

4
5
222

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

Bogotá D.C., Seis (6) de Noviembre de dos mil ocho (2008)

Magistrado Ponente JOSE OVIDIO CLAROS POLANCO

Radicación No. 110010102000200702891-01-1032 C

Aprobado según acta No.110 de Noviembre 6 de 2008

ASUNTO:

Procede la Sala a dirimir el conflicto positivo de competencia entre la Justicia Penal Militar, representada por el Juzgado Décimo de Brigada de Yopal Casanare y la Justicia ordinaria, representada por la Fiscalía 31 Especializada de Villavicencio, respecto del conocimiento de la investigación adelantada por el delito de homicidio, contra los soldados profesionales FLORIAN PALOMINO BETANCOURT, EMILIO JOSE HERRERA VALERO, JUAN PABLO BRAVO, JOSE RICARDO TABAREZ, FERNANDO CALDERON CALDERON, JULIO CESAR ARTEAGA VASQUEZ Y FREDY ERNESTO CAMAYO.

ANTECEDENTES :

1.- Los hechos que dieron origen a la presente investigación fueron informados el 25 de febrero de 2007 por el ST MARCO GARCIA CESPEDES, Comandante del Grupo Especial Delta 6 al Comandante del Batallón de Contraguerrilla No. 65 Batalla de

55
223

Cachiri, con sede en Paz de Ariporo Casanare, en el que comunica que siendo aproximadamente las 4:00 horas en la vereda El Tablón de Támara del Municipio de Támara Casanare, en cumplimiento de la misión táctica fragmentaria 03 "EFIMERO" mediante maniobra de Golpe de mano contra presuntos miembros del Frente 28 de las FARC comisión alias DANILO sostuvieron un combate con tres personas que al observar a la tropa abrieron fuego y emprendieron la huida. Como resultado del enfrentamiento falleció una persona que posteriormente fue identificada como FERMIN OCHOA BARRIOS, a quien en su poder le fue encontrado un revólver calibre 32, 3 vainillas cal. 32 m.m., 3 cartuchos cal. 32 m.m. 12 cartuchos para fusil A-47, 1 cartucho 9 m.m, 1 uniforme camuflado de uso privativo de las Fuerzas Militares y una granada de fragmentación tipo piña.

2. Los hechos aquí referidos fueron conocidos inicialmente por la Fiscalía Novena Local de Paz de Ariporo, quien dispuso la apertura de la investigación previa ¹, ordenando la práctica de unas pruebas y disponiendo su envío al Juzgado 44 Penal Militar de Yopal.

Aprehendidas las diligencias por el Juzgado 44 Penal Militar de Yopal, el 12 de marzo de 2007 abre investigación preliminar² y ordena la práctica de varias pruebas, recaudadas ellas, el 23 de octubre de 2007 ³ abre investigación en contra de los soldados profesionales FLORIAN PALOMINO BETANCOURT, EMILIO JOSE HERRERA VALERO, JUAN PABLO BRAVO, JOSE

¹ Fl. 2

² Fl. 15

³ Fl. 97

56
229

RICARDO TABAREZ, FERNANDO CALDERON CALDERON, JULIO CESAR ARTEAGA VASQUEZ, y el 27 de octubre de 2007⁴, contra FREDY ERNESTO CAMAYO MENZA.

3.- La Fiscalía 31 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Villavicencio - Comisión Especial de Ejecuciones Extrajudiciales -, mediante oficio del 9 de noviembre de 2007⁵, y a raíz de inspección judicial al produce, infiere que de las pruebas recogidas el conocimiento de dichas le corresponde a la Justicia ordinaria, porque la conducta investigada es contraria a la función constitucional de la fuerza pública, sin que advierta el nexo funcional de los uniformados con el servicio, por lo que solicita al Juez 44 de Instrucción Penal Militar remitir las diligencias adelantadas con ocasión a la muerte de FERMIN OCHOA BARRIOS, provocando colisión positiva de competencias.

