

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

Radicado No. 48132

AP3224-2016

Aprobado Acta No. 160

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS:

Resuelve la Sala la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Penal del Circuito Especializado y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo -Sucre, en virtud de la cual se rehúsan a conocer del proceso que por los delitos de desaparición forzada agravada y homicidio agravado se adelanta contra ELKIN ENRIQUE VERGARA HERNÁNDEZ.

HECHOS

De la formulación de cargos se extractan los siguientes:

Salvador Enrique Cali Contreras en denuncia dio a conocer que 3 de abril de 2007 su hermano Gregorio Rafael manifestó que iba a trabajar en la ciudad de Montería

con Jhon Jairo Lairu Ruiz, alias «Patilla», fecha desde la cual no volvieron a tener noticias de él. A su turno Luis Ferney Pertúz Martínez el 2 de mayo de 2011 puso en conocimiento de las autoridades, que ese mismo día su hermano César David dijo que iba con Gregorio Rafael Cali Contreras, ya que un hombre de nombre Jhon Jairo Lairu Ruiz, alias «Patilla» les iba a dar trabajo en Corozal. Posteriormente, tuvo conocimiento que el cadáver de Gregorio Rafael Cali Contreras apareció con los de tres personas más sin identificar -César David Pertúz Martínez, Sergio Luis Talaigua Padilla y Armando Rafael Domínguez Rodríguez-, el 4 de abril de 2007.

Por otra parte, Ruby Berrio Martínez comunicó que su hijo Sergio Luis Talaigua Padilla salió con Armando Rafael Domínguez Rodríguez para una finca a trabajar sin volver a saber nada de él. Y Carmen Cecilia López Arias relató que su compañero permanente, Armando Rafael Domínguez Rodríguez, el 30 de marzo de 2007 le avisó que iba a laborar a una finca con Sergio Luis Talaigua Padilla, quien era como su hermano, y Oscar Teheran Serpa alias «Zapatero», persona que los contactó.

Posteriormente las familias fueron informadas que el homicidio de los jóvenes se produjo el 4 de abril de 2007, en el marco de un combate con una Unidad del Gaula Componente Ejército Nacional de Montería, en desarrollo de la misión táctica «Támesis 17» antiextorsión, en zona rural de Cuturú- Antioquía, quienes al momento del operativo portaban 3 fusiles AK 47, un revolver calibre 32, 1 radio de comunicaciones y utilizaban prendas de uso privativo de las fuerzas militares.

ANTECEDENTES PROCESALES

Por estos hechos, ante la Fiscalía Quince Especializada Eje Temático Desaparición y Desplazamiento Forzado el 15 de enero de 2015, ELKIN ENRIQUE VERGARA HERNÁNDEZ aceptó cargos con fines de sentencia anticipada como coautor de los delitos de desaparición forzada agravada de que tratan los artículos 165 y 166.8 y homicidio agravado

descrito en el artículo 104 numerales 7 y 9, en las personas de Armando Domínguez Rodríguez, Sergio Luis Talaigua, Gregorio Rafael Cali Contreras y César David Pertúz Martínez.

El conocimiento de la actuación se asignó¹ al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Sincelejo, Sucre, Despacho que luego de avocar conocimiento, en auto del 28 de marzo de 2016, rehusó asumir el conocimiento del asunto, al advertir un error en la calificación jurídica de la conducta atribuida a VERGARA HERNÁNDEZ, pues atendido el supuesto fáctico, ésta no se adecuaba al homicidio agravado (artículo 103 y 104 numerales 7 y 9) imputado por la Fiscalía sino al tipo penal de homicidio en persona protegida definido en el artículo 135, que por competencia incumbe conocer a los jueces penales del circuito.

Es así que el proceso fue remitido a esos juzgados, correspondiéndole por reparto al Juzgado Primero.

De tal manera, el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa misma ciudad, a través de providencia del 10 de mayo siguiente, declaró la imposibilidad para conocer del asunto, en tanto la Fiscalía imputa igualmente al procesado el ilícito de desaparición forzada agravado, tipificado en los artículos 165 y 166.8, delito de conocimiento de la justicia especializada de conformidad con el establecido en el numeral 6 del inciso 1 del Decreto 2001 de 2002, vigente para la época de los hechos.

Cita, además, el artículo 91 de la Ley 600 de 2000 que regula la competencia por conexidad soslayado por la Juez Especializada de Sincelejo, para señalar que es al juez especializado a quien corresponde el juzgamiento de conducta punibles conexas de conocimiento de otro funcionario judicial.

En consecuencia, ordenó la remisión del expediente a esta Corporación para que

dirima la colisión de competencia suscitada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de conflictos de competencia que se presenten en asuntos de la jurisdicción penal entre los juzgados Penales del Circuito Especializados y Penales del Circuito ordinarios, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 transitorio de la Ley 600 de 2000.

En este caso, el Juez Penal del Circuito Especializado de Sincelejo aduce no ser el competente para conocer del proceso, por cuanto la conducta que se le atribuye a ELKIN ENRIQUE VERGARA HERNÁNDEZ no se adecua al homicidio agravado previsto en el artículo 104 numerales 7 y 9, sino al homicidio en persona protegida definido en el artículo 135, cuyo conocimiento corresponde a los jueces penales del circuito.

A su turno el Juez Primero Penal del Circuito aduce, sin contradecir ese argumento, que el Juez Especializado es el llamado a conocer el delito de desaparición forzada que también la Fiscalía enrostra al acusado, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 2001 de 2002, vigente para la época de los hechos.

Así, el tema objeto de debate para efectos de la asignación de competencia gira en torno a determinar cuál es el juez competente para conocer de los procesos seguidos por el delito de desaparición forzada, por lo que se examinará en primer lugar este aspecto.

La Corte en reiterados pronunciamientos², ha señalado que el llamado a adelantar el trámite del juicio por el delito de desaparición forzada es el juez penal del circuito ordinario, porque la Ley 600 de 2000 no asignó su conocimiento a los jueces penales del circuito especializados ni a ninguna autoridad judicial en particular.

En efecto sobre este tema, esta Corporación ha expresado³:

«Frente a lo que es motivo de conflicto, se rememora que mediante el artículo 1 de la Ley 589 de 2000⁴ se tipificaron varias conductas punibles que fueron adicionadas al Código Penal de 1980, vigente para ese entonces, entre ellas, la de desaparición forzada, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1o. El Código Penal tendrá unos nuevos artículos del siguiente tenor:

“ARTICULO 268-A. Desaparición forzada. El particular que (perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley⁵) someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.” (...)

En razón a que se trataba de hipótesis delictivas no previstas en la legislación penal sustantiva y, por ende, cuya competencia no estaba especificada en el Código de Procedimiento Penal de ese entonces -Decreto 2700 de 1991-, la misma Ley atribuyó su conocimiento a los Jueces Penales del Circuito Especializado:

“ARTICULO 15. Los delitos que tipifica la presente ley serán de conocimiento de los jueces penales de circuito especializados.

“ARTICULO 16. DEROGATORIAS. La presente ley deroga expresamente todas las disposiciones que le sean contrarias.”

Lo cual significa que el artículo 15 de la Ley 589 de 2000 adicionó la competencia prevista en el artículo 71 del Decreto 2700 de 1991 -modificado por el artículo 5 de la

Ley 504 de 1999- atribuyendo a los jueces penales del circuito especializado el conocimiento del delito de desaparición forzada.

Competencia que se extendió hasta el 25 de julio de 2001, cuando entraron en vigencia, en todo el territorio nacional, las Leyes 599 y 600 de 2000, mediante las cuales, en su orden, se adoptaron unos nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

En la Ley 599 de 2000 el legislador integró de manera sistemática y completa, en un solo ordenamiento jurídico, la legislación dispersa en materia de prohibiciones y mandatos penales. Así que en su artículo 474 dispuso: “Deróganse el Decreto 100 de 1980 y demás normas que lo modifican y complementan, en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales”, abrogando de esta forma la Ley 589 de 2000, porque los delitos previstos en ella fueron contemplados en el nuevo ordenamiento sustantivo, específicamente la desaparición forzada en su artículo 165.

Con la Ley 600 de 2000 entró en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, que reglamentó entre otras materias la competencia de los jueces penales; sin embargo, en su Libro I, Título II, no señaló los asuntos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, sino que lo hizo en su Libro V, Capítulo IV Transitorio, artículo 5°, y, entre las hipótesis delictivas allí previstas, no incluyó la desaparición forzada consagrada en el artículo 165 de la Ley 599 de 2000, que hasta antes de su vigencia, de acuerdo con la Ley 589 de 2000, era de conocimiento de esos funcionarios.

Así las cosas, por virtud del factor residual que atrae para el juez penal del circuito aquello que no esté asignado a otra autoridad judicial, el llamado a conocer del delito de desaparición forzada es tal funcionario, siendo este el criterio invariable que ha mantenido esta Corporación, sin que se aprecie ahora razón alguna para modificarlo». (resaltado fuera de texto).

En ese orden, como el delito de desaparición forzada que se imputa también a ELKIN

ENRIQUE VERGARA HERNÁNDEZ, tuvo ocurrencia en vigencia de la Ley 600 de 2000, y no aparece enlistado en el artículo 5° transitorio de esta normatividad como de conocimiento de los jueces penales del circuito especializados, ni tampoco asignado a otra autoridad judicial, atendiendo la cláusula de conocimiento residual establecida en el literal b) del artículo 77 ibídem, debe concluirse que es de competencia de los jueces penales del circuito ordinarios.

Valga precisar que el presente asunto se rige por la Ley 600 de 2000, toda vez que con base en la implementación gradual de la Ley 906 de 2004, ese ordenamiento empezó a regir en el Distrito Judicial de Sincelejo, a partir del 1° de enero de 2008, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 5306.

Lo anterior para advertir ya en la Ley 906 de 2004, el delito de desaparición forzada es de competencia de los jueces penales del circuito especializados, pero tal norma es inaplicable a este caso en la medida que los hechos ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia de ese Estatuto en el Distrito Judicial de Sincelejo, como lo ha señalado la Sala7:

«Finalmente, si bien es cierto en la Ley 906 de 2004, en el artículo 35, numeral 9° (sic), se atribuye a los Jueces Penales del Circuito Especializado el conocimiento, entre otros delitos, la desaparición forzada, igualmente es verdad que mediante aquella se puso en marcha el modelo oral de enjuiciamiento acusatorio que, por voluntad del constituyente expresada en el Acto Legislativo 03 de 2002, modificatorio del artículo 250 de la [Constitución Política](#), entró a regir de manera gradual y sucesiva, y conforme a lo dispuesto en el artículo 530 de la citada Ley, en el Distrito Judicial de Cundinamarca, empezó a operar desde el 1 de enero de 2007, únicamente para los delitos cometidos a partir de esa fecha, con sujeción al procedimiento oral en ella reglamentado, sin que pueda interpretarse que en virtud de tal disposición deban aquellos funcionarios conocer o fallar procesos por delitos que antes no eran de su competencia, cometidos con anterioridad y tramitados por

el procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000.

La competencia es la distribución de la jurisdicción entre los distintos Jueces de la República, su concreción es una facultad propia del legislador, y por emanar en forma expresa de la ley no depende de la interpretación del operador jurídico, quien debe ceñirse irrestrictamente a las cláusulas que la determinan, en consideración a que las normas sobre competencia y ritualidad, conforme lo enseñan los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, son de orden público y de aplicación general e inmediata, obviamente, sin perjuicio del principio de favorabilidad en aspectos sustanciales.»

Además, se debe recordar. el Decreto 2001 de 2002

suspendió solo durante su vigencia los artículos 5 transitorio de la Ley 600 de 2002 y 14 de la Ley 733 de 2002, dada su naturaleza eminentemente temporal por tratarse de un decreto legislativo dictado durante la conmoción interior, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la revisión del mismo realizada mediante la sentencia C-1064 de 2002.

Mediante Decreto 1837 de 2002 el Gobierno Nacional declaró el estado de conmoción interior, por noventa días. Dicha situación excepcional fue prorrogada noventa días más con el Decreto 2555 del mismo año; y por otros noventa días, con el Decreto 245 de 2003 (5 de febrero), último que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia c-327 del 29 de abril de 2003.

Por ello, entonces, fuerza concluir que la razón no está de parte del Juez Primero Penal del Circuito de Sincelejo, al estimar que la competencia radica en el Juzgado Especializado de esa ciudad, porque a partir de la vigencia de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) el juzgamiento del delito de desaparición forzada fue excluido del ámbito de competencia de los jueces penales del circuito especializados y con base en la cláusula de competencia residual, se reitera, su conocimiento corresponde a los jueces penales del circuito.

Ahora bien, frente al argumento que esgrime este último Despacho para rehusar conocer de la actuación relacionado con la conducta de homicidio agravado al estima que el delito que se configura es el de homicidio en persona protegida, resulta oportuno recordar que la Sala, en reiterada jurisprudencia, ha admitido la posibilidad de que si el juez a quien se asigna un asunto para la etapa del juzgamiento advierte un error en la calificación jurídica impartida por la Fiscalía, que implica la variación de la competencia, ya sea de la justicia especializada a los jueces penales del circuito o viceversa, inmediatamente conozca del proceso debe exponerlo y de no ser compartida su tesis proponer colisión de competencia con el fin de que la Corte Suprema de Justicia la dirima.

Sobre este particular ha señalado¹⁰:

En estos eventos, resulta válido que la Sala, en forma excepcional, pueda analizar los elementos constitutivos de la tipicidad con el objeto de determinar el factor objetivo de competencia, pero sin que pueda inmiscuirse en la comprobación de la existencia material del hecho punible y menos aún en determinar la responsabilidad que pudiere corresponder al procesado.

De lo cual se colige, que solo en forma excepcional le es permitido a los jueces cuestionar la competencia por factores distintos a los establecidos en el artículo 89 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, y atendiendo a que se admite en el nuevo ordenamiento la posibilidad de variar la calificación de la conducta en la etapa del juicio de acuerdo con lo previsto por el artículo 402 y 404 del Código de Procedimiento Penal.

El tema en cuestión para efectos de la asignación de competencia versa sobre si la conducta atribuida al encartado está sancionada bajo los supuestos del artículo 135 del Código Penal o, como lo imputa la Fiscalía, se enmarca en los artículos 103 y 104 numerales 7 y 9 del mismo Estatuto, que definen el homicidio agravado.

El artículo 135 de la Ley 599 de 2000 dispone:

«Homicidio en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

“Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil.

2. Las personas que no participan en hostilidades y (...)

8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse» (subrayas fuera de texto).

Así, de acuerdo con los elementos normativos que estructuran el tipo, se tiene este que sanciona la muerte de civiles cuando es ejecutada en el marco de un conflicto armado.

La Corte en auto del 28 de agosto de 2013 (radicado 36640) en cuanto a la persona protegida que se menciona en esta norma señaló:

En el cometido de dar alcance a la noción de “persona protegida” que se menciona en el artículo 135 de la Ley 599 de 2000 puede observarse, que el mismo precepto señala que dicha condición se constata “conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho

Humanitario ratificados por Colombia” y más adelante delimita con interpretación auténtica, en cuanto realizada por el mismo legislador, que “se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario”, entre otras, “Los integrantes de la población civil” y “Las personas que no participan en hostilidades (subrayas y negrilla fuera de texto).

De igual manera, en sentencia del 30 de marzo de 2016 (SP 4090, radicación 39842), la Sala respecto al contenido y alcance típico de esta norma señaló:

«..no solamente en cuanto al hecho de aceptarse incontrovertiblemente que en Colombia se adelanta desde hace más de cincuenta años una confrontación bélica irregular con diversos intervinientes, sino que en desarrollo de la misma la afectación de personas y bienes protegidos por el DIH, comporta en el Título II del Código Penal una sanción especial, dada la excepcional integración que en esta materia representa el bloque de constitucionalidad a través de instrumentos internacionales ratificados por Colombia que así lo imponen.

3. A propósito, hoy por hoy, según se advirtió, el planteamiento teórico acorde con el cual no estarían enmarcadas por el alcance típico del art. 135 del C.P., las ejecuciones extrajudiciales, denominadas “falsos positivos”, de civiles a través de actividades adelantadas por miembros del Ejército mediante Operaciones formales de tropas articuladas para combatir integrantes de la guerrilla, ha obtenido profusa respuesta por doctrina decantada de la jurisprudencia penal en forma tal que la misma emerge suficientemente ilustrativa para, en armonía con el concepto del Ministerio Público, descartar su viabilidad».

Lo anterior significa que los civiles involucrados en esta clase de actos de ejecución dentro de zonas de conflicto y en desarrollo de operativos militares con la supuesta finalidad de combatir a la guerrilla, son víctimas de homicidio en persona protegida

bajo los presupuestos típicos del artículo 135 en mención.

En este caso se encuentra probado, y así lo aceptó el procesado ELKIN ENRIQUE VERGARA HERNÁNDEZ, que Armando Domínguez Rodríguez, Sergio Luis Talaigua, Gregorio Rafael Cali Contreras y César David Pertúz Martínez fueron muertos por la Unidad del Gaula Componente Ejército Nacional de Montería, en desarrollo de la misión táctica «Támesis 17» antiextorsión, en zona rural de Cuturú- Antioquía .

Y aunque se adujo que la muerte de los jóvenes sucreños se produjo en desarrollo de un combate, dicha justificación fue desvirtuada y así lo aceptó el encartado, por lo que puede concluirse que ello correspondió a un proceder de las autoridades contrario a su posición de garante, en cuanto aquellos carecían del carácter de combatientes, dado que no pertenecían ni hacían parte de alguno de los grupos involucrados en la contienda interna.

Es claro entonces, que los hechos materia de imputación en este caso se enmarcan en el tipo penal de homicidio en persona protegida del art. 135 del C.P., y no en el de homicidio agravado descrito en el artículo 104 numerales 7 y 9 como desacertadamente lo imputó la Fiscalía.

En este orden, la competencia para conocer del proceso adelantado contra ELKIN ENRIQUE VERGARA HERNÁNDEZ radica en al Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo y a dicho funcionario se remitirá el expediente

Copia de este auto se enviará al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Sincelejo, para su conocimiento.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que la competencia para conocer del proceso adelantado contra ELKIN ENRIQUE VERGARA HERNÁNDEZ radica en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, Despacho al que se remitirá de manera inmediata el expediente.

SEGUNDO: Enviar copia de este auto al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Sincelejo, para su información.

Contra el presente auto no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase.

Gustavo Enrique Malo Fernández

José Francisco Acuña Vizcaya

José Luis Barceló Camacho

Fernando Alberto Castro Caballero

Eugenio Fernández Carlier

Luis Antonio Hernández Barbosa

Eyder Patiño Cabrera

Patricia Salazar Cuéllar

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 30 de enero de 2015.

2 CSJ, autos de 25 de julio de 2013, rad. 41974, de 18 de julio de 2007, rad 27667, 29 de febrero de 2008 rad. 29241, 8 de mayo de 2008 rad. 29168, de 8 de octubre de 2008 rad. 3065; entre otros.

3 Auto de 18 de julio de 2007 rad. 27667, reiterado en el radicado 32066 del 31 de julio de 2009.

4 Publicada en el Diario Oficial N° 44.073 de 7 de Julio de 2000.

5 La expresión entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-317 del 2 de mayo de 2002.

6 Ley 906 de 2004. Artículo 530. Selección de distritos judiciales. Inciso tercero. Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo, Valledupar y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primo (1º) de enero de 2008.

7 Auto que define colisión de competencia de 18 de julio de 2007, radicación No. 27667.

8 ARTÍCULO 3o. SUSPENSIÓN DE LEYES INCOMPATIBLES. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y durante su vigencia se suspenden los artículos 5o. transitorio de la Ley 600 de 2000 y 14 de la Ley 733 de 2002, en cuanto son incompatibles con las presentes disposiciones

9 Si el estado de excepción aludido se prorroga mediante decreto expedido por el Presidente de la República y sus ministros, la consecuencia inmediata de su expedición, es doble. De un lado, los decretos legislativos expedidos anteriormente y hasta entonces vigentes, prolongan su vigencia por el mismo tiempo; y, de otro lado, el Presidente de la República queda facultado para dictar nuevos decretos legislativos durante la prórroga del estado de excepción inicialmente decretado.

10 CSJ, auto de 17 de junio de 2003, rad. 20.975.