

Colombia

Colombia



Verificación de firmas

Casación No. 26.137
JOSÉ VICENTE SÁNCHEZ MENDOZA y otros

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 127.

Bogotá, D.C., seis de mayo de dos mil nueve.

V I S T O S

Juzga la Corte en sede de casación la sentencia de segundo grado del 27 de febrero de 2006, proferida por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual confirmó con modificaciones el fallo dictado por el Juzgado 12 de Brigada de Primera Instancia con sede en Florencia, Caquetá, condenando a los procesados CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA, al CS. MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ y a los soldados profesionales ROBERTO ANTONIO MARÍN MENÉNDEZ, ABEL PABÓN URIBE, WILSON RAMOS SOTO, RUBÉN DARÍO POLANÍA CABRERA,



VEÚX *fffinema de Juzgza*

REIBINSON GARCÍA SARMIENTO, JAMES TORO PABÓN y JOSÉ VICENTE SÁNCHEZ MENDOZA a la pena principal de 27 años de prisión y a las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como responsables del concurso homogéneo de homicidio agravado.

HECHOS

El 4 de febrero de 2002, el Teniente Coronel José Fernando Mejía Araujo, Comandante del Batallón de Infantería No. 34 “Juanambú”, perteneciente a la Décima Segunda Brigada del Ejército Nacional, presentó denuncia penal ante el Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar, relatando que el 22 de enero del mismo año, a eso de las 12:30 horas, el COT de su unidad reportó que la Compañía “Atacador”, acantonada como base militar en el municipio de Solita, Departamento del Caquetá, al mando del CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA, se encontraba en combate con integrantes de un grupo armado al margen de la ley, específicamente con el Puesto Avanzado de Combate (PAC) de



los pinos, al mando del Cabo Segundo MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ, y conformado por los soldados profesionales WILSON RAMOS SOTO, JAMES TORO PABÓN, ROBERTO MARÍN MENÉNDEZ, JOSÉ SÁNCHEZ MENDOZA, RUBÉN POLANÍA CABRERA, ABEL PABÓN URIBE y REIBINSON GARCÍA SARMIENTO.

Señala que al cabo de aproximadamente una hora después, el comandante de la Compañía, CT. MUÑOZ PLAZA, le informó que la situación se hallaba controlada, pero que habían sido dados de baja tres integrantes del grupo armado ilegal, por lo cual le impartió instrucciones para que en horas de la mañana se hicieran las gestiones para el levantamiento de los cadáveres y los trámites de rigor.

Sin embargo, se estableció que en realidad las víctimas, que fueron identificadas como Edgar Reinaldo Valencia, Robinson Cortés y Juan José Herrera Gutiérrez, habían sido retenidas y permanecieron durante el día del 22 de enero de 2002 en un hueco que estaba siendo adecuado para búnker en las



instalaciones de la base, lugar del cual fueron sacados en horas de la noche, amarrados de las manos y con cinta pegante en sus bocas, para ser conducidos hasta el sector de los “*eucaliptos*”, cerca al antiguo cementerio del municipio de Solita, donde la tropa al mando del CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA les disparó, dándoles muerte.

ANTECEDENTES PROCESALES

Con base en la precitada denuncia, el Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar de Florencia, abrió investigación y escuchó en indagatoria a CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA, al CS. MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ y a los soldados profesionales ROBERTO ANTONIO MARÍN MENÉNDEZ, ABEL PABÓN URIBE, WILSON RAMOS SOTO, RUBÉN DARÍO POLANÍA CABRERA, REIBINSON GARCÍA SARMIENTO, JAMES TORO PABÓN y JOSÉ VICENTE SÁNCHEZ MENDOZA, a quienes les resolvió situación jurídica con medida de



aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por el delito de homicidio agravado.

Perfeccionada en lo posible la instrucción, el 10 de julio de 2002, el proceso se remitió a la Fiscal 19 de Instrucción Penal Militar adscrita la Novena Brigada con sede en Neiva, Huila, despacho que en resolución del 12 siguiente la declaró cerrada.

El 16 de agosto de 2002 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra los mencionados procesados por el delito de homicidio agravado, en concurso homogéneo, al primero en condición de determinador y a los demás como coautores del mismo.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el proceso se remitió al Juzgado Séptimo de Instancia de Brigada con sede en Neiva, despacho que mediante auto del 20 de noviembre de 2002 ordenó la iniciación del juicio y con auto del 27 de diciembre del mismo año decretó la práctica de pruebas, comisionando para ello



Votivivema de Jui&ciu

al Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar con sede en Florencia, Caquetá.

El 6 de mayo de 2003, la Procuradora 267 Judicial I Penal solicitó a la Juez Séptima de Brigada la nulidad de la actuación surtida por la falta de competencia del funcionario judicial, pues encontraba acreditado que las muertes investigadas no se causaron en combate, razón por la cual la actividad ilícita no se encontraba conectada con una función propia del cuerpo armado. La peticionaria apoyó su pretensión en la sentencia de constitucionalidad C-878 de 2000.

No obstante, la petición fue negada en proveído del 26 de mayo de 2003, decisión contra la cual la representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, siendo confirmada por el Tribunal Militar en providencia del 6 de agosto de 2003.

La Procuradora Delegada acudió entonces ante el Juez Único Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes,



Votitefivremadejti&ein

Caquetá, solicitándole que promoviera conflicto positivo de competencia, petición que le fue negada en auto del 1° de junio de 2004, tras considerar el despacho que los hechos habían ocurrido con ocasión del servicio militar.