4.- El Juzgado Décimo de Brigada de Yopal, en decisión de 16 de noviembre de 2007⁶, dispuso enviar las diligencias a esta Sala, para que dirima el conflicto, indicando que el Juzgado 44 de Instrucción Penal Militar remitió a ese despacho el asunto para plantear el conflicto, aduciendo que quien debe trabarlo es el funcionario juez de instancia.

5.- El 21 de mayo de 2008⁷, esta Colegiatura se abstiene de dirimir el conflicto, por cuanto quien tiene capacidad para

⁴ Fl. 109

⁵ Fl. 141

⁶ Fl. 148

⁷ Fl. 19 C-2.

57
225

comprometer jurisdicción son los jueces de conocimiento y los fiscales, no así los jueces de instrucción penal militar.

6.- El 15 de julio de 2008⁸, el Juzgado Décimo de Brigada con sede en Yopal Casanare, señala que a fuerza de la vigencia de la nueva legislación penal acusatoria consagrada en la ley 906 de 2004, la competencia para trabar el conflicto la tiene el " Juez de Garantías" quien deberá pronunciarse bien acogiendo la tesis del Fiscal y proponer colisión negativa de competencias, o bien para decidir si acepta el conflicto positivo, teniendo en cuenta que en la Jurisdicción del " Tribunal Superior de Yopal" a partir del 1º de enero de 2008 se inició la vigencia del sistema penal acusatorio, insistiendo que la competencia para promover o discutir los conflictos debe definirlos el Juez de Garantías.

En punto al conflicto, reiteró que no hay discusión que los hechos guardan relación directa con el servicio y las funciones constitucionales y legales que cumplen las Fuerzas Militares, y que para el caso en concreto al mando del ST MARCO FABIAN GARCIA CESPEDES, estaban en cumplimiento de una misión táctica, pues se contaba con la información de la presencia de un grupo de terroristas pertenecientes al Frente 28 de las FARC, y que como consecuencia del enfrentamiento se encontró en el sitio de los hechos el cuerpo sin vida de un individuo.

Expuso que en el presente asunto se conjugan todos los elementos sustancialmente vinculantes del comportamiento presuntamente delictivo a la tarea militar, es decir la presencia

⁸ Fl. 155

8 8
226

nítida de la relación de causalidad. Insiste en que el vocablo servicio alude a actividades concretas que orientan a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares, en virtud de una misión operacional legítima, razones por las que no acepta la competencia positiva.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la competencia.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es competente para dirimir conflictos como el que aquí se plantea, en virtud del mandato consagrado en el artículo 256 numeral 6 de la Carta Política, en armonía con lo dispuesto en el artículo 112 numeral 2 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia).

2.- Cuestión Preliminar.-

A través del Acto Legislativo No. 3 de 2002, el Congreso de la República, en ejercicio de su función constituyente introdujo un nuevo sistema de investigación y juzgamiento en materia penal, disponiendo que su aplicación e implementación se llevara a cabo de manera gradual y sucesiva en los distintos distritos judiciales del país, según lo establezca la ley, y de conformidad con la disponibilidad de recursos indispensables para ello, en los términos señalados en el artículo 5º del Acto legislativo en cuestión.

59 ✓
227

En desarrollo de esa disposición constitucional, la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se adopta el Código de procedimiento Penal acorde con la nueva sistemática, y acogiendo los criterios relaciones en el Acto Legislativo, dispuso en su artículo 529 que el nuevo sistema se aplicaría así:

.- A partir del 1º. de enero de 2005 en los Distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira.

.- A partir del 1º de enero de 2006 en los Distritos Judiciales de Bucaramanga, Buga, Calí, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja.

Por lo tanto resulta claro que de acuerdo al Acto Legislativo y la voluntad del legislador ordinario, el nuevo sistema sólo podrá aplicarse durante el 2005 a los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero en los primeros cuatro distritos determinados por la normatividad procesal, pues además de la gradualidad, el Acto Legislativo se ocupó de restringir su aplicación " *únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella (la Ley) establezca*".

