicto de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura si cree que la decisión de la comisión fue equivocada; y (iii) evita que las decisiones sobre competencia se fundamenten exclusivamente en vacíos en la investigación inicial, o en duda sobre los hechos, como ocurre actualmente.

En suma, la comisión mixta se inspira en una perspectiva de colaboración armónica desde el inicio de las investigaciones, en lugar de postergar todo a un eventual conflicto entre jurisdicciones.

Por lo anterior, el Gobierno propone al Congreso de la República adicionar el siguiente inciso al artículo 221 de la Constitución, creando la comisión mixta:

*“Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre algún hecho que pueda ser punible y existe duda sobre la jurisdicción competente, una comisión mixta integrada por representantes de las dos jurisdicciones, 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 las autoridades que pueden solicitar la intervención de la comisión, los plazos que deberá cumplir y la manera de solucionar sus desacuerdos.”*⁹(Subrayado fuera de texto).

Nótese que del modo en que se redactó, en principio, el proyecto de Acto Legislativo, dicha Comisión estaba concebida como un “recurso técnico”, útil para la determinación adecuada y oportuna de competencias en caso de controversias entre jurisdicciones. Con todo, la intervención de la Comisión no estaba llamada a limitar o sustituir las atribuciones constitucionales de la Corporación para dirimir ese tipo de conflictos; por el contrario, preveía la posibilidad de que ésta conociera del asunto en caso de persistir el diferendo entre las autoridades penales ordinarias y las militares.

“(ii) permite disipar desde el inicio las discusiones sobre competencia, al remitir a la jurisdicción que corresponda según la constatación fáctica efectuada por la comisión mixta las actuaciones, sin perjuicio de que posteriormente la otra jurisdicción plantee el conflicto de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura si cree que la decisión de la comisión fue equivocada;” (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, de acuerdo a lo aprobado, la atribución para asignar competencia en estos asuntos, adquirió el carácter de permanente en cabeza del Tribunal de Garantías, sin que la reforma prevea expresamente la posibilidad de que esta Superioridad conozca de este tipo de conflictos. Pareciera entonces, que la reforma a la Carta trajo aparejada la sustitución de esta facultad específica, que

le fuera reconocida al Consejo Superior de la Judicatura por vía del artículo 256 constitucional, para signarla al nuevo Tribunal. Los términos que fue finalmente aprobada y promulgada pareciera no dejar espacio a conclusión diferente.

Así las cosas, hasta tanto no entre en vigencia la Ley Estatutaria que reglamente la composición y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales, esta Superioridad continuará conociendo de este tipo de conflictos de jurisdicciones.

Una nueva realidad en materia de competencia frente a delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Militares.

Ahora bien, no cabe duda que la promulgación del Acto Legislativo 002 de 2012, constituye una circunstancia de extraordinaria importancia para efectos de solucionar conflictos de jurisdicciones de esta naturaleza, en la medida en que establece claramente los límites de la competencia de las autoridades judiciales ordinarias y las militares, en razón al tipo de delitos que puedan ser cometidos por los miembros de la Fuerza Pública. La promulgación de dicho Acto, supone entonces una realidad constitucional diferente a la del momento en que fue resuelto por primera vez este mismo conflicto.

En efecto, el articulado que finalmente fue aprobado por el Congreso de la República, establece que:

“ARTICULO 3º. *El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:*

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.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerán de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el

del conflicto armado se deberán observar las reglas del Derecho Internacional Humanitario, sino además que las infracciones al mismo son de competencia de la Justicia Penal Militar (Siempre y cuando no se constituyan en alguno de los delitos expresamente excluidos de su competencia).

Ahora bien, de conformidad con el artículo 6º del mismo Acto Legislativo, su vigencia corre a partir del momento de su promulgación, esto es el 27 de diciembre de 2012; lo cual indica que todas aquellas materias no sujetas a la reglamentación por vía de la Ley estatutaria habrá de considerarse vigentes desde dicho momento. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-957 de 1999, con ponencia del Dr. ALVARO TAFUR GALVIS, afirmó lo siguiente:

“En lo relativo a su vigencia, como regla general, la ley comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso determine una fecha diversa a aquella, facultad igualmente predicable del legislador extraordinario. Los efectos jurídicos de los actos legislativos y de las leyes que se producen a partir de la promulgación en el Diario Oficial, dan lugar a su oponibilidad y obligatoriedad sin que por ello se afecte la validez ni la existencia de los mismos.”

Luego, está fuera de toda discusión que lo establecido en la reforma constitucional constituye un elemento novedoso en la definición de competencias por parte de esta Superioridad, cuando los extremos del conflicto estén integrados por representantes de la Justicia Ordinaria y la Justicia Penal Militar. De este modo, es a la luz de la nueva lógica intrínseca a la reforma, que este Tribunal de Conflictos, así como los jueces que asuman el conocimiento de estas causas, habrá de estudiar cada caso.

3.3. De los valores, principios y derechos constitucionales comprometidos en la definición de competencias entre las jurisdicciones ordinaria y penal militar. Reiteración de jurisprudencia.

Ya ha sido dicho por la Sala, al dirimir conflictos de idéntica naturaleza, que el examen de las circunstancias modales, temporales y espaciales en que los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional llevan a cabo sus actividades, y de las cuales deriva una causa penal, no puede escindirse de la

Y es que, como lo viene advirtiendo esta Corporación reiteradamente, la solución de este tipo de conflictos requiere de un especial cuidado, en punto de determinar no solo aquello sino el marco jurídico específico que le es aplicable a cada caso, esto es, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario. Esta sola distinción reviste una capital importancia, en la medida en que ambos sistemas normativos consagran reglas que regulan el uso de la fuerza de modo diametralmente diferente; así, pues mientras el primero legitima el uso de las armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (sean estos policías o militares) como un recurso extraordinario (*ultima ratio*) como reacción a una injusta agresión actual o inminente, siempre que sea proporcional a la entidad de esta¹¹, el Derecho Internacional Humanitario, admite como lícito el uso de las armas de fuego de modo anticipado y sorpresivo sobre objetivos militares (Sean estas personas o bienes), siempre que la ventaja militar esperada o lograda con dicho ataque guarde la debida proporcionalidad en relación con los daños incidentales previstos u ocasionados. Al advertir la Sala esta notable diferencia del contenido de ambos sistemas normativos, así como de los disímiles juicios valorativos que de ellos pueden derivarse —es perfectamente factible que lo que para un sistema es lícito, para el otro deviene en ilícito—, en providencia del quince (15) de Noviembre de dos mil doce (2012), bajo el radicado No. 110010102000201202160 00, tuvo a bien hacer las siguientes precisiones:

“Diferencias entre Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH).”

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) es un conjunto de normas jurídicas que tiene como fin regular los efectos de los conflictos armados, protegiendo a los bienes de carácter civil, así como a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que hayan dejado de hacerlo, y estableciendo límites en empleo o utilización de ciertos medios y métodos de guerra. En términos más sencillos, constituye un conjunto articulado de reglas de obligatorio cumplimiento para la conducción lícita de las hostilidades; por tanto, su fin, más que prohibitivo, es regulatorio de la guerra. De manera muchísimo más técnico y exhaustivo, el Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA), elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (Ginebra 1998)¹², ofrece la siguiente definición:

*“Conjunto de normas del derecho internacional de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinadas a regular problemas acaecidos en período de **conflictos armados internacionales o no internacionales**. Estas normas restringen, entre otras cosas, la elección de las **Partes en conflicto** en cuanto a los **métodos, medios y objetivos de combate** en una situación operacional determinada. Sus disposiciones se aplican en particular a:*

celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990) y, a nivel interno, el Código Nacional de Policía de 1970.”

De esta manera, del mismo modo en que concluyó la Sala en la providencia cuyos apartes se han transcrito antes, reafirma ahora esta Superioridad que la identificación del marco normativo en el que se desarrolló la actividad militar o policial, constituye un ejercicio obligado previo al examen de su licitud.¹⁴ La trascendencia de ejercicio será de tal grado, que en la actualidad, con ocasión del acto legislativo No. 02 del veintisiete (27) de diciembre de dos mil doce (2012), el propio texto constitucional adscribe expresamente la conducta de los miembros de la Fuerza Pública a un particular sistema normativo, siempre que la misma guarde relación con la conducción de hostilidades:

“ARTICULO 3º. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

(...)

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario.”

