

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejera Ponente (E): MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil nueve (2009).

Ref.: Expediente No. 1100103240002009 00196 00

Actor: **HILDA LORENA LEAL CASTAÑO**

Se decide sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, presentadas por la demandante.

**ANTECEDENTES**

El día 13 de abril de 2009 la señora Hilda Lorena Leal Castaño, actuando en nombre propio, interpuso demanda en ejercicio de la acción de nulidad con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo denominado “*APOYO A LA JUSTICIA PENAL MILITAR*” proferido por el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual se impartieron unas directrices al Comando General de las Fuerzas Militares, Funcionarios de Justicia Penal Militar, Directores Nacionales y Seccionales de Fiscalías y Cuerpo Técnico de Investigación.

Señala que los numerales 4, 5 y 6 del citado acto administrativo establecen que los servidores del CTI remitirán los respectivos informes investigativos a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía y que el Fiscal de esta Unidad asumirá a prevención las

diligencias y que, en caso de verificarse la presencia de factores subjetivos y funcionales, el fiscal de la justicia ordinaria decidirá con prontitud el traslado de la investigación a la Justicia Penal Militar.

Asevera que dichas disposiciones de la decisión administrativa acusada, vulneran los artículos 29, 221, 250 y 256 de la Constitución Política, 112 de la Ley 270 de 1996 numeral 2 y 264 del Código Penal Militar.

Estima que por medio del acto administrativo se determina la competencia de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, lo cual desconoce el trámite Constitucional y legal relativo a la colisión de competencias, que debe agotarse cuando dos o más jueces consideren que deben conocer del proceso.

Agrega que la directiva del Ministerio de Defensa y la Fiscalía viola el principio de juez natural, pues a los miembros de la Fuerza Pública los juzga la Justicia Penal Militar no las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía.

Argumenta que por cuenta del acto acusado, quienes deciden la competencia para conocer de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública son los funcionarios de la Policía Judicial y de la Fiscalía, cuando lo correcto es que los conflictos de competencia sean decididos por el Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 256 numeral 6 y 112 numeral 2, de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

Dice que de conformidad con el artículo 264 del Código Penal Militar el funcionario de instrucción penal militar es el competente para investigar los delitos cometidos por los militares.

Sostiene que en virtud del artículo 250 de la Constitución Política, el CTI debería remitir las diligencias relacionadas con los delitos cometidos por la Fuerza Pública, al Juez Penal Militar no a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía como lo establece el acto acusado.

Considera que la directriz que pretende que se anule, con la competencia a prevención que le asigna a la Fiscalía frente a delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, le otorga el conocimiento de asuntos que están expresamente exceptuados de la jurisdicción ordinaria.

Advierte que cuando la decisión cuya nulidad se pretende, consagra la expresión *“asumirá las diligencias a prevención”*, no hace distinción entre las originadas en el servicio y las que no, lo cual permite entender que la competencia de la Fiscalía en este aspecto es para conocer *“de todas las diligencias penales en las que se investiguen a los miembros activos de la Fuerza Pública”*.

### **LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL**

Mediante escrito separado, la demandante solicita la suspensión provisional del acto acusado y la sustenta de la siguiente manera:

Transcribe los artículos 29, 221, 250 y 256 numeral 6 de la Constitución Política y 112 numeral 2 de la Ley 270 de 1996 para concluir que el acto administrativo cuya nulidad pretende, viola flagrantemente dichas normas porque le otorga al CTI y a los Fiscales de la Justicia Ordinaria las funciones Constitucionales y legales que le corresponden al Consejo Superior de la Judicatura.

Señaló que lo anterior es arbitrario porque implica que el CTI y la Fiscalía pueden determinar la competencia en los asuntos en que se investigan a los miembros de la Fuerza Pública, es decir que pueden decidir si el asunto le corresponde a la Justicia Ordinaria o a la Justicia Penal Militar, pese a que ello le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura.

Aseveró que por las mismas razones se ha vulnerado en forma flagrante el artículo 264 del Código Penal Militar.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La demanda reúne la totalidad de los requisitos formales para ser admitida y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152, literal b, del Código Contencioso Administrativo, en los casos en que se demande la nulidad de un acto administrativo procede la medida de suspensión provisional frente a la infracción manifiesta de las normas en que se funda la demanda. La trasgresión señalada debe aparecer evidente, de manera que sólo por confrontación directa o mediante documentos públicos se evidencie la incongruencia entre las normas aducidas como violadas y el acto acusado.

En el presente asunto, la demandante estima que el acto administrativo denominado “*Apoyo a Justicia Penal Militar*” proferido por el Ministerio de Defensa Nacional y la Fiscalía General de la Nación vulnera abiertamente los artículos 29, 221, 250 y 256 numeral 6 de la Constitución Política, 112 numeral 2 de la Ley 270 de 1996 y 264 del Código Penal Militar porque, a su juicio, desconoce el principio del juez natural e implica el traslado de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura al CTI y demás

funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y de la Justicia Ordinaria, en cuanto a la definición de los conflictos de competencia.

En tales circunstancias, para efectos de verificar la presunta infracción flagrante de las normas indicadas, la Sala dividirá el estudio de las razones de la violación en dos cargos, a saber: 1) Desconocimiento del principio del juez natural y 2) Tránsito de las competencias del Consejo Superior de la Judicatura.

### **1.- Principio del juez natural.**

La demandante estima que dicho principio, previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, como parte integrante del derecho fundamental al debido proceso, fue desconocido por el acto administrativo acusado porque, a su juicio, éste permite que los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública sean conocidos por la jurisdicción ordinaria y no por la Justicia Penal Militar, por lo que también resultan violados los artículos 221, 250 y 256 de la Constitución Política y 264 del Código Penal Militar, los cuales se transcriben a continuación:

#### **- De la Constitución Política:**

“**ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

“ARTICULO 221. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 02 de 1995. 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.” (las negrillas y subrayas no son del texto original).

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

#### - Del Código Penal Militar:

“ARTÍCULO 264. Competencia de los funcionarios de Instrucción Penal Militar. Los jueces de instrucción penal militar tienen competencia para investigar todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho.” (las negrillas y subrayas no son del texto original)

Los artículos 221 y 250 de la Constitución Política establecen un fuero especial para los miembros de la fuerza pública, en virtud del cual, los delitos que éstos cometan en servicio activo o en relación con el mismo servicio, serán investigados y juzgados por las cortes marciales, vale decir, por la Justicia Penal Militar. De la misma manera, el artículo 264 del Código Penal Militar señala que la etapa de investigación de dichos delitos la adelantará el correspondiente funcionario de instrucción de la citada jurisdicción.

Ahora bien, el acto administrativo cuya nulidad se pretende es del siguiente tenor:

“MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FISCALÍA GENERAL DE LA  
NACIÓN

DE: Ministro De Defensa Nacional y Fiscal General de La Nación.

**PARA:** Comando General de Fuerzas Militares, Funcionarios de Justicia Penal Militar, Directores Nacionales y Seccionales de Fiscalías y Cuerpo Técnico de Investigación.

**ASUNTO:** Apoyo a Justicia Penal Militar.

Como es de su conocimiento, **con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares** se presentan con alguna frecuencia situaciones en las que se producen hechos que revisten las características del homicidio al cual se refiere el artículo 103 del Código Penal, o del homicidio en persona protegida al que alude el artículo 135 ibídem; **circunstancias que ameritan la inspección técnico científica de los lugares donde hayan ocurrido los hechos**, razón por la cual, para facilitar la investigación el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General de la Nación expiden las siguientes directrices:

1. Que los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación lleven a cabo las inspecciones de aquellos lugares en donde se requiera su concurso técnico científico.
2. Que mientras se hacen presentes en el lugar de los hechos los servidores del CTI, se realice por parte de los miembros de la Fuerza Pública su protección, atendiendo la obligación legal prevista para el “Primer Respondiente”.
3. Que con el fin de facilitar el procedimiento las Fuerzas Militares deben llevar a cabo el desplazamiento oportuno de los servidores del CTI al lugar de los hechos, procurar su seguridad y el retorno a su respectiva sede.
4. Que luego de la búsqueda, fijación, recolección, embalaje y aseguramiento de las evidencias físicas y elementos materiales de prueba hallados en el lugar, así como las entrevistas de los posibles testigos, **los servidores del CTI remitan los respectivos informes a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía.**
5. **Que el Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata asumirá las diligencias a prevención,** atendiendo lo previsto en el artículo 29 de la carta Política, en concordancia con el artículo 250 ibídem; del artículo 45 del Código de Procedimiento Penal y la sentencia C 358 de 1997 de la Honorable Corte Constitucional.
6. **De ser evidente la existencia de los factores subjetivos y funcionales que justifican el reconocimiento del fuero instituido en el artículo 221 de la Constitución en concordancia con el artículo 250 de la carta Fundamental, el Fiscal de la Justicia Ordinaria decidirá con prontitud el traslado de la investigación a la justicia penal militar** en cuyo caso se mantendrá el apoyo técnico científico del CTI; si no se evidencian los factores enunciados continuará conociendo la Fiscalía General de la Nación, informando esta situación a la Jurisdicción Penal Militar.” (las negrillas y subrayas no son del texto original).

De la confrontación directa entre el acto acusado y las normas presuntamente violadas, la Sala observa lo siguiente:

En su parte inicial, el texto de la directriz impartida por el Ministerio de Defensa Nacional y la Fiscalía General de la Nación señala que cuando se cometan los delitos de homicidio simple y homicidio en persona protegida “*con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares*”, se está ante circunstancias “*que ameritan la inspección técnico científica de los lugares donde hayan ocurrido los hechos*”, lo cual será realizado por los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación, tal como lo dispone el numeral 1° de dicha directriz.

Por lo tanto, no es necesario realizar un análisis profundo para advertir que el apoyo a la Justicia Penal Militar por parte del CTI, al que se refiere el acto acusado, se da frente a situaciones producidas “*con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares*”.

Adicionalmente, el acto administrativo cuya nulidad se pretende, en sus numerales 4, 5 y 6 prevé que una vez realizada la búsqueda, fijación, recolección, embalaje y aseguramiento de las evidencias físicas halladas en el lugar de los hechos, los servidores del CTI **remitarán** los respectivos informes a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía, las cuales asumirán la competencia a prevención y establecerán si existen o no factores subjetivos o funcionales que den lugar al reconocimiento del fuero previsto en el artículo 221 de la Constitución Política.

Según dichas pautas dadas por el acto acusado, para la Sala resulta claro que, en una primera fase, la investigación de los delitos de homicidio simple y homicidio en persona protegida ocurridos “*con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares*”, a los que alude la directriz demandada, será adelantada por los miembros de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la remisión de las evidencias físicas recabadas por el CTI.

Para una mejor comprensión del tema, la Sala procede a hacer la confrontación del acto acusado con las normas de orden superior, a doble columna, así:

Acto Administrativo denominado “Apoyo a Justicia Penal Militar”	Apartes pertinentes de los artículos 221 y 250 de la Constitución Política y 264 del Código Penal Militar.
<p>... <b><u>con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares</u></b> se presentan con alguna frecuencia situaciones en las que se producen hechos que revisten las características del homicidio al cual se refiere el artículo 103 del Código Penal, o del homicidio en persona protegida al que alude el artículo 135 ibídem... razón por la cual, para facilitar la investigación el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General de la Nación expiden las siguientes directrices:</p> <p>...</p> <p><b><u>los servidores del CTI remitan los respectivos informes a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía.</u></b></p> <p><b><u>...5. Que el Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata asumirá las diligencias a prevención...</u></b></p> <p><b><u>6. De ser evidente la existencia de los factores subjetivos y funcionales que justifican el reconocimiento del fuero instituido en el artículo 221 de la Constitución en concordancia con el artículo 250 de la carta Fundamental, el Fiscal de la Justicia Ordinaria decidirá con prontitud el traslado de la investigación a la justicia penal militar</u></b></p>	<p>“ARTICULO 221. <u>Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 02 de 1995.</u> De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, <b><u>y en relación con el mismo servicio</u></b>, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.</p> <p>“ARTICULO 250. <u>Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 03 de 2002.</u> <b><u>La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación</u></b> de los hechos que revistan las características de un delito... <b><u>Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.</u></b>” (las negrillas y subrayas no son del texto original).</p> <p>“ARTÍCULO 264. Competencia de los funcionarios de Instrucción Penal Militar. <b><u>Los jueces de instrucción penal militar tienen competencia para investigar todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar</u></b> cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho.” (las negrillas y subrayas no son del texto original)</p>

Del cuadro comparativo se evidencia que, mientras los artículos 221 y 250 de la Constitución Política y 264 del Código Penal Militar establecen que 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*” le corresponde a la Justicia Penal Militar y no a la Fiscalía General de la Nación, el acto administrativo acusado señala que esta última “*asumirá las diligencias*” que le sean remitidas por el CTI, “*con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares*” frente a los delitos de homicidio simple y homicidio en persona protegida.

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 acto acusado, responde a manera de sinónimo a la expresión “**en relación con el mismo 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.

Lo anterior por cuanto, mientras la Carta Política radica la competencia para investigar y juzgar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en la Justicia Penal Militar, el acto administrativo acusado radica dicha competencia (investigativa) en las Unidades de reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación, como quedó visto.

En consecuencia, la Sala decretará la medida de suspensión provisional deprecada.

2) En cuanto al cargo de infracción manifiesta de los artículos 256 numeral 6 de la Constitución Política y 112 numeral 2 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, no se advierte a simple vista la infracción manifiesta que se alega, comoquiera que dichas disposiciones se refieren a la función que el Consejo Superior de la Judicatura tiene para decidir los conflictos de competencias que se presenten entre las distintas jurisdicciones, mientras que el acto administrativo acusado se

refiere a la competencia para iniciar la correspondiente investigación penal por los delitos de homicidio previstos en los artículos 103 y 135 del Código Penal, “*con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares*”.

Por lo expuesto se,

### **RESUELVE**

1°. ADMÍTESE LA DEMANDA presentada en ejercicio de la acción de nulidad por la señora Hilda Lorena Leal Castaño.

2°. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE la admisión de la demanda a los Representantes Legales del Ministerio de Defensa Nacional y la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 del C.C.A.

3°. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE al señor Agente del Ministerio Público.

4°. Fíjese el negocio en lista por el término de diez (10) días, para los efectos previstos en el numeral 5° del artículo 207 del C.C.A.

5°. Solicítese a los Representantes Legales del Ministerio de Defensa Nacional y la Fiscalía General de la Nación, por intermedio de sus Secretarías Generales, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado, dentro del término de quince (15) días siguientes al de la recepción del correspondiente oficio.

6°. En orden a cubrir los gastos ordinarios del proceso, la parte demandante deberá consignar la suma de veintiséis mil pesos (\$26.000.00) M/cte en la cuenta N°4-0070-000664-4 del Banco Agrario de Colombia, nombre “*depósitos judiciales por gastos del*

*proceso – Tribunal Administrativo de Cundinamarca*”, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

**7°. DECRÉTASE** la suspensión provisional del acto administrativo acusado denominado “*APOYO A LA JUSTICIA PENAL MILITAR*” proferido por el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual se le impartieron unas directrices al Comando General de las Fuerzas Militares, Funcionarios de Justicia Penal Militar, Directores Nacionales y Seccionales de Fiscalías y Cuerpo Técnico de Investigación.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**Presidenta**

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**