

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil doce (2012).

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

**Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y
2008-00025-00.**

Acción: Nulidad.

**Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO
HERNANDO BAEZ GARZÓN.**

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia para resolver las demandas que han dado origen a los procesos de la referencia, que fueron acumulados, instauradas por los ciudadanos **HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO BAEZ GARZÓN** en contra del acto administrativo denominado **"APOYO A LA JUSTICIA PENAL MILITAR"**, suscrito el 14 de junio de 2006, de manera conjunta por el Ministro de Defensa Nacional y el Fiscal General de la Nación, dirigido al Comando General de las Fuerzas Militares, Funcionarios de Justicia Penal Militar, Directores Nacionales y Seccionales de Fiscalía y Cuerpo Técnico de Investigación.

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

CONSEJO DE ESTADO

SECCIÓN ADMINISTRATIVA

I.- ANTECEDENTES.

SECCIÓN PRIMERA

A.- La acción ejercida y las pretensiones de las demandas.

Los mencionados demandantes, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acudieron ante esta Corporación con el fin de solicitar la declaratoria de nulidad de los numerales 4, 5 y 6 del referido acto.

B.- Los hechos que le sirven de fundamento.

Ellos se refieren, básicamente, a la expedición del acto acusado y a su contenido.

C.- Las normas violadas y el concepto de la violación.

A juicio de los demandantes, los numerales cuestionados son violatorios de los artículos 1º, 2º, 4º, 29, 116, 221, 228, 230, 250 y 256-6 de la Constitución Política; 112, numeral 2, de la Ley 270 de 1996; 1º, 2º, 6º, 11 y 16 de la Ley 522 de 1999; 6º del Código Penal, y por falsa motivación, de acuerdo con los argumentos que se sintetizan a continuación¹:

¹ Folios 16 a 20 (Exp. 2008-00025) y 7 a 12 (Exp. 2009-00196).

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

PROCESO RADICADO BAJO EL NÚM. 2009-00196-00.

1.- Violación del artículo 29 de la Carta Política.

Que los numerales 4, 5 y 6 acusados, contrarían lo dispuesto en el citado artículo constitucional, pues determinan la competencia para conocer de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública por un simple acto administrativo y no por medio del trámite constitucional y legal establecido para estos casos específicos, en lo referente a la colisión de competencias que se debe agotar en caso de estimarse competentes dos o más jueces para conocer de un mismo asunto, con lo cual se desconoce el debido proceso.

Precisa, entonces, que para el caso de los miembros de la Fuerza Pública, los jueces naturales son por mandato constitucional (artículo 221 Constitución Política) las Cortes Marciales o Tribunales Militares, mientras que conforme a las normas demandadas es la Policía Judicial y, específicamente, los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación (en adelante CTI), quienes determinan la competencia para estos asuntos, usurpando de esta forma las funciones constitucionales (artículos 265-6 y 112-2 Constitución Política) y legales otorgadas al Consejo Superior de la Judicatura.

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

2.- Violación del artículo 221 de la Carta Política.

En concordancia con lo anterior, la demandante considera que las normas demandadas quebrantan el artículo 221 Superior, que señala la competencia constitucional de los Tribunales Militares y de las Cortes Marciales para conocer de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar, pues en el acto demandado se establece que los servidores del CTI deben remitir los informes a las Unidades de Reacción Inmediata a la Fiscalía.

Insiste en que, contrario a lo señalado en los citados numerales demandados, de conformidad con el procedimiento legal para estos casos, el CTI debe remitir las diligencias al funcionario de Instrucción Penal Militar, conforme a lo establecido en el artículo 264 del Código Penal Militar, quien es el funcionario competente para investigar los delitos cometidos por Militares.

3.- Violación del artículo 250, ibídem.

En relación con la indicada norma, la actora sostiene que el numeral 5, vulnera la citada norma constitucional, pues mientras en ésta se

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

señala que la Fiscalía carece de competencia para investigar los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, por lo que en virtud del mismo, *"...el CTI debe remitir los respectivos informes al Juez natural y constitucional, que para el caso de los miembros de la Fuerza Pública, está en la Justicia Penal Militar, y no a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía"*, el acto demandado establece que *"El Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata asumirá las diligencias en prevención"*, lo que quiere decir que allí *"se está definiendo la competencia en el conocimiento de los procesos que se tramitan en contra de los miembros de la Fuerza Pública, eludiendo nuevamente el principio del Juez natural que, para el caso de los miembros de la Fuerza Pública, son los Tribunales Militares y las Cortes Marciales"*.

Agrega, en ese sentido, que en el numeral 5 acusado se indica que el Fiscal de la URI asumirá las diligencias en prevención, *"...pero no se hace distinción alguna en cuáles diligencias, si las que se adelantan por delitos cometidos en actos del servicio o no, dejando en forma genérica entrever que son todas las diligencias penales en las que investigue a miembros de la Fuerza Pública"*.

4.- Violación de los artículos 256-6 de la Carta Política y 112.2 de la Ley 270 de 1996.

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

Señala que los numerales demandados, en particular el numeral 6, establece que *"...de ser evidente la existencia de los factores subjetivos y funcionales que justifican el reconocimiento del fuero instituido en el artículo 221 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 250 de la Carta Fundamental, el fiscal de la justicia ordinaria decidirá con prontitud el traslado de la investigación a la Justicia Penal Militar, en cuyo caso mantendrá el apoyo técnico del CTI; si no se evidencian los factores subjetivos enunciados continuará conociendo la Fiscalía General de la Nación, informando de esta situación a la Justicia Penal Militar"*, mientras que de acuerdo con el numeral 6 del artículo 256 Constitucional y con el numeral 2 del artículo 122 de la Ley 270 de 1996, corresponden, entre otras, al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso, y de acuerdo con la Ley, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre Consejos Seccionales o entre dos Salas de un mismo Consejo Seccional.

Por último, señala que *"... el acto administrativo que se demanda, está reformando por vía de hecho la Constitución Política de Colombia, es decir, por fuera de los parámetros constitucionales permitidos (...)...ya que le están otorgando arbitrariamente la facultad al CTI y a la Fiscalía de la Justicia ordinaria, de trasladar las*

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

funciones constitucionales y legales propias del Consejo Superior de la Judicatura, ya que según el acto administrativo son los funcionarios (CTI y FISCALÍA JUSTICIA ORDINARIA) los encargados de determinar la competencia de los asuntos donde se investiguen miembros de la Fuerza Pública, si es de la Justicia Penal Militar o de la Fiscalía y viceversa, encontrándose esta facultad debidamente consignada como mandatos constitucional y legal, en los artículos 245 C.N. y el 112 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia."

PROCESO RADICADO BAJO EL NÚM. 2008-0025-00.

A juicio de los actores los numerales acusados son violatorios del derecho al debido proceso, en razón de que el artículo 221 Constitucional consagra un fuero especial para los Militares. Por ello, sostiene, es ilegal delegar en los Fiscales la investigación y juzgamiento de miembros de la Fuerza Pública, pues si bien el espíritu del acto parcialmente acusado parece ser el de colaboración, es de entender que en ejercicio de sus funciones, dichos servidores públicos están cumpliendo un deber legal, en actos propios del servicio, que debe estar precedido de un planeamiento que proviene de una orden superior, es decir, se encuentra enmarcado dentro del servicio y por causa y razón del mismo.

