

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

Bogotá D. C., Veintiséis de febrero de dos mil catorce

Magistrada Ponente: Doctora **MARÍA MERCEDES LÓPEZ MORA**

Registro de proyecto: 25 de febrero de 2014

Radicado. 110010102000201400312- 00

Aprobado según Acta N°. 012 de la fecha

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Dirimir el conflicto positivo de competencia entre jurisdicciones suscitado por el Juzgado 21 de Instrucción Penal Militar ubicado en Valledupar y la Fiscalía 40 Seccional Especializada de la Unidad Nacional contra la Desaparición Forzada de la ciudad de Bucaramanga, con ocasión del proceso penal que se sigue por la desaparición forzada del señor ALEXANDER CARVAJAL.

ANTECEDENTES PROCESALES

Hechos. Fueron relacionados como sigue por el Fiscal acá trabado en conflicto, que *“ante el despacho de la fiscalía 40 especializada de Bucaramanga, se adelanta*

investigación promovida por el señor NATANAEL BAUTISTA PORTILLA, quien afirma que ALEXANDER CARVAJAL, desapareció de Bucaramanga exactamente del parque Santander el día 22 de octubre de 2008, al parecer fue reclutado por un joven conocido en el sector como el negro niche, a quien le preguntaron por Alexander a los pocos días y manifestó que se lo había llevado a trabajar al ejército a ganarse la suma de 700.000,00, luego dijo que se lo habían llevado para san pablo sur de Bolívar. Sin embargo el denunciante duda de dichas afirmaciones pues la víctima estaba muy consumida por la adicción a las drogas y no era apto para trabajar en ninguna parte. Estos hechos sumados a que al otro día de producirse la desaparición en la ciudad de Bucaramanga, fue presentado como muerto en combate con el ejército en san diego cesar y presentado como guerrillero cuando realmente se trataba de un consumidor de estupefacientes que tenía arraigo en la ciudad de Bucaramanga” (sic para la transcripción).

Despachos enfrentados en la colisión. El Juzgado 21 de Instrucción Penal Militar, en oficio del 21 de octubre de 2013, sin documentos, pruebas o diligencias indicativas de estar surtiendo proceso alguno, requirió a la Fiscalía que le remita el expediente penal que se surte bajo la noticia criminal 200800002, por los hechos ocurridos el 23 de octubre de 2008 en “*la trocha que conduce a la vereda Puente La Mina al corregimiento de Media Luna jurisdicción del municipio de San Diego –Cesar*” donde en presuntos enfrentamientos perdieron la vida dos personas, una de ellas identificada como MARIO NAVAS TORRES, sugirió entonces, que en caso de no compartir los argumentos expuestos provocaba conflicto positivo de competencias.

Entre esos argumentos expuso que dentro del plenario obra la misión táctica No. 053 “OASIS” de la orden de operaciones “SOBERANÍA”, y el personal que participó en la operación ostentaban la calidad de miembros activos del Ejército Nacional orgánicos del Batallón de Artillería No. 2 “La Popa”; además obran las declaraciones de varios militares “*quienes sostienen que adelantaban un registro en*

el sector puente La Mina cuando visualizaron unos sujetos que portaban prendas de uso privativo de las FFMM, a quienes se les identificaron como miembros del Ejército Nacional y estos abrieron fuego en contra de la tropa ante lo cual reaccionaron y producto del intercambio de disparos se produjo el deceso de los dos sujetos de sexo masculino”.