Valga decir que, en un estado ideal de cosas, el hecho de que la Constitución Política se exprese de modo tan particular y detallado respecto de un asunto que aparentemente no ofrece ningún tipo de duda (es decir, es suficientemente claro a la luz de los Convenios y Proocolos incorporados al ordenamiento jurídico colombiano que el Derecho Internacional Humanitario es aplicable a conflictos armados, sean estos de carácter internacional o no) motivaría una fuerte e implacable crítica a la manera en que el legislador diseña este tipo de disposiciones. Sin embargo, semejante descripción normativa es justificada por esta Sala en virtud del peligroso margen de discrecionalidad judicial que supone la vigencia coetánea de ambos sistemas normativos en el desarrollo de las actividades militares y de policía. Dicho en otros términos, la Sala entiende que la finalidad del constituyente no es otra diferente a la de evitar que la determinación del marco jurídico aplicable a las operaciones militares u operativos policiales relacionados con la conducción de hostilidades quede librado a la azarosa discrecionalidad del funcionario judicial; previendo la posibilidad de que una

¹⁴ En idéntico sentido se despachó la Sala en las decisiones que a continuación se relacionan: Auto del doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012). Rad. No. 110010102000201202638 00: Auto del diez (10) de diciembre de dos mil

operación u operativo, planeado, ejecutado y evaluado bajo las especiales reglas del Derecho Internacional Humanitario, aplicado a las hostilidades, termine siendo juzgado judicialmente con base en las normas que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con lo cual la licitud de un comportamiento bien puede ser desvirtuado. Oportuno resulta entonces, traer a colación de nuevo motivos expuestos por el Gobierno Nacional para incorporar a la citada reforma tan curiosa cláusula:

“4. Definición del marco legal sustantivo que debe regir el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública.

Los operadores jurídicos deben, al interpretar y aplicar las normas caso a caso en un contexto de conflicto armado, tomar en cuenta como parámetro normativo de remisión el bloque de constitucionalidad. Es decir que en el texto constitucional reposan normas de reenvío o remisión (artículo 93 y 94) a normas supralegales que condicionan tanto el alcance como la efectividad de una norma de derecho interno. Por tanto, cuando se trata de juzgar una conducta reprochable de un miembro de la Fuerza Pública con ocasión de la conducción de las hostilidades, el bloque de constitucionalidad adquiere una fuerza relevante, pues el operador jurídico debe tener en cuenta el mandato constitucional de reenvío para resolver una controversia judicial. Esto hace que el derecho de la guerra no se encierre en la regulación de los parámetros legales del ordenamiento interno, sino que las lógicas normativas se hacen más dinámicas y se adaptan a la realidad social, en la medida que jueces y fiscales pueden remitirse a normas internacionales que no están necesariamente incluidas en el texto constitucional, para investigar o juzgar una infracción.

Se debe anotar que ésta figura de cuño francés tiene una relevancia considerable en el ámbito penal, en la medida en que incorpora los estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno colombiano. El bloque de constitucionalidad no sólo permite sino que incluso obliga a interpretar los alcances del procedimiento penal a partir de las garantías fundamentales previstas no sólo en la Constitución sino también en muchos tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, con lo cual no sólo constitucionaliza el procedimiento penal sino que obliga a analizarlo desde una perspectiva de derechos y humanos y derecho internacional humanitario.

Sin embargo, se ha detectado una ausencia de aplicación del derecho internacional humanitario en providencias en que se determina la responsabilidad penal de miembros de la Fuerza Pública. Esto ocurre tanto en la jurisdicción ordinaria como en la justicia penal militar. El derecho internacional establece reglas especializadas para la conducta de la Fuerza Pública, que son el resultado de una cuidadosa ponderación entre el principio humanitario y la necesidad militar. Estas reglas son conocidas en su conjunto como DIH.

El DIH establece precisos parámetros para la acción de la Fuerza Pública. Por ejemplo, indica quienes participan en las hostilidades; protege a ciertas personas; señala cómo distinguir entre personas civiles y personas que participan directamente en las hostilidades; establece cómo distinguir entre objetos civiles y objetos militares, y qué reglas deben observarse al momento de lanzar un ataque. A diferencia de las normas que rigen en tiempos de paz para las autoridades de policía, el DIH no niega la posibilidad de actuar de manera ofensiva, ni defensiva. Éste permite a la Fuerza Pública lanzar un ataque ofensivo contra sus adversarios sin la necesidad de esperar una amenaza similar por parte de ellos. Desde que exista un conflicto armado, la Fuerza Pública

mismo sentido, como la prohibición de los ataques indiscriminados. También protege a las personas que quedan fuera de combate.

Pero existen providencias, tanto en la justicia penal ordinaria como en la justicia penal militar, que no aplican el DIH a la conducta de los miembros de la Fuerza Pública. Por el contrario, evalúan la posible responsabilidad de sus miembros con base en lecturas aisladas de conceptos del derecho penal, como las causales de ausencia de responsabilidad de “legítima defensa” y “estricto cumplimiento de un deber legal”. El problema con estas causales es que están diseñadas principalmente para evaluar la antijuridicidad de una conducta típica en tiempos de paz y en el contexto de la vida civil. No tiene sentido exigir a los integrantes de Fuerza Pública que durante un combate deban justificarse probando que se estaban protegiendo contra una “agresión injusta” que era “actual o inminente” y que el uso letal de la fuerza era la única alternativa para evitar esa agresión por ser “necesario”. La lectura aislada del derecho penal diseñado para contextos de normalidad en la vida civil puede terminar dejando a sus miembros en la disyuntiva entre no atacar a los grupos armados ilegales o someterse a un proceso penal.

(...)

De lo anterior, resulta que es insuficiente el sistema de integración o de incorporación automática de las normas humanitarias de un valor superior en el ordenamiento jurídico interno. La aplicación de normas humanitarias ha resultado compleja por la ausencia de una disposición normativa que cumpla una suerte de bisagra en el ordenamiento interno. No es suficiente la incorporación automática del DIH, es necesario que el bloque de constitucionalidad vaya acompañado de normas intermedias de integración en el ordenamiento interno, para que las normas de remisión resulten eficaces.

Ahora bien, a pesar de no existir norma de integración no puede desconocerse que no exista un mandato de remisión al bloque de constitucionalidad que incorpora el DIH.

En efecto, es un hecho indiscutible que, en su configuración actual, las normas de integración del bloque de constitucionalidad se han manifestado insuficientes. Por eso este proyecto de Acto de legislativo se preocupa por postular una norma de integración; que torne el proceso penal más garantista. La necesidad de esta norma toma notable relevancia cuando se constata que al no existir una pasarela entre el DIH y el derecho penal interno, se atenta contra la eficacia del principio de supremacía constitucional. Por esa razón, el Gobierno Nacional estima necesario precisar en un acto legislativo que las autoridades judiciales, sin importar si se trata de la jurisdicción ordinaria o de la justicia penal militar, deben aplicar el DIH al investigar y juzgar la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del conflicto armado interno. Por lo anterior, al artículo 221 podría ser añadido el siguiente inciso: “Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el derecho internacional humanitario.”¹⁵

Asimismo, ha sostenido la Sala que la solución de un conflicto por el conocimiento de una causa penal derivadas de punibles cometidos en desarrollo de actividades militares o policiales, debe considerar no solo la naturaleza jurídica de la operación u operativo de que se trate¹⁶, sino las *presunciones* inescindiblemente ligadas a la

¹⁵ <http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Prensa/Documentos/P.A.L.192-2012C->

misma. Al estudiar en detalle el contenido y naturaleza de las ordenes de operaciones, se identificaron por lo menos tres presunciones:

- a) **la presunción de legalidad de la actuación;** derivada de la naturaleza administrativa de la orden militar en cumplimiento de la cual se desarrollan las operaciones. Como cualquier otra actividad de la Administración Pública, la ejecución de una operación militar ha de presumirse legal.
- b) **la presunción de conexidad con el servicio;** en virtud de la cual, a partir de lo contemplado en los artículos 221 y 250 Constitucionales, toda actividad militar o policial (Operación u operativo, respectivamente) cumplida por los miembros de la Fuerza Pública, se presume relacionada con el servicio. Las excepciones fácticas descritas en el propio Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) y desarrolladas en las sentencias de la Corte Constitucionalidad (Excesos cualitativos y cuantitativos), confirman, precisamente la existencia de dicha presunción¹⁷.
- c) **La presunción de inocencia del servidor público que suscribe y/o ejecuta la Operación Militar o el operativo policial.** Respecto de esta última presunción,