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

Por tanto, indica, es ilegal que el numeral 4 acusado establezca enviar los respectivos informes a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía, pues esa decisión la debe tomar el Tribunal Militar competente por el factor territorial.

Manifiesta que el numeral 5 demandado establece que la Unidad de Reacción Inmediata asumirá las diligencias a prevención y cita como fundamento el artículo 29 de la Carta Política, que es el que precisamente está violando, pues en parte alguna se contempla que la Fiscalía asuma funciones de investigación o de juzgamiento con relación a los Militares.

Aduce que en el referido numeral 5 se cita también el artículo 250 ibídem, que, precisamente, exceptúa a la Fiscalía de investigar a los Militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, que no es otra cosa que aquellas conductas en que puedan incurrir como consecuencia del desarrollo de las operaciones militares que les son propias; y que se cita de igual forma el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal, que establece la competencia territorial del Fiscal y sus Delegados en todo el territorio nacional, pero esta competencia no se refiere a los miembros de las Fuerzas Militares.

**Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

Argumenta que el numeral 6 del acto acusado otorga a la Fiscalía facultad para dirimir conflictos de competencia, a decidir por sí misma si es competente para investigar a los Militares, y en el evento de considerar que determinado asunto es de competencia de la Justicia Penal Militar, enviarle el proceso o, de lo contrario, continuar conociendo de él, informando de esta situación a la Jurisdicción Penal Militar, con lo que se está desplazando de manera flagrante al Consejo Superior de la Judicatura, que por norma superior, -el artículo 265, numeral 6, de la Carta-, le otorga la facultad para dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

Con el referido numeral 6, afirma, se desconoce también el artículo 116 de la Constitución Política, que establece que la Jurisdicción Penal Militar también administra justicia y, por ende, la Fiscalía no puede decidir a su arbitrio, de manera subjetiva y sin preparación alguna, qué conducta es de su competencia para investigarla y cuál debe juzgarla otra jurisdicción.

Sostiene que el artículo 228 de la Carta Política establece la primacía del derecho sustancial, que para el caso es el Código Penal Militar, en el que claramente se determina el juzgamiento de los Militares y el

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

procedimiento que se debe seguir, pero en ningún caso en él se habla de la competencia de la Fiscalía General de la Nación.

También plantea el cargo de falsa motivación del acto acusado, toda vez que como primer fundamento para su expedición se señala que *"... con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares se presentan con frecuencia situaciones en las que se producen hechos que revisten las características de homicidio y lo contraen a lo preceptuado en el artículo 103 del Código Penal, es decir, que están previendo y prejuzgando que las operaciones y las actividades propias de la fuerza pública, son para matar premeditadamente a quienes se les presente [...] que estas operaciones también producen homicidio en persona protegida, es decir que en desarrollo de su deber constitucional las Fuerzas Militares matan y asesinan civiles, periodistas, miembros de sanidad, etc., lo cual es totalmente falso."*

Finalmente, plantea que en los numerales 5 y 6 de la Circular, para arrogarse competencia, se presentan como justificación los artículos 29 y 250 Constitucionales, pero ninguno de ellos otorga competencia a la Fiscalía General de la Nación ni para juzgar, investigar y menos para decidir a su arbitrio y en forma subjetiva asuntos de competencia.

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN.

Se imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatorio y alegaciones.

II.1.- LAS CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS.

PROCESO RADICADO BAJO EL NÚM. 2009-00196-00.

DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN².

Previo transcripción de algunos apartes de la sentencia T-932/00 de la Corte Constitucional y de otras cuya fuente no se indica, su apoderado observa que la doctrina constitucional señala que no toda actuación así sea en servicio activo o en relación con el mismo servicio por parte de los miembros de la Fuerza Pública da lugar a la aplicación del artículo 221 Constitucional, lo que se ha de tener en cuenta para el análisis de legalidad del acto censurado, pues lo que en él se plantea es una "decantación" de la jurisdicción competente para investigar una conducta penal de vital importancia para el conglomerado social, como son las infracciones a los tipos penales consagrados en los artículos 103 y 135 del Código Penal.

² Folios 58 a 63 Exp.2009-00196.

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL³.

Se omite hacer referencia a los argumentos expresados, pues son literalmente los mismos de la contestación de la demanda dentro del expediente núm. 2008-00025.

COADYUVANCIA.

El ciudadano **RAFAEL SAMUDIO MOLINA**, en calidad de Presidente y representante legal del Cuerpo de Generales y Almirantes de la Reserva Activa de las Fuerzas Militares de Colombia, compareció oportunamente al proceso radicado bajo el núm. 2009-00196, para coadyuvar la demanda, y expresó, en resumen lo siguiente⁴:

El acto administrativo acusado no indica las normas en que se sustenta y vulnera el artículo 4º Constitucional, pues mediante unas "directrices" pretende introducir reformas a la Constitución Política y a la ley, al tiempo que quebranta el artículo 29, ibídem, toda vez que por el hecho de que en las operaciones militares se presente la ocurrencia de delitos el Ministro de Defensa Nacional y el Fiscal General de la Nación carecen de competencia para hacer de una

³ Folios 185 a 196

⁴ Folios 111 a 119

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

excepción la regla general, poniendo en peligro el principio de legalidad y el respeto a la jerarquía normativa.

Manifiesta que *"ninguna decisión de la administración que vulnere el derecho a un debido proceso y a la defensa puede quedarse en lo mero institucional ... (...) ... y no puede aceptarse que las directrices internas rompan con lo institucional..."*.

Sostiene que la incompetencia de los dos funcionarios públicos que suscribieron el acto acusado se deduce de la ausencia de referente normativo que los legitime para tomar una decisión que corresponde al Congreso de la República y al Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto a dirimir la competencia para conocer los procesos en que se vean involucrados Militares, a todo lo cual se suman los efectos reales y los actos subsiguientes de implementación del acto acusado, para deducir la vulneración de los artículos 4º, 29, 221, 250 y 256-6 de la Constitución Política y el artículo 112 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Finalmente, previa referencia a una entrevista que a mediados del año 2010 el Fiscal General de la Nación (E) concedió a un medio escrito, el coadyuvante concluye que: *"1. El acto administrativo demandado es irregular por cuanto [...] los autores del mismo [...]"*

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

son incompetentes funcional, reglamentaria y constitucionalmente para adoptar decisiones conjuntas que violen la Constitución y la ley.

2. El fin perseguido por los servidores públicos [con] el acto acusado, se deduce, no de la expresión "directrices", sino del contenido dispositivo del mismo plasmado en los numerales 4, 5 y 6, que redundaron en la vulneración del debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública, desconociendo el juez natural y modificando la Constitución Política. Esta forma de actuar tipifica la desviación de poder. 3. Lo atinente a la falsa motivación se establece al verificar que se acudió a afirmaciones ciertas que condujeron a la vulneración de nuestro ordenamiento constitucional y legal sin justificación real y verdadera; igualmente se planteó un supuesto de hecho que es eventual, para desviar la aplicación de la excepción que cubre a los miembros de la Fuerza Pública y así destruir lo dispuesto en el artículo 250 constitucional."