De lo aquí señalado síguese, que si los hechos que ocupan la atención de la Sala se cometieron el 25 de febrero de 2007 en la vereda el Tablón de Támara del Municipio de Támara Casanare, que hace parte del Circuito de Paz de Ariporo y del Distrito Judicial de Yopal, y en este Distrito entró en vigencia el

60
228

sistema penal acusatorio solo hasta enero de 2008⁹, este es un aspecto que debe evaluarse frente a si el conflicto planteado se trabó en debida forma.

La anterior reseña para significar que resulta equivocado cualquier argumento orientado a sostener que la facultad para promover el conflicto positivo de competencia radica en cabeza del Juez Penal Municipal con funciones de control de garantías; en primer lugar porque la implementación del Sistema Penal Acusatorio en el Distrito Judicial de Yopal, y en general en el Departamento de Casanare, empezó el 1º. de enero de 2008, y en este sentido subsiste la restricción en su aplicación, en cuanto que se conoce únicamente de aquellos delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que se establezca en la ley. Y segundo porque el artículo 273 del Código Penal Militar consagra que la colisión de competencias es viable sólo cuando dos o más jueces de conocimiento o fiscales, reclaman que a cada uno de los corresponde exclusivamente el conocimiento de un asunto, interpretación que por vía de autoridad la ha venido definiendo esta Colegiatura en ejercicio de la función constitucional a ella discernida.

Así, habiéndose cumplido con las exigencias que demanda el ordenamiento para que se entienda trabado un conflicto la Sala pasará a definirlo.

⁹ Es de advertir que el Distrito Judicial de Yopal no fue incluido en el art. 530, según la publicación original de la Ley 906 de 2004 en el Diario oficial 45657 de 31 de agosto de 2004. Posteriormente el Dto 2770 de 2004 en el art. 30 incluyó tal Distrito para iniciar el 1º. De enero de 2006. Empero en sentencia C- 925 de 2005 señaló que el contenido real de la Ley 906 es el que se incluyó en el diario oficial, razón por la cual el Distrito de Yopal quedó por fuera del listado.

61 ✓
229

3.- Problema jurídico.

De los hechos enunciados, y los planteamientos de los funcionarios judiciales en conflicto, debe la Sala resolver problemas jurídicos relativos al fuero militar, sus condiciones y la relación que deben guardar los actos que se reputan como delictivos con el servicio, pues ellos serán determinantes para establecer la competencia para conocer del presente asunto donde se vinculan a miembros de las Fuerzas Militares en servicio activo.

3.1.- Del fuero militar y la relación con el servicio.

El fuero militar tradicionalmente se ha concebido como la institución por la cual los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública, en cumplimiento de la misión que la Constitución les ha asignado, son conocidos por tribunales militares, atendiendo la especialidad que reviste la labor que desarrollan tales servidores públicos, pero porque adicionalmente se requiere de un especial conocimiento del funcionario judicial sobre los procedimientos y las actividades que en cumplimiento de tales cometidos constitucionales les corresponde adelantar.

No obstante, no será cualquier conducta punible la que conozcan estas instancias, sino que será indispensable que sea aquella que tuvo ocurrencia en cumplimiento de sus especializadas labores según la misión que la Constitución les ha encomendado cumplir.

GA 2x
230

En este orden, la razón de la aplicación del fuero militar debe tener un carácter sustancial, y no meramente formal. Concebirlo de otra manera desvertebraría su esencia y lo convertiría en un privilegio estatal, pues se desligaría el elemento funcional, y el fuero se discerniría por la sola circunstancia de que el sujeto activo del delito es miembro de la fuerza pública, todo lo cual resultaría inaceptable en un Estado Social de Derecho.

Así, es la propia Carta Política la que en el art. 221 consagra los elementos que determinan la aplicación del fuero militar al señalar que: *“De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”.*

Y en punto a ello la jurisprudencia constitucional ¹⁰ ha definido tres factores para solucionar estos conflictos de competencia a saber:

1. La existencia de un vínculo claro de origen entre el delito y la actividad del servicio dentro del marco de la función propia del cuerpo armado, excluyendo por supuesto cuando el agente tiene un propósito criminal y el ejercicio de las funciones militares constituye un enmascaramiento de la actividad delictiva.