Primero.- La ORDOP cumple con todos y cada uno de los elementos esenciales del acto administrativo, de la siguiente manera:

- *Elemento Subjetivo u Órgano competente: La orden es suscripta por un agente del Estado identificable –facultado para el efecto—, el Comandante de la unidad militar.*
- *Elemento Objetivo o Voluntad Administrativa: Este elemento se cumple en el apartado correspondiente a la fase de ejecución, en el que se expresa, además de la misión, la intención del comandante, el propósito de la operación, concepto de la operación y determinación de la normatividad aplicable.*
- *Elemento Causal: la fundamentación o motivación de la orden se encuentra dada a lo largo del documento en el que formaliza (expresada en términos de necesidad militar). Concretamente se puede identificar en el momento de la determinación de la misión, y ejecución especialmente.*
- *Elemento Finalista: El sustento usual de una ORDOP es dar cumplimiento a un planeamiento surtido en los escalones superiores del mando, correspondientes a la política gubernamental de seguridad y defensa nacional, el plan de campaña, el plan de guerra y el plan de operaciones proveniente de estamentos de mayor jerarquía, como puede ser del plan de guerra, plan de combate, entre otros; los cuales determinan las directrices y orientación del actuar de las Fuerzas Militares del Estado Colombiano.*
- *Elemento Formal: A pesar que en el derecho administrativo no existen formas especiales genéricas para los actos administrativos, excepto en los casos en que dichas formas estén expresamente previstas en los textos, en la doctrina militar, tal y como se estableció en apartado anterior, la ORDOP puede ser emitida de forma verbal, escrita o tipo calco, pero siempre cumpliendo las características de ser una orden administrativa que exprese una voluntad legítima, y que ésta se emite con la intención de producir efectos legales jurídicos.*

Segundo.- El hecho de que la ORDOP pueda ser emitida de forma verbal o escrito, no desnaturaliza su carácter jurídico, en cuanto que, el ordenamiento jurídico colombiano no exige formalidades determinadas para la conformación del acto administrativo, de tal manera que puede ser verbal, escrito y hasta simbólico. Es entonces lo que determina, el carácter de acto administrativo de la orden que se esté ante un acto administrativo, es el que se trate efectivamente de una declaración de la voluntad de la administración con consecuencias jurídicas; presupuesto que indudablemente cumple la ORDOP.

fue afirmado por la Sala en la referida decisión del quince (15) de noviembre de dos mil doce (2012)¹⁸:

“En la práctica, dicho sea de paso, la asignación de competencia en cabeza del juez ordinario en este tipo de casos, contribuye a erosionar dicha garantía judicial, pudiendo afectar en forma determinante la dinámica y el curso del proceso criminal respectivo. Esto se explica en la medida en que, si bien la determinación de la ley del proceso no deja de ser una contingencia procesal que en nada debiera afectar la dinámica del proceso penal respectivo —especialmente el juicio de responsabilidad emitido por el juez—, una decisión como la que debe adoptar esta Corporación en el presente caso, necesariamente se referirá de manera positiva o negativa sobre la legalidad de la actuación y la conexidad con el servicio militar o policial, influyendo —así no se quiera, insiste la Sala—, en ocasiones de modo trágico, en las percepciones de los extremos de la relación del proceso criminal y, peor aún, el juicio de los funcionarios judiciales con facultades de restringir derechos fundamentales. No sobra reconocer, que un servidor público en cuyo caso se determine la competencia del juez ordinario, continuará sometido al trámite de su proceso penal con el incómodo y pesado lastre —o el “INRI”, siendo aún más trágicos, para ser consecuentes con lo observado en no pocos procesos penales que se surten por hechos similares— que representa un pronunciamiento colegiado del más alto nivel, deja en duda la legalidad de su actuación y, de contera, le resta entidad a la presunción de inocencia que concurre a su favor.”

Todo lo afirmado, llevó a que, recientemente, la Corporación tuviera a bien concluir que la **duda** a la que se refiere la jurisprudencia constitucional como factor determinante para signar competencia a la jurisdicción ordinaria, respecto de causas criminales seguidas en contra de militares y policías, no puede ser de cualquier entidad, ni mucho menos confundirse con la “**duda sobre la responsabilidad penal**”, persistente en las mismas desde el momento de iniciarse el ejercicio de la acción penal hasta la ejecutoriedad de la providencia en virtud de la cual se de por terminado definitivamente el proceso. *Se trata pues de una duda sobre la relación de la conducta con el servicio militar o policial*, la cual ha de ser razonable, esto es, en términos de esta misma Sala¹⁹:

“...debe obedecer a una constatación de criterios por parte de quienes tengan a su cargo todas las etapas del proceso y que una vez realizada dicha verificación persistan esas circunstancias generadoras de la misma, se exige también que dicha duda razonable sea de tal entidad que pueda ser fácilmente percibida por cualquier persona que tenga contacto con la decisión judicial.

En efecto, la determinación de la ley del proceso, mediante la asignación de competencia al juez ordinario o al penal militar, no puede ser resultado de cualquier tipo de juicio o valoración por parte de esta Corporación. O, lo que es lo mismo, no cualquier duda puede servir para definir el conflicto en uno u otro sentido. Y es que, considerando los valores y principios —constitucionales y legales— que se encuentran involucrados demanda el más serio de los juicios para la resolución

Se hará necesario entonces procurar un acto de “equilibrismo jurídico”, conocido como la técnica de la ponderación –consistente en “sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”²⁰.

En tal virtud, al presumirse la legalidad de las operaciones militares u operativos de Policía, en razón a su naturaleza jurídica, y, de contera, la conexidad con el servicio de que se trate, de las diligencias puestas a disposición de la Corporación para dirimir el conflicto deben surgir en forma evidente circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan inferir, *razonable y racionalmente*, que la conducta por la que se investiga al servidor público comprometido en el planeamiento o ejecución de una operación u operativo, no guarda relación con el servicio. De ahí que, sin que ello implique una usurpación en la valoración que le corresponde al juez de la causa, no cualquier prueba o hecho indicador sea suficiente para desvirtuar la presumida conexidad de la conducta y el servicio. El sumo cuidado que debe tener la Corporación al dirimir este tipo de conflictos, implica indudablemente el examen integral de las circunstancias o particularidades propias de cada caso, de cara al marco normativo que resulte pertinente aplicar. |

3.3.3. Nulidad parcial del acto administrativo “APOYO A LA JUSTICIA PENAL MILITAR, suscrito conjuntamente por el Ministerio de Defensa Nacional y el Fiscal General de la Nación, el catorce (14) de junio de dos mil seis (2006).

Ahora bien, como ya ha sido afirmado por el Consejo de Estado, mediante providencia del quince (15) de noviembre de dos mil doce (2012), la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Dra. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ,²¹ resolvió declarar la nulidad de los numerales 4, 5 y 6 del acto administrativo “APOYO A LA JUSTICIA PENAL MILITAR, suscrito conjuntamente por el Ministerio de Defensa Nacional y el Fiscal General de la Nación, el catorce (14) de junio de dos mil seis (2006), el cual sirvió para definir por varios años no solo el modo en que se llevaría a cabo la colaboración de las autoridades con funciones de policía judicial a la Justicia Penal Militar, sino además la competencia inicial de las investigaciones penales adelantadas en contra de militares por las muertes ocasionadas en desarrollo de operaciones militares.

Entre otras cosas, para el Consejo de Estado, la expresión “de las operaciones propias de las Fuerzas Militares” es sinónima de otra muy conocida: “en relación con el mismo

servicio”²²; a partir de dicha precisión conceptual, empezó por advertir que el fuero militar supone o constituye una “*excepción al principio del juez natural general*”, siendo, en consecuencia, de carácter especial y de aplicación restrictiva. Ahora bien, dando lugar al cargo formulado por los accionantes, según el cual las disposiciones demandadas violan la garantía fundamental al juez natural de los militares -y de contera el debido proceso de que trata el artículo 29 constitucional, entre otras normas del mismo rango—, la Corporación consideró que el hecho de conceder el conocimiento previo y a prevención de las investigaciones a la Justicia Ordinaria por los resultados acaecidos en desarrollo de operaciones militares contraría la Constitucional Política, en tanto y en cuanto los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Militares en desarrollo de operaciones militares, se consideran en sí mismas relacionadas con el servicio.