PROCESO RADICADO BAJO EL NÚM. 2008-00025-00.

DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

Su apoderada afirma que el acto administrativo objeto de la controversia no viola el principio del juez natural ni mucho menos

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

radica en la Fiscalía General de la Nación la facultad de dirimir conflictos de competencia⁵.

Inicialmente, manifiesta que la Justicia Penal Militar no hace parte de la Rama Judicial, pues no ha sido prevista como tal en el Título VIII de la Carta Política, no obstante lo cual, bajo las precisas condiciones indicadas en el artículo 116 Constitucional y en la Ley, administra justicia de manera limitada en relación con delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública y en relación con el mismo servicio.

Luego hace referencia a la sentencia C-878 de 2000 de la Corte Constitucional, con base en la cual infiere que por el hecho que una investigación surja como consecuencia del desarrollo de una operación militar no necesariamente el juez natural de la causa debe ser el Juez Penal Militar, pero en caso de que se trate de una conducta relacionada con el servicio, deberá ser el Fiscal, quien atendiendo la estructura del Sistema Penal Acusatorio remita voluntariamente las diligencias a la Justicia Penal Militar, sin que esto signifique que probablemente en un futuro y como producto de la investigación se genere una duda respecto a la relación con el servicio y debe ser el Juez Penal Militar quien debe remitir las diligencias al Juez ordinario.

⁵ Folios 252 a 263 Exp. 2009-00196.

**Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

Al respecto, señala que de conformidad con lo previsto en el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, existe la obligación de que los actos urgentes deban ser realizados por servidores con funciones de policía judicial, lo que implica que al lugar de los hechos deban acudir estas autoridades con el fin de garantizar la preservación de la prueba y la cadena de custodia y, como los funcionarios de la Justicia Penal Militar ni los miembros de las Fuerzas Militares tienen esas funciones, es deber de los organismos con funciones de policía judicial practicar los actos urgentes.

Anota que todos los organismos que tienen funciones de policía judicial dependen jerárquicamente de la Fiscalía General de la Nación, por lo que una vez efectuados los respectivos procedimientos deberán ser remitidos a un Fiscal, con el fin de que éste determine el curso de la actuación, sin que ello implique que ese funcionario asuma facultades para dirimir la competencia. Lo anterior, porque la Jurisdicción ordinaria se encuentra bajo los preceptos del Sistema Penal Acusatorio, mientras que la Jurisdicción Penal Militar se encuentra aún bajo el Sistema Inquisitivo y carece de un cuerpo propio de policía judicial.

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

Indica que conforme a lo preceptuado por el artículo 250-8 Constitucional y el Código de Procedimiento Penal en su artículo 311, es el Fiscal General de la Nación o sus Delegados quienes tienen a cargo dirigir y coordinar las funciones de policía judicial, y en la Jurisdicción ordinaria, de manera general y permanente, cumplen tareas de policía judicial los servidores investidos de esa función pertenecientes al CTI, la Policía Nacional y el DAS, según lo establece el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal.

En ese orden, señala que los miembros de policía judicial que reciban informes, denuncias o querellas que permitan inferir la posible comisión de un delito, deben realizar de manera inmediata todos los actos urgentes, tales como inspecciones en el lugar del hecho, inspección del cadáver y entrevistas e interrogatorios, etc. y los someterán a cadena de custodia. Así mismo, expresa que estos actos urgentes son anteriores al momento en que el Fiscal asume la coordinación y control de la investigación y, por tanto, se excluye la tesis de que sea el ente de policía judicial el encargado de fijar o determinar competencias para la investigación y juzgamiento de estos hechos, sea de manera preventiva o de conocimiento.

Sostiene que no existe violación de los artículos 221 y 250 de la Carta Política "... al establecer el acto acusado la expresión "con

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

ocasión de las operaciones de las Fuerzas Militares”, pues por el hecho que los actos urgentes sean practicados por el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) u otro organismo con funciones de policía judicial no se entiende por qué se vulnere el fuero penal militar, ni que se genere conflicto entre la Jurisdicción ordinaria y la Penal Militar”. Además, expresa, la intervención de la Policía judicial no impide que donde exista duda sobre la competencia y no haya acuerdo entre las Jurisdicciones para su resolución de manera voluntaria, pueda acudirse a la figura de la colisión de competencias con el fin de que sea del Consejo Superior de la Judicatura quien asigne la competencia correspondiente.

Por último, indica que los estándares de Administración de Justicia desarrollados por los sistemas internacionales de derechos humanos, demandan que en las investigaciones penales por el presunto delito de homicidio obre prueba técnica que permita determinar las circunstancias en que se da la privación del derecho a la vida, y que en la investigación del delito de homicidio solo la prueba técnica puede determinar la presunta arbitrariedad o legalidad de esa conducta.

La Fiscalía General de la Nación no contestó la demanda.

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

III.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En el escrito que lo contiene⁶, el señor Procurador General de la Nación considera que los numerales 4, 5 y 6 del acto acusado contrarían las normas constitucionales y legales invocadas por los accionantes, por lo cual solicita sea declarada su nulidad.

Las razones en que fundamenta dicha solicitud pueden resumirse así:

En lo que se refiere específicamente al cargo de violación del artículo 29 de la Carta Política, el Ministerio Público considera que las normas demandadas se encuentran viciadas de nulidad, pues se trata de normas de carácter administrativo que pretenden establecer el procedimiento para adelantar parte de la investigación penal contra los miembros de la Fuerza Pública por hechos que se producen "con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares", así como para establecer quién es el competente para determinar si la investigación corresponde o no a la Justicia Penal Militar, cuando esto sobrepasa los alcances naturales y jurídicos de los actos administrativos y las competencias constitucionales y legales de los funcionarios y entidades que los profirieron, lo cual redundaría en una violación al debido proceso de quienes, por virtud de la aplicación de

⁶ Folios 372 a 410.

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

los numerales demandados, podrían verse investigados y juzgados de conformidad con un procedimiento y un juez distinto al que establecen la Constitución y la Ley.

Sostiene que lo establecido en los numerales cuya nulidad se demanda contradice el derecho al debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública para quienes, por los hechos relacionados con el servicio la misma Constitución fija un juez natural específico, como es el Juez Penal Militar, y sobre quienes la misma Carta indica que no tiene competencia la Fiscalía General de la Nación.

En el mismo sentido, estima que establecer por vía de un acto administrativo cuál es el funcionario competente para investigar y, como consecuencia de ello, también para juzgar los actos de los miembros de la Fuerza Pública por hechos que se presenten "*con ocasión de las operaciones de las Fuerzas Militares*", contradice el principio-derecho al debido proceso.

