**CONFLICTO NEGATIVO DE JURISDICCIONES SUSCITADO ENTRE LA JURISDICCION CASTRENSE Y ORDINARIA/FUERO MILITAR/**Elemento: relación del acto ilícito con el servicio activo

**La Sala Jurisdiccional Disciplinaria de 1998 echó mano de un elemento, que fue el correspondiente a la previa existencia de un "propósito criminoso" desde el comienzo de la conducta que da nacimiento el reato, en tratándose de delitos comunes, es decir, no estrictamente militares, que es lo que deshace la relación servicio-delito.**

**Pero la posición de la Sala con ponencia de Echeverri Uruburu, que compartimos y con la que estamos plenamente de acuerdo, no fue de la completa inteligencia del Juez Décimo Quinto Penal del Circuito de la ciudad de Medellín, porque, si bien en el plano de la hipótesis se acepta que en la captura de los cinco particulares realizada en diferentes circunstancias temporoespaciales y modales se circunscribió a los cánones legales respetándose sus derechos y garantías fundamentales, la acción de los miembros de la fuerza pública se hallaba bien intencionada. Pero una vez los presuntos delincuentes estuvieron a buen recaudo en los calabozos de la base militar, debieron ser puestos inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis horas siguientes a disposición de la autoridad judicial o policiva correspondiente o dejados en libertad. Ya sabemos que eso no ocurrió. Y hasta ahí sería teleológicamente aceptable y congruente con el servicio el comportamiento de los miembros del ejército. Sin embargo bien sabemos que posteriormente, obedeciendo a oscuros designios, fueron sacados de las instalaciones del batallón y conducidos a zona rural donde fueron brutalmente asesinados para presentarlos luego como muertos en combate. La acción de los miembros de la fuerza pública debe pues tomarse escindida: En principio era loable, si se quiere, en lo que tuvo que ver estrictamente con la captura. Luego fue absolutamente execrable. La primera acción debe ser interpretada como realizada en ejercicio de sus funciones, es decir, íntimamente relacionada con el servicio, y terminó con el encarcelamiento de los supuestos delincuentes. La segunda se inició con designio y procedimientos que carecen en absoluto de relación con la actividad del servicio militar.**

**Para terminar, habrá de decirse que la conducta realizada por los miembros de la fuerza pública, tomada en el plano de la hipótesis, es tan contraria al servicio militar pugnando por lo tanto con la relación con éste, que el inferior que recibe de su superior una orden para asesinar a sangre fría y en condiciones de inferioridad a una persona, obviamente por fuera de la órbita del combate, puede y debe, válidamente, abstenerse** **de ejecutarla.**

**Consejo Superior de la Judicatura**

**Sala Jurisdiccional Disciplinaria**

Bogotá D.C., octubre veintiséis de dos mil.

Magistrado Ponente: **Doctor RUBEN DARIO HENAO OROZCO**

**Radicación : 20001868 A 98**

Aprobado según Acta No 82 de octubre 26 de 2000

**Conflicto de Competencias entre el Juzgado 15 Penal del**

**Circuito de Medellín y el Comando de la Primera División**

**del Ejército Nacional con sede en Santa Marta (DE OFICIO)**

Procede la sala a dirimir el conflicto negativo de jurisdicciones suscitado entre las jurisdicciones castrense y ordinaria con relación al conocimiento del proceso radicado bajo el número 0067-1998 en el Juzgado Décimo Quinto Penal del Circuito de la ciudad de Medellín. Este último despacho estimó que carecía de competencia para conocer del mismo y en providencia del 28 de junio del año en curso dispuso remisión al Comando de la Primera División del Ejército Nacional con sede en la ciudad de Santa Marta para que, en su condición de juzgador de primera instancia continuara conociendo de la acción penal o en caso contrario remitiera el expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con el fin de que dirimiera el conflicto negativo que de una vez se le planteaba. Pues bien, el despacho castrense a cargo del Brigadier General FREDDY JOSÉ PADILLA DE LEON, Comandante (E.) de la Primera División, en proveído del 24 de julio determinó declararse incompetente para conocer del mismo y ordenó enviar a esta corporación el expediente con el fin de que se dirimiera el conflicto.

**LO OCURRIDO**

El 12 de diciembre de 1992 fueron capturados en el municipio antioqueño de Yarumal por uniformados adscritos a la base militar allí acantonada, los señores ROBINSON ENRIQUE MEJIA VILLA, GABRIEL DE JESÚS ZAPATA ECHAVARRÍA Y HÉCTOR ERNESTO CÁRDENAS ROJAS, cuando hurtaban en el inmueble de propiedad de Alcides García Londoño.

RODRIGO DE JESÚS VERA ESPINOSA había sido aprehendido tres días antes por un pelotón de la base militar acantonada en el municipio de Tarazá (Ant.) al imputársele que era un estafeta del insurgente EJÉRCITO DE LIBERACIÓN NACIONAL.

BENJAMÍN DE JESÚS ROSAS ESPINOSA fue aprehendido en zona urbana de Yarumal el trece de los mismos mes y año por encontrarse "indocumentado".

Todos ellos fueron conducidos a la base militar "La Marconi" de la última municipalidad mencionada, privados de libertad, en donde quedaron a disposición de su comandante, el Capitán RAFAEL HERNEY GONZALEZ PEREZ. Desde allí fueron trasladados el día quince (15) de diciembre, vistiendo uniformes camuflados de los que utiliza la guerrilla, por soldados al mando del Capitán GONZALEZ PEREZ y en cumplimiento de orden impartida por el Teniente Coronel, ahora retirado, TIRSO WINTER ALEJO MONTEALEGRE. Al día siguiente fueron hallados sus cadáveres en la vereda "El Zancudo" del municipio antioqueño de Entrerríos y se supo que el colectivo fallecimiento se produjo como consecuencia de enfrentamiento armado entre el ejército y un grupo guerrillero.

**SINOPSIS DE LOS ANTECEDENTES**

Iniciada la investigación por la Justicia Penal Militar, ésta culminó con sentencia condenatoria para el oficial GONZALEZ PÉREZ y los soldados HENRY ALBERTO AGUDELO LOAIZA, CARLOS HUMBERTO ACEVEDO URREGO, JOHN JAIRO CUARTAS TABARES, HERNEY SAÚL BERRÍO URIBE, JOHN JAIRO FLÓREZ HERNÁNDEZ, JOSE NEMESIO PO SADA ARANGO, WILDER DE JESÚS CORREA GUZMÁN, JUAN DIEGO MOLINA HERNÁNDEZ, JOHN RAMIRO ALVAREZ VILLADA, JOHN JAIRO ECHAVARRIA OCHOA, GUSTAVO ENRIQUE LÓPEZ CASTAÑO, OSCAR DARÍO CORREA ROJO, LUIS ALBERTO CASTAÑO SUAZA Y LUIS ALFREDO DURANGO ESPINOSA, en calidad de reos de los delitos de homicidio (en concurso) de los cuales fueron víctimas las personas que permanecieron retenidas en la base militar, proceso que fue sancionado con nulidad de lo actuado a partir del cierre de la instrucción inclusive, ordenando de paso la vinculación del oficial de más alta graduación, el T.C. Alejo Montealegre. Más tarde, en noviembre de 1997, se ordenó la remisión del expediente a una Unidad de Fiscalías encargada de la investigación y calificación de los delitos contra la vida radicada en la ciudad de Medellín. Allí se repuso la actuación luego de algunos contratiempos de orden procedimental y se calificó el proceso con acusación con amplia cobertura para oficiales y soldados, en calidad de probables coautores de los delitos de homicidio ya mencionados. Interpuesto y desatado luego el recurso de alzada contra el vocatorio a juicio, éste fue confirmado por una Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de la ciudad de Medellín, siendo la razón para que fuera remitido el plenario al JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO proponente del conflicto.

**ARGUMENTACIONES DEL JUEZ PENAL ORDINARIO**

Afirmó el señor Juez Décimo Quinto Penal del Circuito de la ciudad de Medellín, que la razón fundamental por la cual carecía de competencia para asumir el conocimiento del proceso penal adelantado contra los oficiales y soldados del ejército nacional, estribaba en el concepto, bien entendido, del fuero militar, consagrado en la Constitución Política en su artículo 221, porque según esta norma, serán de conocimiento de las cortes marciales o tribunales militares con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal Militar, de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio. Y los hechos punibles materia de proceso fueron cometidos por miembros del ejército nacional en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Y la apreciación en cuanto a la existencia del primer elemento: "miembros de la fuerza pública en servicio activo", no admite discusión alguna en la medida que se encuentra probada la adscripción de los sindicados, para el momento de la realización de los ilícitos, al ejército nacional, por vínculo legal y reglamentario. En cuanto a la objetividad del segundo de los elementos: "delitos cometidos en relación con el mismo servicio", afirma el funcionario judicial que se debe partir de la base de que la actuación inicialmente cumplida (entiéndase las aprehensiones de las cinco personas) fue perfectamente legítima y estuvo enmarcada dentro de los límites constitucionales y legales porque fueron aprehendidos por miembros del ejército en cumplimiento de actividades propias del servicio, ya hubiere sido por transgresión de normas penales o policivas, "y entonces es viable decir que el procedimiento en sus comienzos estuvo vinculado a actividades propias del servicio o se produjo en relación con el mismo servicio, pues a más de que los retenidos estaban privados de la libertad por la razón dada, estaban custodiados en una Base Militar y a órdenes de un oficial del ejército...y sólo se torció y se salió de los cauces regulares cuando nació y se cumplió el designio criminoso de darles muerte fingiendo un enfrentamiento armado con ellos". Soporta esta tesis en pronunciamiento de la Sala Jurisdiccional de esta Corporación mediante auto de 5 de mayo de 1998, M. P. Dr. Alvaro Echeverri Uruburu. Y reza el antecedente jurisprudencial citado por el juez: "Porque en definitiva, en tratándose de delitos comunes, no militares estrictam ente-como es este caso-atribuidos a la fuerza pública lo que deshace la relación servicio-delito es el propósito criminoso desde un comienzo de la conducta que da nacimiento al reato. Es claro que en el evento de autos , el propósito de los uniformados no podía ser el de acabar con la vida o lesionar a personas ajenas a la delincuencia al inicio del operativo militar. Si así hubiera sido, es claro que de entrada el vínculo relacional con el servicio se habría disuelto y la predicación del fuero se tornaría imposible".

Reforzó además su argumentación con extensa cita que hizo de jurisprudencia de esta misma sala en auto de 21 de julio de 1994, siendo M. P. El Dr. RÓMULO GONZÁLEZ TRUJILLO, en la que se analiza el concepto del fuero militar en sus dos elementos esenciales : 1.-Miembro de la Fuerza Pública en servicio activo; 2.-Cometer delitos que tengan relación con el servicio militar, de cuya verificación deberá concluirse que 3.-Será juzgado por Cortes Marciales o Tribunales Militares. No ofreciendo el primer aspecto ninguna dificultad como que bastara la constatación de una situación objetiva susceptible de ser probada con una certificación oficial que dé cuenta de la existencia de un acto administrativo de vinculación a la fuerza pública; siendo que las disparidades surgen en punto a la comprensión del segundo elemento, en cuanto puede resultarle complejo a algunos establecer que un delito tenga o no relación con el servicio militar. Pero no debiera ser así, ya que esta relación con el servicio se refiere a una situación de hecho de fácil comprobación, "en la misma medida en que la relación del acto realizado con el servicio se desprende de la circunstancia misma de encontrarse el sujeto activo del hecho investigado en "servicio activo". Siguiendo la orientación de FRANCISCO DE PAULA PEREZ los actos de quien se encuentra en servicio activo tienen necesariamente relación con el servicio...".

También citó la posición adoptada por la Sala en auto del 8 de mayo de 1997, siendo M. P. La doctora MIRYAM DONATO DE MONTOYA, que puede resumirse así: Siendo el delito por su propia naturaleza un comportamiento al margen de la ley, el concepto de ilegalidad que envuelve tal conducta repugna a la prestación del servicio por ser contrario a su esencia. Y si todos los delitos están al margen de la ley, todos son atentatorios contra el servicio y por ende no son propios del mismo , lo que llevaría a la errónea e inaceptable conclusión de que ningún delito sería de conocimiento de la Justicia Penal Militar. Tal tesis podría llevar, por otra vía, a la afirmación de la expuesta por la Sala siendo M. P. El doctor Rómulo González Trujillo, es decir, que sólo basta la confirmación de que el sujeto que ejecuta una conducta punible se encuentre vinculado a la Fuerza Pública legal o reglamentariamente.

De otro lado, y como quiera que la H. Corte Constitucional ha tomado parte en la discusión del asunto con una tesis, a juicio del señor juez, restrictiva, contrapuesta a la amplísima de la Sala Jurisdiccional, consistente básicamente, según la cita del Juez, en que la entidad de los hechos punibles, que los hace ver como de lesa humanidad, permite concluir que no tuvieron relación con el servicio y, por tanto, deberán ser juzgados por los jueces ordinarios, el funcionario que desde un principio casó el conflicto pretende el pronunciamiento de esta Sala con el fin de precaver eventuales nulidades.

**ARGUMENTACIONES DEL JUEZ PENAL MILITAR**

Estima el Comandante de la Primera División del Ejército Nacional, en su calidad de juzgador de primera instancia, que los sujetos pasivo s de la acción penal carecen del fuero militar de consagración constitucional en el artículo 221 de la Carta, ya que la realidad probatoria conduce a la inequívoca conclusión de que entre la actividad relacionada con el servicio y el hecho delictivo no hubo vínculo causal. Existió sí desbordamiento del cumplimiento de la labor constitucionalmente encomendada al Ejército Nacional por hechos constitutivos de flagrante violación a los Derechos Humanos que concretan delitos de lesa humanidad, que deben ser de conocimiento exclusivo de la justicia ordinaria. En su sentir, la Sentencia [C-358 de la](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/consejo%20superior%20de%20la%20judicatura/sentencias/2000/%5Clexbase%5Cjurisprudencia%5Ccorte%20constitucional%5Cconstitucionalidad%5CC0358de1997.htm) |Corte Constitucional (Agosto 27 de 1997) fijó los parámetros de aplicabilidad del Derecho Penal Militar. Al respecto dijo que debe existir un vínculo claro de origen entre el delito y la actividad del servicio, el cual se rompe cuando el delito adquiere inusitada gravedad como ocurre con la tortura y la desaparición forzada, entre otros. Además, que tal relación debe surgir claramente de las pruebas que obran en el proceso.

De otro lado, entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio debe existir un vínculo que se ve desvanecido frente a aquellas conductas que constituyen delitos de lesa humanidad y son manifiestamente contrarias a la dignidad humana. Tanto es así, que un hecho de semejante naturaleza no merece ninguna obediencia.

La Corte Constitucional ha dicho que el hecho punible debe surgir siempre dentro de la órbita de la actividad oficial para que su conocimiento fuere aprehendido por la Justicia Penal Militar, aseverando que "...si hay un exceso o extralimitación y desde el inicio de la actividad antijurídica su actuar tiene propósitos criminales utilizando su investidura para realizarlo, el caso corresponderá siempre a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiere existir una relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. Pues en tales eventos no existiría ninguna relación entre el delito y el servicio".

**DECISIÓN DIRIMENTE**

En orden a establecer, en últimas, dónde radica la competencia para el conocimiento del asunto penal que negativamente se disputan el Juez Décimo Quinto Penal del Circuito de la ciudad de Medellín y el Comandante de la Primera División del Ejército Nacional con sede en la ciudad de Santa Marta, la Sala entrará a hacer las siguientes precisiones, en ejercicio de la competencia constitucional otorgada en el artículo 256-6 de la Carta, reiterada en el artículo 112-2 de la [ley 270 de 1996](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/consejo%20superior%20de%20la%20judicatura/sentencias/2000/%5Clexbase%5Cnormas%5Cleyes%5C1996%5CL0270de1996.htm):

Nuestra Carta Fundamental en su artículo 221 consagra la figura del fuero militar según la cual "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."

Ha dicho la H. Corte Constitucional que la jurisdicción Penal Militar constituye una excepción a la regla del juez natural general y por ende su ámbito debe ser interpretado restrictivamente, significando ésto, en síntesis que, para que la Justicia Penal Militar conozca de los delitos cometidos por los miembros en servicio activo de la fuerza pública, debe existir un claro vínculo de origen entre ellos y la actividad del servicio.

La redacción de la norma permite clasificarla de tal manera como excepcional con la inclusión de la expresión "...y en relación con el mismo servicio...", porque de no habérsele insertado la expresión, devendría e n una fórmula constitutiva de una regla general que expresada simple, llana y absolutamente sería como que de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo conocerán las cortes Marciales o los Tribunales Militares.

Lo anterior conduce a enervar la orientación absolutista que ha traído la Sala con las teorías citadas por el funcionario judicial ordinario, según las cuales para que se diera el conocimiento de los delitos por parte de la Justicia Penal Militar sólo bastaría que se verificara la existencia del elemento objetivo de fácil comprobación consistente en la calidad que deberá tener el sujeto activo de la conducta ilícita como miembro activo de la Fuerza Pública, que como puede observarse, se probaría con la aducción al proceso de copia o certificación oficial de la existencia del vínculo legal y reglamentario, con prescindencia de la relación que debe tener el hecho ilícito con el mismo servicio, lo cual, obviamente, no dice la Constitución y conduciría a entender el fuero militar asociado a la idea de privilegio o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos que cometan con ocasión del servicio, lo cual constituye el otorgamiento de un trato particularizado que contraría el principio de igualdad. Según el principio de utilidad al que se recurre con alguna frecuencia para lograr que una norma cumpla sus efectos, no puede omitirse hacer un análisis acerca del elemento "relación del acto ilícito con el servicio activo". Y esta exigencia de la ligazón o atadura que deberá tener la conducta punible con el servicio activo en la fuerza pública deberá determinarse a través de una sana hermenéutica, proceso que ya fue realizado por el ente que con autoridad podría hacerlo, este es, la H. Corte Constitucional en Sentencia [C-399-95](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/consejo%20superior%20de%20la%20judicatura/sentencias/2000/%5Clexbase%5Cjurisprudencia%5Ccorte%20constitucional%5Cconstitucionalidad%5CC0399de1995.htm) :

"La Constitución establece el fuero militar como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, por lo cual sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, pues es un principio elemental de la hermenéutica constitucional que las excepciones son siempre de interpretación restrictiva, con el fin de no convertir la excepción en regla".

Y con respecto a los fines del Fuero Militar expresó en la misma providencia:

"La finalidad esencial del fuero militar es que, dentro de los marcos de la Constitución, los miembros de la Fuerza Pública estén cubiertos en sus actividades de servicio por un régimen jurídico penal especial, tanto sustantivo como procedimental, que sea acorde con la especificidad de la organización y funcionamiento de la Fuerza Pública".

Esta posición de la Corte es la que en últimas asumió la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en auto de 5 de mayo de 1998 con ponencia del doctor ALVARO ECHEVERRI URUBURU, que es también posterior a las demás citadas con ponencias en su orden del doctor Rómulo González y de la doctora Miryam Donato. En ella hizo una interpretación restrictiva que no se observa en las otras posiciones anteriores a través de las cuales se ha querido entender la excepción como regla. Para el esfuerzo hermenéutico, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de 1998 echó mano de un elemento, que fue el correspondiente a la previa existencia de un "propósito criminoso" desde el comienzo de la conducta que da nacimiento el reato, en tratándose de delitos comunes, es decir, no estrictamente militares, que es lo que deshace la relación servicio-delito.

Pero la posición de la Sala con ponencia de Echeverri Uruburu, que compartimos y con la que estamos plenamente de acuerdo, no fue de la completa inteligencia del Juez Décimo Quinto Penal del Circuito de la ciudad de Medellín, porque, si bien en el plano de la hipótesis se acepta que en la captura de los cinco particulares realizada en diferentes circunstancias temporoespaciales y modales se circunscribió a los cánones legales respetándose sus derechos y garantías fundamentales, la acción de los miembros de la fuerza pública se hallaba bien intencionada. Pero una vez los presuntos delincuentes estuvieron a buen recaudo en los calabozos de la base militar, debieron ser puestos inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis horas siguientes a disposición de la autoridad judicial o policiva correspondiente o dejados en libertad. Ya sabemos que eso no ocurrió. Y hasta ahí sería teleológicamente aceptable y congruente con el servicio el comportamiento de los miembros del ejército. Sin embargo bien sabemos que posteriormente, obedeciendo a oscuros designios, fueron sacados de las instalaciones del batallón y conducidos a zona rural donde fueron brutalmente asesinados para presentarlos luego como muertos en combate. La acción de los miembros de la fuerza pública debe pues tomarse escindida: En principio era loable, si se quiere, en lo que tuvo que ver estrictamente con la captura. Luego fue absolutamente execrable. La primera acción debe ser interpretada como realizada en ejercicio de sus funciones, es decir, íntimamente relacionada con el servicio, y terminó con el encarcelamiento de los supuestos delincuentes. La segunda se inició con designio y procedimientos que carecen en absoluto de relación con la actividad del servicio militar.

Para terminar, habrá de decirse que la conducta realizada por los miembros de la fuerza pública, tomada en el plano de la hipótesis, es tan contraria al servicio militar pugnando por lo tanto con la relación con éste, que el inferior que recibe de su superior una orden para asesinar a sangre fría y en condiciones de inferioridad a una persona, obviamente por fuera de la órbita del combate, puede y debe, válidamente, abstenerse de ejecutarla.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura determinará, en consecuencia, que el competente para continuar con el juzgamiento de quienes formaron en las filas del ejército nacional como oficiales y soldados en el asunto puesto a su conocimiento para dirimir el conflicto negativo de competencias presentado entre diferentes jurisdicciones, es el señor JUEZ DECIMOQUINTO PENAL DEL CIRCUITO de la ciudad de Medellín, despacho al cual ordenará la remisión del expediente para la conclusión de la primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

**R E S U E L V E**

**DIRIMIR** el conflicto negativo de jurisdicciones suscitado entre el Comando de la Primera División del Ejército Nacional, en su calidad de Juzgado de Primera Instancia, y el Juzgado Décimo Quinto Penal del Circuito de la ciudad de Medellín, adscribiéndola a este último despacho de la Justicia Ordinaria, al que se le remitirá el expediente.

Copia de lo proveído se le remitirá al señor Comandante de la Primera División del Ejército Nacional en la ciudad de Santa Marta, para su información.

**CUMPLASE**

**LEONOR PERDOMO PERDOMO JORGE ALONSO FLECHAS DIAZ**

**PRESIDENTE VICEPRESIDENTE**

**GUILLERMO BUENO MIRANDA EDUARDO CAMPO SOTO**

**MAGISTRADO MAGISTRADO**

**FERNANDO CORAL VILLOTA RUBEN DARIO HENAO OROZCO**

**MAGISTRADO MAGISTRADO**

**TEMISTOCLES ORTEGA NARVAEZ**

**MAGISTRADO**

**SILVIO GENTIL NIETO BELTRAN**

**SECRETARIO JUDICIAL**

**Radicación:20001868 A 98**