De esta manera, el Consejo de Estado ofrece una idéntica afirmación a la que esta Sala ya ha venido ofreciendo en reiteradas oportunidades, como viene de hacerse notar en el punto anterior, sobre la existencia de una ***presunción de conexidad*** que liga los resultados de una operación militar al servicio constitucional encargado a las Fuerzas Militares²³. El alcance de las consideraciones del Consejo de Estado, fueron objeto del siguiente comentario por parte de esta Sala, en providencia del sesi (6) de marzo de dos mil trece (2013), aprobada según Acta No. 16 de la misma fecha, dentro del radicado No. 110010102000201300217 00, de la que fue ponente el Magistrado que ahora oficia en la misma calidad:

²² Como fundamento de la suspensión provisional del Acto Administrativo en comento, la misma Sala de lo contencioso Administrativo afirmó lo siguiente: (Negrillas del original) “*Para la Sala no es necesario realizar análisis de fondo propios de la sentencia, para concluir que la expresión “con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares” utilizada en el acto acusado, responde de manera sinónima a la expresión “en relación con el servicio” de los artículos 221 y 250 de la Constitución Política, razón por la cual es evidente la contradicción entre el acto y las normas*”. (Rad. 2009-00196)

²³ Esta vez, el Consejo de Estado lo expresó en estos categóricos términos:

“En primer término, se advierte 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. (...) para la Sala es claro que los hechos que se presentan “con ocasión de las operaciones de las Fuerzas Militares”, en donde presuntamente se cometan delitos, necesariamente involucran la conducta de miembros de la fuerza pública en servicio activo y guardan relación con el mismo servicio, que es precisamente lo que determina la competencia de la Jurisdicción Penal Militar y excluye de su conocimiento a la Justicia ordinaria, en los términos de los artículos 221 y 250 de la Carta Política.

Adicionalmente, la Sala reitera que la investigación y el juzgamiento de los presuntos delitos que se cometan por los miembros en servicio activo de la Fuerza Pública “con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares”, son del conocimiento de la Justicia Penal Militar y escapan a la órbita de competencia de la Justicia ordinaria (...)

De otra parte, la Sala no pone en duda que en el marco de una acción u operación militar pueden presentarse ocasionalmente situaciones en las que la conducta de la fuerza pública no guarde una relación directa con actos del servicio, empero, no por ello puede establecerse que sea la Fiscalía General de la Nación a través de los Fiscales de la URI, quienes asuma (sic) su conocimiento con capacidad para determinar la competencia de la Jurisdicción ordinaria o la

“[e]l Consejo de Estado ha puesto de manifiesto un hecho inadvertido hasta el momento, pero que guarda estrecha relación con lo que ha venido sosteniendo esta Sala Jurisdiccional recientemente: el fuero penal militar tiene una doble connotación jurídica: como excepción a la regla del juez natural general y materialización de la garantía del juez natural especial.

*Pese a lo complejo que esto pueda resultar, se explica de la siguiente forma: una visión externa y sistémica del ordenamiento jurídico permite concluir que, en efecto, la regla general está dada en que son las autoridades judiciales ordinarias las que investigan la comisión de toda clase de delitos, siendo la competencia de los jueces penales militares apenas excepcional (a esto se le llamará para efectos explicativos, **visión externa del sistema**). Con todo, ubicados desde la excepcionalidad misma, se tendrá que concluir que las actuaciones de los fiscales y jueces ordinarios respecto de conductas delictivas cometidas por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, en el marco de una actividad funcional, vienen a constituir la excepción a la regla (**visión interna del sistema**); en otras palabras dicho, la calidad de miembro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, trae aparejada una garantía fundamental ligada al debido proceso (juez natural), en virtud de la cual, por regla general, las conductas delictivas que guarden relación con el servicio encomendado (sean estas operativas o administrativas) son de conocimiento del juez penal militar, siendo competente el ordinario sólo en aquellos eventos en los que por disposición expresa de la Constitución o la ley (Crímenes de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado)²⁴ o la inexistencia de relación con el servicio, están excluidos de la competencia de aquel (C-358 de 1997).”*

El caso concreto

Se circunscribe a establecer: I) Si es procedente la impugnación de competencia presentada por el defensor de unos de los acusados en la audiencia preparatoria ii) Si en atención a lo afirmado por la defensa de los militares investigados se hace necesaria la revisión del caso para entrar a resolver de fondo la controversia sobre la competencia para conocer de las investigaciones seguidas en contra de los mismos; II) Si de lo contenido en el plenario, aparece un nuevo elemento probatorio que permita afirmar que en el caso particular se deba variar la asignación de la competencia que ya fue decidida en una anterior oportunidad por parte de este mismo Tribunal.

De la definición de competencia

Con la expedición de la Ley 906 de 2004, conocido como el sistema acusatorio, se encuentra una nueva figura en el contexto procesal que propende por la definición del juez natural de conocimiento luego de que se presenta el escrito de acusación.

Esta figura es la “*definición de competencia*” de que trata el artículo 54 de dicho estatuto de procedimiento penal²⁵ que, dicho sea de paso, difiere de la colisión de competencias de que trataba la Ley 600 de 2000, en la cual el juez que se declaraba incompetente se lo remitía a quien estimara que era el competente, proponiéndole colisión negativa de competencias, para que éste se pronunciara y en caso de que no compartiera el criterio lo enviara a quien debía resolver el conflicto.

De manera general, acorde con las características de procedimiento penal colombiano señaladas en la Ley 906 de 2004, puede decirse que estableció esta figura con el objeto de que en el trámite judicial se determine de manera celerе, ágil, pero especialmente, definitiva, el juez competente para conocer de la fase procesal de juzgamiento, es decir, la que se inicia con la presentación del escrito de acusación.

Igualmente, esa determinación debe entenderse que abarca la fijación del juez que ha de conocer de la preclusión de la investigación de que tratan los artículos 33.1 y siguientes, pues esta posibilidad de darle término al proceso competente en exclusiva al Juez de conocimiento.

Como regla general, la competencia solo puede ser cuestionada por las partes en la **audiencia de formulación de acusación²⁶ o en la audiencia que se convoque para el estudio de la solicitud de preclusión de que trata el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal**, conclusión a la que se llega por integración normativa dentro del contexto sistemático de la Ley 906 de 2004.

No obstante lo anterior, el juez de conocimiento, así como se desprende del citado artículo 54, se encuentra en posibilidad de revelar tal incompetencia desde el mismo instante en que se le ha presentado el escrito de acusación o solicitud de preclusión, la cual se considera como definida y definitiva si; i) el

²⁵ **DEFINICIÓN DE COMPETENCIA. ARTÍCULO 54. TRÁMITE.** 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. Igual procedimiento se aplicará cuando se trate de lo previsto en el artículo 286 de este código y cuando la incompetencia

juez así no lo declara, o ii) no se alega incompetencia por las partes en la audiencia de formulación de acusación, que es el instante procesal oportuno, eso sí, salvo que se trate de la competencia derivada del factor subjetivo o esté radicada en funcionario de mayor jerarquía, tal como lo señala la prórroga de competencia a que hace referencia el artículo 55 del citado Código de Procedimiento Penal, entendiéndose siempre que el juez penal del circuito especializado es de mayor jerarquía que el juzgado penal del circuito.

Ahora, cuando son las partes las que rechazan la competencia del juez de conocimiento, deben acudir a la figura de la impugnación de competencia tratado en el artículo 341 del Código de Procedimiento Penal, mientras que si es el mismo juez quien así lo advierte, lo debe colocar de presente a las partes y, atendiendo al artículo 54 de la misma obra, lo remite inmediatamente a quien deba definirla.

Sin embargo a pesar de lo anotado en precedencia y a pesar de que la impugnación de la competencia, se dio en la audiencia preparatoria, siendo la etapa procesal pertinente para alegar la misma, la audiencia de formulación de acusación tal y como lo dispone el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura comparte lo señalado por el Juzgado de conocimiento, en cabeza del Juez Penal del Circuito Especializado de Manizales, en tanto que se decidirá la impugnación del conflicto de jurisdicción, teniendo en cuenta que se trata de salvaguardar el principio del Juez natural que debe conocer el asunto, en aras de garantizar la efectivización del derecho sustancial y evitar eventuales nulidades en el proceso penal.

Es así, que entraremos a analizar el segundo tópico:

- **Providencia del trece (13) de junio de dos mil once (2011)**

Como ya se ha dicho, los hechos sobre los que versa esta controversia son los mismos a los que tuvo que referirse esta Colegiatura mediante proveído del 13 de junio de 2011, en virtud de la cual se le asignó la competencia

“... Con base en lo anterior, se ha considerado que el fuero penal militar está integrado por dos elementos, así:

1. Un elemento subjetivo, que consiste en la calidad de miembro de la fuerza pública, o sea, las fuerzas militares y la policía nacional.