El 31 de agosto de 2004 se inició la audiencia de corte marcial, la cual fue suspendida en varias ocasiones, terminando finalmente el 23 de junio de 2005.

El 31 de agosto de 2005, el Juzgado 12 de Brigada emitió sentencia de primera instancia condenando a los procesados CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA, al CS. MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ y a los soldados profesionales ROBERTO ANTONIO MARÍN MENÉNDEZ, ABEL PABÓN URIBE, WILSON RAMOS SOTO, RUBÉN DARÍO POLANÍA CABRERA, REIBINSON GARCÍA SARMIENTO, JAMES TORO PABÓN y JOSÉ VICENTE SÁNCHEZ MENDOZA, a la pena principal de 27 años de prisión y a las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, decisión que



fue confirmada y modificada en segunda instancia, en lo que tiene que ver con la última pena accesoria, que se fijó en 10 años, según sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 27 de febrero de 2006.

Contra la sentencia del Tribunal, el defensor común de los procesados CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA, CS. MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ y los soldados profesionales ROBERTO ANTONIO MARÍN MENÉNDEZ, ABEL PABÓN URIBE, WILSON RAMOS SOTO, RUBÉN DARÍO POLANÍA CABRERA, REIBINSON GARCÍA SARMIENTO, JAMES TORO PABÓN y JOSÉ VICENTE SÁNCHEZ MENDOZA, interpuso recurso extraordinario de casación, cuya demanda se declaró ajustada a derecho en auto del 21 de septiembre de 2006, ordenándose su remisión al Procurador Delegado en lo Penal, cuyo concepto se recibió en la Secretaría de la Sala el 2 de abril del año en curso, pasando al Despacho del Magistrado Ponente al día siguiente.

LA DEMANDA



Un único cargo postula el defensor contra la sentencia de segunda instancia, al amparo de la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, alegando la nulidad de la actuación por falta de competencia del funcionario que adelantó la instrucción y emitió el fallo, pues el proceso ha debido cursar ante la justicia ordinaria y no la penal militar, irregularidad con la cual se violaron los artículos 29 y 221 de la Carta Política, 11 del Código de Procedimiento Penal y 16 del Código Penal Militar.

Señala que el artículo 2° del Código Penal Militar, define que son delitos relacionados con el servicio *“aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia...”*, requisitos que han sido analizados en distintos fallos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, de los cuales trae los apartes pertinentes.

En el presente caso, agrega, no hay duda de que los nueve procesados tenían la calidad de miembros activos del Ejército



Nacional, adscritos a la Compañía “Atacador” del Batallón de Infantería No. 34 “Juanambú” y que operaba en la base militar ubicada en el municipio de Solita.

En segundo lugar, las sentencias señalan que el 22 de enero de 2002 miembros de la Compañía “Atacador” de manera ilegal capturaron a Edgar Reinaldo Valencia, Robinson Cortés (apodado “El Mocho”) y Juan José Herrera Gutiérrez, en el municipio de Solita, Departamento de Caquetá, personas que fueron conducidas al “hueco” que estaba construyéndose en la base militar para ubicar equipos de comunicación, sitio del cual fueron sacados entrada la media noche, amarrados de las manos y con cinta pegante en sus bocas, por una escuadra militar comandada por el Cabo Segundo MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ, siendo conducidos hasta un lugar donde se les dio muerte con armas de fuego, comportamiento que, dice, repudia cualquier relación con el servicio. Los militares, agrega, procedieron como “*netos particulares*” y en consecuencia, es la justicia ordinaria la que constitucional y legalmente debe juzgarlos.



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

Cita a continuación varios apartes de las sentencias de primer y segundo grados en los que se ratifica que desde la aprehensión de las tres víctimas hasta la muerte de estas, fue ilegal el actuar de los militares y que su conducta no puede ser juzgada por sus pares.

Pide, en consecuencia, que se decrete la nulidad de lo actuado a partir inclusive del auto que declaró la clausura de la investigación y que de conformidad con la causal del numeral 4° del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, se decrete la libertad provisional de sus representados, toda vez que a la fecha habrían permanecido más de 180 días privados de su libertad sin que se haya calificado el mérito del sumario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, señala que en el presente caso se configura el primer requisito señalado en el artículo 221 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 1991, para que opere el fuero especial ante



Corte

ffjÑ&emaWXJÚáHeia

la Justicia Penal Militar, toda vez que el personal del pelotón al mando del Cabo Segundo MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ, eran miembros activos del Ejército Nacional, destacados en la base militar del municipio de Solita en la compañía “Atacador”.

No obstante, la controversia surge alrededor de las circunstancias modales que rodearon los hechos criminosos imputados a los miembros activos del Ejército Nacional, es decir si ellos fueron o no desarrollados en relación con el servicio que cumplían en la base militar.

Para resolver el punto, acude el Procurador al desarrollo jurisprudencial que el tema ha tenido en la Corte Constitucional y en la Corte Suprema de Justicia, así como al artículo 2° de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar), directrices bajo las cuales concluye que de acuerdo con el material probatorio, no puede sostenerse que en el presente evento los uniformados procesados cumplían tareas propias encomendadas al Ejército Nacional por la Constitución Política, tal como se deduce de la denuncia y su



Corte fjiÑ&emaWXJÚáHeia

ratificación por parte del Teniente Coronel Mejía Araujo y de las declaraciones vertidas por el subteniente Herson Felipe Durán Duarte, el soldado profesional Marco Tulio Sanmartín Echeverri, el cabo tercero Nelson Yamid Gualdrón Barón, el cabo segundo Heber Gaspar Trejos y la doctora Davis María Sevilla Herrera, Directora del Centro de Salud del municipio de Solita, de todas las cuales transcribe los apartes pertinentes.

De tales pruebas deduce que las tres personas que fueron retenidas el 22 de enero de 2002 por miembros del Ejército Nacional de la base de Solita, fueron luego ejecutadas por los militares procesados, desvirtuándose el alegado enfrentamiento armado.

Los homicidios agravados, dice, se cometieron con una planificación especial del Capitán JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA y su pelotón encabezado por el Cabo Segundo MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ, quienes torturaron y le quitaron la vida a las tres personas que fueron retenidas, sin darles la oportunidad de concurrir ante la autoridad correspondiente.



Corte fjiÑ&emaWXJÚáHeia

Lo anterior excluye el fuero castrense para los procesados, quienes, reitera, no actuaron en cumplimiento de función constitucional o legal, tal como lo alegó en su oportunidad la Procuradora 267 Judicial I Penal, cuyos planteamientos no fueron atendidos en las instancias.

En consecuencia, sugiere a la Corte que case el fallo impugnado y decrete la nulidad de lo actuado, ordenando la remisión del proceso a la justicia ordinaria, competente para adelantar el trámite correspondiente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Desde ya anuncia la Sala que efectivamente, como lo postuló el defensor en el único cargo presentado contra el fallo demandado, el trámite adelantado a partir del cierre investigativo se encuentra afectado de nulidad, por violación del principio de juez natural, pues los hechos informan que el triple homicidio atribuido a los aquí procesados, no puede entenderse en relación



Corte fjiÑ&emaWXJUáHeia

directa con el servicio militar que los mismos prestaban para el momento de los hechos.

En orden a fundamentar la tesis propuesta, por cuestiones metodológicas, abordará la Sala el estudio del caso en el siguiente orden: a) aspectos generales y específicos del fuero penal militar y su ámbito de aplicación; b) principio del juez natural y su relación con el debido proceso; c) análisis del caso concreto; y d) efectos de la violación demandada.

a) Aspectos generales y específicos del fuero penal militar y su ámbito de aplicación.

Sobre el concepto de fuero como institución jurídica en términos generales, la Corte ha sostenido que tiene dos connotaciones fundamentales, a saber:

De un lado, es una prerrogativa que la Constitución y las leyes reconocen a las personas que desempeñan ciertas funciones públicas, en atención a la naturaleza de la función o a la



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

dignidad del cargo, para que únicamente puedan ser investigadas y juzgadas por funcionarios judiciales de determinada jerarquía o especialidad. De otro, el fuero materializa la facultad del Estado consagrada en la Constitución y en las leyes, de asignar exclusivamente a determinados funcionarios judiciales la competencia para la investigación y el juzgamiento de ciertos delitos, o de los ilícitos cometidos por algunos servidores públicos en ejercicio de sus funciones¹.

De manera específica, sobre el fuero penal militar cabe señalar que la Constitución Política en su artículo 221, modificado por el Acto Legislativo 02 de 1995, artículo 1°, lo enmarca dentro de los siguientes parámetros:

“De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Militar.”;

¹ Sentencia de casación del 28/09/2006, radicado No. 22.872.



El fuero militar así concebido en la Carta Política, cobija entonces a los miembros de la fuerza pública en servicio activo, exclusivamente por las conductas ilícitas relacionadas con el servicio, nexa sobre el cual se ha pronunciado la Corte Suprema en múltiples oportunidades², aclarando que no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o policial y el delito que realiza quien lo presta, sino que es imprescindible determinar una “*correspondencia*” entre el hecho constitutivo de la infracción penal y los deberes que legalmente le atañen a esos servidores públicos, dado que las normas constitucionales imponen los límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

De este modo, ha recabado la Sala, la competencia castrense, de estirpe constitucional, sólo se atribuye cuando el hecho que motiva el proceso ha sido realizado por un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en ejercicio activo de sus funciones, siempre y cuando la conducta tenga relación con el servicio militar o policial, es decir, que no basta que se trate

² Véase, entre otras, Sentencia del 25 de mayo de 2006, radicado 21923



Corte

ffjÑ&emaWXJÚáHeia

de un militar o de un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar ³.

La Corte Constitucional, por su parte, al examinar la constitucionalidad de algunas normas del Código Penal Militar, de manera específica sobre el fuero militar señaló que conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor, es decir, del servicio, que ha sido asignado por la Constitución y la ley a la fuerza pública:

“(...) La expresión ‘relación con el mismo servicio’, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan ‘relación con el mismo servicio’. El término ‘servicio’ alude a las

³ C. S. de J., Sentencia de casación de 13 de febrero de 2003, Rdo. 15.705.



Corte fjiÑ&emaWXJÚáHeia

actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica-

“(■■■)”

“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 acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico (...) 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 resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública (...)

“(■■■)”

“Además del elemento subjetivo -ser miembro de la fuerza pública en servicio activo-, se requiere que intervenga un elemento funcional en



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio (...)

"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, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, 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 sí mismas, son las que de 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 policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

*quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial (...)*⁴

De allí que los delitos que se pueden investigar y sancionar a través de la jurisdicción penal militar, están restringidos a los ocurridos en la esfera funcional de la fuerza pública, esto es, en el curso de actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.

En el mismo antecedente, afirmó el Tribunal Constitucional que esa relación de causalidad entre el hecho delictivo y la

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997.



Corte fjiÑ&emaWXJUáHeia

actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad.

“En estas circunstancias, dijo la Corte, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. En efecto, en la sentencia C-578 de 1995, en el fundamento jurídico 5.3.1. se expresó:

“La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones, que se enuncian a título de ilustración, son



Corte fjjÑ&emaWXJÚáHeia

ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales".

"Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

"La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de "actos del servicio" sino de la comisión de delitos "en relación" con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito - sea o no de lesa humanidad - representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio".



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

Ahora bien, el artículo 3° del Código Penal Militar preceptúa que en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada. Sin embargo, el espectro de delitos excluidos se amplía si se acude al concepto de delitos de lesa humanidad que se trae en el artículo 7° del Estatuto Penal de Roma, según el cual el concepto comprende las conductas tipificadas como asesinato, exterminio, deportación o desplazamiento forzado, encarcelación, tortura, violación, prostitución forzada, esterilización forzada, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, nacionales o étnicos, desaparición forzada, secuestro o cualesquiera actos inhumanos que causen graves sufrimientos o atenten contra la salud mental o física de quien los sufre, siempre que dichas conductas se cometan como parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil.

En ese sentido, resulta de suma importancia señalar que en la sentencia C-878 de 2000, la Corte Constitucional aclaró que no solamente tales crímenes pueden considerarse como



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

absolutamente ajenos al servicio de la Fuerza Pública, sino que existen también otras conductas,

“... que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio, conductas éstas que, en consecuencia, escapan de la competencia de esta jurisdicción especial. Así, teniendo en cuenta que el factor funcional es el que en últimas determina la competencia de la jurisdicción penal militar, ha de entenderse que existen delitos no enunciados en el artículo 3 de la ley 522 de 1999 que, por su misma naturaleza, no pueden ser considerados “relacionados con el servicio” y como tales, en ningún caso podrán ser de conocimiento de la justicia castrense. En todos estos casos, corresponderá a la justicia ordinaria aprehender la investigación y juzgamiento de esta clase de conductas.”

Las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y por ello no pueden guardar ninguna conexidad con la función de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia.



Corte fjiÑ&emaWXJÚáHeia

Sobre éste último aspecto, cabe destacar que el artículo 33 del Estatuto Penal de Roma señala:

"Artículo 33

Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;*
- b) No supiera que la orden era ilícita; y*
- c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.*

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas."

Se trata entonces de la eximente de responsabilidad por obediencia debida, que excluye las órdenes manifiestamente



Corte fjiÑ&emaWXJÚáHeia

ilegales, entre las cuales, por expresa consagración del Estatuto, se entienden las que van dirigidas a cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad.

A su vez, el artículo 91 de la Constitución Política establece que:

"Artículo 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

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

Sobre éste precepto, la Corte Constitucional⁵ ha interpretado que la eximente de responsabilidad penal no opera cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta, tal como se deduce del siguiente texto:

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995.



Corte fjiÑ&emaWXJÚáHeia

“El inciso segundo del artículo 91 de la C.P., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa. Si se admite que la Constitución, en este caso, ha condonado el dolo, se tendrá que aceptar que ella ha consentido en crear el germen de su propia destrucción. La idea de Constitución, por lo menos en un régimen no totalitario, es incompatible con la existencia en la sociedad y en el Estado de sujetos con poderes absolutos. La Corte rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno porque si pese a su dolo aquélla se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización.”⁶

En la misma sentencia, la Corte Constitucional señaló los requisitos que han de cumplirse para que opere la exoneración penal por obediencia debida o cumplimiento de un deber, los

⁶ Ibidem.



Corte fjiÑ&emaWXJUáHeia

cuales coinciden, en términos generales, con los referidos en el artículo 33 del Estatuto de Roma.

Tales requisitos son:

“La exoneración de responsabilidad, además de no revelarse como manifiestamente antijurídica, debe sujetarse a otros requisitos. En primer lugar, debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, ésta ha de emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el receptor. En segundo lugar, la orden debe existir como tal, vale decir, como manifestación clara y distinta de voluntad encaminada a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo. En tercer lugar, se requiere que el superior actúe dentro de su competencia, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior. Por último, para que la eximente opere como



Corte fjiÑ&emaWXJÚáHeia

justificación del hecho punible se requiere que la orden esté revestida de las formalidades legales.”

De esa manera, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la incompatibilidad de una obediencia militar ciega y absoluta con los principios constitucionales de la justicia.

Además, como se recordó en el antecedente de que se trata, la obediencia debida absoluta y la exoneración incondicional de responsabilidad del militar subalterno, ha sido considerada como contraria al derecho internacional humanitario, y específicamente se ha prohibido en varios instrumentos internacionales, así por ejemplo, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado mediante la Ley 70 de 1986, dispone en su artículo 2° numeral 3°, que:

“No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”

⁷ Ibidem.



Por su parte, los protocolos I y II, adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, tampoco contemplan a favor de los militares que violen sus normas, la eximente de responsabilidad de la obediencia debida, pues en ambos se dispone que *“nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual* ⁸.

Finalmente, cabe recordar que el ámbito restringido sobre el cual opera la justicia penal militar ha llevado a considerar que en todos aquellos casos en los cuales no aparezca diáfana la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario, es decir, la duda se resuelve a favor de la justicia ordinaria, como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C- 358/97:

“Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer

⁸ Protocolo I, art. 75-4-b y Protocolo II, art.6-b.



Corte

fjñ&emaWXJUáHeia

sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción".

En esta misma línea jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que en un Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar⁹.

⁹ Sentencias del 18 de agosto de 2000 (Caso Cantoral Benavides - Perú), 6 de diciembre de 2001 (Caso Las Palmeras - Colombia), 5 de junio de 2004 (Caso 19 Comerciantes - Colombia), 25 de noviembre de 2004 (Caso Lori Berenson Mejía - Perú), 15 de septiembre de 2005 (Caso de la Masacre de Mapiripán - Colombia), 22 de noviembre de 2005 (Caso Palamara Iribarne -Chile), 31 de enero de 2006 (Caso de la Masacre de Pueblo Bello - Colombia), 26 de septiembre de 2006 (Caso Almonacid Arellano y otros -Chile), 29 de noviembre de 2006 (Caso La Cantuta (Perú), 11 de mayo de 2007 (caso de la Masacre de La Rochela), 4 de junio de 2007 (Caso Escué Zapata - Colombia) y 4 de julio de 2007 (Caso Zambrano Vélez y otros - Ecuador).



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

Del anterior compendio se extractan las siguientes conclusiones:

- La justicia penal militar está reservada exclusivamente para investigar y juzgar a los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan cometido delitos castrenses, lo cual excluye las violaciones graves de los derechos humanos, entendiendo por estas toda acción u omisión que vulnere o amenace severamente alguno de los derechos fundamentales enunciados en los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conductas de las cuales conocerán siempre los jueces ordinarios.
- El concepto de “*delitos relacionados con el servicio*” excluye cualquier conducta contraria a la función constitucional de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento



Corte fjiÑ&emaWXJÚáHeia

de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica-.

- En caso de duda sobre la naturaleza de la conducta, será competente la justicia ordinaria.

b) Principio del juez natural y su relación con el debido proceso.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Corporación tiene definido que el “*juez natural*” es aquel señalado por la ley para administrar justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, quien al ejercer una de las manifestaciones más importantes de la soberanía del Estado ha de cumplir con los requisitos establecidos al efecto, garantizándose así que dicha función recaiga en personas calificadas y con conocimientos en las disciplinas que deben atender¹⁰.

¹⁰ Sentencia de casación del 28/09/2006, radicado No. 22.872



Corte

ffjÑ&emaWXJÚáHeia

Por su parte, la competencia es la atribución legal concreta de una *cantidad* de jurisdicción a cada uno de aquellos órganos, en sentido amplio denominados jueces, en determinadas áreas y respecto de específicos asuntos con preferencia e independencia de los demás de su clase; la competencia tiene como presupuesto la pluralidad de órganos investidos de jurisdicción dentro de un territorio, luego las reglas de competencia tienen por objeto determinar cuál de ellos va a ser el que conozca, con preferencia o exclusión de los demás, de una controversia que ha puesto en movimiento la actividad jurisdiccional¹¹.

De allí que siendo la jurisdicción la función de administrar justicia, la competencia fija los límites dentro de los cuales se ejerce tal facultad.

Ahora bien, la competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al

¹¹ Sentencia de casación del 29/02/2008, radicado No. 28.987



Corte

ffjÑ&emaWXJÚáHeia

juzgamiento ante el "juez o tribunal competente". Por lo tanto, el desconocimiento a este principio constituye una violación del derecho al debido proceso, ya que implica la ausencia de uno de sus elementos fundamentales, esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan.

En tal sentido ya se ha pronunciado la Sala, destacando el profundo efecto nocivo que genera la intervención de la justicia penal militar en asuntos de competencia de los jueces ordinarios¹²:

"No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el "juez o tribunal competente", y esa especial connotación impide al funcionamiento judicial pasar por alto o desconocer tal requisito al asumir el conocimiento de los procesos, o adoptar en ellos decisiones,

¹² Sentencia del 17 de abril de 1995, Radicado 8.954



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

defecto que de ocurrir, tampoco puede subsanarse sino mediante la declaratoria de nulidad por incompetencia que se advierte en los artículos 304-1 y 305 del Código de Procedimiento Penal (hoy regulados de manera similar, en los artículos 306-1 y 307, de la Ley 600 de 2000, acota la Sala).

“Desde luego que la pérdida de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa de natural desazón, tanto ante el riesgo de fenómenos como la prescripción -en este caso aún distante- como por la inoperancia de una justicia tardía. Más, no por esas solas consideraciones, aún siendo importantes, podría la Corte rehuir el deber oficioso de escudriñar y corregir las irregularidades sustanciales que afecten el proceso, y menos so pretexto de la prevalencia del derecho material, pues no resulta de su arbitrio fallar a voluntad, sino dentro del más estricto ceñimiento a la ley, de la cual emanan tanto el poder coercitivo como sus precisas facultades.

“Desde este punto de vista no podrá valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creerse que su inobservancia se subsane con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales, o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá permanentemente interferido por la ilegitimidad representada en la suplantación del juez natural,



Corte *ffjÑ&emaWXJÚáHeia*

verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar. Desde otro aspecto, la tesis de que el juez de mayor jerarquía, por ser más capacitado puede asumir competencias asignadas a su inferior, no solo es arbitraria y opuesta a la ley, sino que irremediablemente lleva al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso el principio de la doble instancia.

“El derecho a ser juzgado “conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, es además una garantía de rango superior que no accidentalmente se consagra en la Carta sino de modo coherente con compromisos suscritos por Colombia en el ámbito internacional, sin que pueda válidamente sostenerse que haya dentro de la Constitución Política preceptos de mayor jerarquía (en este caso por vía de ejemplo el de la efectividad del derecho sustancial que se consagra en el artículo 228 superior) frente a otros, pues ello implicaría el desconocimiento de la naturaleza armónica de esas normas supremas y de la doctrina constitucional de invariable arraigo en nuestro derecho, según la cual todos los preceptos de la Carta se integran, complementan y sirven recíprocamente para su interpretación más adecuada y certera.



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

"Así, entonces, mal puede sostenerse que so pretexto de la operancia del derecho sustancial sobre las formas puedan sacrificarse principios como el de legalidad, o el del juez natural, pues no resulta difícil comprender que la operancia de aquel imperativo práctico de eficacia sólo puede realizarse al interior de un proceso debido y no mediante la adopción de decisiones arbitrarias de cualquier funcionario incompetente.

"En otros términos, valga apuntar que lo importante para un Estado de derecho no es el que se emitan muchos fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respeto pleno de los principios y las garantías constitucionales que son el presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, y cuyo extrañamiento, así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tornarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía".

En orden a precaver el desconocimiento del principio de juez natural en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, vale la pena señalar que el artículo 250 de la Carta Política, reformado por el Acto Legislativo No. 03 de 2002, establece en su inciso primero:



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias tácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

Se desprende de allí que siempre compete a la Fiscalía General de la Nación, de manera preferente y en primer orden, asumir la indagación preliminar de aquellas conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública que por sus antecedentes pueden ser constitutivas de una grave violación de los derechos humanos y sólo cuando la Fiscalía establezca con respecto a ellas, la existencia de los factores de carácter subjetivo



Corte fjiÑ&emaWXJÚáHeia

y funcional que justifican el reconocimiento del fuero instituido por el artículo 221 de la Carta, podrá remitir la actuación a esa autoridad, garantizando así el carácter excepcional y restrictivo del fuero militar, en los términos tratados en el punto anterior.

c) Análisis del caso concreto.

Conforme las pautas arriba trazadas, la Sala advierte que, en efecto, como lo postulan el demandante y el procurador Delegado en su concepto, la muerte de los señores Edgar Reinaldo Valencia, Robinson Cortés y Juan José Herrera Gutiérrez, la madrugada del 23 de enero de 2002 en el municipio de Solita, departamento del Caquetá, de ninguna manera podía estimarse como un acto propio del servicio, o a consecuencia de él, en lo que corresponde a la Fuerza Pública y, particularmente, a los militares aquí procesados, activos para la fecha de los hechos.

Lo anterior porque de conformidad con los hechos que se declararon probados en los fallos de instancia, en una valoración que se corresponde íntegramente con los elementos de juicio



incorporados al diligenciamiento, la muerte de los mencionados civiles se produjo después de haber sido retenidos por miembros del Ejército Nacional adscritos a la compañía “Atacador” y conducidos a las instalaciones de la Base la Solita, en donde permanecieron privados ilegalmente de su libertad en un “hueco” que se construía en el lugar a manera de bunker, amarrados de las manos y con cinta pegante en sus bocas, durante todo el día y parte de la noche del 22 de enero de 2002, siendo sacados luego por una escuadra militar que comandaba el Cabo Segundo ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ y conducidos por un estrecho hasta el sector conocido como “*de los eucaliptos*”, cerca al antiguo cementerio del municipio en cuestión, lugar en el cual la tropa, por órdenes del Capitán JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA les disparó cuando se hallaban en un completo estado de indefensión.

Los hechos desarrollados en semejante contexto no pueden entenderse relacionados con el servicio que como miembros activos del Ejército Nacional desempeñaban para el día de los hechos los aquí procesados Capitán JOSÉ MAURICIO MUÑOZ



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

PLAZA, Cabo Segundo MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ y los soldados profesionales ROBERTO ANTONIO MARÍN MENÉNDEZ, ABEL PABÓN URIBE, WILSON RAMOS SOTO, RUBÉN DARÍO POLANÍA CABRERA, REIBINSON GARCÍA SARMIENTO, JAMES TORO PABÓN y JOSÉ VICENTE SÁNCHEZ MENDOZA, pues no es tarea propia de las fuerzas armadas ejecutar sin fórmula de juicio a las personas.

Se trató de ejecuciones extrajudiciales, violatorias de normas precisas de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre ellas el derecho a la vida, ocurridas en el contexto de una operación completamente ajena a la tarea que en guarda de las instituciones y del bienestar de los asociados, constitucional, legal y reglamentariamente le ha sido deferida a la Fuerza Pública y, particularmente, al Ejército Nacional.

Y si bien, conturba que, finalmente, el efecto de lo decidido pueda producir la libertad de los vinculados penalmente, como en el apartado siguiente se determinará, no es posible, a partir de un criterio meramente eficientista o una mal entendida justicia,



pasarse por alto la ostensible vulneración al debido proceso aquí detectada, entre otras razones, porque precisamente la legitimidad de la pena deviene de que ésta se soporte en un trámite transparente, respetuoso de elementales estándares internacionales, vertidos en nuestra propia Carta Constitucional.

Podría afirmarse, desde luego, sin razón, que en este específico caso la Corte debería optar por mantener la decisión de condena y por tanto no decretar la nulidad demandada, para privilegiar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, pero los mismos no resultan afectados en su núcleo esencial, toda vez que lo que se ordena es la reposición de la actuación por el órgano competente (juez natural), sin que los medios de conocimiento sufran menoscabo alguno por la invalidación, en tanto que esta medida se yergue en paradigma en favor de las víctimas para impedir hacia el futuro la investigación y juzgamiento de miembros de la fuerza pública por la justicia penal militar, respecto de conductas lesivas de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario, cuya prevención y



Corte fjiÑ&emaWXJÚáHeia

represión ejemplar constituye uno de los fundamentos infranqueables de la convivencia social.

Por lo demás, cuando en muchas ocasiones anteriores, incluso en acciones de revisión promovidas con base en pronunciamientos de instancias internacionales, se ha entendido necesario, con las mismas razones, derrumbar decisiones de la justicia penal militar que favorecen a personal castrense acusado de violar derechos humanos, mal puede ahora la Sala abjurar de tan precisos antecedentes, cuando no se discute que los mismos tienen efectos generales.

Es, por ello, también lamentable que en presencia de esos antecedentes y pese a los denodados esfuerzos del Ministerio Público por hacer ver la sinrazón de arrogarse la competencia de la investigación adelantada por la Justicia Penal Militar, ningún eco tuvieron sus legítimas aspiraciones, pese a sustentarse ellas en la amplia, clara y pacífica posición de esta Corte y la Constitucional.



Esas razones impelen a la Sala a disponer la compulsación de copias ante las autoridades competentes para que se estudie la posibilidad de que se investigue penal y disciplinariamente a los funcionarios que propiciaron la ilegalidad que hoy debe reconocer la Corte en el trámite de este proceso. Se incluyen al juez y fiscal instructor, al juez de conocimiento, a los Magistrados del Tribunal Militar y al Juez Único Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, Caquetá.

Igualmente, se dispondrán copias contra el abogado que actuó como defensor en el trámite del proceso, para que se le investigue disciplinariamente bajo la consideración de que el artículo 28, numeral 6° del Estatuto de la Abogacía -Ley 1123 de 2007-, establece que es deber del abogado *“colaborar leal y legalmente en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado”*, mientras que el estatuto que regía para la época del trámite aquí cuestionado, señalaba que la profesión *“tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia”*.



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

d) Efectos de la violación demandada.

Establecido entonces que la investigación y el juzgamiento de los hechos de que da cuenta el proceso, correspondía a la jurisdicción ordinaria, en cabeza de la Fiscalía Seccional, para la fase instructiva, y a un Juzgado Penal del Circuito en lo que atiende a la etapa enjuiciatoria, surge evidente que la intervención de la justicia castrense representa ostensible violación del principio del Juez Natural, que reporta basamento constitucional -inciso segundo, artículo 29 de la Carta Política- y de principalística legal -artículo 6°, Ley 599 y Ley 600 de 2000-, dentro del amplio espectro analizado en el curso de esta decisión.

Ahora bien, sobre el momento a partir del cual cabe anular el trámite procesal para que se reestablezca la garantía debida, asiste razón al casacionista cuando solicita que se decrete desde el cierre de la investigación penal, pues la Corte ya tiene definido que la potestad del funcionario instructor competente, se materializa trascendente en la posibilidad de cerrar la



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

investigación y formular la acusación, actos que no pueden ser ejecutados legítimamente por funcionario distinto.

Al respecto, en auto del 17 de agosto de 2006¹³, señaló la Sala:

“Por tanto, oficiosamente se casará el fallo de segundo grado y se dispondrá la invalidación de la actuación desde la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada -fl. 85, cuaderno original-, acto procesal que en el trámite abreviado resulta equivalente a la resolución de acusación y que exige como requisito previo la competencia del Fiscal instructor que la profiere, de la cual como ya se precisó, carecía el Delegado ante el Juez Penal del Circuito de Chocontá.

“Lo anterior teniendo en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala ha sido uniforme y reiterada en abstenerse de extender hasta los inicios de la actuación los efectos invalidantes que genera la incompetencia del fiscal instructor, decisión reservada sólo para aquellos eventos que comprometen el

¹³ Radicado No. 21.923



Corte

ffjÑ&emaWXJÚáHeia

desconocimiento del fuero por razón del cargo dada su naturaleza puramente objetiva -Cfr. Sentencias del 18 de septiembre de 1996, radicado 9.9.96; 13 de marzo de 1997, radicado 9592; 16 de mayo de 2001, radicado 13004, 6 de marzo de 2003, radicado 17550, entre otras -(subrayas ajenas al original)

Y en decisión del seis de mayo de 2001¹⁴, recabó:

“No existe ninguna razón para acceder a la invalidación de toda la actuación, que fue lo que solicitó el Procurador Delegado en su concepto. Uno de los fines de la investigación es el esclarecimiento de los hechos y naturalmente la determinación de si se ha infringido o no la ley penal, por lo que los actos de instrucción orientados a esa finalidad se consideran válidos ante la eventualidad de que como producto de los mismos se genere una conclusión de cambio de competencia. La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada al respecto y ha considerado que sólo es viable extender el vicio de incompetencia al auto de apertura de la instrucción en

¹⁴ Radicado No. 13.004



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

casos de fuero por razón del cargo, en atención a que en los mismos el privilegio se deriva de una circunstancia puramente objetiva, que como tal se puede advertir antes de la iniciación del proceso.¹⁵

Se precisa, eso sí, que la jurisprudencia ha limitado la invalidación total de lo adelantado en la fase instructiva, a los casos específicos en los que, contando con fuero la persona, la investigación se adelantó por funcionario instructor incompetente.

Así se ha dejado sentado pacífica y reiteradamente, entre otras decisiones, en Sentencia del 21 de febrero de 2002, Radicado 15234, cuya parte pertinente reza:

“Al respecto la Sala, de manera reiterada ha sostenido, que si ab inicio se establece que se trata de persona aforada y no obstante lo cual, un funcionario incompetente dicta resolución de apertura de instrucción, recibe indagatoria y practica pruebas, lo único inválido será aquella decisión y la indagatoria, pero no los restantes medios de convicción, los que

¹⁵. Cfr. Sentencia de la Sala del 18 de septiembre de 1996. Radicación 9.996.



Corte fjiÑ&emaWXJUáHeia

conservan su validez y se entienden incorporados a las diligencias de indagación preliminar.¹⁶

En los demás casos, como ya se reseñó, el límite a partir del cual se entiende pasible de saneamiento la actuación cuando ella ha sido surtida por funcionario incompetente, corre hasta antes del cierre instructivo. Y como en este asunto, precisamente se parte del presupuesto de que los procesados carecían de fuero, la decisión nulificante no tiene por qué abarcar la investigación en su desarrollo, sino apenas los momentos procesales en los cuales se demanda de competencia objetiva del fiscal, vale decir, el cierre instructivo y consecuente calificación del mérito de la instrucción.

No son necesarias mayores precisiones, dada la claridad de lo antes reseñado, tornándose imperioso casar la sentencia para declarar la nulidad a partir del auto del cierre investigativo, inclusive, pues, no fue el fiscal competente quien emitió esta

¹⁶ Ver, entre otras única 13806, auto junio/98. M. P.; casación 9412 noviembre 5/96 y 9842 octubre 8/97.



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

providencia y la calificatoria, ni era del resorte del Juzgado Doce de Brigada adelantar la fase de enjuiciamiento.

De conformidad con lo decidido, se ordenará el envío de las diligencias al organismo instructor competente -artículo 120, ley 600 de 2000-, para lo de su cargo.

De otro lado, surge evidente que retrotraer el trámite procesal a la fase instructiva, se genera el consecuente vencimiento de términos, en punto de la emisión de la calificación y, particularmente, objetiva la causal consagrada en el artículo 365-4 del Código de Procedimiento Penal que rige el caso, razón por la cual se decretará la libertad provisional de los procesados que se hallan afectados con medida de aseguramiento de detención preventiva, una vez cubran las exigencias que para el efecto consagra el artículo 368 de la Ley 600 de 2000, debiendo, para el efecto, prestar caución prendaria en los siguientes montos: Para el Capitán JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.); para el Cabo Segundo MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ de cuatro



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

(4) salarios s.m.l.m.v.; y para los soldados ROBERTO ANTONIO MARÍN MENENDEZ, ABEL PABÓN URIBE, WILSON RAMOS SOTO, RUBÉN DARÍO POLANÍA CABRERA, REIBINSON GARCÍA SARMIENTO, JAMES TORO PABÓN y JOSÉ VICENTE SANCHÉZ MENDOZA de dos (2) s.m.l.m.v.

A mérito de lo expuesto, **LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1°. **CASAR** la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior Militar, en relación con el cargo único propuesto a favor de los procesados JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA, MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ, ROBERTO ANTONIO MARÍN MENÉNDEZ, ABEL PABÓN URIBE, WILSON RAMOS SOTO, RUBÉN DARÍO POLANÍA CABRERA, REIBINSON GARCÍA SARMIENTO, JAMES TORO PABÓN y JOSÉ VICENTE SANCHÉZ MENDOZA.



Corte

fjñ&emaWXJÚáHeia

En consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la resolución que decretó el cierre de la instrucción, para efectos de que se rehaga la actuación dentro de los lineamientos de respeto a derechos y garantías fundamentales, señalados en la parte motiva de esta decisión.

2°. **ORDENAR** la libertad provisional de los encartados JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA, MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ, ROBERTO ANTONIO MARÍN MENENDEZ, ABEL PABÓN URIBE, WILSON RAMOS SOTO, RUBÉN DARÍO POLANÍA CABRERA, REIBINSON GARCÍA SARMIENTO, JAMES TORO PABÓN y JOSÉ VICENTE SÁNCHEZ MENDOZA, conforme lo dispuesto en el artículo 365-4 de la Ley 600 de 2000.

Comoquiera que los aludidos procesados se encuentran privados de la libertad en el Centro de Reclusión Militar de Tolemaida, se comisiona al señor Juez Penal del Circuito de Melgar (Tolima), para que notifique la presente providencia, reciba las cauciones, suscriba las diligencias de compromiso



Corte fñ&enaWXJUáHeia

establecidas en el artículo 368 de la Ley 600 de 2000 y libre las correspondientes boletas de libertad.

3°. Por la Secretaría de la Sala, compúlsense las copias a que se alude en la parte considerativa y para los fines allí especificados.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ



ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria