

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil doce (2012).

VISTOS

Escuchadas las partes e intervinientes acerca de la nulidad por incompetencia solicitada por el defensor del Brigadier General LELIO FADUL SUÁREZ TOCARRUNCHO, la Sala procede a resolverla.

INTERVENCIONES

1. La defensa

El defensor del Brigadier General LELIO FADUL SUÁREZ TOCARRUNCHO solicitó la nulidad de todo lo actuado en este asunto y la incompetencia de la Sala para conocer del asunto, con base en los siguientes argumentos:

Primer argumento

Apoyándose en la sentencia de unificación SU1184 de 2001, proferida por la Corte Constitucional y la variada jurisprudencia de la Sala en cuanto a los eventos en que la Corte retiene competencia en los términos del parágrafo del artículo 235 de la Carta Política, esto es, cuando el investigado renuncia a la dignidad del cargo que le otorgaba el fuero constitucional, señaló que en este caso el escrito de acusación presentado por la

Fiscalía General de la Nación no indicó de manera clara cuál es la relación funcional existente entre el cargo de Director General de Inteligencia al que alude el ente acusador y los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, en calidad de cómplice, fraude procesal y fabricación y tráfico de armas de uso privativo de la Fuerza Pública y de defensa personal.

Al General le formulan cargos por delitos cometidos como Director de Inteligencia y contrainteligencia, pese a que esa dirección no la ostentó durante “todo el proceso en que supuestamente se gestó la desmovilización”, ya que a tal posición llegó a finales de 2006.

Sostuvo que ello tiene importancia especial en este asunto, ya que como el acusado ya no pertenece a las Fuerzas Militares, es necesario establecer si se trata de delitos propios o si solamente tienen relación con las funciones, “porque en el escrito de acusación, ni en las demás audiencias ha habido claridad de cuál es el papel que tenía dentro de su posición de garantía derivada de su manual de funciones, bien sea, por acción o por omisión, frente a un proceso de desmovilización, ahí no está claro, lo hacen aparecer como protagonista principal a una persona que no tenía ni un papel secundario, porque el proceso de desmovilización se manejaba desde Presidencia”, y tampoco se ha manifestado “cuál era la relación del cuerpo de fuerza pública que disponía la Alta Consejería para la Paz y las demás oficinas con el papel que gestionó supuestamente el general SUÁREZ TOCARRUNCHO en cualquiera de las asignaciones que tuvo cuando pertenecía a la fuerza pública. Entonces, si no están claras las funciones, también es bien complicado manifestar como pueden decir que era un delito propio, porque delito propio no es, con el debido respeto”.

Dijo que como ese tema tampoco lo tiene claro la Fiscalía, se viola el derecho de defensa y debido proceso “y, ante esa duda, se debe interpretar a favor de la persona”.

Segundo argumento

Tiene que ver con la naturaleza de cada uno de los delitos. El peculado por apropiación no es propio de las funciones que desempeñaba el General porque él no tenía manejo de los recursos, y el hecho de que la acusación lo llame como cómplice le otorga la razón.

No existe relación del General, bien como Director de Inteligencia o como Comandante de una Brigada en el departamento del Tolima, con el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de la Fuerza Pública “para que se pueda decir que no es un delito propio pero si tiene relación con su cargo”, máxime que “no tenía ningún contacto con armamento”. Y lo mismo ocurre con el delito de fraude procesal y el de tráfico o porte de armas de defensa personal, pues no guardan ninguna conexión con sus funciones ni con el rango que tenía.

Afirmó que acude a la nulidad porque se trata de un asunto que afecta la competencia; la está solicitando en la oportunidad procesal para ello y no hay otro remedio procesal para solucionarlo.

Por último, señaló que la Fiscalía trata de vincular a su representado con un paramilitar, con un guerrillero y con un narcotraficante, pero no indica si desde el comienzo del cumplimiento de sus funciones se alió con esas personas, o si con el tiempo se fue corrompiendo, pero “si desde el comienzo está diciendo que el proceso de desmovilización se inició por un aporte para camuflar a un narcotraficante y para otras cosas, quiere decir que para la Fiscalía desde un inicio el General no empezó dentro del rango propio de sus funciones, sino que desde un inicio sabía que presuntamente, en palabras de la fiscalía, iba a cometer un ilícito”.

2. El Fiscal Delegado

Frente a la petición, el representante de la Fiscalía afirmó que el escrito de acusación

contiene un resumen sucinto pero esencial; el ente acusador cuenta con elementos de prueba que vinculan al General con los citados delitos, pues hubo de su parte un abuso de la función. Además, en la audiencia de imputación se hicieron las referencias pertinentes sobre el particular y el Tribunal expresó que en este caso se trata de conductas punibles en relación con la función.

3. Ministerio Público y apoderado de las víctimas

Estos dos intervinientes coincidieron en apoyar la postura de la Fiscalía.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Teniendo en cuenta que el eje central de la argumentación del defensor se remite en su totalidad a los parámetros decantados por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1184 de 2001 y a la variación jurisprudencial de esta Corporación, previo a resolver resulta necesario, para mejor claridad, hacer las siguientes precisiones en cuanto a los temas objeto de análisis en los referidos pronunciamientos:

1.1. Sentencia SU 1184/01

En relación con el fuero de investigación y juzgamiento de Generales de la República

El fuero constitucional que cobija a los Generales de la República para su investigación por parte del Fiscal General de la Nación y su juzgamiento

por la Corte Suprema de Justicia, tiene las siguientes características:

-Es una excepción a la regla general de la competencia atribuida a la justicia penal militar¹.

-Es integral para los Generales de la República en servicio activo, pues en estos casos es

indiferente que el delito cometido tenga o no relación con la función o con el servicio.

- Bien sea que se trate de una conducta activa o de acción por omisión, constitutiva de un delito de lesa humanidad o grave violación a los derechos humanos, “una vez se desvincule de la categoría de General en servicio activo, le corresponde al Fiscal General o a la Corte determinar si ese acto que es completamente ajeno al servicio”...’tenía relación con las funciones desempeñadas...” (artículo 235, párrafo C.P.).

En cuanto al fuero penal militar propiamente dicho

La Corte Constitucional reiteró lo expresado en la sentencia C-358 de 1997, acerca de los parámetros para determinar cuándo un delito es de competencia de la justicia penal militar, así:

- Debe existir un vínculo claro de origen entre el delito y la actividad del servicio, es decir, que surja como “una extralimitación o abuso de poder dentro del marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado”. Sin embargo, cuando desde el inicio el agente tenía un propósito criminal, el vínculo desaparece, porque en tales casos el ejercicio de las funciones militares se utilizó como disfraz para la actividad delictiva.
- El vínculo también desaparece cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, como ocurre con los de lesa humanidad.

En cuanto a la posición de garante de las fuerzas Armadas

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2º y 217 de la Carta Política, sobre las Fuerzas Armadas recae en abstracto una posición de garantes frente a la población colombiana, pues tienen como fin primordial la defensa de la soberanía, la independencia,

la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, por manera “que frente a las agrupaciones armadas -guerrilla o paramilitares- las fuerzas militares tienen una función de orden constitucional, el cual se ve desdibujado -de manera abstracta- por el mero hecho de que tales personas se arroguen la potestad de utilizar la fuerza y las armas, en claro detrimento del monopolio básico del ordenamiento conforme al cual el Estado ejerce el monopolio de las armas”.

Así mismo, la defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal de violarlos, sino también enfrentar a quienes los agredan. En el último caso, no pueden abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad. De conformidad con el artículo 214 Superior de las Fuerzas Armadas tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del Derecho Internacional Humanitario.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Las distintas decisiones referidas por el defensor del acusado hacen relación a la variación de la tesis que se venía sosteniendo bajo el entendido de que, una vez hecha la dejación del cargo por el aforado constitucional, en términos del párrafo del artículo 235 de la Carta Política, la Corte sólo retenía competencia en los eventos en que el delito tenía relación con las funciones, lo cual suponía que aquél fuera uno de los denominados propios, pues al requerir necesariamente la existencia de un sujeto activo cualificado, en contraste, no resultaba lógico ni atendible que frente a delitos comunes pudiera darse esa relación.

Efectivamente, esa postura varió con ocasión del análisis de los casos de la denominada “parapolítica”, pues encontró la Sala que el alcance del citado párrafo no podía circunscribirse a los delitos propios, porque la expresión “que tengan relación

con las funciones desempeñadas” rebasaba el ámbito contextual, pudiendo ocurrir que aún la comisión de delitos comunes podía darse en relación con la función y no necesariamente que estos se hayan cometido en cumplimiento de la misma.

2. En segundo lugar, no está de más recordar, como lo hizo la Corte Constitucional en la sentencia SU 1184 de 2001, que el precedente jurisprudencial es obligatorio en cuanto pretende la protección del derecho a la igualdad ante la ley y, por ende, es vinculante “para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas”.

3. Siguiendo tales premisas, entonces, la Sala abordará el estudio de la nulidad por incompetencia solicitada por el defensor del General LELIO FADUL SUÁREZ TOCARRUNCHO, comenzando por señalar que su argumento presenta una deficiencia sustancial, pues si bien toma como punto de referencia las directrices señaladas en la aludida sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional y los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno a la posibilidad de retener la competencia frente a los aforados constitucionales por delitos comunes, afirma que no está clara la relación funcional entre los delitos y los deberes y obligaciones del General frente al proceso de desmovilización, porque la acusación no indicó cuál era la posición de garante que le competía a aquél en ese evento específico, como tampoco precisó si desde un comienzo el General tenía intención criminal en la ejecución del delito o si fue en desarrollo de la misma que se apartó de sus deberes.

Siendo ese el punto de partida, antes de avanzar hacia los otros temas sustento de la tesis, es necesario aclarar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la que el defensor estructura la solidez de su solicitud, no es del todo aplicable a este caso por varias razones:

i) Los supuestos fácticos de este asunto son naturalísticamente diversos a los que fueron objeto de análisis en la sentencia SU 1184 de 2001. Allí se trataba de un delito que desde el punto de vista dogmático obligaba acudir a la doctrina de la posición de garante para explicar, desde la imputación objetiva, la posibilidad de imputar el resultado dañoso al garante institucional, cuya omisión permitió graves violaciones al derecho internacional en los hechos ocurridos en Mapiripán.

ii) En el presente asunto las conductas que dan lugar a la imputación de los delitos son activas, es decir, corresponden a acciones directamente realizadas por el General LELIO FADUL SUÁREZ TOCARRUNCHO. Por consiguiente, para su valoración jurídica no se requiere de la teoría de la posición de garante, en tanto que el juicio de imputación conlleva necesariamente a estudiar si lo fueron dentro del contexto de las funciones que le competían al General acusado, y en relación con las mismas.

iii) El defensor asume de manera sofística que es el delito, entendido como imputación jurídica, el único elemento de juicio que permite establecer la conexidad o vínculo con la función, criterio que deja de lado el contexto en que se desarrolló la conducta.

iv) En cuanto a la relación con el servicio, es necesario tener en cuenta que la dinámica de los hechos no necesariamente obliga a considerar si desde el comienzo el General tenía un propósito criminal. La referencia que hace el escrito de acusación, en cuanto que el General “gestó” la presunta falsa desmovilización para ayudarle a un narcotraficante a evitar su extradición, no implica de suyo que desde el comienzo de su gestión, esto es, al momento de asumir o bien la Brigada en el departamento del Tolima o la Comandancia de Inteligencia y Contrainteligencia del Ejército lo fuera para cometer ese tipo de conductas delictivas. Todo ello, al contrario, lo que demostraría es el abuso de la función.

Desde esta perspectiva, se tiene que los hechos relevantes presentados en la resolución

de acusación permiten sostener que no existe duda, al menos desde el punto de vista de las situaciones que la Fiscalía está dispuesta a probar en el juicio, que toda la dinámica del acontecer fáctico se dio dentro del contexto de las funciones constitucionales que le corresponden a la Fuerza Pública como defensora del orden Constitucional (artículo 217 de la Carta Política). Si no fuera así, ningún sentido tendría afirmar que: i) en el acto formal de desmovilización se hicieron presentes, en representación del Gobierno, entre otros, el General LELIO FADUL SUÁREZ TOCARRUNCHO; ii) la presunta comisión del delito fue acordada por el acusado junto con otras tres personas con el fin de evitar la extradición de un narcotraficante; iii) hubo reuniones en la penitenciaría La Picota entre el General y alias Olivo Saldaña, para tal propósito; iv) con la participación de otras personas el General coordinó la entrega de las armas al personal reclutado para desmovilizarse falsamente y para la compra de los uniformes; v) las armas compradas ilegalmente en Santa Marta fueron recibidas por el General en la Brigada Sexta de Ibagué “y posteriormente llevadas al campamento donde estaban concentradas las personas a desmovilizar” y; vi) entre enero y febrero de 2006 el General asumió la responsabilidad de prestar seguridad, a través de personal del Ejército, a quienes estaban concentrados en la vereda La Tebaida para el acto formal de desmovilización.

Siendo ello así, pretender encontrar un manual de funciones, con alguna que de manera específica indique que a los Comandantes de Brigada o Jefes de Inteligencia les corresponde prestar apoyo al Presidente de la República en los procesos de desmovilización que se lleven a cabo en el marco de la Ley 418 de 1997 -y las que con posterioridad la han prorrogado y/o modificado-, es tanto como desconocer que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189-3 de la Carta Política, a aquél como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, le corresponde “Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República”.

Además, es indudable que en todos los procesos de desmovilizaciones colectivas, la

Fuerza Pública ha tenido una necesaria e intensa participación como la reseñada en este caso en la desmovilización del Frente Cacica La Gaitana, de donde surge claro, desde el punto de vista objetivo para efectos de dilucidar el tema de la competencia, que el General LELIO FADUL SUÁREZ TOCARRUNCHO llevó a cabo los actos relevantes señalados en la acusación con un indiscutible vínculo con sus funciones como miembro de la Fuerza Pública, contando para ello con el concurso de otras personas.

En este sentido, a la postre resulta intrascendente si para la época en que se llevaron a cabo todos los actos preparatorios con miras a la citada desmovilización, el aquí acusado, ostentaba el cargo de Comandante de la Sexta Brigada de Ibagué, o si se desempeñaba como Comandante de Inteligencia. Lo importante es que para entonces se encontrara ascendido al grado de General y de ese supuesto parte el escrito de acusación.

Lo anterior, desde luego, no significa que el solo hecho de tener el grado de General al momento de la comisión de las conductas que hoy se le imputan como delictivas, por sí solo activa la aplicación del fuero. Lo que se quiere significar es que, conforme a los hechos de la acusación, se tiene claro que las conductas objeto de reproche penal, fueron ejecutadas por el General no solo dentro del contexto de sus labores constitucionales como miembro de las Fuerzas Militares, sino con relación a ellas y para ese momento, lo que interesa, con el fin de establecer su juez natural de juzgamiento, es que ostentaba el grado de general, hecho que no desvirtuó el defensor en su propuesta de nulidad.

Ahora, en lo que concierne a la naturaleza de los delitos imputados, argumento en el cual el defensor pareciera apoyarse en la jurisprudencia, según la cual la Corte retiene la competencia para el juzgamiento de aforados constitucionales en los eventos en que han hecho dejación del cargo cuando éstos, sin importar si se trata de delitos propios o no, fueron cometidos en relación con la función y no necesariamente en ejercicio de las

mismas, no encuentra la Sala el fundamento para que tal postura jurisprudencial le sirva para respaldar la solicitud de nulidad por incompetencia.

Todo lo contrario, independientemente de que se trate de un delito de los denominados propios o no, lo que interesa, a la dejación del cargo por parte del aforado constitucional, es si “las conductas punibles” tienen relación con las funciones desempeñadas, aspecto que, a la postre, resulta indiferente respecto a la calificación jurídica que el funcionario judicial le otorgue a aquellas en tanto las encuentre de trascendencia para el derecho penal y lesivas de bienes jurídicos protegidos.

En este aspecto, reitera la Sala, el argumento del defensor resulta artificioso, porque evidentemente en su discurso no hace mención de las conductas que se le reprochan al General LELIO FADUL SUÁREZ TOCARRUNCHO refiriéndose directamente a los delitos en que a juicio del Fiscal Delegado aquellas encuadran típicamente, con lo cual, a la postre, resulta haciendo una alegación anticipada con relación a la responsabilidad del acusado, cuyo escenario no es otro que el juicio oral, una vez culminado el acopio probatorio.

Obsérvese al respecto que cuando se ocupó del delito de peculado por apropiación señaló que a favor de su tesis se presentan dos situaciones. Una que tal infracción se le atribuyó a título de cómplice, con lo que se descarta que sea un delito propio y, la otra, que no pudo haberse cometido en ejercicio de sus funciones porque el General no tenía disponibilidad sobre los recursos del Fondo de Programas Especiales para la paz de donde fueron girados.

Aquí el defensor desvía la atención hacia los elementos estructurantes del tipo y de la participación como categorías dogmáticas, a partir de las cuales al operador jurídico le corresponde hacer la valoración jurídica de la conducta penalmente reproachable, dejando a

ésta última en un segundo plano como si no fuera el referente material a partir del cual se acomete el proceso de adecuación típica.

Idéntica situación ocurre con las glosas expuestas frente a los delitos de tráfico o porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de defensa personal y fraude procesal, pues se limita a afirmar que ninguno de ellos tiene relación con las funciones, anotando en cuanto a los segundos que el General no tenía contacto con armas, pero no más.

El ejercicio, entonces, no permite establecer con claridad cuál es en últimas el fundamento de la pretensión, porque parte de una afirmación indemostrada como lo es asumir, sin más, que para establecer el juez natural en este caso, la confrontación de los parámetros sentados por la Corte Constitucional se hace entre la función y los delitos imputados y no la conducta desarrollada por el autor y el contexto en que aquél lo hizo y las competencias que ejercía como miembro de la Fuerza Pública.

En suma, en este caso, pese a que el General ya no pertenece al Ejército Nacional, la Corte debe retener la competencia para su juzgamiento, porque cuando se cometieron los hechos el acusado ostentaba el grado de General, los mismos fueron desarrollados supuestamente abusando de sus funciones constitucionales y en relación con ellos, y no pueden

calificarse de graves atentados a los derechos humanos, ni al derecho internacional humanitario.

Por tales razones, entonces, no prospera la nulidad solicitada por el defensor del General LELIO FADUL SUÁREZ TOCARRUNCHO y, en consecuencia, la Corte reitera la competencia para conocer de este asunto en la fase del juicio.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

1. NEGAR la nulidad por incompetencia solicitada por el defensor del acusado.
2. REAFIRMAR la competencia de la Corte para conocer de este asunto en la etapa del juicio.
3. Contra esta decisión procede recurso de reposición

QUEDAN LAS PARTES NOTIFICADAS EN ESTRADOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
SALAZAR OTERO

LUIS GUILLERMO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
ZAPATA ORTIZ

JAVIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 El artículo 221 de la Carta Política prescribe que: “De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio,

conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”. Y en el mismo sentido el artículo 2 de la Ley 522 de 1999, señala: “Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la de la Fuerza Pública”.