Sobre el artículo 116 Constitucional, que invocan los demandantes, considera que supone un vicio de nulidad de los numerales demandados el hecho de que allí se pretenda establecerle unas "*directrices*" a los "*Funcionarios de Justicia Penal Militar*", con el fin de señalarles que serán los Fiscales de las URI quienes asuman

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

preventivamente la competencia por los hechos que se presenten "*con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares*", que revistan "*las características de homicidio al que se refiere el artículo 103 del Código Penal, o de homicidio en persona protegida al que alude el artículo 135 ibídem*", y quienes, a su vez, decidan si estos hechos deben ser juzgados o no por la Justicia Penal Militar.

Igualmente, sostiene el Jefe del Ministerio Público que los numerales demandados contradicen diametralmente lo dispuesto en los artículos 221 y 250 Constitucionales, toda vez que los hechos que se presentan "*con ocasión de las operaciones de las Fuerzas Militares*", en donde presuntamente se cometieron delitos, necesariamente involucran a "*miembros de la fuerza pública en servicio activo*" y guardan "*relación con el mismo servicio*", que es precisamente lo que determina la competencia de la Jurisdicción Penal Militar y la falta de competencia de la Fiscalía General de la Nación.

Luego de citar algunos apartes de la sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional y de realizar algunas acotaciones a la misma, considera que de ella se desprende que el mismo Tribunal Constitucional reconoce que la competencia para establecer si una conducta debe estar amparada o no por el fuero penal militar, es de

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

los jueces –y no de los fiscales “*de la justicia ordinaria*”- y que, sin perjuicio de que se haga una interpretación restrictiva del artículo 221 Superior, es claro que los delitos que lleguen a cometerse “*con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares*”, como es el supuesto de hecho contemplado en los numerales demandados, deben ser investigados y juzgados por la Justicia Penal Militar.

Reitera que los numerales demandados vulneran el fuero penal militar establecido en el artículo 221 Superior y contradice la limitación que la propia Carta impone a la Fiscalía General de la Nación, para investigar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, aún sin perjuicio de que tenga por objeto “*facilitar la investigación de “los hechos que revisten características del homicidio al cual se refiere el artículo 103 del Código Penal, o del homicidio en persona protegida al que alude el artículo 135 ibídem*”, toda vez que no existe norma o fundamento constitucional que permita suponer que todo homicidio simple o todo crimen de guerra no guarda relación con el servicio y, por tanto, no es objeto de la Justicia Penal Militar.

De otra parte, señala que los numerales acusados se encuentran viciados de nulidad por razón de la contradicción directa que existe

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

entre lo que se dispone en el numeral 6 del artículo 256 Constitucional, por virtud del cual la competencia para dirimir los conflictos entre las diferentes jurisdicciones es del Consejo Superior de la Judicatura, y lo que se establece en el acto demandado, en donde se consigna que "*el fiscal de la justicia ordinaria*" es quien decidirá con prontitud el traslado de la investigación a la Justicia Penal Militar", o, en su defecto, "*continuará conociendo del caso e informará a la Justicia Penal Militar*".

En relación con las normas de rango legal que los actores estiman infringidas, el señor Procurador General de la Nación considera que así como los numerales acusados vulneran el artículo 256, numeral 6, de la Carta Política, como ya se explicó, es claro que también vulnera el artículo 112 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, pues en tal norma se reitera que la competencia para dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones es del Consejo Superior de la Judicatura y no de la Fiscalía General de la Nación.

También manifiesta que los numerales demandados desconocen en forma directa el artículo 16 del Código Penal Militar, pues mientras que en él se dispone que los miembros de la Fuerza Pública en

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

El servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en este Código u otros en relación con el servicio, solo podrán ser juzgados por los Jueces y Tribunales establecidos en el mismo Código e instituidos con anterioridad al hecho punible, el acto acusado faculta de hecho a la Justicia ordinaria para juzgar a los miembros de la Fuerza Pública en los casos que así lo dispongan los Fiscales.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Pretenden los demandantes en los dos procesos acumulados que se declare por parte de esta Corporación la nulidad de los numerales 4, 5 y 6 del acto administrativo denominado "Apoyo a la Justicia Penal Militar", de fecha 14 de junio de 2006, expedido en forma conjunta por el señor Ministro de Defensa Nacional y el Fiscal General de la Nación.

El texto del acto acusado es el siguiente:

"MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-FISCALÍA GENERAL
DE LA NACIÓN

DE: *Ministro de Defensa Nacional y Fiscal General de la Nación*

PARA: *Comando General de la Fuerzas Militares, Funcionarios de Justicia Penal Militar, Directores*

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

Nacionales y Seccionales de Fiscalías y Cuerpo
Técnico de Investigación.

ASUNTO: Apoyo a la Justicia Penal Militar.

Como es de su conocimiento, con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares se presentan con alguna frecuencia situaciones en las que se producen hechos que revisten las características del homicidio al cual se refiere el art. 103 del Código Penal, o del homicidio en persona protegida al que alude el art. 135 ibídem; circunstancias que ameritan la inspección técnico científica de los lugares donde hayan ocurrido los hechos, razón por la cual, para facilitar la investigación el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General de la Nación expiden las siguientes directrices:

1. Que los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación lleven a cabo las inspecciones de aquellos lugares de los hechos en donde se requiera su concurso técnico.
2. Que mientras se hacen presentes en el lugar de los hechos los servidores del CTI, se realice por parte de los miembros de la Fuerza Pública su protección, atendiendo la obligación legal prevista para el "Primer Respondiente".
3. Que con el fin de facilitar el procedimiento las Fuerzas Militares deben llevar a cabo el desplazamiento oportuno de los servidores del CTI al lugar de los hechos, procurar su seguridad y el retorno a la respectiva sede.
4. Que luego de la búsqueda, fijación, recolección, embalaje y aseguramiento de las evidencias físicas y elementos materiales de prueba hallados en el lugar, así como las entrevistas de los posibles testigos, los servidores del CTI remitan los respectivos informes a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía.
5. Que el Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata asumirá las diligencias a prevención, atendiendo lo previsto en la Carta Política, en concordancia con el artículo 250 ibídem; del artículo 45 del Código de Procedimiento Penal y la sentencia C-358 de 1997 de la Honorable Corte Constitucional.
6. De ser evidente la existencia de los factores subjetivos y funcionales que justifican el reconocimiento del fuero instituido en el artículo 211 de la Constitución en

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

concordancia con el artículo 250 de la Carta Fundamental, el fiscal de la justicia ordinaria decidirá con prontitud el traslado de la investigación a la Justicia Penal Militar en cuyo caso se mantendrá el apoyo técnico científico del CTI; si no se evidencian los factores enunciados, continuará conociendo la Fiscalía General de la Nación, informando de esta situación a la Justicia Penal Militar." (Los apartes subrayados fuera de texto, corresponden a los numerales objeto de demanda).

El problema jurídico, por tanto, radica en establecer si con lo previsto en los numerales 4, 5 y 6 del referido acto administrativo, el Ministro de Defensa y el Fiscal General de la Nación quebrantaron lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 4º, 29, 116, 221, 228, 230 y 250 de la Constitución Política, así como el artículo 112, numeral 2, de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), los artículos 1º, 2º, 6º, 11 y 16 de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar) y el artículo 6º del Código Penal (Ley 599 de 2000), que se invocan en sustento de las demandas.

