

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
JUSTICIA PENAL MILITAR JUZGADO
PRIMERO DE DIVISIONES
Carrera 50 No.- 18-06 Batallón de Policía Militar No. 13
Bogotá Teléfono 609-10-01 Microondas 011-8290

Bogotá D.C., enero diecinueve (19) de dos mil nueve
(2009)

No. 017 MDN-DEJUM-J1 DIV-746

ASUNTO : Solicitud Colisión de
competencia

2009 ENE

A 11:33

JUZGADO
DEL CIRCUITO
ESPECIALIZADO

ALFONSO
VEGA

Carillo

AL : Señor Doctor
**JUEZ TERCERO ESPECIALIZADO DEL
CIRCUITO** Calle 31 No. 6-24 Piso 7
Bogotá

Respetado Doctor:

Adjunto al presente muy comedidamente me permito remitir a ese Despacho, el escrito mediante el cual se suscita Colisión de Jurisdicción de Competencia Positiva dentro del proceso penal que se adelanta por los presuntos punibles de DESAPARICION FORZADA y SECUESTRO AGRAVADO en contra del señor Coronel ® LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA, para conocer por parte de la Jurisdicción Penal Militar, Juzgado Primero de Divisiones del Ejército Nacional, en atenta solicitud sea estudiada, analizada, y en caso de ser necesario tramitada ante la Corporación Judicial competente a fin que sea resuelta de conformidad con las normas procedimentales y legales vigentes.

Atentamente,

Mayor
Juez
Segu


® MAURICIO CUJAR GUTIERREZ
Comando de Divisiones del Ejército Nacional

Consta lo enviado
en 2 y folios.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
EJERCITO NACIONAL
JUZGADO PRIMERO DE INSTANCIA DE DIVISIONES

Bogotá D.C. enero diecinueve (19) de dos mil ocho (2009)

Señor Doctor

Juez Tercero Especializado del Circuito

E.S.D.

Ref. Solicitud proceso penal.
Delito: Presunta desaparición
forzada y secuestro agravado.
Sindicado: Coronel (r) **LUIS
ALFONSO PLAZAS VEGA**. Juez
Tercero Especializado del
Circuito.
Asunto: Provocar Colisión
Positiva de Competencia con
Justicia Ordinaria.

Respetado señor Doctor.

El suscrito Juez Primero de Divisiones del Ejercito Nacional en ejercicio de la autorización que concede los artículos 97 y 100 del Código de Procedimiento Penal a los sujetos procesales, en este caso al Doctor **ANDRES GARZON ROA**, en calidad de apoderado defensor del Coronel en Retiro **LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA**, en oficio fechado 13 de enero de 2009, en el cual solicita se trabé **CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA** entre este despacho y el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, frente al juzgamiento de las conductas que en ejercicio de actividades del servicio militar, desempeñó su prohijado en la recuperación del Palacio de

Justicia, el cual fue tomado violentamente por el grupo terrorista denominado M-19, ocurrida entre el 6 y 7 de noviembre de 1985, de conformidad con las siguientes consideraciones:

ACONTECIMIENTO FACTICO

1. ANTECEDENTES.

Los hechos en referencia y que son motivos de la investigación y juzgamiento, se desarrollaron teniendo como antecedentes inmediatos el día 23 de octubre de 1985, cuando se presentó un atentado contra el entonces Comandante del Ejército Nacional por parte del grupo subversivo M-19. En dicha fecha este grupo ilegal hizo llegar a una cadena radial un casete anunciando la realización de "algo de tremenda trascendencia que el mundo quedaría sorprendido ... " Efectivamente el mencionado hecho se produjo el 06 de noviembre de 1985 con la ocupación violenta y trágica del Palacio de Justicia.

Este luctuoso hecho, fue preparado cuidadosamente por el grupo subversivo M-19 quienes el 06 de noviembre de 1985, lo llevaron a cabo iniciándose con el ingreso a la edificación, haciéndose pasar con falsas identificaciones (abogados, trabajadores, funcionarios, etc.) lo que se cumplió a las 11 :40 hrs. cuando 40 hombres fuertemente armados entraron al Palacio tomando como rehenes a todas las personas que se encontraban allí. En el momento de la entrada asesinaron a sangre fría a los celadores, apoderándose de la edificación situándose en posiciones estratégicas, hicieron llegar a los medios de comunicación una proclama con exigencias al Gobierno Nacional pidiendo la presencia del Presidente de la República para llevarle a cabo un juicio político.

El Comandante de la Décima Tercera Brigada, (BR-13) en cumplimiento de los planes existentes para el mantenimiento

y restablecimiento del orden público, y por disposición de los altos mandos militares, ordenó las acciones necesarias para controlar la situación irregular, para lo cual contaba con las Unidades Tácticas (Batallones) Orgánicas de su Jurisdicción. Seguidamente se tomaron las disposiciones de rigor dándose lugar a una operación militar para recuperar la edificación tomada y salvar las vidas de importantes personalidades del orden Nacional pertenecientes a las altas cortes judiciales, lo cual se logró después de 28 horas de acciones militares el día siguiente, 07 de noviembre de 1985, con un importante y trágico saldo de muertos y heridos. Toda la operación se llevó a cabo bajo la autorización expresa y órdenes emanadas directamente del Comandante y Jefe Supremo de las Fuerzas Militares el entonces señor Presidente de la República Doctor **BELISARIO BETANCUR CUARTAS** hasta su culminación.

ACTUACIONES JUDICIALES ADELANTADAS

El día 03 de diciembre de 1985, el Juzgado Sexto de Instrucción Penal Militar, dispone la apertura de una formal investigación para establecer los hechos acaecidos y la responsabilidad que les podría corresponder a los integrantes de la Fuerza Pública que participaron en la Operación Militar desarrollada para la recuperación del Palacio. En cumplimiento de la misión asignada a la Fuerza Pública, se ordenaron las diligencias pertinentes remitiendo la actuación al Comandante del Ejército, quien dispone enviarlas por competencia al Tribunal Especial de Instrucción creado mediante decreto 3300 del 13 de noviembre de 1985 por disposición del gobierno nacional, quien finalmente se apoyó en diferentes Juzgados de Instrucción Penal Criminal para llevar a cabo una investigación integral.

Después de una extensa y minuciosa investigación por parte del mencionado Tribunal Especial y sus Juzgado de Instrucción Criminal, con fecha 07 de abril de 1989, (4 años después), el Doctor **ALFONSO VEGA CHACON**, para ese

entonces Agente del Ministerio Público, al emitir su concepto solicita que por competencia se remitan las diligencias al conocimiento de la Justicia Penal Militar, después de un juicioso análisis fáctico-jurídico de todas las actividades procesales surtidas hasta esa fecha. Es así como el Juez 79 de Instrucción Penal Ambulante con fecha 07 de abril de 1989, decide acoger los planteamientos expuestos por el doctor **VEGA CHACON** como Magistrado Ponente del Ministerio Público y remite el proceso a la Jurisdicción Penal Militar, por considerar que es la competente para continuar con la investigación y posterior juzgamiento de los hechos reiteradamente mencionados.

Una vez radicada dicha investigación en la Justicia Penal Militar, la Auditoria Superior de Guerra de la Décima Tercera Brigada (BR-13) del Ejército, remite dicho proceso al Comando General del Ejército por considerar que a ese nivel radicaba la competencia para continuar con las diligencias judiciales correspondientes.

Finalmente y una vez surtidas todas las actuaciones judiciales correspondientes, el **PRESIDENTE DEL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR**, mediante Resolución No. 104 del 19 de abril de 1994, designa como Juez Especial de Primera Instancia al Señor General Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares para que avoque el conocimiento del proceso penal adelantado por los hechos acontecidos durante la recuperación del Palacio de Justicia, investigación que culmina con la Cesación de Procedimiento a favor de los implicados por posibles delitos cometidos durante la recuperación de las instalaciones del Palacio de Justicia, decisión que fue consultada ante el Honorable Tribunal Superior Militar, quien con fecha 03 de octubre de 1994 resuelve confirmar el auto de junio 27 de 1994, proferido por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares como Juzgado Especial de Primera Instancia, mediante el cual dispuso Cesar todo Procedimiento Penal a favor de los implicados por posibles delitos cometidos durante la recuperación del mismo Palacio de Justicia.

ARGUMENTACION Y DISCUSION DE LAS POSIBLES CONDUCTAS PUNIBLES IMPUTADAS EN LA INVESTIGACION

SECUESTRO AGRAVADO Y DESAPARICION FORZADA

Los sucesos fácticos que se desarrollaron en torno al proceso que nos ocupa, giran teniendo como núcleo central las actuaciones que llevaron a cabo los miembros de la Fuerza Pública en cumplimiento de su Función Constitucional durante la Operación de recuperación del Palacio de Justicia en manos de un grupo terrorista (M-19), los cuales dieron lugar a que se llevara a cabo una investigación y en la actualidad un juzgamiento por parte del Honorable Juez Tercero Especializado del Circuito, por la presunta comisión de las conductas punibles anteriormente mencionadas y las cuales se encuentran en duda si verdaderamente existieron, para que no sea la justicia Penal Militar, sino la Justicia Ordinaria quien en definitiva aprehenda su conocimiento y final juzgamiento de conformidad con lo expresado en el Digesto de las Penas Castrenses en su artículo segundo el cual preceptúa:

*"Artículo 2°. Delitos relacionados con el servicio. 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 le 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 Fuerza Pública.**" (Negrilla del Despacho) .*

punibles que no hayan ocurrido, o por lo menos no exista la certeza de una conducta punible para finalmente establecer la responsabilidad de un sindicato.

ANALISIS y DISCUSIÓN DEL ACERVO PROBATORIO

Señor Juez, no se puede juzgar aquí a nadie por la presunta desaparición de personas cuyos hechos no están debidamente comprobados ya que posiblemente pueden estar muertas, y en caso de estar desaparecidas o muertas quienes cometieron el delito de HOMICIDIO o DESAPARICION, deben ser los miembros del movimiento M19 los cuales debían estar sindicados y quienes deben responder por la muerte de los que trabajaban lo se hallaban en la cafetería del Palacio de Justicia.

Esto lo manifiesta el HONORABLE TRIBUNAL ESPECIAL DE INSTRUCCIÓN, integrado por los Doctores JAIME SERRANO RUEDA Y CARLOS UPEGUI ZAPATA, eximios juristas y exponentes de la más rigurosa neutralidad, luego de un análisis prolijo de todos y cada uno de los elementos de juicio que tuvieron a su disposición, el cual fue creado por el Gobierno Nacional en coordinación con la Honorable Corte Suprema de Justicia para investigar los hechos del Palacio de Justicia en noviembre de 1985, quienes en su conclusión No. 17 del informe presentado el 31 de mayo de 1986 ante la Corte Suprema de Justicia dice su tenor literal:

*" ... el tribunal considera que existe **prueba suficiente** en el sumario para concluir en que tales personas fallecieron en el cuarto piso **a donde fueron conducidos como rehenes en los primeros momentos de los sucesos**"*

Señor juez, existen circunstancias a resaltarse. Una de ellas es que en la investigación de la Fiscalía no existe una hipótesis clara o siquiera determinable acerca de la suerte de las personas que se presumen desaparecidas.

Dentro de toda la investigación realizada por la Fiscalía, existe un yerro protuberante ya que la calificación que dio a las conductas de varios Militares, no tiene correspondencia con los hechos probados del expediente en donde se enfrentan dos hipótesis: la primera de ellas es la expuesta por el Tribunal Especial de Instrucción Criminal, quien por disposición del Jefe del Estado asumió la investigación y rindió sus conclusiones el 31 de mayo de 1986 ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, investigación que no puede desconocerse, en donde se afirma que los trabajadores de la cafetería del Palacio de Justicia fueron tomados como rehenes por el grupo terrorista M-19 el primer día de la sangrienta toma y muertos ese mismo día en el cuarto piso de la edificación, tesis jurídica sustentada en la labor investigativa de varias decenas de Jueces de Instrucción Criminal y de testigos presenciales de los hechos. La segunda hipótesis es la expuesta por la Fiscal Cuarta Delegada ante la Corte Suprema que gira en torno a los reconocimientos (realizados 23 años después de los hechos, y en los cuales se desconocen otros reconocimientos hechos en la década de los ochentas, desconociendo el principio de la inmediatez de la prueba) en varias filmaciones, de personas que estaban en el Palacio de Justicia, en la que esas personas aparecen supuestamente saliendo de las instalaciones del mismo.

Investigación que se sustenta en afirmaciones de testigos de muy dudosa reputación, reconocimientos inseguros y confusos de los familiares de los supuesto desaparecidos, al punto que una de esas personas que Salió del Palacio de Justicia y que se presume desaparecida, resulta ser otra funcionaria que de manera directa en la investigación se ha reconocido por lo menos cuatro veces a lo largo de estos 23 años, y recientemente en los videos que le puso de presente la Fiscal. Este solo hecho ya le resta demasiada credibilidad a los supuestos hechos sucedidos en ese entonces.

La primera de esas hipótesis, refulge en el expediente como la mas probable, sin embargo ella no fue objeto de

averiguación, solo la hipótesis de la Fiscalía en la que se esfuerza el investigador en demostrar, tarea que no logró realizar satisfactoriamente.

Vale la pena mencionar que los dos Magistrados firmantes de las conclusiones de la investigación del Tribunal Especial de Instrucción califican de **prueba suficiente**, la tesis de la muerte• de los supuestos desaparecidos de la cafetería del cuarto piso del Palacio de justicia así:

" ... **Décimo Séptima:**"

"El tribunal considera que existe **prueba suficiente** en el sumario para concluir en que tales personas (se refiere a los supuestos desaparecidos) fallecieron en el cuarto piso, a donde fueron conducidas como rehenes en los primeros momentos de los sucesos".

Tal prueba puede resumirse así:

" ... d) Del número y comprobación de .los cadáveres aparecidos en el cuarto piso, examinadas las nóminas de la Corte Suprema y Consejo de Estado, comprobado el número de evadidos, existe un grupo de cadáveres que **necesariamente corresponde a desaparecidos** y es sensiblemente igual al de la lista que se presenta al principio de este capítulo ... ". (Explicación de negrillas fuera del texto)

Vea usted su señoría como el coronel **EDILBERTO SANCHEZ RUBIANO** en varias de sus diligencias de indagatoria, en ejercicio de su defensa material, le solicitó a la Fiscal averiguar por el destino de los cadáveres que fueron inhumados en una fosa común del cementerio del sur, sin que la Fiscalía hubiese hecho nada por corroborar lo afirmado por el entonces sindicado en su diligencia de indagatoria. ¿Cómo puede entonces concluirse la existencia de una supuesta desaparición forzada, cuando existen pruebas que demuestran cómo esas personas no son desaparecidas sino asesinadas por el M-19?

No desconoce este despacho las diferentes disposiciones de los Tratados Internacionales y los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a que la competencia para la investigación y juzgamiento de los delitos de desaparición forzada esté en cabeza de la Justicia Ordinaria, pero que, en el caso que nos ocupa no hay certeza y esta afirmación tiene sustento en las pruebas del expediente. Por lo tanto, si los hechos fueron actos de combate regidos por la táctica, disciplina militar, estamos frente a lo que se denomina actos del Servicio Militar y que deben ser conocidos por la Justicia Penal Militar, a fin de ser juzgados de conformidad con lo establecido en el digesto de las penas castrenses y en nuestra misma carta magna

DE LA COMPETENCIA

Como es bien sabido, los luctuosos hechos a los que nos hemos venido refiriendo tuvieron su acontecimiento fáctico para los días 06 y 07 de noviembre de 1985, cuando se encontraba en plena vigencia la anterior Constitución Política de 1886 la cual en su artículo 170 instituía el fuero militar, para investigar y juzgar conductas punibles cometidas por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio y que preceptuaba:

"De los delitos cometidos por 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."

Lo anterior en concordancia con el artículo 21 de la misma norma supra legal:

" ... los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá en el superior que da la orden"

A su turno el Código de Justicia Penal Militar, Decreto 0250 del 11 de julio de 1958 vigente para la época de los hechos, fue promulgado en los diarios oficiales números 29824 del 25

de noviembre de 1958 y el 29825 del 26 de noviembre de 1958, aprobado como Ley de la Republica numero 141 del 16 de diciembre de 1961, desarrolló este precepto Constitucional en el Libro Tercero Titulo Segundo, en los siguientes artículos.

"Art. 306.- la Jurisdicción Penal Militar es la potestad que tiene la Republica de administrar Justicia en este ramo."

De aquí se desprende que la Competencia para conocer de un asunto Penal Militar, depende de la calidad del agente, de la naturaleza de la infracción y del lugar donde este se haya cometido (CN. 58-170), lo cual concuerda con el artículo 58 que Preceptua:

"La corte Suprema, los Tribunales Superiores del Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la Ley, administran Justicia". Como se puede claramente apreciar dentro de los mencionados se encuentran incluidos los Jueces de Instrucción Penal Militar y Magistrados del Tribunal Superior Militar.

Para la época de los hechos las tropas Militares eran orgánicas de la Décima Tercera Brigada con lo cual se encontraban presentes tanto el elemento subjetivo por ser sus integrantes miembros activos de las Fuerzas Militares y el elemento funcional esto es, que los delitos allí ocurridos tenían relación directa con el Servicio y eran derivados del ejercicio de la función Militar que les era propia por estar cumpliendo órdenes emanadas del Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, Presidente de la Republica y de los Mandos Militares en defensa del Orden Constitucional el cual estaba siendo flagrantemente vulnerado por un grupo al margen de la Ley, poniendo a la vez en inminente peligro el Régimen Constitucional y la Seguridad del Estado, definido en el Titulo Segundo del mencionado Decreto 0250/58 vigente en la época, todo lo cual corresponde a la naturaleza y al lugar donde se cometieron los hechos.

Así mismo, el artículo 308 del mencionado decreto determinaba que:

"La Jurisdicción Penal Militar conoce:

- 1.- de los delitos definidos y sancionados en el presente Código.
- 2.- de los delitos establecidos en las leyes Penales comunes cometidos por Militares en servicio activo o por civiles que están al Servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del Orden Público y Conmoción Interior."

El presente artículo fue declarado exequible en la mencionada sentencia del 04 de octubre de 1971.

Finalmente en cuanto a la Competencia se refiere el Decreto 0250/58, Art. 309 de la aludida obra punitiva establecía que: *"por regla general los sindicados serán juzgados por los miembros de las mismas fuerzas a que pertenezcan, salvo las excepciones de este Código"*.

Complementa la mencionada disposición lo plasmado en el Art. 313- que determina que: *"las diligencias o investigaciones realizadas, por las autoridades Militares o civiles, conservan todo su valor legal cualquiera que sea la que asuma en definitiva el conocimiento (360)"*

Como podemos apreciar, en este caso el objeto de la causa es sin lugar a dudas una Operación Militar, la cual no puede ser sacada de su fuero natural de juzgamiento. La participación de los militares se limitó estrictamente a las maniobras militares tendientes a la recuperación del Palacio de Justicia de las manos terroristas.

La Justicia Penal Militar no ha sido retirada de la Constitución Nacional.

Cuando ocurrieron los hechos del Palacio de Justicia, regía la Constitución Política de 1986 cuyo artículo 170 rezaba:

"De los delitos cometidos por 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".

Y en la carta fundamental vigente en Colombia desde julio de 1991, el artículo 221 reza exactamente lo mismo:

"De los delitos cometidos por 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".

La única diferencia es que la Carta del 91 le agrega:

"Tales Cortes o Tribunales estarán integradas por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro".

Las conductas que están siendo investigadas fueron originadas en una Operación Militar, y solo en la medida que se verifique la real ocurrencia de conductas de desaparecimiento o secuestro, es que la Competencia puede designarse a la Justicia Ordinaria, pero en el caso que esa sea una de varias hipótesis, como ocurre en el expediente de la referencia, debe tomarse como presupuesto para determinar la Competencia, la naturaleza de los hechos que originaron la investigación, en este caso Operaciones Militares que deben ser conocidas por la Justicia Penal Militar. Solo en el evento que dentro de la actuación del Juez penal Militar se encontraren indicios serios respecto de la comisión de ese tipo de conductas, el Juez natural (Justicia Penal Militar) pierde su competencia y debe remitir la actuación al Juez que corresponda.

En estricto derecho, ese debió y debe ser el orden de las cosas.

El entonces Comandante de la Escuela de Caballería, actuó dentro de la operación militar, teniendo como función específica llevar el esfuerzo principal del combate con los vehículos blindados, el día 06 de noviembre del año 1985 para facilitar el ingreso de las tropas de pie y rescatar la mayor cantidad de rehenes posibles.

ACTOS PROPIOS DEL SERVICIO MILITAR.

En atención a la evolución del Constitucionalismo Colombiano, en particular a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, es evidente la presencia constante de las Jurisdicciones Especiales en su fisonomía, dentro de las cuales se encuentra la Justicia Penal Militar, materializada en las llamadas Cortes Marciales o Tribunales Militares.

No en pocos pronunciamientos, la Corte Constitucional ha consagrado la necesidad de respetar estrictamente la Competencia de la Justicia Penal Militar, en donde ella debe conocer de todos los delitos que se les impute a los Militares, ya que el fuero es una figura integral que no puede ser objeto de fraccionamientos.

"Respecto a los militares, el fuero Constitucional que consagra es integral, es decir se refiere a todos los delitos que ellos puedan cometer, y no solo aquellos llevados a cabo en relación con el servicio activo. Las excepciones Constitucionales, como la del Fuero integral, deben interpretarse en forma restringida, es decir, respecto de ellas debe entenderse que no pueden ser extendidas por el legislador, porque la regla general también de rango Constitucional, es la que resulta aplicable a los casos no señalados expresamente en la norma exceptiva. De esta

manera, al extender la excepción, el legislador acabaría contradiciendo la norma general Constitucional":¹

Esta sola razón que aduce el máximo Tribunal Constitucional, resulta suficientemente fuerte y sólida para que sustente la necesidad de que sea la Justicia Penal Militar la que conozca de los hechos por los cuales se investigan a los militares que intervinieron en la recuperación del Palacio de Justicia, pero existen otros con no menos fuerza jurídica que deben ser igualmente analizados y aplicados en el caso de la referencia. La competencia de la Justicia Penal Militar, por regla general, se difiere a los tipos establecidos por su norma rectora, es decir el Código Penal Militar, ley 522 de 1999,. estatuto que fue modificado por el Decreto 1058 del 2006, respondiendo a las exigencias de la Corte Constitucional.

Se entiende entonces, que los miembros de las Fuerzas Militares, se encuentran cobijados por este fuero siempre que incurran en conductas sancionadas por la norma citada.

Sin embargo, a manera de excepción al principio de Juez natural precisamente para proteger su garantía, se extiende el dominio del fuero en mención a todos aquellos delitos que cumplan con la siguiente fórmula:

- a. Que sean conductas cometidas por miembros activos de la Fuerza Pública,*
- b. En relación con ese mismo servicio.*

Condición esta última emanada del texto Constitucional, y desarrollada Jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura, e incluso contemplada por la Corte Interamericana .de Derechos Humanos.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-361 de 2001 MP MARCO GERARDO MONROY CABRA

*"Finalmente, el Código Penal Militar entre otras opciones reservadas al campo de libertad configurativa del Legislador puede efectuar un reenvío a la legislación Penal Ordinaria, en lo concerniente a los tipos penales no considerados expresamente, pero que pueden eventualmente ser violados por parte de los miembros de la fuerza pública al dar cumplimiento a las misiones relacionadas con actos y operaciones vinculados con el servicio. "*²

Al respecto se ha generado un conflicto de Competencias, entre la Jurisdicción Ordinaria y la Penal Militar, originado cuando en los tipos penales comunes, no hay certeza de la configuración de la doble condición del delito, es decir ser cometidos como miembro activo de la Fuerza Pública y en relación con su servicio, pues si bien establecer si la comisión se llevó a cabo por un miembro de la Fuerza Pública no presenta dificultades, verificar la relación entre la presunta conducta punible con su servicio propiamente dicho, si las tiene, se ha dicho al respecto:

*"Así, ha de aceptarse que el fuero militar y consecuentemente la Justicia Penal Militar, son una excepción a la regla general, según la cual la Justicia Penal Ordinaria, integrada por la Fiscalía General de la Nación y los Jueces individuales y Colegiados, es la competente para investigar y sancionar a los infractores del régimen penal. Con excepción a la regla general, aquella solo tendrá efectividad cuando no exista la mas **mínima duda** en el sentido que debe ser esta y no la Jurisdicción Ordinaria la que debe conocer de un asunto determinado ".³*

"El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la Fuerza Pública, las cuales se materializan a través de decisiones y

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, Sentencia del 6 de abril de 2006, radicado 20.764.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Exequibilidad C-358 de 1997.

acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la Fuerza Pública, haciendo o no uso de sus prendas distintiva de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial, o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la Justicia Penal militar. En efecto, la noción de Servicio Militar o Policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resultan necesarios emprender con miras a cumplir la función Constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme del militar por si solo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en si mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarde relación con una específica misión militar".⁴

Ahora bien, la Jurisprudencia refiriéndose a la relación entre el criterio subjetivo y el funcional a saber, pertenecer o ser miembro activo de la Fuerza Pública, condicionado por la necesidad de actuar en I relación con su servicio, la Corte delimitó el ámbito de la fórmula como condicionante del establecimiento foral en los siguientes términos:

"Además del elemento subjetivo- ser miembro de la Fuerza Pública en Servicio activo-, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configuren constitucionalmente el Fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio. Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la Fuerza Pública. Por el contrario, la Constitución y la ley repudian y sancionan a todo aquel que escoja este camino para realizar los actos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el estado de derecho, puesto que este ni requiere ni tolera el recurso a medios ilegítimos para la consecución de sus fines. El

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia de Exequibilidad C-358 de 1997.

servicio esta asignado por las misiones propias de la Fuerza Pública, las cuales por estar sujetas al Principio de Legalidad en ningún caso podrían vulnerarlo. 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, aquel voluntario o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serio, 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 y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en si mismas, son las que ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.

La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policia 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 colocación 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".⁵

DE LA APLICACIÓN DEL FUERO PENAL MILITAR

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha considerado que la Justicia Penal Militar debe conocer de aquellos procesos penales en que los militares "*dentro de la actividad propia del servicio*" incurran en comportamientos delictivos. Sobre el particular, esta alta corporación en sentencia SU 1184 de 22001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett precisó:

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, M.P. Sigifredo Espinosa Perez, Sentencia primero de noviembre de 2007 radicado 26.077

"Para que un delito sea de competencia de la Justicia Penal Militar debe existir un vínculo claro de origen entre el y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado"(Negrillas Propias).

1S
~

Lo señalado por la Corte Constitucional en este pronunciamiento, tiene particular importancia, en la medida en que define la conducta como una extralimitación o abuso de poder por parte del miembro de la fuerza pública que se encuentra en ejercicio de su función. En las operaciones militares realizadas dentro de la recuperación del Palacio de Justicia no existió extralimitación o abuso alguno. Se combatió de manera leal y siempre se protegió la vida de los rehenes a tal punto que más de dos centenares de personas fueron rescatados por las fuerzas militares.

El artículo 221 de la Constitución Nacional así lo expresa:

"De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares con arreglo a las prescripciones del Código penal Militar" (Negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, en cumplimiento del principio constitucional del juez natural, la Justicia Penal Militar esta llamada a conocer de los presuntos delitos cometidos en ejercicio de la actividad militar. Ahora bien, como se ha reiterado si dentro de la investigación adelantada por la jurisdicción especial, este Juez Natural establece, con base en la actividad probatoria, que la conducta se encuadra dentro de la descripción típica del delito Desaparición Forzada o Secuestro Agravado, será este funcionario quien decida su remisión a la Justicia Penal Ordinaria; no obstante en el caso que nos ocupa se desatendió este Principio Constitucional

puesto que la investigación desde su inicio fue adelantada por la Jurisdicción Ordinaria, donde se consideró que la conducta fue la Desaparición Forzada y el Secuestro Agravado.

La Jurisprudencia Constitucional ha determinado claramente cuando un acto de la Fuerza Pública no puede ser considerado un acto del servicio.

¿ Cuándo una omisión de la Fuerza Pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? La respuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha asignado a la Fuerza Pública. Esto significa que no pueden quedar amparadas por el fuero Penal Militar las siguientes omisiones:

1. Las que se producen en el contexto de una operación que ab-initio buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta (ejemplo: surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho) nótese que este no es el caso de la recuperación del Palacio de Justicia y rescate de rehenes cuya desición estuvo en manos del jefe del Estado doctor **BELISARIO BET ANCUR** quien siempre lo ha reconocido.
2. Las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad (ejemplo: no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en combate), tampoco es el caso que nos atañe porque no está demostrado que la Fuerza Pública haya desviado su actuar en la recuperación de los rehenes.
3. Cuando no se impiden las graves violaciones a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario (ejemplo: un miembro de la Fuerza Pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción

del resultado). Tampoco es el caso de la Fuerza Pública que intervino en la operación.

En los anteriores casos, siempre es indispensable que el garante tenga dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales. Si el miembro de la Fuerza Pública tiene un deber específico de evitar el resultado (que ostente una posición de Garante) y no inicia la acción de salvamento a pesar de que contaba con la posibilidad material de serlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado agresivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional. Por consiguiente, si el garante no inicia una acción de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, se les atribuye la violación a los Derechos Humanos como si se tratara de una conducta activa.

Respecto al primer elemento las actuaciones militares desarrolladas por la Fuerza Pública se circunscribieron al ejercicio de una Operación Militar legítima: evitar la toma del poder judicial por parte de grupos terroristas; la actuación de la Fuerza Pública no constituyó un desvío de la actividad Militar realizada, contrario sensu, existen en el expediente constancias del desempeño correcto que tuvo la Fuerza, tal como lo expresan los entonces magistrados GASPAR CABALLERO y REYNALDO AREINIEGAS.

Se reitera que todo lo actuado por la Fuerza Pública sin lugar a dudas responde a una actividad legítima de una Operación Militar.

En este mismo pronunciamiento la Corte manifestó que al momento de resolverse el conflicto de competencia, debe tenerse en cuenta que:

"En el plano de la solución de un conflicto de competencias como el que se sometió a consideración de la sala

jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la judicatura, la autoridad judicial no es competente para determinar la responsabilidad del procesado. Su competencia se restringe a verificar que, conforme a las pruebas existentes en el proceso, se demuestre la relación directa entre la conducta del procesado y el servicio, para determinar si estaba amparado por el Fuero Penal Militar. Con todo, en ciertas ocasiones resulta indispensable valorar aspectos propios de la responsabilidad Penal como el título de imputación, a efectos de establecer ciertos elementos necesarios para determinar la autoridad competente. Este análisis, cabe señalar, supone revisar si fuera necesario y bajo los criterios indicados en esta sentencia, el material probatorio disponible".

y es que pareciera que en los tiempos que hoy vivimos no se entendiera que la Justicia Penal Militar al igual que la Ordinaria, ADMINISTRA JUSTICIA Y es la misma Constitución Nacional la que le impone ese deber independientemente del querer o conveniencia que ello signifique para los intereses que se encuentran en conflicto, cuando se trata de casos en los cuales deba juzgarse Operaciones Militares como fue la de la recuperación del Palacio de Justicia.

Como puede advertirse, en la estructura del Estado colombiano, la Justicia Penal Militar está adscrita a la Fuerza Pública y hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. No obstante, administra Justicia y así lo reitera el artículo 116 superior. Pero el cumplimiento de esta función, si bien la sujeta a los principios Constitucionales que rigen la administración de Justicia, no trastoca su naturaleza, es decir, no hace a la Justicia Penal Militar parte de la Rama Judicial del Poder Público. De allí que la Corte, en la reciente sentencia C-457 -02 haya enfatizado en los siguientes términos, que ahora se retoman, la índole de la Justicia Penal Militar como ámbito especializado de la Función Pública:

"El constituyente ha previsto que la jurisdicción competente para investigar, acusar y juzgar a los autores o partícipes de las conductas punibles es la jurisdicción penal ordinaria. No obstante esa regla general encuentra una excepción en la Justicia Penal Militar, pues de acuerdo con el artículo 221 de la carta, modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 1995, De los delitos cometidos por la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo, 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.

La razón de ser de este régimen penal especial radica, de una parte, en las reglas de conducta particulares a que se encuentran subordinados los miembros de la fuerza pública y, de otra, en la estrecha relación que existe entre esas reglas particulares de comportamiento, el uso de la fuerza y la especial índole de las conductas que le son imputables. Esas circunstancias exigen la configuración de una jurisdicción específica para la realización de la justicia penal en el ámbito de la fuerza pública pues ellas resultan incompatibles con las reglas de juego que la democracia ha establecido para la jurisdicción ordinaria. De allí que la justicia penal militar sea un régimen especial de Justicia Penal que cubre a los miembros de la Fuerza Pública en razón de la particularidad de su organización y funcionamiento y que se aplica a los delitos cometidos en servicio activo y en razón con el servicio. "

Esas especiales conductas que corresponden al ejercicio de las armas requieren que el Juez Penal Militar esté atento a evitar que actos del servicio sean conocidos por los Jueces Ordinarios, ya que como lo dice la misma Corte, las apreciaciones que hace la Justicia Ordinaria desconocen las especiales condiciones de las actividades de las armas. Aunado a que el Juez Militar igualmente ADMINISTRA JUSTICIA, por tanto no se trata de buscar la impunidad o la absolución insustentada, sino en solicitar que se cumplan los

Principios Constitucionales como el Juez Natural y Debido Proceso en casos tan delicados como el del Palacio de Justicia.

*"La Justicia Penal Militar constituye una excepción a la regla general que otorga la competencia del juzgamiento de los delitos a la Jurisdicción Ordinaria. Este tratamiento particular, que se despliega tanto a nivel sustancial como procedimental, encuentra justificación en el hecho de que las conductas ilícitas sometidas a su consideración están estrechamente vinculadas con el manejo de la Fuerza; y a que los sujetos activos que incurren en ellas están subordinados a reglas de comportamientos extrañas a la de la vida civil, todo lo cual marca una abierta incompatibilidad con el sistema punitivo a cargo de la Jurisdicción Ordinaria".*⁶

CONCLUSIONES

Visto lo anterior, queda plenamente demostrado que a la luz de los lineamientos Constitucionales, las actuaciones desarrolladas por los Militares de la Fuerza Pública (Ejército Nacional), al momento de la recuperación del Palacio de Justicia de manos de terroristas, fueron actos ajustados a la

Misión Constitucional del Ejército Nacional de Colombia y a la finalidad legal de la existencia de la Fuerza Pública. En ese momento se requirió que las Fuerzas Militares conservaran el Orden jurídico que estuvo plena y seriamente lesionado, actuaron dentro de los límites correspondientes a las labores de Técnica, Táctica y Estrategia Militar, por ello sin lugar a dudas se tratan indudablemente de Actos Relacionados con el Servicio cometidos por miembros de la Fuerza Pública en plena actividad.

Si se quiere investigar y juzgar esas conductas, debe hacerla la Justicia Penal Militar y tal como lo obliga la Constitución Política, solo en caso que se verifique una extralimitación de

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-976 de 2001 M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

funciones o la presencia de un delito considerado como de Lesa Humanidad, por esa simple consideración, el Juez Natural perdería la competencia pero en este caso se reitera que no puede establecerse con un mínimo grado de convencimiento, que haya existido una conducta de Desaparición o de Secuestro Agravado como se ha manifestado a lo largo del proceso.

PETICION FINAL

Con fundamento en todas las razones de Hecho y de Derecho expuestas en precedencia, respetuosamente me permito solicitar a su Despacho el envío de las diligencias de la referencia en el estado en que se encuentran, para que las mismas sean conocidas por la Justicia Penal Militar y mas concretamente por el Despacho Judicial a mi cargo, planteando desde ya Colisión Positiva de Competencias, en el evento de que los fundamentos que sirvieron de base para formular esta petición no fueran de recibo.

Atentamente:



Mayor (R.A.) Abogado MAURICIO CUJAR GUTIERREZ
Juez Primero de Instancia de Divisiones Ejército Nacional