A su turno, la Fiscalía 40 Especializada de la Unidad Nacional contra la Desaparición Forzada y Desplazamiento Forzado con sede la ciudad de Bucaramanga, en auto del 30 de diciembre del año inmediatamente anterior, negó el envío del expediente a la justicia Castrense y aceptó el conflicto, por lo tanto remitió las diligencias a esta Jurisdiccional Disciplinaria para que lo resuelva, en atención que dicha Fiscalía conserva la competencia, pues “*nadie pone en duda que se trató de militares del Batallón de artillería No. 2 la Popa, lo que en este proceso se discute es que Alexander Carvajal no era ningún guerrillero y que los elementos que se encontraron en la diligencia de inspección del cuerpo no eran de su propiedad, ya que la víctima hasta el día antes del enfrentamiento era un consumidor de estupefacientes que tenía arraigo en Bucaramanga y precisamente por ese hecho, por tratarse de un ciudadano del común que compartía su vida en común con el señor NATANAEL BAUTISTA, quien denunció su desaparición, es que no podemos hablar de un guerrillero muerto en combate”.*

Para sustentar aún más su posición, expuso aspectos encontrados en el transcurso del proceso que contradicen hecho de una real ocurrencia de combate que diera con la muerte del señor ALEXANDER CARVAJAL.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia. De acuerdo con lo dispuesto por los numerales 6º del artículo 256¹ de la Constitución Política y 2º del canon 112² de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, a esta Colegiatura le corresponde resolver los conflictos de competencia que ocurran entre distintas jurisdicciones.

Caso en concreto. En el sub-lite, el Juzgado 21 de Instrucción Penal Militar pretende se le asigne la competencia para continuar conociendo del proceso penal que por el delito de homicidio se tramita por la muerte del señor MARIO NAVAS TORRES (*es quien identifica el Juzgado Castrense, pues para la Fiscalía el referente es el occiso ALEXANDER CARVAJAL*), en hechos ocurridos el 23 de octubre de 2008 en la vereda Puente La Mina del Corregimiento de Media Luna jurisdicción del municipio de San Diego –Cesar-, presuntamente en combate con miembros del Ejército Nacional.

El fuero militar. El fuero militar de juzgamiento para los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional) en servicio activo, está consagrado en el artículo 221 Superior, respecto de delitos cometidos *“en relación con el mismo servicio”*, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar –ley 1407 de 2010-, estatuto que en su artículo 3º excluye como actos del servicio *“los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”*,

¹ Corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las diferentes jurisdicciones.

² Son funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero de esta Ley y entre los Consejo Seccionales o entre dos Salas de un mismo Consejo Seccional

norma similar a la prevista en el acto legislativo No. 02 del 27 de diciembre de 2012, cuya disposición agregó el que tal conocimiento será “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, complementó el precepto constitucional respecto de conductas punibles excluidas del fuero especial, estructura y composición de dicha jurisdicción.

El establecimiento del fuero de juzgamiento castrense ha de examinarse entonces, en orden a esclarecer si el hecho constitutivo del delito fue o no cometido **en relación** con el servicio militar o policivo, amén de la ineludible condición de miembros de la Fuerza Pública de los autores. Y, tal relación no surge de la investidura de militar o policía, como tampoco de la circunstancia de haber sido cometido el hecho con la utilización de armas de dotación o portando uniformes de esas fuerzas, sino de los elementos sustancialmente vinculantes del comportamiento delictivo a la tarea militar o policiva, es decir, de la presencia nítida de la relación de causalidad.

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló:

“...3. 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 castigan 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 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. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme del militar, por sí solo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar, por lo tanto,*³.

En consecuencia, sólo en la medida en que el miembro activo de la fuerza pública actúe razonablemente en el ámbito de su competencia, puede admitirse que obra en función del servicio a su cargo y, por lo tanto, sus decisiones y operaciones de ejecución hacen parte del servicio al que se encuentra obligado.

No en vano el legislador le otorgó juzgamiento propio a la justicia castrense por la función que cumple y las características que le son inherentes al servicio público encomendado, en aras de que evalúen las conductas que por razón del servicio cometan, garantizando la especialidad y excepción constitucional a la regla general de competencia en materia penal, claro está, con la observancia de que se encuentren presentes los elementos propios para el reconocimiento del fuero.

Decisión del caso. Para radicar la competencia a la Jurisdicción Penal Militar, es indispensable determinar la presencia de los elementos del fuero como el subjetivo y el funcional, por cuanto sólo tienen derecho a tal prerrogativa o mejor, al llamado excepción de jurisdicción, los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando incurren en delitos que tengan “*relación con el mismo servicio*”,

³ Sentencia C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

término que como bien lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia ya citada, *“alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares”*.