¹⁰ - C -358 de 1997

63 2:
231

2. La gravedad inusitada del delito. Esta regla tiene como fundamento, que delitos como los de lesa humanidad, que desconocen abiertamente el principio de la dignidad humana y que conllevan la vulneración de derechos fundamentales de los asociados, no podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio.

3.- El análisis de relación con el servicio debe provenir claramente de las pruebas que obran en el proceso. La regla se basa en que la Justicia Penal Militar constituye la excepción a la norma ordinaria, y ésta solo será competente en los casos en los que aparezca **nítidamente** que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse.

3. 2 .- Caso en concreto.

En el presente asunto aparece respaldado en la foliatura que los soldados profesionales FLORIAN PALOMINO BETANCOURT, EMILIO JOSE HERRERA VALERO, JUAN PABLO BRAVO, JOSE RICARDO TABAREZ, FERNANDO CALDERON CALDERON, JULIO CESAR ARTEAGA VASQUEZ, y FREDY ERNESTO CAMAYO MENZA, hacían parte de la tropa orgánica del Batallón de Contraguerrillas No. 65 Batalla de Chachiri al mando del ST MARCO FABIAN GARCIA CESPEDES, y que el 24 de febrero de 2007 , el Comandante, del Batallón, libró la orden de misión táctica No. 20 " Espada 5" y misión táctica fragmentaria No. 03 " EFIMERO" cuya misión era efectuar " ...mediante maniobra de Golpe de Mano contra Grupo de terroristas pertenecientes a las ONT FARC, Frente 28 comisión alias DANILO, aproximado de 05 bandidos que delinquen en

64 14
232

vereda EL TABLON DE TAMARA MUNICIPIO DE TAMARA, y sus alrededores; como objetivo principal se ubica el área rural de la vereda EL TABLON DE TAMARA MUNICIPIO TAMARA, con el fin de neutralizar sus cabecillas y contrarrestar su accionar delictivo, todo dentro del marco constitucional y de ley.”¹¹ Igualmente aparece la copia del INSITOP del Coordinador del Batallón Contraguerrilla No. 65 Batalla de Cachiri, donde se registra el dispositivo de las unidades para el 25 de febrero de 2007 ¹²

Surge de lo anterior, que la tropa orgánica del Batallón de Contraguerrillas No. 65 Batalla de Cachiri se encontraba en servicio activo, para el día 24 de febrero de 2007, en el Municipio de Tamara – Casanare.

En cuanto a que el acto u omisión realizado tenga relación con el mismo servicio oficial, se ha de entender que es todo aquello que se desprende naturalísticamente del mismo, pero que se transforma en delictivo cuando va de la mano del exceso o la extralimitación.

Así, en principio se diría que si de avalar la hipótesis delictiva planteada por los uniformados en sus declaraciones¹³ y que es aceptada como real por parte de la Juez de instancia, se concluiría que los hechos investigados guardan relación con la actividad del servicio desplegado, ante la presunta existencia de un enfrentamiento armado con grupos al margen de la ley.

¹¹ Fl. 24.

¹² Fl. 23.

¹³ Fl. 75-77-79-82-84-86-90- 107.

65 233

Empero, la Sala no puede desconocer circunstancias que sin realizar juicios de responsabilidad vedados a esta instancia, si imponen evaluar las pruebas existentes en procura de verificar la relación directa entre la conductas de los soldados cuya vinculación se ordenó por el competente y el servicio para determinar si están amparados por el fuero penal militar.

Con todo, resulta indispensable señalar como de las mismas pruebas ordenadas por el Juzgado 44 Penal Militar en el auto de apertura de investigación, se pudo establecer a través del Jefe de Grupo Operativo del Das Seccional Casanare ¹⁴ que el occiso FERMIN OCHOA BARRIOS no registra antecedentes penales o policivos, que tampoco registra antecedentes de inteligencia ¹⁵. A su turno el Jefe Seccional de Inteligencia de la Policía Casanare informa que el occiso OCHOA BARRIOS " ...no presenta vínculos con grupos al margen de la ley en este Departamento" ¹⁶ , ratificando en posterior oficio "...que no presenta anotaciones o antecedentes en lo que tiene que ver al vínculo con grupos al margen de la ley o actividades delincuenciales." ¹⁷ , Aspecto que finalmente es ratificado por el Oficial de Inteligencia de la Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Yopal, en la que se comunica que " no se encontraron anotaciones de inteligencia del sujeto mencionado..." ¹⁸.

De modo, que todo operador judicial, para adoptar cualquier decisión, debe realizar análisis serios de las diferentes hipótesis

¹⁴ Fl. 118

¹⁵ Fl. 133

¹⁶ Fl. 132

¹⁷ Fl. 138

¹⁸ Fl. 136

66 }
234

delictivas que muestra una investigación, pero en particular de todos los medios probatorios que conforman la foliatura, pues de ellos surgirán los elementos necesarios que en últimas servirán para establecer cuál es la autoridad competente.

En el presente asunto, el material probatorio disponible, ofrece indicios que no permiten concluir con la claridad que exige la excepción que los uniformados deben continuar con el fuero militar.

1.- En cuanto a los elementos presuntamente encontrados en poder del occiso el hallazgo de lo que se ha denominado material de guerra, arma de fuego, proyectiles y vainillas debe ser objeto de análisis e investigación frente al combate que dicen los uniformados haber sostenido con el grupo armado del que presuntamente hacia parte el occiso.

2.- Debe ser objeto de análisis e investigación el porque si miembros de la subversión iban a tener un encuentro para realizar unas extorsiones, sobre este hecho que es jurídicamente relevante no se indaga nada.

3.- Realizado el protocolo de necropsia, así como el hallazgo de las heridas heteroinferidas al occiso, y no existiendo acta de entrega de pertenencias, la evidencia – prendas pantalón y camisa- deben someterse a examen de balística en orden a establecer la existencia de los orificios y la coincidencia o no con los que registra el cuerpo en el protocolo.

67 H
235

4.- Ninguna indagación se adelantó sobre la presencia del occiso en el sector donde perdió la vida, de quien se trataba, a que se dedicaba?

En estas condiciones, no se puede sostener que las circunstancias que rodearon el homicidio del señor FERMIN OCHOA BARRIOS tienen la claridad que plantea el juez de instancia, y entonces, no podrá argumentarse categóricamente que su muerte guarda relación con el servicio que prestaba la tropa la tarde del 25 de febrero de 2007.

Lo anterior para significar que, en situaciones como la presente, en las que existe algún grado de incertidumbre acerca de que fue lo que verdaderamente ocurrió, como lo ha señalado la Jurisprudencia constitucional, la competencia debe asignarse a la jurisdicción ordinaria, pues no se pudo demostrar plenamente que se configura la excepción al principio del juez natural general ¹⁹.

Así las cosas, es claro que los uniformados deben sustraerse del fuero militar, y como corolario de ello, la Sala asignará conocimiento de las diligencias a la Jurisdicción ordinaria representada en este caso por la Fiscalía 31 Seccional Especializada de Villavicencio, a quien se remitirá el expediente para que continúe con la investigación, ello sin perjuicio de que si en el curso normal del proceso surgen nuevas pruebas que arrojen elementos de juicio adicionales, que conduzcan a un cambio sustancial de las condiciones que determinan, la aplicación del fuero penal militar, su conocimiento sea de la Justicia Penal Militar.

¹⁹ C- 358-97

12
68
236

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

RESUELVE

1.- ASIGNAR la competencia para conocer del presente asunto a la JURISDICCION ORDINARIA representada por la Fiscalía 31 Especializada – Villavicencio - de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, a la que se le remitirá el expediente .

2.- Envíese copia de este proveído, para su conocimiento, al Juzgado 10º de Brigada Yopal – Casanare -

Por la Secretaría Judicial de la Sala entérese de lo dispuesto en la presente providencia a los sujetos procesales.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGELINO LIZCANO RIVERA
Presidente


HENRY VILLARRAGA OLIVEROS
Vicepresidente