Ahora bien, para emprender el estudio del problema jurídico antes planteado, inicialmente se reproducen las mencionadas disposiciones, en lo pertinente, seguido lo cual se hará referencia a la Jurisprudencia Constitucional sobre el Fuero Militar, la Justicia Penal Militar y la competencia para investigar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio.

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

IV.1.- MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

Normas constitucionales:

"ARTÍCULO 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."

"ARTÍCULO 2º. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares."

"ARTÍCULO 4º.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución, las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades." (Se subraya fuera de texto)

"ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho." (Se subraya fuera de texto)

"**ARTÍCULO 116.** *La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

(...)." (Se subraya fuera de texto)

"**ARTÍCULO 221.** *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.*" (Se subraya fuera de texto)

"**ARTÍCULO 228.** *La administración de justicia es función pública. Sus cesiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*" (Se subraya fuera de texto)

"**ARTÍCULO 230.** *Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*" (Se subraya fuera de texto)

"**ARTÍCULO 250.** *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 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 fácticas 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 subraya fuera de texto)

(...)"

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

"**ARTÍCULO 256.** Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo con la ley, las siguientes atribuciones:

(...)

6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

(...)

1.2 Normas legales

Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia)

"**ARTÍCULO 112.** Corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura:

(...)

2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran 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 revén en el artículo 114, numeral tercero de esta ley y entre los Consejos Seccionales o entre las dos salas del mismo Consejo Seccional.

(...)” (Se subraya fuera de texto)

LEY 522 DE 1999 (Código Penal Militar)

"**ARTÍCULO 1.** 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 los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio Activo o en retiro.” (Se subraya fuera de texto)

"**ARTÍCULO 2º** Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública.” (Se subraya fuera de texto)

"**ARTÍCULO 6º.** Nadie podrá ser imputado, investigado, juzgado o condenado por un hecho que no esté expresamente

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO BAEZ GARZÓN.

previsto como punible por la ley penal militar u ordinaria vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a una pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. Tampoco ejecutarse pena o medida de seguridad en condiciones diferentes a las establecidas en la ley." (Se subraya fuera de texto)

"**ARTÍCULO 11.** En materia penal y procesal penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quienes hayan sido condenados."

"**ARTÍCULO 16. Juez natural.** Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en este Código u otros en relación con el servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este Código e instituidos con anterioridad a la comisión del hecho punible." (Se subraya fuera de texto)

LEY 599 DE 2000 (Código Penal)

"**ARTÍCULO 6.** Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas."

IV.2.-JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL:

El Fuero Militar, sus características y su autonomía.

La Corte Constitucional ha proferido una serie de decisiones dentro de las cuales es del caso destacar tanto las que definen el sentido del fuero, como las que perfilan sus características.

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

El sentido del fuero militar, fue especialmente expresado en la sentencia C-878 de 2000, en la cual se dijo:

"Ha sido el propio Constituyente tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, el que limitó el alcance del fuero militar y la aplicación excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar los elementos estructurales de éste, pues expresamente señaló que sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la fuerza pública, entendiéndose fuerza militar y policía nacional, cuando éstos comentan un delito relacionado con el servicio mismo. Así, se ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio".

Las características de la Justicia Penal Militar fueron definidas por dicha Corporación en sentencia C-037 de 1996, en los siguientes términos:

"El literal f) [del artículo 11 del proyecto de Ley] establece que la jurisdicción penal militar hace parte de la rama judicial. Al respecto, baste manifestar que este es uno de los casos en que a pesar de que se administra justicia (Arts. 116 y 221 C.P.), los jueces penales militares no integran esta rama del poder público, pues -conviene repetirlo- no se encuentran incluidos dentro de los órganos previstos en el Título VIII superior. Por lo demás, no sobra advertir que en providencia de esta Corporación ya se han definido los alcances del artículo 221 superior -que se encuentra dentro del Capítulo sobre la fuerza pública- al establecer que la justicia penal militar únicamente juzga a "los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y sólo por delitos cometidos en relación con el mismo servicio"⁷. En esa misma providencia se concluyó: "Es verdad que la Justicia Penal Militar, según lo dice el artículo 116 de la

⁷ Corte Constitucional Sala de Revisión N° 1. Auto N° 12 de 1° de agosto de 1994. M.P.: doctor Jorge Arango Mejía.

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

Constitución, administra justicia. Pero lo hace de manera restringida, no sólo por los sujetos llamada a juzgar, sino por los asuntos de los cuales conoce". Por lo demás, estima esta Corporación que el hecho de que la ley le haya atribuido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento en casación de las sentencias proferidas por la justicia penal militar, no significa por ese sólo hecho que ella haga parte de la rama judicial, pues se trata de una relación funcional que en nada compromete la estructura orgánica de esta rama del poder público.

El artículo 221 de la Constitución Política, fue adicionado por el Acto Legislativo 02 de 1995, *"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 (...)".*

Esta disposición consagra el llamado fuero militar, que constituye una excepción al principio del juez natural general; tiene por tanto carácter especial y debe ser aplicado en forma restrictiva. Sobre este tema la Corte Constitucional, ha expresado lo siguiente:

"Ha sido el propio Constituyente, entonces, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, sentencia C-358 de 1997, entre otras, el que limitó el alcance del fuero militar y la aplicación excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar los elementos estructurales de éste, pues expresamente señaló que sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la fuerza pública, entendiéndose fuerza militar y policía nacional, cuando éstos cometan un delito relacionado con el servicio mismo. Así, se ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio".⁸

A este respecto, la misma Corporación ha expuesto que el Código Penal Militar contiene una regulación autónoma, tanto en materia sustantiva como procesal, que puede ser distinta de las contenidas en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, sin que por la sola diferencia sea contraria a la Constitución Política. Al efecto, dijo la Corte Constitucional en la citada sentencia:

"(...) existe un Código Penal Militar, que contiene una regulación especial, y diferente, en atención a los sujetos, a los bienes jurídicos protegidos y a las condiciones especiales que se derivan de la función que conforme a la Constitución corresponde cumplir a las fuerzas armadas, tanto en cuanto al señalamiento de las conductas punibles y las sanciones, como del procedimiento aplicable.

"Dado que la propia Constitución contempla la existencia de un código penal especial para el juzgamiento de los militares en servicio activo y en razón de los actos cometidos en relación con el mismo servicio, y que por la naturaleza misma de los códigos, estos buscan regular de manera completa una materia, el Código Penal Militar contiene un régimen completo, tanto sustantivo como procesal, que si bien debe respetar y desarrollar los principios y valores constitucionales, y responde por consiguiente a los mismos principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario, puede diferenciarse del mismo, cuando así lo exijan las especiales condiciones para las cuales está previsto, o cuando de tal diferencia no se derive detrimento de la Constitución. Sobre el particular la Corte ha expresado que 'la Constitución no establece que las normas procesales del Código Penal Militar deban ser idénticas a las del Código de Procedimiento Penal. Si las disposiciones de la legislación especial garantizan el debido proceso y se

⁸ Sentencia C-425/96

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

sujetan a la Constitución Política, en principio, no son de recibo las glosas que se fundamenten exclusivamente en sus diferencias en relación con las normas ordinarias, salvo que éstas carezcan de justificación alguna. La Constitución ha impuesto directamente una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común. Por consiguiente, el sustento de una pretendida desigualdad no podrá basarse en la mera disparidad de los textos normativos.^{9,10}

Con el propósito de que la regulación del Código Penal Militar sea plena, el artículo 195 del mismo prevé que cuando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el código penal ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar.

En sentencia C-1045 de 2001¹¹, la Corte Constitucional, en relación con la Fiscalía General de la Nación, el Fuero Militar y la investigación e instrucción de los delitos, se pronunció en los siguientes términos:

"(...)

"3. La Carta señala que en principio corresponde a la Fiscalía General la investigación e instrucción de los delitos, pero, como bien lo destacan los intervinientes y la Procuraduría, la Constitución establece también el fuero militar, en virtud del cual, los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio son conocidos por la justicia penal militar (CP art. 221). Una

⁹ Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ Sentencia C-1068 de 2001

¹¹ Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

armonización de esos dos mandatos implica, como esta Corte lo ha señalado en numerosas oportunidades, que el fuero militar es una excepción a la regla general, según la cual corresponde a la justicia penal ordinaria la investigación y sanción de los delitos¹². Precisamente por tal razón, el propio artículo 250 de la Carta, al establecer que corresponde a la Fiscalía General la investigación de los delitos y la acusación de los presuntos infractores, exceptúa de tal competencia los hechos punibles amparados por fuero militar, esto es, los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio.

"Conforme a lo anterior, la propia Carta establece que no corresponde a la Fiscalía General sino a la justicia militar investigar y acusar a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que hayan cometido delitos en relación con el servicio. Ese análisis es suficiente para concluir que el cargo del demandante carece de sustento, pues si no corresponde constitucionalmente a la Fiscalía la investigación de los delitos amparados por fuero militar, bien puede la ley atribuir la instrucción de los mismos a los jueces de instrucción penal militar. Nada pues en la Carta se opone a que el Código Penal Militar establezca que los jueces de instrucción penal militar son funcionarios de instrucción en la justicia penal militar y que tienen a su cargo la investigación de los delitos amparados por el fuero castrense. El cargo del actor será entonces desestimado.

(...)

"...es indudable que los jueces de instrucción penal militar tienen una competencia excepcional, pues sólo pueden investigar los hechos punibles amparados por fuero militar. Por ello, para que estos jueces de instrucción penal militar tengan competencia es necesario no sólo que el presunto delincuente sea miembro activo de la Fuerza Pública (elemento subjetivo) sino que además el delito cometido tenga una relación directa con el servicio (elemento funcional). Igualmente, es obvio que esos funcionarios deben respetar la doctrina constitucional desarrollada por esta Corte, en numerosas sentencias, sobre el alcance del fuero militar. Precisamente por tal razón, la sentencia C-878 de 2000, MP Alfredo Beltrán Sierra, condicionó el alcance del artículo 2º de la Ley 522 de 1999, que

¹² Ver entre otras, las sentencias C-358 de 1997 y C-870 de 2000

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

define los delitos relacionados con el servicio, pues la Corte consideró que esa disposición era ejecutable, sólo si se la interpreta "con un carácter restrictivo, en el sentido de entender que los delitos relacionados con el servicio, son aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando los mismos se deriven **directamente** del ejercicio de la función militar o policial que la Constitución les ha asignado (artículo 217 y 218)". Igualmente, esa sentencia también condicionó el alcance del artículo 3º de la ley 522 de 1999, que señalaba cuáles delitos no se encontraban relacionados con el servicio. La Corte consideró "que los delitos en él enunciados, no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas 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, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial".

El interviniente acierta entonces en señalar que los jueces de instrucción penal militar tienen que respetar esa órbita limitada del fuero militar, pues carecen de competencia para investigar casos en donde no se presenten tanto el elemento subjetivo (miembro activo de la Fuerza Pública) como el funcional (delito directamente relacionado con las funciones propias de la Fuerza Pública). Estos jueces de instrucción se extralimitarían en sus funciones si investigan personas que no sean miembros activos de la Fuerza Pública, o delitos que no tengan un vínculo directo con las funciones de la Fuerza Pública. Sin embargo, no por ello es necesario condicionar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas en la presente demanda, pues éstas simplemente señalan que los jueces de instrucción penal militar son funcionarios de instrucción penal militar y tienen competencia para investigar "todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar" (subrayas no originales). Nótese pues que la propia norma señala que su competencia cubre únicamente los delitos que son de conocimiento de la justicia militar, por lo cual es claro que los jueces de instrucción militar sólo pueden investigar e instruir los delitos amparados por el fuero militar, en los términos señalados por la doctrina constitucional.

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

Ahora bien, como principios generales, las indicadas y transcritas normas constitucionales disponen que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana; que la Constitución es la norma de normas y, por tanto, que sus mandatos rigen de manera preferente sobre las demás disposiciones que le sean contrarias; que nadie puede ser juzgado, sino de conformidad con las leyes preexistentes, ante el juez competente y por las formas o el procedimiento correspondiente; que la Administración de Justicia es función pública y sus decisiones son independientes y que los Jueces solo están sometidos al imperio de la ley.

Como reglas particulares, establecen que la Justicia Penal Militar administra justicia; que los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo deben ser juzgados por los hechos relacionados con el servicio por las Cortes Marciales o Tribunales Militares; que es la autoridad judicial que conoce del proceso que se adelanta por los delitos relacionados con el servicio de la Fuerza Pública derivados de la función militar o policial que les es propia a quien corresponde determinar, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso y las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes, de quién es la competencia para

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

conocer del proceso y, finalmente, que los conflictos de competencia entre las diferentes jurisdicciones solo corresponde dirimirlos a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

IV.3.- ANÁLISIS DE LOS CARGOS FORMULADOS.

Inicialmente, la Sala abordará el estudio y definición de las acusaciones relacionadas con la violación del artículo 29 de Carta Política, y los artículos 221, 250 y 256, ibídem, 6° del Código Penal y 1°, 2°, 16 y 264 del Código Penal Militar.

Como se observa de su tenor literal, la motivación del acto parcialmente acusado consiste en sostener que sus destinatarios son concedores de que "con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares", se presentan "*a menudo*" situaciones que producen los hechos delictuales que allí se indican, que ameritan la inspección técnico científica de los lugares donde hayan ocurrido.

Conforme se advierte de la transcripción que se hizo del acto parcialmente acusado, el mismo tiene por objeto "*apoyar*" a la Justicia Penal Militar y, específicamente, establecerle unas "*directrices*" al Comando General de las Fuerzas Militares, a los

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

funcionarios de la Justicia Penal Militar, a los Directores Nacionales y Seccionales de Fiscalías y a los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación, acerca de determinadas actuaciones que deben surtirse en el lugar de los hechos por parte del último organismo indicado, como punto de partida para la investigación penal contra miembros de las Fuerzas Militares por hechos *"que se presentan con alguna frecuencia" con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares*, *"que revisten las características del homicidio al que se refiere el artículo 103 del Código Penal o del homicidio en persona protegida al que alude el artículo 135 ibídem"*, así como designar el funcionario judicial a quien deben remitirse dichas actuaciones y a cuyo cargo está decidir si el conocimiento de tales hechos corresponde a la Fiscalía General de la Nación o a la Justicia Penal Militar.