Ahora bien, en el asunto bajo examen, la Sala no controvierte el elemento subjetivo, pues tanto el representante de la Justicia Ordinaria Penal como de la Castrense asiente en la demostración que fueron militares miembros del Batallón de Artillería quienes participaron en los hechos que ahora se investigan.

Tampoco controvierte la existencia y posible cumplimiento de la Misión Táctica No. 053 “OASIS” de la Orden de Operaciones “SOBERANÍA”, pues si bien no se tienen elementos que así lo acrediten tampoco tiene esta instancia argumentos para controvertir o infirmar lo que puso de presente el Juzgado 21 de Instrucción Penal Militar que reclama la competencia, por lo tanto, lo antes indicado identifica en parte el elemento funcional propio a darse en el reconocimiento del fuero castrense para ser aplicado a los miembros de la Fuerza Pública, cuando en cumplimiento de los fines dados en la Constitución Política, incursionan en el campo criminal; sin embargo, no basta la disposición legal dada a desarrollar, pues la misma debe desenvolverse dentro de los cánones legales, sin desviación ni abuso de la autoridad dada, circunstancia ésta que queda en entredicho cuando de valorar las pruebas se trata en aras de establecer si realmente existió un combate entre el Ejército Nacional y miembros de un grupo subversivo o, por lo menos, una relación directa e inescindible entre la conducta y la función encargada.

Para resaltar sólo tres (3) aspectos que originan la inquietud planteada, sin que sea indispensable ni necesario relacionar todas las pruebas vertidas en el proceso aportado por la Fiscalía, las mismas que serán objeto de valoración por el juez natural, para efectos de determinar la existencia de la conducta punible y responsabilidad según sea el caso, se tiene:

a) Hasta el momento y no lo puso de presente el Juzgado Militar, las diligencias penales no se iniciaron por informe que presentara algún miembro de la Fuerza Pública que haya participado en los hechos del 23 de octubre de 2008, donde se supone perdieron la vida dos ciudadanos identificados luego como MARIO NAVAS TORRES y ALEXANDER CARVAJAL, lo que tiene este Juez del Conflicto a la vista es la denuncia instaurada por el señor NATANEL BAUTISTA por desaparición del señor ALEXANDER CARVAJAL, que presentó ante la Fiscalía el 22 de octubre de 2008, con ocasión de esa denuncia es que el ente investigador inició las diligencias ahora objeto de conflicto.

b) La denuncia misma es elocuente al señalar que ALEXANDER CARVAJAL vivía en su apartamento hace 12 años, porque si bien era sumamente vicioso también fue gran trabajador, pero al ser agredido por éste, lo expulsó, *“SE LA PASABA EN EL PARQUE SANTANDER. EN ESTE PARQUE HABÍA UN MORENO, NEGRO ALIAS ¿NICHE?, DE NOMBRE DICEN QUE JUAN CARLOS...EL ESTABA RECLUTANDO HACE UN A?O(sic). SE IBA A LLEVAR UN MUCHACHO QUE LE DICEN CAMPESINO PERO EL SE LES ESCONDIO Y NO SE FUE CON ELLOS. SUPUESTAMENTE LES IBAN A PAGAR \$700.000 MENSUALES. PARA LLEVARLO COMO COLABORADOR DEL EJERCITO. EL TIPO FUE Y LO LLEVÓ Y AL POCO TIEMPO ESTUVO DE NUEVO EN EL PARQUE SANTANDER... LE PREGUNTE QUE PARA DONDE SE HABÍA LLEVADO A ALEX, ME DIJO QUE ERA PARA COLABORAR CON EL EJERCITO. SIN EMBARGO YO LE DIJE QUE NO LE CREIA ESE CUENTO PORQUE ALEX ESTABA MUY LLEVADO POR LA DROGA Y QUE NUNCA LO IBAN A CONTRATAR PARA UNA OFICINA DEL EJERCITO...LUEGO EL ME DIJO QUE SE LO HABIAN LLEVADO PARA SAN PABLO DE BOLIVAR...DESPUES POR RUMORES DE CAMPESINOS, ME DIJERON QUE SE LO HABÍAN LLEVADO A AGUACHICA...”*. Denuncia ésta que trasciende a unos hechos de verificación diferente a un enfrentamiento armado, demostrativo en principio que el occiso fue reclutado por

terceros para fines inescrupulosos pero nada parecidos a un combate entre miembros de la Fuerza Pública y subversivos.

c) Para corroborar lo anterior, preciso es señalar lo dicho por la Fiscalía, en el sentido que, el “*sujeto que contactó a la víctima, **quien responde al alias de niche, es una persona que está plenamente identificada en otro proceso de la fiscalía de derechos humanos de Bucaramanga como reclutador de personas para entregarlas al ejército y luego hacerlos pasar como guerrilleros muertos en combate**” (se resalta fuera del texto).*

A la anterior reseña probatoria que dan elementos de juicio sobre la existencia de duda respecto del enfrentamiento que ponen de presente los militares, se tiene la exclusión expresa que hace el Código Penal Militar –tanto la Ley 522 de 1999 como la Ley 1407 de 2010- de los delitos no cobijados por el fuero castrense, entre ellos la ***desaparición forzada***, conducta punible por la cual adelanta el ente Fiscal de la Justicia Ordinaria el asunto de autos, razón más que suficiente para definir la suerte de la adscripción de competencia a una jurisdicción.

No se distrae en otras situaciones del Juez del Conflicto para afirmar con lo anteriormente relacionado que se está frente a una duda insalvable hasta el momento de que se haya producido el enfrentamiento que dice el Juzgado 21 de Instrucción Penal Militar acaeció para dar de baja a dos ciudadanos, donde por lo menos uno de ellos –ALEXANDER CARVAJAL- nada tenía que ver con actos subversivos, independientemente que tuviera adicción a las drogas.

Por ende, sin que sea ésta la realidad procesal definitiva, sí marca un grado sumo de vacilación frente a lo realmente ocurrido el 23 de octubre de 2008 en la Vereda Puente La Mina del Corregimiento de Media Luna, jurisdicción del Municipio de

San Diego –Cesar- que ahora es objeto de averiguación penal, todo ello confluye en la duda inmensa que genera la ocurrencia de los hechos.

Realmente esa situación de duda es la que permite pregonar el fuero general de competencia para investigar delitos, porque no se acreditan a la fecha, todos los elementos determinadores del fuero especial para que la investigación sea adscrita a esa excepcional Justicia Penal Militar. Mientras no se tenga la certeza de la existencia de esos elementos, mal puede el juez del conflicto reconocerlo.

No existe comunidad de prueba aún que permita deducir que los homicidios investigados hayan tenido o guarden relación directa con las funciones encomendadas por el ordenamiento jurídico a los miembros del Ejército Nacional, generación de duda y confusión de lo que realmente acaeció, lo cual permite concluir que lo procedente es acudir a la regla general de competencia para estos casos específicos, prevista en el artículo 250 Superior, según la cual, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde *“investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores”*.

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

RESUELVE

DIRIMIR el conflicto positivo de jurisdicción por competencia planteado, atribuyendo el conocimiento del proceso seguido por la muerte de ALEXANDER CARVAJAL y otro, a la Jurisdicción Ordinaria, representada por la Fiscalía 40 Seccional Especializada de la Unidad Nacional contra la Desaparición Forzada y Desplazamiento Forzado con sede en la ciudad de Bucaramanga, a quien se le remitirá el expediente para su conocimiento.

NÉSTOR IVÁN JAVIER OSUNA PATIÑO

Magistrado

WILSON RUIZ OREJUELA

Magistrado

YIRA LUCÍA OLARTE ÁVILA

Secretaria Judicial