

Proceso No 23472

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

Aprobado: Acta No. 024

Bogotá, D. C., trece (13) de abril del dos mil cinco (2005).

VISTOS

La Sala se pronuncia sobre la colisión de competencias suscitada entre los Juzgados Promiscuo del Circuito de San Martín y 3° Penal del Circuito Especializado de Villavicencio (Meta), para adelantar el juzgamiento en contra de Dairo Clemente Fajardo Barco, Fabio Orlando Vargas Higueta, José Antonio Mena Mosquera, Norberto Martínez Agruilera y Marco Enrique Moreno Abril, a quienes las Fiscalías 21 Seccional y 4a Delegada ante el Tribunal de la última ciudad acusaron como responsables de los delitos de homicidios agravados, hurto calificado agravado, falsedad y receptación.

ANTECEDENTES

1. El 24 de noviembre del 2003, un contingente de soldados, al mando del teniente Dairo Clemente Fajardo Barco, perteneciente al Batallón de Infantería del Ejército Nacional, inició un operativo tendiente a contrarrestar la acción de grupos denominados “paramilitares”.

Previamente, a eso de las 8 de la mañana, Jorge Eliécer Villamil Hurtado, Libardo Villamil Hurtado, Holman Criando Isairias Hernández y otro hombre aún no identificado, salieron del municipio de Acacías con destino a San José del Guaviare, transportándose en un campero y una camioneta.

Aproximadamente a las 10 de la mañana, los dos grupos se encontraron en el sector conocido como “El cruce de la calandria”, jurisdicción del municipio de San Martín (Meta). Los ocupantes de los vehículos se bajaron y se pusieron a disposición de la autoridad.

Alrededor de las 12:30 del día, por orden del oficial, los soldados dispararon en contra de estos, por la espalda, y les causaron la muerte. Camuflada dentro de dos llantas de repuesto, encontraron una millonaria cantidad de dinero que los militares se repartieron. El teniente Fajardo Barco destruyó los documentos de identidad de

las víctimas y los salvoconductos de algunas armas de defensa personal que portaban. Por instrucciones suyas, a las autoridades armadas y judiciales se les informó que los occisos eran “paramilitares” que los habían agredido, generándose un combate, y que en el cruce de disparos fallecieron.

2. Adelantada la investigación, el 23 de julio del 2004, los procesados fueron acusados así:

a) Dairo Clemente Fajardo Barco, determinador de cuatro homicidios agravados por el No. 7° del artículo 104 del Código Penal, es decir, por el estado de indefensión en que se hallaban las víctimas, y autor de peculado por apropiación y falsedad por destrucción de documentos públicos.

b) Fabio Orlando Vargas Higueta, José Antonio Mena Mosquera, Norberto Martínez Aguilera y Marco Enrique Moreno Abril, como coautores de dos homicidios agravados

por la misma circunstancia, peculado y favorecimiento.

La decisión fue recurrida y ratificada por la segunda instancia el 17 de diciembre siguiente, con las siguientes modificaciones:

- a) Se tipificó el delito de hurto calificado agravado y no el de peculado.
- b) Vargas Higueta respondería como autor de dos homicidios y coautor del hurto.
- c) Los cargos a Mena Mosquera serían por doble homicidio y hurto. Los de Martínez Aguilera y Moreno Abril por los atentados contra la vida y receptación.

El Ad quem, en materia de homicidio, agregó la causal 2ª prevista en el artículo 104 del Código Penal, es decir, cometer el homicidio, “Para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes”.

3. El expediente correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de San Martín. El 31 de enero del 2005, con propuesta de colisión negativa de competencia, lo remitió al reparto de los jueces penales del circuito especializados de Villavicencio.

Argumentó, apartándose de la calificación, que las víctimas eran personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario (DIH) pues se trataba de integrantes de la “población civil” y que, por tanto, la adecuación típica era la del artículo 135 del Código Penal del 2000, no la de los artículos 103 y 104 de la misma obra.

4. El 15 de febrero del 2005, el Juez 3º de la última categoría aceptó el conflicto y rechazó la competencia. Afirmó que el artículo 135 del Código Penal es aplicable en tanto exista un conflicto armado, que no tuvo ocurrencia en los hechos investigados y que, en el supuesto de que esa fuera la tipicidad adecuada, el conocimiento igualmente correspondería al juez del circuito.