2. Un elemento funcional, que consiste en la relación de los delitos con el servicio o las funciones de la fuerza pública, consagradas en los artículos 217 y 218 de la Constitución Nacional, en virtud de los cuales “las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” y el fin primordial de la Policía Nacional es 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”.

Sobre el primero de los aspectos señalados, se tiene el informe de patrullaje suscrito por el Comandante de patrulla SD Reina Herrera Darío en el cual informó de los hechos puestos de presente así “(...) El 1 de septiembre de 2007 aproximadamente entre 20:00 y 20:30 nos encontrábamos en una cafetera teníamos un puesto de observación y escucha, aproximadamente a 150 MTS, del lugar donde fueron los hechos en coordenadas “04-59-38 15-38-22” cuando escuchamos el ruido de un carro en la parte baja de la carretera procedimos a dirigirnos al sector....cuando llegamos al sitio se encontraban dos sujetos se les dijo que quienes eran que nosotros éramos tropas del ejército y al instante los individuos empezaron a disparar hacía nosotros obligándonos a desarrollar la situación y a reaccionar con fuego también dando como resultado la muerte de dos sujetos (...)”.

De igual forma, existen declaraciones de los militares involucrados, así como acreditación de la calidad de los mismos como miembros del Batallón de Infantería No 22 “Batalla de Ayacucho”.

Así las cosas, se considera cumplido el primero de los requisitos exigidos por la ley para definir la aplicabilidad o no del fuero militar, es decir la calidad de miembros del Ejército Nacional de los implicados, razón por la cual la discusión debe centrarse en determinar la relación existente entre la conducta desplegada por los orgánicos y los actos que guardan relación con el servicio.

En este contexto, el fuero militar, de acuerdo con la definición dada por el Constituyente, está restringido a dos tipos de delitos: los intrínsecamente militares y los comunes que guardan relación con el mismo servicio, de tal manera que las conductas punibles consumadas en circunstancias diferentes a las establecidas en el artículo 221 de la Constitución Política por parte de los integrantes de la Fuerza Pública, serán juzgadas por la jurisdicción penal ordinaria.

Al respecto, el artículo 2° de la citada Ley 522 de 1999, enuncia aquellas situaciones que son de la incumbencia de la Justicia Penal Militar, precisamente por guardar relación con el servicio. Esto dice la norma:

“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 le es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la

ponderación de los elementos de juicio disponibles, al respecto la H. Corte Constitucional en Sentencia T-806 de 2000 señaló:

" (. . .) La Corte precisó dos aspectos de suma importancia que han de tenerse en cuenta a la hora de definir la aplicabilidad o no del fuero militar. El primero, hace referencia a que en ningún caso los delitos denominados de lesa humanidad podrán ser de conocimiento de la justicia penal militar, por la evidente contradicción que se presenta entre estos y las funciones asignadas por la Constitución a la fuerza pública, por cuanto su ocurrencia a mas de no guardar ninguna conexidad con estas, son, en sí mismas, una transgresión a la dignidad de la persona y vulneración evidente de los derechos humanos. Por tanto, se dejó sentado que un delito de esta naturaleza, siempre ha de ser investigado por la justicia ordinaria, so pena de vulnerarse la naturaleza misma del fuero militar y, por ende, el texto constitucional. El segundo, tiene que ver más con la dinámica del proceso, pues se determinó que en el curso de este, 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 aquellas, o duda sobre en que órgano debe radicarse la competencia, siempre habrá de discernirse esta en favor de la justicia ordinaria (...)" (Resaltado fuera de texto.)

Para llegar a la conclusión de 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, 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, 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 las fuerzas militares.

La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de algunas normas del Código Penal Militar, específicamente las referidas al fuero militar señaló que un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en cumplimiento del servicio que ha sido asignado por la Constitución y la Ley a la fuerza pública, al respecto indicó:

"(...) 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 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-.

dicho fundamento jurídico (...) En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública (...)

“(...)

“Además del elemento subjetivo -ser miembro de la fuerza pública en servicio activo-, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio (...)

“No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra 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. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.

“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 (...)”²⁷

(...)

Por lo anterior, es necesario que la Sala entre a analizar los elementos de juicio que constituyen el expediente penal, con el objeto de determinar, si como lo indica el Juzgado Noveno de Brigada de Armenia, la conducta desplegada por los militares implicados guarda relación con la misión a ellos encomendada, o si por el contrario, conforme lo predicó el Juzgado Tercero y la Fiscalía 57, existen elementos probatorios que ofrecen serias dudas sobre la existencia del nexo causal necesario para el reconocimiento del fuero castrense, tales como el informe de necropsia, las entrevistas, la prueba técnica de absorción atómica, entre otras.

En ese contexto, obran en el expediente pruebas que, en principio, corroborarían la existencia del nexo causal entre la situación fáctica investigada y el servicio encomendado a los militares que tuvieron participación activa en ella, tales como, el informe la orden de operaciones y el informe mediante el cual se relaciona el material de guerra incautado a los hoy occisos.

pertenecieron a un grupo subversivo como se indicó en los informes presentados por el Ejército, aduciendo que de acuerdo con el informe de necropsia de las siete heridas recibidas por José Antonio González Ruíz, en cuanto al plano coronal cuatro las recibió en posición postero - anterior, una sobre el plano y dos de adelante hacia atrás, y del plano sagital todas de derecha a izquierda.

A su vez de las cinco heridas perpetradas a Carlos José López Trujillo, recibió cuatro en posición postero - anterior, tres ínfero superior y cuatro de izquierda a derecha, además indicó el Fiscal que una de las víctimas en manera alguna disparo, al resultar negativa la prueba correspondiente, existiendo duda en la investigación.

Además señaló la Fiscalía que concurrían declaraciones de las cuales se infería que en el sector de ocurrencia de los hechos no hacía presencia grupos al margen de la ley ni extorsionistas. Así pues, considera la Sala que le asiste razón al fiscal, en tanto existen serios elementos de juicio que evidencia la ruptura de la relación de los hechos ocurridos con el servicio constitucionalmente asignado a las fuerzas militares, caso en el cual contrario a lo manifestado por el representante de la justicia penal militar, el conocimiento de las diligencias le corresponde a la justicia ordinaria.

De lo anterior se puede deducir que no existe certeza y, en cambio, existe duda sobre la forma en que sucedieron los hechos investigados, circunstancia que obliga a que sea el representante de la Justicia Ordinaria el llamado a avocar el conocimiento de la investigación penal, al no quedar plenamente demostradas las condiciones que dan lugar a la aplicación del fuero militar pues, tal y como lo señaló la Corte Constitucional, “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.”

Lo primero que habrá de advertir la Sala, es que en la valoración que del plenario se hizo en esa oportunidad, como bien lo afirmó los defensores de los acusados en la audiencia preparatoria en tanto no se disponía de ciertos elementos probatorios que bien hubieran podido haber servido para resolver el conflicto de modo diferente, no obstante que en la misma providencia de junio de dos mil once (2011) esta Corporación había hecho alusión a tres de extraordinaria trascendencia: los resultados que arrojó la necropsia en relación con los heridas *en posición postero - anterior* que registraron los occisos, el resultado negativo de la prueba de absorción atómica de una de las víctimas y las declaraciones de las cuales se infería que en el sector de ocurrencia de los hechos no hacía presencia grupos al margen de la ley ni extorsionistas.

“HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

(...)

funciones publicas por 12 meses, por el delito de Fabricación y Tráfico de Armas de Fuego o Municiones artículo 201 del C.P. (fl. 53)

4.- Mediante oficio del 29 de enero de 2008, la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional, manifestó en relación a las pruebas de absorción atómica realizadas a los occisos que el resultado es positivo característico para residuos de disparo." (Subrayado fuera de texto)

No obstante constar en el expediente, según el material probatorio relacionado en la providencia citada, tanto de las heridas *en posición postero - anterior* de los occisos, el resultado negativo de la prueba de absorción atómica de una de las víctimas y las declaraciones que dan cuenta de la inexistencia de grupos al margen de la Ley en el lugar de los hechos, se hace necesario revalorarlos a la luz de la nueva realidad constitucional y en relación con otros elementos probatorios.

