

Proceso NO. 11907

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

DR. RICARDO CALVETE RANGEL

APROBADO ACTA No. 119

Santa Fe de Bogotá, D.C., agosto doce de mil novecientos noventa y ocho.

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado ROBERT GALVIS VARGAS, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, confirmatoria de la dictada por el Comando de la Fuerza Naval Fluvial de la Armada Nacional, que actuando como juez de primera instancia, condenó al aquí recurrente a la pena principal de dos (2) años de prisión y a las accesorias de separación absoluta de las fuerzas militares, interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el término de dos años, como autor responsable del delito de acceso carnal violento.

I. HECHOS

El Procurador Delegado los resumió así:

“El treinta de noviembre de mil novecientos noventa y dos, en las horas de la tarde, una patrulla integrada por miembros del Ejército Nacional y la Armada Nacional se presentaron al sitio denominado Isla Medellín, ubicado a las orillas del río Magdalena dentro de la circunscripción del Municipio de San Pablo, departamento de Bolívar, con el fin de realizar un operativo contra-guerrillas.

“Una vez en el sitio, el suboficial de la Armada Nacional Robert Galvis Vargas entró a la habitación de la familia Paguena y allí comenzó a molestar a Antonia Paguena Salas, menor de quince años de edad, a quien posteriormente condujo a un platanal en donde la amenazó con una bayoneta y la obligó a desvestirse, para luego accederla carnalmente y regresar al desarrollo de sus labores oficiales”.

I. ACTUACION PROCESAL

La madre de la ofendida formuló denuncia ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Pablo, despacho que adelantó investigación previa, en el curso de la cual practicó algunas diligencias y allegó otras pruebas.

En este estado de la actuación, el Comandante de la Flotilla Fluvial del Magdalena dirigió un oficio al Juez Promiscuo Municipal de San Pablo en el cual le solicitó la remisión de las diligencias, aduciendo que “le corresponde es al juez de Instrucción Penal Militar por cuanto se trata de un supuesto delito en el cual se quiere involucrar a personal de las Fuerzas Armadas”. El Juzgado accedió a dicha solicitud y ordenó el envío de lo actuado al Juez de Instrucción Penal Militar con sede en Barrancabermeja.

El Juzgado Veinticuatro de Instrucción Penal Militar dispuso continuar con la práctica de diligencias previas, y posteriormente decretó la apertura de la investigación a la que ordenó vincular mediante indagatoria al suboficial ROBERT GALVIS VARGAS, quien al

rendir su injurada estuvo asistido por un profesional del derecho. Su situación jurídica fue resuelta con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de acceso carnal violento.

Perfeccionada la investigación, se remitió el expediente al Comando de la Fuerza Naval Fluvial, unidad que avocó el conocimiento del asunto, dispuso la evacuación de otras pruebas y declaró su competencia “teniendo en cuenta a que este Comando se le señaló la equivalencia de Fuerza Naval mediante Resolución Ministerial No. 04170 del 5 de junio de 1992, que antecede”.

Cerrada la investigación, El Comando de la Fuerza Naval Fluvial, como juez de primera instancia, dictó la Resolución No. 007 de septiembre 4 de 1995 mediante la cual se convocó un consejo de guerra sin intervención de vocales para juzgar al suboficial ROBERT GALVIS VARGAS por el delito de acceso carnal violento.

Finalizado el consejo de guerra, se dictó sentencia condenatoria de primera instancia en los términos anteriormente reseñados, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior Militar al resolver el recuso de apelación interpuesto por el procesado y por su defensor.

I. LA DEMANDA

PRIMER CARGO.

Con invocación del numeral 3º del artículo 442 del Código Penal Militar, el actor solicita que se case la sentencia recurrida por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad desde el auto de mayo 11 de 1995, por medio del cual el Comando de la Fuerza Naval Fluvial de la Armada Nacional avocó el conocimiento del proceso, pues tal funcionario no

era el competente para ello en tanto que la ley asigna el conocimiento de estos asuntos al Ayudante general del Cuartel general del Comando de la Armada.

El capítulo IV del Título II del Código Penal Militar establece los jueces de primera instancia para la Armada Nacional, fuerza a la que pertenece el procesado, adscrito a la Fuerza Naval Fluvial “que es una dependencia de la Fuerza Naval”.

El artículo 336 del Código Penal Militar asigna al Ayudante General del Cuartel General del Comando de la Armada, el conocimiento en primera instancia de los procesos penales militares “contra suboficiales del Cuerpo General del Comando de la Armada y de la Dirección General Marítima y Portuaria, y contra suboficiales de la Armada cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juez”.

Como la competencia para el proceso que se sigue en contra del procesado no está atribuido a otro juez, debe conocer de ella el Ayudante General del Cuartel General del Comando de la Armada Nacional.