La parte actora considera que el principio del juez natural previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, como parte del derecho fundamental al debido proceso, fue desconocido por el acto acusado, porque, a su juicio, éste permite que los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública sean del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y no de la Justicia Penal Militar, por lo que resultan quebrantados, a su vez, los artículos 221, 250, 256, ibídem y 1º, 2º y 264 del Código Penal Militar.

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

Por consiguiente, el estudio de la Sala se encaminará a determinar si con fundamento en las normas que se citan en el acto acusado u otras, el Ministerio de Defensa Nacional y el Fiscal General de la Nación tenían asignada la competencia para establecer lo indicado en los numerales 4, 5 y 6 del acto demandado o si, por el contrario, al hacerlo vulneraron las disposiciones invocadas por los demandantes.

En dicho sentido, cabe destacar que en los albores del proceso radicado con el núm. 2009-00196 y ante la solicitud formulada en la demanda, esta Sala decretó la suspensión provisional del acto demandado con fundamento en las siguientes consideraciones:

"De la confrontación directa entre el acto acusado y las normas presuntamente violadas, la Sala observa lo siguiente:

En su parte inicial, el texto de la directriz impartida por el Ministerio de Defensa Nacional y la Fiscalía General de la Nación señala que cuando se cometan delitos de homicidio simple y homicidio en persona protegida "*con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares*", se está en circunstancias "*que ameritan la inspección técnico científica de los lugares donde hayan ocurrido los hechos*", lo cual será realizado por los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación, tal como lo dispone el numeral 1 de dicha directriz.

Por lo tanto, no es necesario realizar un análisis profundo para advertir que el apoyo a la Justicia Penal Militar por parte del CTI, al que se refiere el acto acusado, se da frente a situaciones producidas "*con ocasión de operaciones propias de las Fuerzas Militares*".

Adicionalmente, el acto administrativo cuya nulidad se pretende, en sus numerales 4, 5 y 6 prevé que una vez

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

realizada la búsqueda, fijación, recolección, embalaje y aseguramiento de las evidencias físicas halladas en el lugar de los hechos, los servidores del CTI **remitirán** los respectivos informes a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía, las cuales asumirán la competencia a prevención y establecerán si existen o no factores objetivos y funcionales que den lugar al reconocimiento del fuero previsto en el artículo 221 de la Constitución.

Según dichas pautas dadas por el acto acusado, para la Sala resulta claro que, en una primera fase, la investigación de los delitos de homicidio y homicidio en persona protegida ocurridos "con ocasión de operaciones propias de las Fuerzas Militares", a que alude la directriz demandada, será adelantada por los miembros de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la remisión de las evidencias físicas recabadas por el CTI.

Para una mejor comprensión del tema, la Sala procede a hacer la confrontación del acto acusado con las normas de orden superior, así:

(...)

Del cuadro comparativo se evidencia que, mientras los artículos 121 y 250 de la Constitución Política y 264 del Código Penal Militar establecen que la competencia para investigar y juzgar los delitos cometidos "por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio" le corresponde a la Justicia Penal Militar y no a la Fiscalía General de la Nación, señala que ésta última "asumirá las diligencias" que le sean remitidas por el CTI, "con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares" frente a los delitos de homicidio simple y homicidio en persona protegida.

Para la Sala no es necesario realizar análisis de fondo propios de la sentencia, para concluir que la expresión "**con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares**" utilizada en el acto acusado, responde de manera sinónima a la expresión "**en relación con el mismo servicio**" de los artículos 221 y 250 de la Constitución Política, razón por la cual es evidente la contradicción entre el acto y las normas.

Lo anterior por cuanto, mientras la Carta Política radica la competencia para investigar y juzgar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en la Justicia Penal Militar, el acto administrativo radica dicha competencia (investigativa)

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

en las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación."

No obstante que dicha medida precautelativa fue revocada con posterioridad con ocasión del recurso de reposición interpuesto por el Ministerio de Defensa Nacional, por considerarse que para llegar a la conclusión acerca de si el acto acusado resultaba violatorio o no de las normas superiores invocadas en su sustento, debía realizarse un estudio en forma coordinada y armónica con las disposiciones a que él alude, así como con las disposiciones legales que regulan los procedimientos Penal y Penal Militar, en orden a establecer si el Ministro de Defensa y el Fiscal General de la Nación se excedieron o no al adoptar la regulación acusada, en esta oportunidad, la Sala considera que las razones que se invocaron para decretar la medida de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, continúan siendo válidas, con fundamento en los argumentos adicionales que se expresan a continuación:

En primer término, se advierte que los artículos 221 y 250 de la Carta Política, radican la competencia para investigar y juzgar los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio en la Justicia Penal Militar.

**Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

Dichas normas atributivas de competencia tienen su razón de ser en el denominado Fuero Penal Militar, que cobija los hechos y actos que son objeto de regulación penal militar, vale decir, en términos de la Corte Constitucional¹³, *"aquellos que se encuentran subordinados a reglas de comportamiento extrañas a la de la vida civil que marcan una abierta incompatibilidad con el sistema positivo a cargo de la jurisdicción civil, de manera que se establecen claras diferencias de tratamiento en lo relativo a las responsabilidades y deberes que se predicán del ciudadano común, frente a las de un miembro de la fuerza pública, particularmente en lo que atañe a las consecuencias penales."*

En concordancia con lo anterior, para la Sala es claro que los hechos que se presentan *"con ocasión de las operaciones de las Fuerzas Militares"*, en donde presuntamente se cometan delitos, necesariamente involucran la conducta de miembros de la fuerza pública en servicio activo y guardan relación con el mismo servicio, que es precisamente lo que determina la competencia de la Jurisdicción Penal Militar y excluye de su conocimiento a la Justicia ordinaria, en los términos de los artículos 221 y 250 de la Carta Política.

¹³ Sentencia C-358 de 1997

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

Adicionalmente, la Sala reitera que la investigación y el juzgamiento de los presuntos delitos que se cometan por los miembros en servicio activo de la Fuerza Pública *"con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares"*, son del conocimiento de la Justicia Penal Militar y escapan a la órbita de competencia de la Justicia ordinaria, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997, citada en el acto acusado, que declaró inexecutable el artículo 259 del Código Penal Militar¹⁴, *"...bajo el entendido de que los delitos de homicidio cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el servicio, serán juzgados por la justicia penal militar siguiendo los preceptos correspondientes del Código Penal ordinario"*.

De otra parte, la Sala no pone en duda que en el marco de una acción u operación militar puedan presentarse ocasionalmente situaciones en las que la conducta de la fuerza pública no guarde una relación directa con actos del servicio, empero, no por ello puede establecerse que sea la Fiscalía General de la Nación a través de los Fiscales de las URI, quien asuma su conocimiento con capacidad para determinar la competencia de la Jurisdicción ordinaria o la de la Justicia Penal Militar para dar curso a la

¹⁴ Decreto 2550 de 1988

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

investigación y juzgamiento, pues ello implicaría considerar que todos los hechos que se presenten en las actuaciones que realicen los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo en el marco de una operación militar, relacionados con el mismo servicio, sean objeto de valoración en una primera fase por los Fiscales de las URI, a cuyo cargo se deja la responsabilidad de determinar autónomamente si el conocimiento de las mismas corresponde a la Justicia Penal Militar o a la Justicia ordinaria, pues evidentemente tal consideración implica desconocimiento de la competencia atribuida a los funcionarios de Instrucción Penal Militar¹⁵ para investigar todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho, como lo determina el artículo 264 del Código Penal Militar, y de contera su artículo 2º, en el que se señala que respecto de los delitos relacionados con el servicio, que son aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará de acuerdo con las pruebas allegadas la

¹⁵ "ARTÍCULO 263 (Código Penal Militar). Quiénes son funcionarios de instrucción. Son funcionarios de Instrucción Penal Militar:

1. Los Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
2. Los Magistrados del Tribunal Superior Militar.
3. Los Jueces de Instrucción Penal Militar.
4. Los auditores de guerra, que en casos especiales sean designados por el respectivo juez de instancia."

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

competencia, conforme a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública.

De lo anterior resulta que mediante las directrices trazadas en el acto acusado se da curso a que los delitos en que incurran los miembros de la Fuerza Pública "*con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares*", que por sí mismos guardarían relación con el servicio, sean en la fase investigativa del conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, con claro desconocimiento del fuero militar de los miembros de la Fuerza Pública y del principio-derecho al debido proceso, que garantiza que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria e implica que el juez y los procedimientos sean establecidos por vía legislativa, amén de que constituye una incuestionable usurpación de la competencia asignada a los funcionarios de Instrucción Penal Militar, a quien les está atribuida la función de conocer de todos los delitos relacionados con el servicio, como se consignó en el párrafo anterior.

Ahora bien, atendiendo que en el acto acusado se establece que de manera preventiva la investigación de los posibles delitos de homicidio y de homicidio en persona protegida cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo "*con ocasión de*

**Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.**

las operaciones propias de las Fuerzas Militares" es de competencia de la Fiscalía General de la Nación y, por ende, de la Jurisdicción ordinaria y que en el numeral 6 del mismo acto se señala que es el Fiscal de la justicia ordinaria quien decide que si es *"evidente la existencia de los factores subjetivos y funcionales que justifican el reconocimiento del fuero instituido en el artículo 121 de la Constitución en concordancia con el artículo 250 de la Carta Fundamental"* dará traslado a la Justicia Penal Militar o si continua conociendo de ella la Fiscalía General de la Nación, resulta claro que mediante dicho acto se asigna una competencia a los funcionarios de la Fiscalía General que el artículo 250 Constitucional no le atribuye y que, por el contrario, de manera expresa el artículo 264, en concordancia con el artículo 2º del Código Penal Militar, la radica en los Jueces de Instrucción Penal Militar para determinar el juez competente, de conformidad con las pruebas allegadas.

Cabe resaltar que los numerales 1, 2 y 3 no fueron objeto de demanda, por lo que permanecen incólumes en el mundo jurídico, lo que implica considerar que los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación están siempre facultados para llevar a cabo las inspecciones; y que las Fuerzas Militares deben facilitar su desplazamiento oportuno. Solo que luego de la búsqueda, fijación,

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

recolección, embalaje y aseguramiento de las evidencias físicas halladas en el lugar de los hechos, así como las entrevistas de los posibles testigos, los funcionarios del CTI deberán remitir los respectivos informes al Juez de Instrucción Penal Militar para que sea éste quien determine la competencia para conocer del proceso, y dado el caso que la Justicia ordinaria considere que es a ella a quien le corresponde su juzgamiento, se proponga la respectiva definición de competencias, a fin de que el Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, disponga cuál de las dos Jurisdicciones debe conocer del mismo, conforme a lo consagrado en los artículos 256-6 de la Carta Política y 112-2 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

Por consiguiente, estima la Sala que de presentarse conductas delictivas por miembros de la Fuerza Pública, "*con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares*", para determinar la competencia de la Justicia Penal Militar o de la Justicia ordinaria para conocer de un caso concreto, será el juez de Instrucción Penal Militar quien al analizar la situación fáctica en que se cometió el acto delictivo confronte la conducta realizada y la operación o acción propios del servicio, para efecto de establecer si tal operación o acción se encuentra dentro del tipo de delito militar y

Ref. Expedientes acumulados núms.2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

del delito común adaptado a la función militar o se aparta de ella para tipificarse como conductas del conocimiento de la Justicia ordinaria.

Corolario de lo expuesto es que el acto acusado, en sus numerales 4, 5 y 6, efectivamente, incurre en violación de los artículos 29, 221, 250 y 256-6 de la Constitución Política, 1º, 2º y 264 del Código Penal Militar y 112-2 de la Ley 270 de 1996, lo que hace innecesario el estudio de los demás cargos que se formulan en la demanda y que conducirá a que se adopte la decisión de declarar su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO.- DECLÁRASE LA NULIDAD de los numerales 4, 5 y 6 del acto administrativo denominado "APOYO A LA JUSTICIA PENAL MILITAR", suscrito el 14 de junio de 2006 de manera conjunta por el Ministro de Defensa Nacional y el Fiscal General de la Nación, dirigido

Ref. Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025.
Actores: HILDA LORENA LEAL CASTAÑO y MARCO HERNANDO
BAEZ GARZÓN.

al Comando General de las Fuerzas Militares, Funcionarios de Justicia Penal Militar, Directores Nacionales y Seccionales de Fiscalía y Cuerpo Técnico de Investigación.

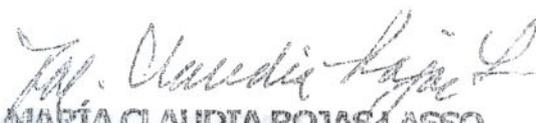
SEGUNDO.- Tiénese al doctor **ALEX DE JESÚS SALGADO LOZANO** como apoderado de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, en su calidad de Director de Asuntos Legales del mismo Ministerio, de conformidad con la certificación y documentos anexos obrantes a folios 363 a 371¹⁶.

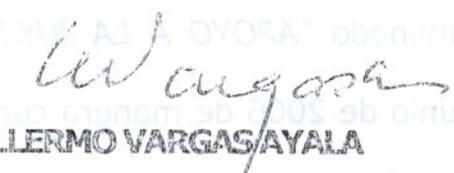
En firme esta providencia, previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

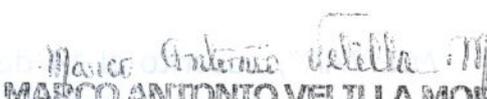
CÓPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 15 de noviembre de 2012.


MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta


MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO


GUILLERMO VARGAS AYALA


MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO

¹⁶ Exp.2009-00196.