Desde ya debe anunciar, esta Colegiatura hará un rompimiento de la unidad procesal a fin de que se investigue por separado y por la jurisdicción castrense la conducta del Teniente Coronel CARLOS ALFONSO SUAREZ ORTIZ, de conformidad a lo establecido en el numeral 1 artículo 53 de la ley 906 de 2004 el cual señala:

Art. 53.- RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL. Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservara la unidad procesal en los siguientes casos:

- 1. Cuando en la comisión del delito intervenga una persona para cuyo juzgamiento exista fuero constitucional o legal que implique cambio de competencia o que éste atribuido a una jurisdicción especial.**

Teniendo en cuenta que se investiga la conducta del teniente Coronel Suarez Ortíz, quien procedió a emitir la orden de Operaciones No. 088 "Atenas" enmarcada en la Operación ARPON, con la cual pretendían neutralizar o someter por la fuerza a miembros de las bandas criminales al servicio del Narcotráfico. Tenemos que bajo esta perspectiva se entrará a analizar también si los delitos

Es así, que de cara a los criterios que ha establecido esta misma Sala con antelación, como un mecanismo objetivo para determinar si en caso particular existe la duda sobre la relación de la conducta con el servicio, tenemos que:

- *Legalidad de la operación militar:*

Conforme consta en el plenario (Fl. 266 del CO), la presencia de la Unidad Militar en el sitio de los hechos atendió al cumplimiento de la Misión Táctica No. 088 del 30 de agosto de 2007, denominada “ATENAS”, cuyo objetivo era la neutralización de bandas criminales al servicio del Narcotráfico los cuales siembran pánico entre los moradores de la región.

“a. Enemigo.

“GRUPOS DE ORGANIZACIONES ARMADAS AL MARGEN DE LA LEY (OAML), QUE DELINQUEN EN EL AREA DE OPERACIONES ESPECIALMENTE LAS BANDAS CRIMINALES AL SRVICIO DEL NARCOTRÁFICO, EN EL ÁREA GENERAL DE LA JURISDICCIÓN, EN EL MUNICIPIO DE CHINCHINA (CALDAS), ESTÁN EN CAPACIDAD DE EFECTUAR ATENTADOS TERRORISTAS A PATRULLAS EN MOVIMIENTOS O ESTÁTICAS, ATENTADOS CONTRA LA INFRAESTRUCTURA DEL ESTADO Y LA POBLACIÓN CIVIL, ASESINATOS SELECTIVOS, RETENCIONES ARBITRARIAS, RETENES ILEGALES, SECUESTROS DE PERSONAS, QUEMA DE VEHICULOS Y OTRAS CLASES DE ATENTADOS”.

Conocida la naturaleza jurídica de este tipo de actos administrativos, nada surge del plenario que permita afirmar que la misma carece de fundamento fáctico y jurídico, o que haya sido suscrita por quien carecía de facultades para el efecto.

En todo caso, la suscripción de la misma, por parte de quien está facultad para el efecto, no puede ser considerado como suficiente elemento para derivar una responsabilidad penal, so pena de incurrir en la proscrita responsabilidad objetiva, odiosa a los postulados liberales del derecho penal colombiano. Para la Sala, es importante advertir que la emisión de una Orden de Operaciones o de Servicio, como acto administrativo complejo y *sui generis* que es, por parte de cualquier Comandante militar o policial representa un ejercicio legítimo del mando que le ha sido otorgado, inherente no solo a su grado y rango sino a la misión institucional de que

facultades y entorpecería la dinámica propia de las operaciones u operativos, exponiéndolo al mismo tiempo a responsabilidades por vía de la omisión, así como a la inevitable descalificación por incompetencia profesional); que un ordenamiento jurídico, o su práctica, contemple la posibilidad de derivar simultáneamente responsabilidades por el simple ejercicio y la omisión de un deber, no dejará de ser un contrasentido teleológico de razón al modelo constitucional de Estado como el colombiano.

A su turno, es menester traer a colación lo consagrado en la Ley **836 de 2003**, Por la cual se expidió el reglamento del **Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares**, a fin de reiterar que la expedición de órdenes es competencia de quien se le atribuye una función de mando, para el efecto tenemos:

ARTÍCULO 30. ATRIBUCIÓN DE MANDO. Todo aquel a quien se atribuye una función de mando es competente para expedir órdenes. Los límites de esta competencia se señalan en los reglamentos del servicio.

ARTÍCULO 31. REQUISITOS DE LA ORDEN. Toda orden militar debe ser legítima, lógica, oportuna, clara, precisa y concisa.

ARTÍCULO 32. OPORTUNIDAD DE LA ORDEN. Las órdenes deben cumplirse en el tiempo y del modo indicado por el superior. Cuando al ejecutar la orden aparecieren circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que modificaren el tiempo o el modo previstos para su ejecución, su cumplimiento puede ser dilatado o modificado siempre que no pudiere consultarse al superior, a quien se comunicará la decisión tomada tan pronto como fuere posible.

ARTÍCULO 33. RESPONSABILIDAD DE LA ORDEN. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 una conducta punible, infracción disciplinaria o fiscal, el subalterno no está obligado a obedecerla y deberá exponer al superior las razones de su negativa.

Será de tan especial importancia esta genérica precisión, que en el articulado del proyecto de Ley Estatutaria que recientemente fue presentado al Congreso de la República en aras de desarrollar los artículos 116 y 221 de la Constitución Política, modificados a su vez por el Acto Legislativo No. 002 de 2012, se propone establecer límites ciertos a los juicios de responsabilidad de los

“Proyecto de ley estatutaria No. “por la cual se desarrollan los artículos 116 y 221 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones

Artículo 32. Responsabilidad del superior militar o policial por las conductas de los subordinados. El superior militar o policial será responsable por las conductas de sus subordinados cuando se reúnan las siguientes condiciones concurrentes:

- a) La comisión de un delito ocurra en desarrollo de las hostilidades;
- b) El superior militar o policial tenga el mando y control efectivo sobre los autores del delito;
- c) El superior militar o policial hubiere sabido, o en razón de las circunstancias del momento hubiera debido saber que se cometió o se iba a cometer un delito;
- d) El superior militar o policial omita la prevención del delito o la denuncia del mismo a las autoridades competentes, teniendo la posibilidad fáctica de prevenirlo o denunciarlo, según sea el caso.

La responsabilidad penal del superior obedecerá a la naturaleza de la relación jerárquica, la cual será valorada en cada caso atendiendo las especificidades de las operaciones militares y policiales, y la capacidad efectiva de ejercer el mando.

Parágrafo 1. En ningún caso será responsable el superior militar o policial por la sola posición formal de jerarquía sobre los autores del delito.

Parágrafo 2. Se entenderá que el superior militar o policial hubiera debido saber que se cometió o se iba a cometer un delito si, en las circunstancias del momento, tenía información confiable que advertía sobre la alta probabilidad de la comisión del delito.

Parágrafo 3. En la valoración de la responsabilidad del superior policial, se tendrá en cuenta que por regla general los miembros de la Policía Nacional no están sujetos a la obediencia debida, por disposición expresa del artículo 91 de la Constitución.”

La previsión de estas reglas son, a su vez, motivadas en los siguientes términos:

“El **artículo 32**, a su vez, incorpora la responsabilidad del superior prevista en el derecho penal internacional. Los artículos 31 y 32 buscan aclarar la manera en que los miembros de la Fuerza Pública pueden ser responsabilizados por acciones de otros, y en especial aclarar que una persona no puede ser responsable por la sola posición formal de jerarquía.

Este artículo refleja los elementos de la responsabilidad del superior previstos en el artículo 28 del Estatuto de Roma y desarrollados por la jurisprudencia internacional. De acuerdo con la jurisprudencia internacional, se requiere el cumplimiento de tres elementos (i) la relación de subordinación con mando y control efectivo, (ii) el conocimiento actual o constructivo del delito, y (iii) la omisión en los deberes de prevención o denuncia, según el caso²⁸. A estos requisitos se añade que la conducta debe haber ocurrido en el contexto de las hostilidades, pues la responsabilidad del superior es una regla consuetudinaria del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados (internacionales e internos).

subordinados hayan cometido un delito. Debe verificarse que el superior conoció o debió conocer de los delitos, y que además contaba con medios para prevenir o sancionar que ese superior no usó. El parágrafo 2 aclara lo que quiere decir que el superior “hubiera debido saber” usando para ese efecto la jurisprudencia internacional sobre la materia²⁹. Finalmente, el parágrafo 3 armoniza estas disposiciones con el artículo 91 de la Constitución, que limita la obediencia debida y por tanto el grado de control efectivo, de los superiores de la Policía Nacional.”³⁰

Considerando que en el presente caso ha sido vinculado el Oficial que suscribió la Orden de Operaciones, ténganse por pertinentes las anteriores precisiones.