5. El expediente se envió a la Corte para que se resuelva el asunto.

CONSIDERACIONES

1. Sea lo primero recordar que, salvo circunstancias excepcionalísimas, la acusación rige el resto del proceso, es decir, conserva su intangibilidad. Como el pliego de cargos aquí emitido apunta a homicidio agravado por los numerales 2° y 7° del artículo 104 del Código Penal, es obvia la competencia en cabeza del Juez Promiscuo del Circuito.

2. No obstante, nada impide que se haga mayor claridad sobre el tema, sobre todo por los planteamientos que ha hecho este funcionario:

2.1. Bajo el título de “Competencia de los jueces penales del circuito especializados”, el artículo 5° transitorio del Código de Procedimiento Penal del 2000 dice que estos despachos conocen en primera instancia, “2. Del delito de homicidio agravado según los numerales 8°, 9° y 10 del artículo 104 del Código Penal”.

2.2. El numeral 9° de esa norma penal señala prisión de 25 a 40 años para el concurrente en el homicidio cuando sea cometido “En persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el título II de este libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia”.

2.3. El Título II del Libro II de la Ley 599 del 2000, que trata de los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, recoge la conducta punible de “Homicidio en persona protegida”, y la tipifica en el artículo 135. A esta se refiere el juez promiscuo como marco de adecuación de las varias muertes cometidas.

2.4. Aún si le asistiera razón a este funcionario, la competencia igualmente sería suya. Esto es, ya se trate de homicidios cometidos dentro de las previsiones del artículo 104 del

Código Penal -en general-, o de los previstos en el artículo 135 del Código Penal, el conocimiento corresponde al juez penal del circuito, no al especializado, pues la norma sobre competencia excluye el conocimiento por parte de estos últimos.

2.5. El artículo 5° transitorio del Código de Procedimiento Penal asignó a los jueces penales del circuito especializados el conocimiento del delito de homicidio agravado en los términos del artículo 104.9, siempre que no se relacionara con muertes de personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, de donde se desprende que la competencia en relación con estas está adjudicada a otro funcionario. Y el artículo 135 define el homicidio que tiene como sujeto pasivo a persona defendida por el Derecho Humanitario.

2.6. La salvedad señalada implica que lo exceptuado frente al Servidor especializado compete a otro funcionario y como esa facultad no se ha otorgado expresamente a ninguna jerarquía, por residuo corresponde al juez penal del circuito.

3. En síntesis:

3.1. El conocimiento del delito de homicidio simple y, en general, del homicidio agravado, compete al juez penal del circuito.

3.2. El homicidio agravado por los numerales 8 (realizado con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas), 9 (respecto de persona internacionalmente protegida) y 10 (en relación con servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso o en razón de ello) del artículo 104 del Código Penal, compete al juez penal del circuito especializado.

3.3. El conocimiento del delito de homicidio perpetrado contra “persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario”, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado (artículo 135 Código Penal), corresponde al juez penal del circuito.

3.4. Las personas defendidas por el Derecho Internacional Humanitario, son aquellas mencionadas en el párrafo del artículo 135 del Código Penal, siempre que sucumban con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado.

3.5. Como ciertamente emana de la Exposición de Motivos que la fiscalía anexó al proyecto de ley que modificaba el Código Penal, y de la ponencia para primer debate en el Senado de la República (Gaceta del Congreso No. 280, del viernes 20 de noviembre de 1998), las personas internacionalmente protegidas son las relacionadas en las Leyes 169 de 1994, que aprueba la “Convención sobre la

prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos”, suscrita en Nueva York el 14 de diciembre de 1973; y 195 de 1995, que adopta el “Convenio para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional”, suscrita en Nueva York el 2 de febrero de 1971.

De estas dos leyes, avaladas en su totalidad por la Corte Constitucional mediante sentencias C-396, del 7 de septiembre de 1995, y C-186, del 8 de mayo de 1996, respectivamente, se desprenden esas personas:

3.5.1. El Jefe de Estado.

3.5.2. Cada uno de los miembros de un órgano colegiado, cuando, de conformidad con la Constitución respectiva, cumpla las funciones de un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores, siempre que tal persona se encuentre en un Estado extranjero.

3.5.3. Los miembros de la familia de los anteriores que lo acompañen.

3.5.4. Todo representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier

funcionario, personalidad oficial u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tengan derecho, conforme al derecho internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad, así como, los miembros de su familia que formen parte de su casa.

3.5.5. Los agentes diplomáticos.

3.6. En el asunto que se estudia, ninguna prueba indica que los ciudadanos lamentablemente eliminados se hallaran internacionalmente protegidos.

3.7. Como es claro, los crueles homicidios no fueron cometidos con ocasión y desarrollo de un conflicto armado y, por tanto, las víctimas no se encontraban protegidas por el Derecho Internacional Humanitario.

Por consiguiente, la competencia de este asunto será ratificada al Señor Juez Promiscuo del Circuito de San Martín, a quien será remitido el expediente, y de la decisión tomada se comunicará al Señor Juez 3° Penal del

Circuito Especializado de Villavicencio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

1. Asignar la competencia para adelantar el juzgamiento seguido en contra de Dairo Clemente Fajardo Barco, Fabio Orlando Vargas Higueta, José Antonio Mena Mosquera, Norberto Martínez Aguilera y Marco Enrique Moreno Abril, al Juez Promiscuo del Circuito de San Martín (Meta).

2. Comunicar esta decisión al Juez 3° Penal del Circuito Especializado de Villavicencio

(Meta).

Cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

Salvamento de voto

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Permiso

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso a las decisiones de la Sala mayoritaria, comedidamente expreso mi desacuerdo con la decisión de colisión negativa de competencias suscitada entre los juzgados Promiscuo del Circuito de San Martín y el 3º Penal del Circuito Especializado de Villavicencio (Meta), puesto que en mi leal entender, la Colegiatura ha debido abstenerse de pronunciarse al respecto dado que ninguno de los jueces en conflicto es competente para conocer del asunto, y en ese orden, lo que correspondía era devolver el proceso al juzgado de origen para que formalmente planteara la colisión de competencias con los jueces de la justicia Penal Militar, para que, en caso de trabarse

debidamente el mismo, sea el Consejo Superior de la Judicatura el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 256.6 de la Carta Política y 112.2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, defina en cuál de las dos jurisdicciones radica la competencia.

Lo anterior, por cuanto, los delitos de homicidio agravado, hurto calificado agravado, destrucción, supresión y ocultamiento de documento público, favorecimiento y receptación aquí juzgados, corresponden a un abuso y desvío de la función que la Carta asigna al Ejército Nacional, y por ende, tal como se entendió al comienzo de la investigación, estaban cobijados por el fuero militar, para efectos de su investigación y juzgamiento.

La Sala no reparó en ese tema, y dio por descontado que en este caso no hay discusión sobre la competencia de la justicia ordinaria para el juzgamiento de los aludidos hechos, y por eso abordó el estudio de fondo de las razones expuestas por cada uno de los jueces colisionantes, asignándole el conocimiento del asunto a quien consideró el competente por la naturaleza de los hechos.

En este específico caso la justicia penal militar que conoció en un principio de la investigación, hizo eco a la petición elevada por el Ministerio Público en el sentido de remitir la actuación, por competencia a la justicia ordinaria, proponiéndole colisión negativa -de competencias- la cual no fue discutida por la Fiscalía General de la Nación, pues el ente investigador asumió sin reparo el conocimiento de la pesquisa y la continuó hasta su agotamiento, pues profirió resolución acusatoria en contra de los implicados, y envió el proceso a los jueces del Circuito para el trámite del juicio.

Ahora bien, al analizar la interpretación otorgada en su oportunidad por el Juez Penal Militar de Primera instancia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en punto del fuero militar, se observa que, no obstante admitir que en los hechos objeto de este

proceso concurrían los elementos básicos y determinantes de dicho instituto, terminó desprendiéndose de la competencia que a esa jurisdicción le correspondía con el argumento de que no hubo relación con el servicio porque “el ánimo del personal militar al mando del CT FAJARDO BARCO DAIRÓ CLEMENTE que participó en éstos lamentables hechos era diferente al servicio, se apartaron de sus deberes Constitucionales y legales para actuar motu proprio (sic)...”.

Como tal pronunciamiento, a la postre, fue el que definió la competencia en este asunto, sin que suscitara inquietud alguna en ninguno de los funcionarios de la justicia ordinaria que ha conocido de este proceso, considero necesario recordar que lo que esta Sala de Casación Penal, con ponencia del suscrito, sostuvo sobre la naturaleza, contenido y alcances del fuero castrense en los términos de la Constitución y la ley, referencia que con mayor razón resulta oportuna en esta ocasión si se tiene en cuenta que los hechos objeto de investigación en la sentencia que se cita guardan sustanciales coincidencias con los de este proceso.

Así, en fallo del 6 de octubre de 2004, en la casación No. 15.904, se afirmó que:

“1. Del fuero en general

Dado que en la legislación no se define la palabra fuero, en ninguna de las diversas situaciones donde se aplica, se precisa acudir en busca de su significado al sentido natural y obvio de ese vocablo¹.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua (Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid. 1984), dentro de las varias acepciones que presenta para la palabra fuero, contempla las siguientes relativas al derecho:

-. “Competencia a la que legalmente las partes están sometidas y por derecho les corresponde.”

- . Fuero activo. “Aquel de que gozan unas personas para llevar sus causas a ciertos tribunales por privilegio del cuerpo que son individuos.”
- . Fuero de atracción. “Dícese cuando por el rango del Tribunal, la calidad del justiciable o la índole del asunto, ha de conocer aquel de cuestiones diferentes aunque conexas, respecto de las que estrictamente le competen.”
- . Fuero exterior o externo. “Tribunal que aplica las leyes”
- . Reconvenir en su fuero. “Citar a uno para que comparezca en juicio ante el juez o tribunal competente.”
- . Surtir fuero. “Estar o quedar uno sujeto al de un juez determinado”.

Se infiere sin mayor dificultad que la institución jurídica del fuero tiene dos connotaciones fundamentales:

De una parte, es una prerrogativa que la Constitución y las leyes reconocen a las personas que desempeñan ciertas funciones públicas, en atención a la naturaleza de la función o a la dignidad del cargo, para que únicamente puedan ser investigadas y juzgadas por funcionarios judiciales de determinada jerarquía o especialidad.

El fuero así entendido equivale a un derecho radicado en cabeza de ciertos funcionarios públicos y, por tanto, bajo determinadas condiciones, el fuero es renunciable, y el asunto pasará a conocimiento de los jueces comunes, quienes aplicarán los procedimientos ordinarios.

Desde otro punto de vista, el fuero materializa la facultad del Estado consagrada en la Constitución y en las leyes, de asignar exclusivamente a determinados funcionarios judiciales la competencia para la investigación y el juzgamiento de ciertos delitos, o de

los ilícitos cometidos por algunos servidores públicos en ejercicio de sus funciones.

2. Del fuero militar

2.1 La [Constitución Política](#) de Colombia no se inclinó por una definición de fuero militar o fuero castrense; sin embargo, en su artículo 221 establece que “De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Militar.”

Dicho precepto es reproducido por el artículo 1° del Código Penal Militar vigente, Ley 522 de 1999.

De tal manera, primero el constituyente y luego el legislador hicieron expresa su voluntad de que la justicia penal militar investigara y juzgara a los miembros de la fuerza pública en servicio activo, siempre que las conductas punibles atribuidas tengan relación con el servicio.

Para determinar cuándo la conducta punible se comete en relación con el servicio, se han establecido jurisprudencialmente varias pautas o elementos.

2.2 El fuero castrense participa de la doble naturaleza destacada en el acápite anterior: de una parte, es una prerrogativa o garantía para que el miembro de la fuerza pública sea juzgado por funcionarios especializados que entiendan a cabalidad la organización de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, su reglamentación, y los linderos jurídicos del servicio que la Carta les asigna; y de otra, por voluntad del constituyente, es un factor de competencia especializado y excluyente, sobre los delitos cometidos por integrantes de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

2.3 No obstante, aunque también se admita como una garantía, el fuero militar no es

renunciable. Una vez se determina que un episodio delictivo debe ser investigado y juzgado por cortes marciales, el implicado no puede renunciar al fuero, aún cuando se produzca el retiro del servicio, pues en tal evento prevalece la intención del Estado de preservar la función constitucional atribuida a la fuerza pública.

2.4 La determinación del fuero militar en los casos concretos nunca es dejada al arbitrio del juez ni de los sujetos procesales, sino que las directrices para su establecimiento pertenecen a la reserva constitucional y legal, y se prevén para la salvaguarda de las funciones atribuidas a la fuerza pública, su independencia y autonomía dentro del marco de la [Constitución Política](#).

3. La relación entre la conducta delictiva y el servicio de la fuerza pública

Tanto el artículo 221 de la Carta, como el artículo 1° del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) condicionan el fuero castrense a que el delito se cometa “en relación con el mismo servicio”.

3.1 En principio, todos los delitos –propriadamente militares y la mayoría de los comunes– podrían ser cometidos por militares o policías en servicio activo y en relación con el mismo servicio, pues en el mundo de lo fáctico no se percibe obstáculo de ninguna especie para que ello pueda suceder; y en el campo jurídico las exclusiones son específicas.

En efecto, el artículo 3° del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), estipula que “en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados ratificados por Colombia.”

Quiere ello decir que, salvo los delitos taxativamente excluidos, el fuero militar puede extenderse a todos los ilícitos, sin consideración a su gravedad, ni a la mayor o menor

lesividad de los bienes jurídicos.

3.2. Existe, sin embargo una postura anfibológica diversa, que pretende recortar al máximo el ámbito de aplicación del fuero militar, consistente en afirmar que dentro de la función castrense no se contempla la comisión de delitos, verbi gratia concusión, hurto, homicidio, etc., y que por ello, al incurrir tales ilícitos se rompe el nexo con el servicio y no se conserva el fuero.

Se precisa advertir que con esa visión sesgada del asunto, sencillamente el fuero militar devendría en una institución insulsa, puesto que quedaría a cargo de la justicia penal militar el juzgamiento de actos propios del servicio y, por supuesto, éstos nunca son punibles.

A ese tópico se refirió la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de “actos del servicio” sino de la comisión de delitos “en relación” con el servicio”. (Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Es decir, por norma general, los delitos -propiamente militares y comunes- pueden tener relación con el servicio. Solo que, por una decisión ex ante de política criminal, los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada nunca se consideran relacionados con el servicio para efectos del fuero castrense, y por ello fueron excluidos expresamente en el artículo 3° del Código Penal Militar.

Y sobre ese mismo punto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura anotó:

“Ahora, se tiende a incurrir en el equívoco de pensar que las conductas delictivas, por su carácter de tal, no pueden tener relación con el servicio militar o policial que se les ha encomendado a los miembros de la fuerza pública, razonamiento que dejaría sin sentido la propia existencia del fuero militar.”

“Habrá que dejar sentado entonces que la jurisdicción penal militar está instituida para investigar y juzgar delitos que sean cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y no los actos propios del servicio que legítimamente adelantan y que, por lo mismo, no constituyen delitos, luego ningún reproche puede recaer sobre una de tales conductas. (Auto del 26 de noviembre de 2003, Acta No. 157, M.P. Dr. Guillermo Bueno Miranda).”

Amén de lo anterior, si no fuese posible que en desarrollo de las tareas de la fuerza pública se pudiesen cometer delitos, también contemplados en el Código Penal común, ninguna razón existiría para que el Código Penal Militar anterior (Decreto 2550 de 1988) tipificara a su vez una serie de ilícitos que no son exclusivamente militares, tales como los atentados contra la administración pública, contra la administración de justicia, contra la fe pública, contra la libertad individual, contra la vida y contra el patrimonio.

3.3 En tal marco jurídico conceptual deviene equívoca la idea según la cual los delitos graves o “dolosos” no deben ser juzgados por la jurisdicción penal militar. Tal postura ideológica no resiste un análisis dogmático serio frente a la conservación del fuero castrense en los ilícitos imprudentes, o de menor connotación, pues carece de soporte jurídico para determinar cuándo un delito cometido por un integrante de la fuerza pública activo y en relación con el servicio debe ser investigado y juzgado por sus pares, y cuándo, por la jurisdicción común.

No es, pues, la gravedad o levedad del ataque al bien jurídico lo que determina la operancia del fuero castrense. Se llegaría al contrasentido de admitir impensadamente

una especie de máxima, según la cual conductas punibles no tan graves sí podrían estar en relación con la función constitucional de la fuerza pública, y los ilícitos de mayor lesividad romperían de suyo dicha relación.

No es el contenido del injusto, ni la severidad del reproche que pueda formularse lo que sirve como factor para determinar el juez natural de un delito cometido por miembros de la fuerza pública en servicio activo; sino, con independencia de aquello, el fuero se colige cuando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que gravitan en la comisión del punible, permitan concluir racionalmente que dicha conducta tiene relación fáctica con el servicio que corresponde prestar a esa Fuerza.

Y se habla de relación fáctica, puesto que nunca, como antes se dijo, un delito podrá tener relación jurídica con la función constitucional asignada a la fuerza pública.

4. La relación del delito con el servicio militar o policial

Plural, pero no por ello diáfana y pacífica, ha sido la jurisprudencia de todos las especialidades con relación al concepto, alcance y límites del fuero castrense como instituto jurídico; y en particular, acerca de cuándo se entiende que el delito ha sido cometido “en relación con el mismo servicio”, tema que ha suscitado colisiones de competencia, en cuanto implica que “De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares²”.

4.1 La Corte Constitucional sentó la siguiente jurisprudencia en la Sentencia C-358 de 1997, que se menciona a lo largo de esta sentencia:

“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.”

“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.”

4.2 De otro lado, dada la especialidad del asunto, es factible consultar en dicha materia al Consejo Superior de la Judicatura, una de cuyas labores consiste en “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”, por atribución constitucional (artículo 256 numeral 6º) y legal (numeral 2º, artículo 112 de la Ley 270 de 1997, Estatutaria de la Administración de Justicia).

A la sazón, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en, auto del 26 de noviembre de 2003 (Acta No. 157 M.P. Dr. Guillermo Bueno Miranda), sentó los criterios que a continuación se extractan, al resolver una colisión positiva de competencias entre la jurisdicción común y la penal militar, asignando el conocimiento a

ésta, en el caso donde algunos miembros del Ejército Nacional en desarrollo de una misión militar encontraron una “caleta” de dinero y se apropiaron de su contenido, en lugar de reportar el hallazgo a los superiores funcionales:

“Se entiende entonces que las conductas que se convierten en hechos punibles ocurren en cumplimiento del servicio militar o policial que les corresponde, constituyendo extralimitaciones, omisiones, excesos, abusos en tal servicio que ingresan al campo delictivo y, por lo mismo, son los mismos miembros de la fuerza pública quienes podrán tener los elementos de juicio necesarios para establecer la ocurrencia de los hechos y las responsabilidades penales a que haya lugar, porque nadie como ellos conoce el modus operandi de las fuerzas armadas y la policía para llegar a conocer de la manera más precisa las circunstancias y móviles que determinaron en un momento dado a uno de sus miembros a desviar el cumplimiento de la misión.”

...

“Acometiendo el estudio del complejo punto de determinar si unos particulares hechos tienen relación con el servicio o no, es pertinente señalar en primer lugar que se tiene de manera general que los delitos guardan relación con el servicio cuando se cometen dentro del desarrollo natural de las tareas que le han sido encomendadas al respectivo miembro de la fuerza pública, siempre que tales tareas tengan inequívoca relación con la misión militar o policial que constitucionalmente les corresponde, marco en el cual ocurre un exceso, una extralimitación o abuso de poder que, por lo mismo, cae dentro del campo punitivo, sin que sea posible deslindar ese exceso de lo que en un momento anterior de la misma situación no lo era, esto es, del desarrollo legítimo de los cometidos de la Fuerza Pública en sus distintas especialidades y disímiles tareas.”

...

“Hay que decir también que la justicia castrense puede conocer tanto de los

denominados delitos militares como de delitos comunes, porque unos y otros pueden tener relación con el servicio, porque unos y otros están dentro del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988) y porque la Corte Constitucional declaró exequible la norma del antiguo Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988) que así lo establecía expresamente, jurisprudencia que en vigencia de nuevo ha reiterado;"

4.3 Específicamente, en el mismo auto, el Consejo Superior de la Judicatura determina los elementos que deben concurrir, para que el delito cometido por integrantes de la fuerza pública activos pueda predicarse "en relación con el mismo servicio", y quede abarcado por el fuero castrense para la investigación y el juzgamiento. (Las letras a, b, c y d no corresponden al texto de la providencia en comentario):

- a. "De esta manera, se hace evidente que el primer y primigenio elemento que nos da noticia cierta sobre tal vínculo es la existencia de una orden de operaciones emitida por la autoridad competente, que claramente es en cada caso el respectivo comandante."
- b. "Un segundo elemento determinante es si tanto la misión general de la operación, como la específica del militar o los militares involucrados, guarda relación con la función que la Constitución le asigna a la fuerza pública..."
- c. "Ahora bien, siguiendo con el itinerario de las circunstancias, un tercer y vital elemento a determinar dentro de la tarea de evaluar esa "relación con el servicio" que define la aplicación del fuero militar, es si el hecho específico que se imputa como delictual mantiene relación causal con la misión trazada en la Orden de Operaciones tal como atrás se describió"

Y del mismo texto se desprende una exigencia adicional, en el sentido que los delitos cometidos no sean producto de un ánimo preordenado o de un acuerdo previo que haga romper la relación con el servicio:

d. Que la conducta ilícita no “haya ocurrido como consecuencia de un ánimo preordenado, de un acuerdo previo que haya mutado en un mero aprovechamiento de la ocasión brindada por el servicio, que haya convertido la operación militar en una mera apariencia y que, por lo mismo, rompa ex ante la relación con el servicio.”

A mi juicio, en el presente caso se presentan todos los elementos que permiten afirmar que los delitos cometidos por los miembros del Ejército lo fueron con ocasión del servicio, razón por la cual, la forma en que procedieron a ultimar a los civiles y a apoderarse del dinero que llevaban no refleja nada distinto a la distorsión y al abuso de sus funciones.

En este caso, es claro que CT DAIRO CLEMENTE FAJARDO BARCO, perteneciente al Batallón SERVIEZ de Infantería del Ejército Nacional, tenía bajo su mando un contingente de soldados y junto con ellos, el 23 de noviembre de 2003 se disponía a cumplir la orden de operaciones 054 clave Feroz, y fue en desarrollo de dicha misión que en el kilómetro 5, en la vía San José del Guaviare, exactamente en el “cruce de la candelaria”, jurisdicción del municipio de San Martín se encontraron con los civiles Jorge Eliécer Villamil Hurtado, Libardo Villamil Hurtado, Holman Orlando Isairias Hernández y otro hombre no identificado, quienes se movilizaban en un campero y una camioneta; y no obstante que dichas personas se pusieron a disposición de los uniformados, fueron ultimados y hurtado el dinero que llevaban producto de actividades relacionadas con la ganadería y destruídos sus documentos para reportar el hecho como un incidente suscitado en combate, pues hicieron aparecer a las víctimas como presuntos paramilitares.

Evidentemente, si bien tales ilícitos no pueden catalogarse como típicamente militares, es claro que tuvieron una relación directa con el servicio, pues tal como lo refiere la narración que de los hechos hizo la Fiscalía en la resolución acusatoria, actuaron “amparados en la operación 04 FERROZ”, siendo esa la razón por la cual se encontraban patrullando por la zona, y en desarrollo de la misma, como se dijo, decidieron

desviar sus funciones incurriendo en conductas constitutivas de tales delitos, no pudiendo predicarse en este caso que hubo un acuerdo previo o que su presencia en ese lugar tuviera como finalidad estar al asecho de esos civiles en particular o cualquier otro que pudiera por desgracia cruzarse con ellos. Precisamente por encontrarse en servicio y cumpliendo funciones inherentes a su condición, es que patrullaba por la zona todo un contingente de hombres dotados con toda la indumentaria militar necesaria para ese tipo de actividades, con sus respectivos distintivos, es decir, uniforme militar, armas de uso privativo de la Fuerza Pública, equipos de comunicación, etc.

Por el mismo motivo y dada la condición visiblemente ostentada por los uniformados, los civiles muertos no tuvieron reparo en ponerse a su disposición; y aquéllos -los militares- desviando ostensiblemente los deberes que la función les imponía, no siguieron el procedimiento que una situación de esa naturaleza requería, como hubiera sido su requisa y en caso de hallarlos incurso en alguna actividad delictiva ponerlos a disposición de las autoridades competentes, sino que decidieron acabar con su vida, y posteriormente apoderarse del dinero que aquéllos transportaban escondido en unas llantas de repuesto. Es decir, actuaron no solo en relación, sino con ocasión del servicio. Eso, los hace responsables de tan graves delitos, pero no por ello se desnaturaliza el vínculo existente con el servicio, y por ende el fuero castrense que obliga a que tales hechos sean juzgados por la justicia penal militar, pues de esta manera, al igual que sucede con el ejercicio del poder punitivo en la justicia ordinaria, permite al interior de la institución cumplir las funciones de prevención general y especial que le compete al Estado, frente a quienes se les ha encomendado la protección y guarda de las instituciones y los derechos de los ciudadanos.

En los anteriores términos sustento mi salvamento de voto.

Cordialmente,

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Fecha ut supra

1 Código Civil, artículo 28.

2 Código Penal Militar, Ley 522 de 1999.