El juzgamiento hecho por funcionario incompetente, lesiona el principio del juez natural, y vulnera los artículos 11 y 291 del ordenamiento castrense, así como el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Nacional.

En consecuencia solicita que se case la sentencia y se remita el proceso al juez competente de primera instancia, ya indicado.

SEGUNDO CARGO.

De manera subsidiaria, y con apoyo en la causal primera contenida en el artículo 442 del Código Penal Militar, solicita que se case la sentencia del Tribunal, porque en su criterio es violatoria de la ley sustancial por vía directa, en razón a que el juez penal militar “se atribuyó el conocimiento de un delito, como es el acceso carnal violento, que la ley no

le asigna”.

Aduce que el expediente debe remitirse a la Fiscalía General de la Nación, Seccional Barracabermeja, a fin de que allí se tramite el procedimiento a partir del auto de mayo 17 de 1993 -mediante el cual se abrió la investigación- bajo los parámetros consagrados en los artículos 486 a 500 del Código Penal Militar en armonía con el artículo 247 del Código de procedimiento Penal ordinario.

Señala que el Código Penal Militar no tipifica los delitos contra la libertad y el pudor sexuales y por ello las autoridades militares carecen de competencia para su juzgamiento; conocimiento que está asignado a los jueces penales del circuito y a la fiscalía seccional en el artículo 72 del código de Procedimiento Penal, norma que resultó infringida en el presente asunto.

TERCER CARGO.

También de manera subsidiaria, y con apoyo en la causal tercera de casación, el censor ataca la sentencia de segunda instancia por “vicios de nulidad del proceso por incompetencia del juez fallador (art. 464/1C. P. Militar; art. 304/1 C.P. Ordinario)”.

Solicita que se case la sentencia, se declare la nulidad de la actuación a partir del auto de enero 19 de 1993 mediante el cual el Juez Promiscuo Municipal de San Pablo, ordenó enviar el expediente al Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar, y se remita el proceso a la Fiscalía General de la Nación, Seccional Barracabermeja, para que por competencia, adelante la investigación pertinente y continúe el trámite conforme a derecho.

El proceso está viciado de nulidad porque en su desarrollo se han desconocido claros preceptos constitucionales del debido proceso en sus modalidades de ley preexistente al acto que se imputa, juez o tribunal competente y las formas propias de cada juicio.

Ley preexistente al acto que se imputa: En el Código Penal Militar no existe el punible de acceso carnal violento. Los delitos contra la libertad y el pudor sexual están tipificados en el Ordenamiento Penal Ordinario en su Título XI. “Los delitos sexuales no han sido incluidos en el ordenamiento castrense simplemente porque ellos no pueden ser cometidos por miembros de la Fuerza Pública por razón y con ocasión del servicio. En otras palabras; cuando un miembro de las Fuerzas Militares, en servicio activo, adecua su conducta a uno de esos comportamientos, conocidos en nuestro Ordenamiento Penal Ordinario, como delitos contra la libertad y el pudor sexuales; este sujeto no puede ser procesado y juzgado por la Justicia Penal Militar...”

Podría pensarse que el canon 221 Constitucional estaría otorgando facultad a las Cortes Marciales para juzgar a miembros de la Fuerza Pública que incurran en la comisión de los hechos punibles que vienen en comento, pero ello no es así. Si analizamos el contenido de la norma en cita -transcribe el texto-, debe observarse que el mandato Constitucional es muy claro al precisar que las Cortes Marciales podrán juzgar a los miembros de la Fuerza Pública cuando éstos cometan delitos que estén relacionados con el mismo servicio y que estén previamente previstos en el Código Penal Militar.

Juez o tribunal competente: El artículo 29 de la Constitución Nacional, al establecer el debido proceso, dispone que nadie podrá ser juzgado sino ante juez o tribunal competente. Advierte que, cuando su defendido “fue procesado y juzgado por juez que no es competente para ello, se violaron estos preceptos constitucionales y legales”, porque “el juez natural del condenado en el sub examen lo era el Juez Penal del Circuito de Barrancabermeja por expreso mandato de la norma contenida en el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal”.

Las formas propias de cada juicio: En el derecho penal Colombiano, en los actuales momentos, estamos ante dos sistemas de juzgamiento: el inquisitivo, y el acusatorio

recientemente implantado para el derecho penal ordinario más no para la justicia especializada en lo penal-militar en la que aún se emplea el viejo y obsoleto sistema inquisidor.

Cada uno de estos sistemas tiene las formas que le son propias tanto para la instrucción como para el juzgamiento y el delito de acceso carnal violento tipificado en el artículo 298 del Código Penal ordinario, por ese hecho debe ser juzgado según las formas propias del sistema acusatorio que es el que gobierna y rige en materia penal ordinaria independientemente de quien sea el sujeto activo de la acción criminosa.

El procesado fue acusado de la comisión del delito ya referido que se encuentra tipificado en el Código Penal ordinario y no obstante fue juzgado conforme a las formas propias del sistema inquisitivo con errónea interpretación del artículo 221 de la C.N. y desconocimiento del art. 72 del C. de P.P..

I. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte desestimar la demanda presentada, pero casar OFICIOSAMENTE la sentencia, declarar la nulidad de lo actuado por las autoridades penales militares y ordenar la remisión del expediente a la Fiscalía Seccional competente a fin de que allí se reponga lo ilegalmente tramitado.

Notorios errores de técnica presenta la formulación de los dos últimos cargos subsidiarios presentados en la demanda. La razón suficiente para no entrar en el estudio de fondo de las censuras radica en lo siguiente:

El segundo de los ataques se fundamenta en la causal primera de casación, señalándose en el libelo la vía directa. Sin embargo lo que se arguye para procurar la ruptura del

fallo, es la incompetencia del juzgador, porque según opinión del censor, “los delitos tipificados en el Código Penal ordinario son conocidos, para instrucción y juzgamiento, por la Justicia Penal ordinaria”. Planteamiento que indudablemente corresponde a la causal tercera de casación, pues la incompetencia está contemplada en la ley como una causal de ineficiencia de los actos procesales, esto es, de nulidad.

El tercer cargo, sustentado este sí en la causal tercera, regresa sobre el tema de la competencia “pero entonces el censor se entiende relevado -no se sabe por qué causa- de demostrar las razones de su postulado, según el cual la actuación debe anularse desde el mismo momento en el que el Juez Promiscuo Municipal ordenó el envío del expediente a la jurisdicción penal militar. La falta de demostración de este cargo y la imprecisión de las razones en el esbozadas, atenta contra su prosperidad, pues lo escrito en el libelo no es suficiente, a juicio de esta Delegada, para estudiar en el fondo el asunto”. Agrega, que se predica la incompetencia del juzgador y “la facultad de investigar se asigna al Juzgado Promiscuo Municipal de San Pablo, sin razones”.

En el primer cargo el censor afirma que otro juez penal militar era el competente para dictar la sentencia como juez de primera instancia. Siendo pues un solo tema el debatido en los tres cargos y además que los dos subsidiarios no se ajustan a la técnica propia del recurso, “ la Delegada responderá la demanda a través de las consideraciones atinentes a la competencia del proceso, la que en su concepto, no corresponde tampoco a la jurisdicción penal militar”.

No le asiste razón al libelista en el primer cargo formulado, pues la interpretación que él hace de las normas que gobiernan la competencia dentro de la justicia penal militar, no se ajusta a la letra misma de las disposiciones ni a las novedades a las que dio origen la creación y funcionamiento de la Fuerza Naval Fluvial.

Al expediente se aportó copia de las disposiciones número 006 de mayo 14 de 1.992

expedida por el Comandante de la Armada Nacional, cuyo artículo 1º dispuso: “SEÑALASE a la Fuerza Fluvial, activada mediante Disposición No. 09 de Agosto de 1989, la equivalencia correspondiente a Fuerza Naval”. Esta fue aprobada por la Disposición No. 01B del 27 de mayo de 1992 emitida por el Comandante General de las Fuerzas Militares y posteriormente a través de la Resolución No. 04170 del 5 de junio de 1992 emanada del Ministerio de Defensa Nacional.

Según estos actos administrativos, cuya legalidad se presume, la Fuerza Naval Fluvial adquirió, para todos los efectos legales, la categoría de Fuerza Naval y así quedó dentro de la estructura de la Armada Nacional, calidad que se le concedió con anterioridad a la comisión del hecho investigado.

Transcribe el texto del artículo 337 del Código Penal Militar que le asigna la competencia a algunos jueces penales militares, para destacar que de acuerdo con esta norma, siendo la Fuerza Naval Fluvial una Fuerza Naval por disposiciones administrativas debidamente aprobadas, su Comandante conoce en primera instancia de los procesos penales militares contra suboficiales -tal era el grado del procesado- bajo su mando.

De esta forma, habiendo asumido el conocimiento del asunto el Comando de la Fuerza Naval Fluvial como juez de primera instancia, ninguna irregularidad puede imputarse a la actuación desde este punto de vista, pues no es cierto -como lo afirma el censor- que el acusado ha debido ser juzgado por el Ayudante General del Comando de la Armada de acuerdo con el artículo 336 antes citado, pues tal funcionario tiene competencia para juzgar a los suboficiales solamente en los casos en que tal facultad no esté atribuida a otro juez.

Por las razones antes expuestas estima que la demanda debe ser desestimada.

CASACION OFICIOSA: Considera el Procurador que se impone la casación oficiosa del fallo a

fin de que la Corte anule lo actuado a partir del auto de enero 19 de 1993 en el que se dispuso la remisión del expediente a las autoridades penales militares, dejando a salvo las pruebas practicadas, y ordene la remisión de la actuación a la fiscalía seccional que corresponda.

De conformidad con lo previsto en los artículos 221 de la C.N. y 1º del Acto Legislativo No 02 de 1995, el fuero previsto en la norma constitucional solamente cobija a los miembros de la fuerza pública cuando se encuentren en servicio activo y hayan incurrido en infracción a la ley penal en relación con ese servicio activo.

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

Si se conservan esas conexiones entre el servicio activo, funciones y desviación o extralimitación de ellas, el funcionario se encontrará frente a un delito relacionado con el servicio y por tanto de competencia de los Tribunales Militares; por el contrario, si el ilícito no es resultado de un desvío o exceso del poder militar, o no pertenece al ámbito de las funciones militares, se tratará de un delito común en el que el servidor público actúa como un particular y por consiguiente, la competencia de juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Es bajo esta perspectiva que debe entenderse el fuero militar de juzgamiento, porque la Carta no lo asigna a ilícitos cometidos con ocasión del servicio o en una relación meramente circunstancial con él, sino dentro de los precisos límites de la relación con el mismo servicio, esto es, en conexión con las funciones propias del servicio militar.

Es por ello que no se comparte la contradictoria decisión de la Sala Jurisdiccional

Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, cuyo texto transcribe, pues en la posición allí adoptada, la extensión del concepto relación a situaciones que quedan por fuera del ámbito propio de la función militar, en tanto que amplía la protección foral a aquellas conductas ligadas con el servicio activo con simple carácter circunstancial, rompe los principios de unidad jurisdiccional e igualdad que se establecen como fundamento del ejercicio del poder estatal en la Constitución Política.

Establecidos estos alcances del fuero militar, fácilmente se advierte que la conducta delictiva que dio origen a este proceso no se desarrolló en relación con el servicio militar ni como expresión del ejercicio desviado o excesivo del poder militar. Se trata de un delito de acceso carnal violento al que se sometió a una ciudadana menor de edad por fuera de cualquier atribución o deber que en el momento impusieran al suboficial GALVIS VARGAS una tal acción o determinaran una tal consecuencia.

El Procesado actuó por fuera de los contenidos de su función; su acto delictual no fue una simple extralimitación de funciones (ninguna función suya -ni de ningún militar- le permitía lesionar la libertad sexual de la ofendida) o un ejercicio desviado de ellas, pues tampoco dentro del ámbito militar general se prevé como propio del servicio de la fuerza pública el causar daño a los bienes jurídicos de los particulares.

El acceso carnal materia del proceso no conserva con el servicio más que una relación circunstancial, que impide el surgimiento del fuero constitucional de juzgamiento, reservado a aquellas conductas cometidas en relación con el servicio; la investigación y juzgamiento del proceso correspondía a la jurisdicción ordinaria, por lo que al haberse tramitado ante la instancia militar genera una nulidad insaneable prevista como tal en el numeral 1º del artículo 304 del C. de P.P. (incompetencia del juez).

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1- El casacionista formula dos cargos por nulidad: el primero por considerar que otro juez militar era el competente para dictar sentencia de primer grado, y el tercero por incompetencia de la justicia penal militar para conocer del proceso. En el segundo cargo plantea violación indirecta de la ley sustancial.

Dada la naturaleza y alcance de la nulidad que de manera equivocada propone el demandante como subsidiaria en el tercer cargo, su estudio se impone prioritariamente, pues de prosperar se haría inane el análisis de fondo de los otros dos reproches. Por tal razón se procederá a ello.

2- Al amparo de la causal tercera de casación, el censor sostiene que el proceso está viciado de nulidad por incompetencia del juez (causal de nulidad consagrada en los artículos 464 numeral 1º del Código Penal Militar y 304 numeral 1º del Código Penal ordinario), porque en su desarrollo se desconoció el debido proceso (artículo 29 de la C.N.) en sus modalidades de ley preexistente al acto que se imputa, juez o tribunal competente y las formas propias del juicio. Igualmente acusa errónea interpretación del artículo 221 de la Carta Política y desconocimiento del artículo 72 del Código de procedimiento Penal, normas constitucionales y legales que se vulneraron cuando su defendido fue procesado y juzgado por juez que no era competente para ello.

Estima el libelista que la competencia para conocer del proceso seguido contra su representado, por el delito de acceso carnal violento, corresponde a la justicia penal ordinaria y no a la penal militar, porque los delitos contra la libertad y el pudor sexuales, “no pueden ser cometidos por miembros de la fuerza pública por razón y con ocasión del servicio” Si se analiza el texto del artículo 221 de la Carta Política, debe observarse que el mandato constitucional que transcribe, “es muy claro al precisar que las cortes marciales podrán juzgar a los miembros de la Fuerza Pública cuando estos cometan delitos que estén relacionados con el mismo servicio...”.

En consecuencia, solicita que se case la sentencia recurrida y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha enero 19 de 1993, mediante el cual el Juzgado Promiscuo de San Pablo ordenó remitir el proceso al Juez 24 de Instrucción Penal Militar y se envíe el mismo a la Fiscalía General de la Nación, Seccional Barrancabermeja, para que por competencia adelante la investigación pertinente y continúe el trámite conforme a derecho.

La Sala encuentra que las razones esbozadas por el impugnante para fundamentar la nulidad planteada, resultan suficientes para entrar en el estudio de fondo de la censura, y por ello no comparte la apreciación contraria, que sobre el particular hace el Procurador.

1. En relación con el reproche, lo primero que cabe recordar es que la Sala reiteradamente ha precisado que son dos las condiciones que el artículo 221 de la Carta Política establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública sea de conocimiento de la justicia penal militar: a) Que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo. B) Que el delito guarde relación con el servicio.

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

En el caso que nos ocupa, no se discute la calidad de miembro activo de la fuerza pública del procesado ROBERT GALVIS VARGAS. Su condición de Cabo Primero de Infantería de Marina al momento de cometer el hecho quedó establecida en el proceso (fl. 100).

El reproche se presenta en relación con la segunda exigencia, esto es, la relación que debe haber entre la conducta punible y el servicio prestado, tema sobre el cual se acreditó lo siguiente: el grupo de militares llegó hasta la humilde vivienda de la víctima, en donde ella se encontraba con su padre, dos hermanos menores y dos sobrinos, uno de ellos de un mes de nacido. Luego de preguntarles por un motor que dijeron que se había perdido, y por unas armas, se llevaron a su progenitor aduciendo que debía acompañarlos a buscarlas, oportunidad que aprovechó el acusado para llevar a ANTONIA al monte, procurando que sus compañeros no se dieran cuenta, y mediante violencia abusó sexualmente de ella, para luego regresar a reintegrarse al grupo.

La Corte ha dicho que cuando se habla de relación con el servicio se está haciendo referencia al nexo que debe existir entre el acontecer delictivo y la actividad militar, que solo puede ser calificada como tal cuando se realiza mediante actos propios del servicio o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando. En estas condiciones, el Militar, que aún estando en servicio activo, se aparta de las funciones relacionadas con dicho servicio para dedicarse a ejecutar comportamientos delictivos ajenos a él, no goza del fuero constitucional.

Así las cosas, es evidente que la conducta que se atribuye al procesado por el delito de acceso carnal violento al que sometió a la joven menor de edad no guarda relación alguna con la misión militar que le fue encomendada, la cual, como bien lo destaca el Procurador, se restringía a las propias de la lucha antiguerrillera, que le imponía el deber de desarrollar actos dirigidos al mantenimiento del orden público, la repulsa de ataques, la inspección e incautación de armas y otros objetos de prohibida tenencia, es decir, a todo aquello que sirviera a las finalidades de la misión, ninguno de los cuales puede implicar el atropello a la libertad sexual de las personas.

La conducta endilgada al Procesado GALVIS VARGAS es fruto de una decisión particular, de cuenta propia, y completamente inconexa con el servicio encomendado.

6- El Tribunal Militar negó la declaratoria de nulidad por falta de competencia de la justicia penal militar para conocer de este asunto, solicitada por la Fiscal Octava de esa Corporación, con el argumento de que el punible objeto de investigación y juzgamiento fue cometido por el procesado cuando se encontraba en servicio activo en la Armada Nacional, y ocurrió por causa y con ocasión del servicio que prestaba el día de autos, “pues fue la oportunidad de la función y su condición de militar las circunstancias que le facilitaron la comisión del ilícito; de esa relación es de donde se desprende el aspecto foral que contempla el canon constitucional del art. 221”.

La simple oportunidad surgida del servicio no es lo que determina la competencia, e incluso carece de importancia cuando no hay relación entre el delito y el servicio. Tal es justamente la hipótesis que en este asunto se da, en donde el acriminado aprovechó su presencia en el lugar con fines militares, para cometer un delito totalmente ajeno a esos fines.

Razón le asiste al casacionista al atacar la legalidad de la sentencia por incompetencia de la justicia penal militar, y por ende el cargo prospera.

7- En cuanto a la petición del actor y de la Delegada, de que la nulidad se decrete a partir del auto de diciembre 19 de 1993, mediante el cual se ordenó la remisión del expediente a las autoridades Militares, y no desde su clausura, se impone recordar que sobre este particular aspecto la Sala ha precisado lo siguiente:

“Para poder determinar la existencia del fuero que surge de la relación del hecho punible con la actividad desarrollada, será necesario conocer las circunstancias en las cuales se comete el ilícito, y si esta labor se cumple dentro de una investigación formal, no deja de ser un contrasentido que habiéndose iniciado y advertido a través de ella que tal aforo no existe, como acontece en el caso que nos ocupa, la actuación cumplida hasta ese momento, en procura de su demostración, deba invalidarse por

incompetencia. Lógico es, entonces, que la validez de la actuación se mantenga, y que el funcionario competente continúe el trámite, sin invalidar lo actuado, razón de suyo suficiente, para concluir que si este estadio procesal ha sido superado, es a partir del cierre de la investigación que la actuación sería irrita. (Sentencia de septiembre 18 de 1996. M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.)”.

El criterio expuesto es aplicable al caso en estudio, pues los elementos para determinar la competencia se clarificaron durante el sumario, de manera que esa etapa queda a salvo, excluyendo lo actuado a partir del cierre de la investigación inclusive, momento a partir del cual se anulara el proceso.

8- Al prosperar esta censura, por sustracción de materia se torna innecesario el estudio de las otras censuras formuladas.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA DE CASACIÓN PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: CASAR la sentencia impugnada.

Segundo: DECRETAR LA NULIDAD del proceso a partir inclusive del auto de cierre de la investigación, por incompetencia de la justicia penal militar, conservando validez las pruebas practicadas.

Tercero: Remítanse las diligencias a la Unidad Seccional de Fiscalías de Simití (Bolívar), por competencia, e infórmese esta decisión al Tribunal Militar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

Salvamento de voto

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO.

Con mi acostumbrado respeto y consideración por la opinión mayoritaria adoptada por la Sala de Casación Penal, no puedo compartir por la razones que adelante expongo, la decisión de casar la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó al Suboficial de la Armada Nacional ROBERT GALVIS VARGAS como autor responsable del delito de acceso carnal violento en una joven menor de edad, cuando dicho Suboficial cumplía misión de patrullaje. La nulidad que tanto el defensor como el Ministerio Público y finalmente la H. Sala han encontrado se presenta en autos es la denominada incompetencia de jurisdicción al haber juzgado la conducta delictiva y condenado por ella al procesado la

Jurisdicción Penal Militar y no la Ordinaria a la que finalmente, se ordena remitir la actuación, reconociendo en la Fiscalía General de la Nación la competencia para cerrar la investigación y calificar el mérito del sumario.

Son razones para fundamentar mi dictamen las siguientes:

1.- El artículo 221 de la Constitución Nacional modificado por el Acto Legislativo No.02 de 1995 dispone:

“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” –
negrillas fuera del texto –

1.1.- Para efectos de este salvamento de voto me ocuparé principalmente del significado que para mí tienen las expresiones del canon constitucional destacadas en negrilla; vale decir, “...y en relación con el mismo servicio..” y “...con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.”

Antecedió al artículo 221 de la Constitución de 1991 el 170 de la Constitución de 1886 que a la letra disponía:

“De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

De modo que tanto la antigua disposición constitucional, – la del artículo 170 de la C.P. de 1886 – como la del artículo 221 actual, consagraron el fuero militar; la primera para los militares en servicio activo y por delitos “ en relación con el mismo servicio”.

La actual disposición constitucional – art.221 – conservó el fuero extendiéndolo a todos los integrantes de la Fuerza Pública de modo expreso; para los delitos cometidos “ en relación con el mismo servicio” conservando ambas normas constitucionales de modo idéntico, tanto en la antigua como en la vigente la expresión mandatoria de “ con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

Así las cosas, para establecer si un delito, cometido por un militar en servicio activo, esta o no relacionado con el mismo servicio, impónese también considerar, como un todo, para una interpretación sistemática de la ley, la referencia constitucional mandatoria “ con arreglo al Código Penal Militar”, porque en verdad ni la antigua como tampoco la actual Constitución Nacional se ocupan del señalamiento de los delitos de conocimiento de esta jurisdicción especial, la militar, sino que se exige que esos delitos de su conocimiento estén “en relación con el mismo servicio” como se predica en los cánones constitucionales de manera invariable.

2.- La expresión con arreglo a lo dispuesto por el Código Penal Militar que se utiliza por el Legislador Constitucional implica que la normatividad superior ha diferido al Código Penal Militar, de manera única y sin excepción, y de forma completa tanto en lo sustantivo como en lo procedimental o adjetivo que sea la mencionada codificación la que se ocupe por definir primero los delitos y establecer los procedimientos para el juzgamientos de los miembros de la Fuerza Pública.

Y, en consecuencia, el Código de Justicia Penal Militar, Título I, que consta de un Capítulo y éste de un artículo, el 14, se ocupa del ámbito de aplicación de la ley militar y como principio, epígrafe del artículo 14 ya citado dispone:

“Art.14.- Principio. Las disposiciones de este Código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en

el Derecho Internacional. También se aplicarán a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional". (Negrillas ajenas al texto legal.)

Otros dos artículos de la Codificación Castrense, el 15 y el 13 se ocupan en su orden por clasificar los hechos punibles para dividirlos en delitos y faltas, conservando la división bipartita de las infracciones a la ley penal y, agrega el artículo 15 que: "Son delitos militares los descritos en este Código". El artículo 13 recoge el principio de integración para que aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en el Código Penal Militar lo sean por aplicación de las disposiciones del Código Penal Común.

En el anterior orden de ideas tiénese entonces que el Código Penal Militar en su Sección Segunda, Parte Especial, Títulos I,II,III,IV,V,VI y VII, contiene la descripción de las conductas consideradas como delito típicamente militar o propio de los militares, que por serlo son de sujeto activo calificado por su condición de militar, de manera general, o en veces con relación al grado o cargo que el sujeto activo ha de ostentar o desempeñar dentro de la organización castrense, como puede ocurrir con los delitos de desertión, del centinela o del abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones. Estos delitos propiamente militares están previstos por la ley para proteger bienes jurídicos inherentes a la organización castrense como la disciplina, los intereses de las Fuerzas Armadas, el honor, contra la población civil, etc., tal y como reza el epígrafe para cada título de los citados arriba. Así las cosas, no cabe duda que por los sujetos activos calificados y los bienes jurídicamente protegidos estos delitos solamente puedan ser cometidos por personas que ostenten la calidad de militares en servicio activo y que esas conductas previstas como delitos lo están por su consustancial o íntima unión o en indiscutible relación con el servicio, al punto que resultaría innecesario previsión legal expresa que así lo determinase por la propia ontología de dichas infracciones.

No obstante lo anterior, el Código de Justicia Penal Militar incluye en el catálogo de los delitos otras conductas, tomadas del ordenamiento común, en veces casi literalmente y de

las cuales se ocupan los Títulos VIII,IX,X,XI,XII,XIII,XIV y XV, que protegen bienes jurídicos diferentes a aquellos expresados al hablar de delitos típicamente militares y que dicen relación por ejemplo a la administración de justicia, a la fe pública, a la vida e integridad personal, etc., tal y como se lee en los correspondientes epígrafes para los títulos que he mencionado. Estos hechos punibles son pues los que pudiéramos llamar como de impropriamente militares o comunes pero recibidos de manera expresa por la codificación castrense y a los cuales la ley penal militar imponía como condición sine qua non que fueran cometidos por militares con ocasión del servicio o por causa del mismo; expresiones que por sentencia C-358/97 de la Corte Constitucional fueron retiradas del ordenamiento positivo al considerarlas inconstitucionales; exigiéndose por la misma providencia que a continuación transcribo lo siguiente:

“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 o policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en si mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial”.(Sentencia No.C-358/97 Corte Constitucional, M.P.Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

– Además de los delitos propios e impropios militares de los cuales se ocupa el Código de Justicia Penal Militar, es posible que la Justicia Penal Militar se ocupe, tal como lo dispone el artículo 14 ibidem, de delitos comunes relacionados con el mismo

servicio.

Impónese pues hacer algunas consideraciones al respecto.

El artículo 14 del Código de Justicia Penal Militar dispone:

“Principio. Las disposiciones de este código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional....”

(Negrillas fuera del texto legal transcrito).

De la lectura del texto legal citado o por la misma construcción gramatical del mismo, se entiende sin dificultad que la Justicia Penal Militar esta habilitada para conocer de delitos comunes a condición que estén relacionados con el mismo servicio. Y además, se ve a las claras que no es, en modo alguno, esta disposición legal incompatible con el canon 221 Constitucional pues este remite a las “prescripciones del Código Penal Militar” sin hacer distinción alguna entre delitos militares o comunes, solo a condición que el hecho punible se cometa “en relación con el mismo servicio” y por militares en servicio activo.

En el anterior orden de ideas es legítimo afirmar entonces que tanto el fuero militar como la competencia de la Justicia Penal Militar pueden uno y otra expandirse a los delitos comunes siempre y cuando se encuentre un nexo o relación con el servicio entre el autor a cualquier título y el hecho tipificado como punible así no se encuentre éste en el Código de Justicia Penal Militar que por ello mismo la propia ley como he citado, lo denomina hecho punible común.

Ahora bien, el artículo 14 del Código de Justicia Penal Militar ya transcrito, exige y solo para el delito común el que este se pueda relacionar con el servicio. Es que precede al

calificativo de común empleado por la ley la conjunción disyuntiva o; que indica una alternatividad, una posibilidad de que sea tanto el delito militar como el común el que pueda caer dentro del ámbito de esta especial jurisdicción. Y si observamos además, que la oración “relacionado con el servicio” sigue inmediatamente a la conducta delictiva calificada como de “común” por la propia ley y separada como esta por la conjunción disyuntiva, o, que indudablemente la separa de la otra categoría delictual que también la propia ley califica de “militar”, es dable concluir que la relación con el servicio ha de predicarse del delito común exclusivamente pues el militar, por serlo, la lleva ínsita.

No escapa al suscrito Magistrado que el artículo 14 del Código de Justicia Penal Militar fuera demandado por inexequibilidad ante la Corte Constitucional, junto con otros, pero este lo fue exclusivamente en lo atinente a la permisión de aplicarlo a los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, y que la Corte Constitucional por sentencia C-444/95, M.P.Dr.Carlos Gaviria Díaz lo halló ajustado a la carta Fundamental. En nada, la Corte Constitucional encontró incompatibilidad en lo dispuesto por este artículo del Código Penal Militar con el ordenamiento Superior. Por tanto, la norma es constitucional y por lo demás, se encuentra en plena vigencia y por lo mismo es de forzosa aplicación.

Dado que el delito común para que pueda ser juzgado por la Justicia Penal Militar, además de encontrarse satisfecha la exigencia subjetiva hecha por la ley, debe estar relacionado con el mismo servicio, bueno es transcribir que ha de entenderse por el participio de relación tal como lo explica el Diccionario de la Lengua acepción 3 de la palabra:” Conexión, correspondencia de una cosa con otra”.” Y, además, el adjetivo relacional significa según el citado Diccionario:” Perteneciente o relativo a la relación o correspondencia entre cosas”.

Síguese pues de allí y del significado de los términos utilizados por la ley, que para que un delito común sea de competencia de la Justicia Penal Militar debe existir cierta

correspondencia entre el acontecer criminal del sujeto activo y el servicio a que dicho sujeto se encuentra vinculado. Esta última condición en sentido amplio pues la ley no ha limitado particularmente con el término servicio a determinada función dentro del concepto de lo que ha de entenderse por dicho servicio. Basta pues una relación causal u ocasional o de oportunidad entre el resultado criminal y la tarea legítima desempeñada por el militar o policial para que ese desbordamiento criminal, pero relacionado con la actividad militar que se cumpla, pueda ser conocido y reprimido a través de la jurisdicción especial; sin que tal conocimiento signifique vulneración a los principios de igualdad y del juez natural.

-Es la propia sentencia C-358/97 de la Corte Constitucional que en su parte considerativa permite también que la Justicia Penal Militar se ocupe de estos punibles cuando en desarrollo del concepto de fuero militar afirma:

“a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales”.(Negrillas ajenas a la

sentencia transcrita, Fl.31 de la misma).

Y en el caso de autos sometido al recurso extraordinario, es precisamente cuando cobra actualidad y operancia las consideraciones de la Corte Constitucional. El procesado, en cumplimiento de una misión de patrullaje, comoquiera que era el piloto de una de las embarcaciones de la Armada Nacional llegó a la isla Medellín y de súbito, al ver a una muchacha menor de quince años, la condujo a un platanal y cometió en su contra acceso carnal violento. La única razón de la presencia de ese sujeto en aquel paraje no fue otra que el servicio de patrullaje que prestaba y que le fuera ordenado; el delito imputado, y no hay prueba en el expediente en contrario, que ab initio del cumplimiento de la misión el procesado lo hubiera previsto o que hubiese preordenado la misión del servicio para acceder carnalmente a la menor. No. Fue la ocasión del servicio, el cumplimiento de la misión a él encomendada lo que condujo a este individuo a aquel paraje y a esa pobre habitación y la presencia de la menor y por el medio en que se encontraba lo que hizo nacer en el procesado el impulso criminal; luego, no cabe duda que el acto criminal que se reprocha fue cometido en estrecha relación con el servicio que prestaba así se califique a dicho delito como común y no se encuentre previsto por el Código Penal Militar. Ese delito ocurrió “durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional” como lo advierte la Corte Constitucional en la sentencia citada en este salvamento de voto. Lógico entendimiento es entonces, que la legitimidad que se predica es la de la tarea que cumpla el militar o el policial y que el reproche que se hace es al acto criminal que en desarrollo de dicha tarea por desbordamiento de las funciones comete dicho sujeto integrante de la Fuerza Pública en ese contexto y es así como se debe predicar y entender la expresión “en relación con el mismo servicio” que tanto la Constitución Nacional como el Código de Justicia Penal Militar exigen para que el hecho punible pueda ser conocido por la Jurisdicción Penal Castrense. Se excepcionan sí aquellos delitos de lesa humanidad como lo ha dispuesto la Corte Constitucional y a aquellos que

como excepciones ha consagrado el Derecho Internacional, previsión hecha por el artículo 14 del Código de Justicia Penal Militar.

Atentamente,

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

(Fecha up supra)