- *Conexidad de la conducta con el servicio:*

Expedida por el quien ostentaba las facultades para hacerlo, y evidenciada la necesidad de desarrollar la operación militar en el sector, es claro que las conductas derivadas de su ejecución **se habrán de presumir igualmente legales, luego relacionadas con el servicio.**

El plenario no ofrece duda razonable, que permita indicar que tanto la orden como su ejecución se dieron al margen de la legalidad y por tanto desligadas del servicio.

- Consecuencia de lo anterior, y como una garantía que transversaliza cualquier juicio o valoración judicial que comprometa directa o indirectamente la responsabilidad de una persona, habrá de concluirse que la presunción de su inocencia concurre a favor del aquí procesado para considerar que en principio su conducta tiene relación con el servicio constitucional encomendado (Art. 2, 29, y 218 Constitucionales)

Para concluir, tenemos que fue el teniente Coronel ya mencionado quien suscribió la respectiva orden de operaciones, y si bien es cierto, existe dudas sobre la legalidad de la ejecución, no existe tal de la ORDOP, pues tal y como se señaló en precedencia, la expedición de tal orden, se constituye en un acto obligatorio e inescandible del ejercicio del mando. Y si en un momento dado tal y como lo advierte el señor Juez en la audiencia preparatoria se cuestiona la

legalidad de la orden de operaciones³¹, tal conducta debe ser investigada por la Jurisdicción Penal Militar, en tanto que en expedición de órdenes es competencia de quien se le atribuyó una función de mando por parte de las Fuerzas Militares, siendo claro, que es esta Jurisdicción la competente para establecer si en un momento dado existió o no una extralimitación de funciones por parte del Teniente Coronel Suarez Ortiz.

Ahora bien, pasando a otro campo, esto es, a los delitos que le fueron imputados al TC Carlos Alfonso Suarez Ortiz, por parte de la Fiscalía 57 Especializada de UNDH de Medellín, a saber, en calidad de Coautor del delito de homicidio en persona protegida y de concierto para delinquir para cometer delitos de Homicidio. Y en calidad de autor del punible de Falsedad Ideológica en documento público y Peculado, tenemos que existe solamente prueba de que el mencionado militar simplemente se limitó a suscribir la respectiva orden de operaciones “No. 088 Atenas”, sin que en un momento dado existiera elementos materiales que acreditaran que existió un acuerdo previo con los ejecutores - *concierto para delinquir*-, al igual, que el delito de falsedad ideológica en documento público – *en la expedición de la orden de operaciones*- sin los requisitos que conlleva tal expedición, lo que nos permite inferir e indicar la falta de Coautoría o autoría por parte del integrante del Ejército Nacional, que impliquen que tales conductas deben ser investigadas por la Justicia ordinaria penal, o peor aún que exista un rompimiento del nexo causal con la relación del servicio militar. Para ello es menester señalar las formas de participación en la comisión de una conducta punible, en este caso, la autoría y coautoría, en la conducta punible a investigar.

Se denomina autor a quien realiza una conducta que se adecúa al verbo rector descrito en el código penal, en últimas es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

El artículo 29 de la Ley 599 de 2000, señala que “*son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte*”.

La coautoría en materia penal, se configura cuando varias personas, de común acuerdo, siguen un plan, toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, dominando el hecho entre todos.

Se destaca que para que exista coautoría se requieren tres elementos: acuerdo común, división de funciones y trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito.

Elemento Subjetivo

El Plan común o Acuerdo Común

Este elemento se manifiesta en un mínimo acuerdo de entre los coautores, una coincidencia de voluntades; acuerdo que incide en la responsabilidad, pues cada uno de los coautores responde por lo que hacen los demás, es así, que dicha responsabilidad es recíproca.

Elemento Objetivo

La esencialidad de la Contribución

Cada interviniente para que pueda considerarse coautor, debe efectuar una contribución objetiva al hecho³². En general la teoría del dominio del hecho, todos los coautores deben haber intervenido en una función necesaria (esencial) para la realización del hecho, en el entendido, que no toda la función realizada en el seno de la división del trabajo convierte al sujeto en coautor.

El co-dominio del hecho

En el entendido que todos y cada uno de los intervinientes dominen el hecho. Tal dominio se presenta en el evento que el sujeto por sí mismo realiza el tipo o cuando existe un aporte al hecho, basado en la división de trabajo o funciones entre los intervinientes.

Aportación en fase ejecutiva

La contribución del aporte del coautor debe ser al momento de la realización del

COAUTORIA VERSUS CONCIERTO PARA DELINQUIR

Tal vez el punto más discutible es el relacionado con la diferencia conceptual que se presenta respecto de la autoría y el concierto para delinquir, los cuales se confunden en las providencias en donde no se encuentran una diferencia clara y muchas veces se vincula a los sindicatos, además de las conductas punibles, con la de concierto para delinquir, razón por la cual resulta necesario llevar a cabo algunas diferencias que nos permitan deslindar la coautoría y el concierto³³:

CONCIERTO PARA DELINQUIR	COAUTORIA
1. Objeto inmediato es la asociación para futuros delitos.	1. El objeto inmediato es la realización de un delito concreto.
2. Exige acuerdo de asociación.	2. Basta un acuerdo de unión.
3. Subsiste cuando se cometen los delitos.	3 Se extingue con la comisión del delito acordado.
4. Es preexistente a la comisión de los delitos, y subsiste en lapsos de receso.	4 Se agota con la coextensión de los delitos acordados y no suelen existir periodos de receso.
5. No se acuerda algún tipo de delitos, ni se especifica el curso delictivo: bien jurídico, víctima, objeto, métodos, etc.	5 se acuerdan delitos específicos y el curso de las acciones delictivas: bien jurídico, víctima, objeto, cuando, donde, etc.
6. Protege la seguridad pública; defiende al Estado del contrapoder delictivo.	6 Por lo general afecta la administración pública y la fe pública.
7 Concluida una fase criminosa subsiste el peligro para la administración pública.	7 Cometidos los delitos concretos, el peligro para los bienes jurídicos desaparece.
8. Implica el dolo de constituir un contraponer para desafiar al Estado, como garante de la seguridad pública.	8 No comporta el establecimiento de un contraponer desestabilizador del Estado.
9. El acuerdo para cometer delitos indeterminados requiere ese dolo específico, no bastando la planeación, división del trabajo y cierta permanencia.	9 Supone acuerdos previos, planificación, distribución de funciones, jerarquización entre las personas; y un proceso gradual en el tiempo si son varios delitos.

Teniendo en cuenta las anteriores particularidades entre estas dos figuras, se concluye que en el concierto existe asociación para cometer delitos. En la coautoría existe acuerdo en la decisión y realización del ilícito ya sea por cada uno de los agentes (coautoría propia) o mediante una división de trabajo o reparto de tareas con control del hecho (coautoría impropia).

Aterrizando al caso en estudio, es claro que al Teniente Coronel Carlos Alfonso Suarez Ortiz se le endilgó en calidad de coautor los **delitos de homicidio en persona protegida y de concierto para delinquir para cometer delitos de Homicidio**, quien de acuerdo a los elementos materiales de prueba solamente suscribió la orden de operaciones No. 088 Atenas, es así, que atendiendo los anteriores preceptos (*coautoría y concierto para delinquir*), no se estructuran los elementos de las mismas para pregonar en un momento dado una coautoría por parte del TC Suarez Ortiz en los delitos antes mencionados, por tal razón y como quiera que se le endilga de igual manera, el **delito de falsedad ideológica en documento público**, en relación con la expedición de la orden de operaciones ya aludida, iteramos, que cualquier presunto exceso o extralimitación de funciones por parte del militar, debe ser conocido y juzgado por su Juez natural, esto es por la Jurisdicción Penal Militar, pues recordemos que la emisión de una Orden de Operaciones o de Servicio, como acto administrativo complejo y *sui generis* que es, por parte de cualquier Comandante militar o policial representa un ejercicio legítimo del mando que le ha sido otorgado, inherente no solo a su grado y rango sino a la misión institucional de que tratan los artículos 217 y 218 constitucionales. Lo anterior para concluir, que se debe dar la RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL en relación con la investigación penal adelantada en contra del mencionado Teniente Coronel, para que la misma sea adelantada por la Jurisdicción Penal Militar.

Pese a lo anterior, se advierte que en relación con las diligencias penales adelantada en contra de los miembros del Ejército Nacional, esto es, de los señores FRANCISCO JAVIER RESTREPO RESTREPO, FIDEL DARIO REINA HERRERA, JHON HENRY HENAO CANO, GEOVANNI JIMENEZ y JORGE

en líneas anteriores, siendo innecesario volver a dilucidar dicho tema. En efecto tenemos que:

Según el escrito de formulación presentado por el Fiscal 57 Especializado de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, dentro del expediente, se encuentra el acta de pago de dos millones de pesos al señor JAVIER GRANADA QUINCENO por concepto de recompesa, por información de presencia de terroristas del bloque Cacique Pipintá de las AUC.

A su turno, a folio 129 del cuaderno principal, se encuentra un extracto de la declaración rendida por el señor JAVIER GRANADA QUINCENO, quien informó a la Fiscalía que es un tramitador de la Brigada”... *y le alquilaba carros al Mayor BOHORQUEZ y MAX FERREIRA del batallón Ayacucho. Solo ha firmado formatos, pero no pagos ni recibido dinero del Ejército; solo firmó un documento del S2 que para legalizar unos elementos. No dio información, no ha trabajado en Chinchiná, no ha recibido DOS MILLONES DE PESOS. MEZU LEMUS le dijo que firmara y le colocó huella...”. (sic a lo transcrito).*

También obra a folio 29 del cuaderno 2 del expediente, un certificado expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.), de data 7 de abril de 2009, en el que se indica que en jurisdicción de donde sucedieron los hechos, no existe injerencia delictiva de estructuras de las FARC, ELN o Bandas criminales:

“... En esta jurisdicción no existe injerencia delictiva de estructuras de las Farc, Eln o Bandas Criminales.

(...)

En relación a los hechos acaecidos el 01-09-07, se tiene el siguiente reporte:

01 de septiembre de 2007. CHINCHINÁ, DELINCUENTES MUERTES EN COMBATRE. En la vereda La Insula, tropas del Batallón Ayacucho de Manizales, en desarrollo de la Operación “Arpón”, abatieron a CARLOS JOSÉ LÓPEZ Trujillo, cédula 9.975.416, residente en la casa No. 140 del barrio La playita de Manizales y JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ RUÍZ, cédula 17.335.784 de Villavicencio, nacido 25-12-66 en Itagüí (Antioquia), a quien se les incautaron dos revólveres calibre 38.

fecha la facción que injerenciaba la región Centro-Sur, estaba prácticamente desarticulada y no se tenía información sobre la presencia de militantes en la zona de los hechos... (Sic a lo transcrito y negrilla fuera del texto).

Por su parte, en la página 4 del informe elaborado por Forensic Consultants, documento suscrito por el doctor MÁXIMO ALBERTO DUQUE PIEDRAHITA, señaló³⁴:

*“ El cuerpo con nombre Carlos José López Trujillo, según el acta de inspección judicial a cadáver, tenía al lado de la mano izquierda un revólver marca Llama, modelo Cassidy, calibre 38 con dos cartuchos y cuatro vainillas en el tambor... A este cuerpo se le tomaron muestras para estudio de residuos de disparo en manos (establecer si pudo haber disparo recientemente un arma de fuego)... **al final de la interpretación del dictamen se concluye como “incompatible con residuos de disparo en mano”**. Se informa que se recuperaron 3 fragmentos de proyectil y dice que se remitieron para análisis balístico...”*. (negrillas fuera del texto).

En audiencia preparatoria, los defensores de los miembros de las Fuerzas Militares, señalaron que existen nuestras pruebas indicadoras que la jurisdicción competente para conocer de las presentes diligencias está radicada en la Jurisdicción castrense, siendo estas, distintas entrevistas en las cuales se presenta al occiso y víctima como una persona peligrosa y que cometía distintas actividades delictivas como extorsiones y hurtos, además andaba armado; así mismo, que se presentaron en la época distintas actividades del denominado frente cacique pipinta de las autodefensas, que obligó la reacción de los miembros de la Fuerza Pública³⁵.

Estos elementos de prueba, no son contundentes para desvirtuar la duda generada, pues es claro, que frente a la prueba documental antes anotada y la prueba de absorción atómica negativa de los abatidos, podemos en un momento dado señalar que existe duda frente a la ocurrencia de un enfrentamiento. Más allá de la valoración particular del contenido de las entrevistas, lo que es claro para esta Superioridad es que al contrastarse objetivamente con lo que indican dichos elementos probatorios, surge una evidente distorsión o contrariedad; de tal modo que esta Sala, ante la imposibilidad de ir más allá en la valoración de

atómica, reitera conforme las referencias que constan en el expediente, la duda del enfrentamiento.

Consecuencia de lo anterior, y existiendo duda de la relación de los hechos con el servicio, esta Colegiatura debe mantener la competencia en relación con la investigación adelantada contra los miembros del Ejército Nacional, FRANCISCO JAVIER RESTREPO RESTREPO, FIDEL DARIO REINA HERRERA, JHON HENRY HENAO CANO, GEOVANNI JIMENEZ y JORGE ELIECER QUINTERO GARCÍA, en la jurisdicción penal ordinaria en cabeza del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, ante quien se celebró la audiencia preparatoria en estas diligencias.

Otras determinaciones.

Con base en las precisiones que anteceden, el advenimiento de nuevos elementos probatorios, la revaloración de otros tantos y de cara a una nueva realidad constitucional y legal, esta Sala estima necesario volver a definir el conflicto suscitado entre la Jurisdicción Penal Militar y la Ordinaria, para ordenar la RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN, en consecuencia, se ordenará que la investigación adelantada en contra del Teniente Coronel CARLOS ALFONSO SUAREZ ORTIZ, radica en la Jurisdicción Penal Militar, a quien se ordena la remisión de las diligencias y la investigación adelantada en contra de FRANCISCO JAVIER RESTREPO RESTREPO, FIDEL DARIO REINA HERRERA, JHON HENRY HENAO CANO, GEOVANNI JIMENEZ y JORGE ELIECER QUINTERO GARCÍA, siga siendo conocida por la jurisdicción ordinaria penal, en cabeza del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, ante quien se celebró la audiencia preparatoria.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE

PRIMERO: ROMPER LA UNIDAD PROCESAL en estas diligencias de

- a) ASIGNAR el conocimiento de la investigación y juzgamiento adelantada contra el Teniente Coronel CARLOS ALFONSO SUAREZ ORTIZ a la Jurisdicción Penal Militar, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

- b) ASIGNAR el conocimiento de la investigación y juzgamiento contra los miembros del Ejército Nacional FRANCISCO JAVIER RESTREPO RESTREPO, FIDEL DARIO REINA HERRERA, JHON HENRY HENAO CANO, GEOVANNI JIMENEZ y JORGE ELIECER QUINTERO GARCÍA, a la jurisdicción Penal Ordinaria, en cabeza del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, ante quien se celebró la audiencia preparatoria, conforme se expuso en precedencia.

SEGUNDO: Por la Secretaría de esta Corporación, dese cumplimiento a lo dispuesto en el acápite de “otras determinaciones”, para lo cual deberá oficiarse al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales para que remita las diligencias a la Jurisdicción Penal Militar, haciéndole saber del deber que le asiste de remitir las diligencias y el material a que se hace referencia al Juzgado de Instrucción Penal Militar en cita.

TERCERO: Remítase el expediente al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales para que continúe la investigación penal adelantada contra FRANCISCO JAVIER RESTREPO RESTREPO, FIDEL DARIO REINA HERRERA, JHON HENRY HENAO CANO, GEOVANNI JIMENEZ y JORGE ELIECER QUINTERO GARCÍA, y copia de esta decisión a la Jurisdicción Penal Militar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Conflicto jurisdicción
Radicación: 110010102000201101461 01
Magistrado Ponente: Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS

Continúan Firmas.....

JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ
Magistrada

ANGELINO LIZCANO RIVERA
Magistrado

MARÍA MERCEDES LÓPEZ MORA
Magistrada

PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO
Magistrado

HENRY VILLARRAGA OLIVEROS
Magistrado

YIRA LUCÍA OLARTE ÁVILA
Secretaria Judicial

ppr

Conflicto jurisdicción

Radicación: 110010102000201101461 01

Magistrado Ponente: Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS