



VICEPROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN CON ASIGNACIÓN DE FUNCIONES DE
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

Bogotá D.C., 14 AGO 2013

Señores
MAGISTRADOS SECCIÓN PRIMERA
CONSEJO DE ESTADO
E. S. D.

RECIBIDO
14 AGO 2013
SECCIÓN PRIMERA
CONSEJO DE ESTADO

Referencia: Medio de control de nulidad simple presentado por la Viceprocuradora General de la Nación, con asignación de funciones como Procuradora General de la Nación, en contra del acto administrativo contenido en la Directiva 00001 de 22 de mayo de 2013, emanada del Despacho del Fiscal General de la Nación, *"Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para la aplicación del Acto Legislativo 02 de 2012 (reforma a la justicia penal militar) dentro de la Fiscalía General de la Nación"*.

MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO, actuando en mi calidad de VICEROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN CON ASIGNACIÓN DE FUNCIONES COMO PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN, actuando en ejercicio de las facultades constitucionales y legales consagradas en los artículos 277 (numeral 7) de la Constitución Política; 7° (numeral 37), 17 (numeral 2) del Decreto 262 de 2000, y con base en lo previsto en los artículos 137(inciso 1) y 303 (numeral 2) de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), comparezco ante la Sección Primera del Consejo de Estado, para presentar **DEMANDA DE NULIDAD SIMPLE** en contra de la Directiva 00001 de 22 de mayo de 2013, emanada del Despacho del Fiscal General de la Nación, *"Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para la aplicación del Acto Legislativo 02 de 2012 (reforma a la justicia penal militar) dentro de la Fiscalía General de la Nación"*.

I. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

El acto administrativo que se demanda es la Directiva 00001 de 22 de mayo de 2013, proferida por el Fiscal General de la Nación.



II. PRESUPUESTOS PROCESALES

A. OPORTUNIDAD

Por tratarse en el presente caso del medio de control de nulidad simple, de conformidad con el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, podrá ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de la publicación del acto impugnado.

B. COMPETENCIA

La Sección Primera del Consejo de Estado resulta competente para conocer de este medio de control, en razón a lo previsto por el artículo 149, numeral 1º, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en armonía con lo señalado en el artículo 13 del Acuerdo 55 de 2003¹ de la Sala Plena de la misma Corporación, y en atención a que se demanda la nulidad de un acto administrativo proferido por una autoridad del orden nacional.

C. PUBLICIDAD DEL ACTO DEMANDADO

Se anexa copia autentica de la Directiva demandada, junto con las constancias de su publicación, en 22 folios; documentación remitida por la doctora Aura Yineth Correa Niño, Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, mediante oficio de 24 de julio de 2013.

D. PROCEDIMIENTO

Es el indicado en el del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Capítulos IV, V y VI).

E. PARTE DEMANDANTE

Lo es la suscrita **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO**, Viceprocuradora General de la Nación con asignación de funciones como Procuradora General de la Nación, mayor, domiciliada y residente en esta ciudad, ciudadana colombiana, actuando en ejercicio de las facultades constitucionales y legales consagradas en los artículos 118 y 277 (numeral 7) de la Constitución Política; 7º (numeral 37) y 17 (numeral 2) del Decreto 262 de 2000, y con base en lo previsto en los artículos 137 (inciso 1) y 303 (numeral 2) de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

¹ Acuerdo 55 de agosto 05 de 2003. "Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado", expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado



F. PARTE DEMANDADA

Lo es la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, representada por el doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, o quien haga sus veces.

III. PRETENSIÓN

PRETENSIÓN ÚNICA: Se demanda la nulidad de la Directiva 00001 de 22 de mayo de 2013, emanada del Despacho del Fiscal General de la Nación, *"Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para la aplicación del Acto Legislativo 02 de 2012 (reforma a la justicia penal militar) dentro de la Fiscalía General de la Nación"*.

IV. LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS QUE SUSTENTAN LA PRETENSIÓN

1.- El Congreso de la República, mediante **Acto Legislativo 02 de 27 de diciembre de 2012**, reformó el artículo 221 de la Constitución Política, norma que a partir de la modificación, en sus partes pertinentes, dispone:

"ARTÍCULO 3o. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la



forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.

(...)

ARTÍCULO 46. TRANSITORIO. Los procesos penales que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos que no tengan relación con el servicio o por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar de acuerdo a los incisos 1o y 2o del artículo 3o del presente acto legislativo y que se encuentran en la justicia ordinaria, continuarán en esta. La Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, contará con un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública, y trasladar a la Justicia Penal Militar aquellos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la jurisdicción ordinaria. En el marco de esa coordinación, se podrá verificar si algún proceso específico que cursa en la Justicia Penal Militar podría ser de competencia de la Justicia Ordinaria.

(...)"

2.- Una vez promulgada la reforma constitucional contenida en el **Acto Legislativo 02 de 2012**, el Fiscal General de la Nación, de manera unilateral, decide expedir la Directiva 00001 de 22 de mayo de 2013, **"Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para la aplicación del Acto Legislativo 02 de 2012 (reforma a la justicia penal militar) dentro de la Fiscalía General de la Nación"**.

Según lo indica la Directiva, cuyo texto integral se anexa a la presente demanda, con ella "se interpreta el texto del Acto Legislativo 02 de 2012... para efectos de precisar su alcance dentro de la Fiscalía General de la Nación". El documento, en aras de lograr dicho propósito, indica que analizará cuatro temáticas, a saber: "en un primer título se aborda la interpretación textual de la nueva norma constitucional, y los efectos que se derivan del lenguaje del Acto Legislativo. En un segundo título se explicará la forma como se activa el derecho internacional humanitario... y la relación que esto tiene con la jurisdicción competente y el marco normativo de juzgamiento. En un tercer título se establece la metodología para la asignación jurisdiccional de los procesos en los cuales se vincula a un miembro de la fuerza pública. Finalmente, en el cuarto título se ofrecen las conclusiones respectivas".

Y en desarrollo de lo expuesto, el Fiscal General de la Nación, presenta las siguientes **CONCLUSIONES**:

"De conformidad con lo expuesto en esta Directiva, se adoptan las siguientes conclusiones:

1. En cumplimiento del Artículo 4 Transitorio del Acto Legislativo 02 de 2012, y hasta el 27 de diciembre de 2013, únicamente el Fiscal



General podrá trasladar procesos a la jurisdicción penal militar. Por lo tanto, y hasta el vencimiento del plazo establecido, ningún fiscal podrá trasladar procesos por razones de competencia.

2. Todas las conductas denominadas "falsos positivos", independientemente de su tipificación penal, serán de competencia de la jurisdicción ordinaria. Los procesos de esta naturaleza que actualmente sean tramitados por la jurisdicción penal militar deberán ser trasladados a la jurisdicción ordinaria.
3. No todos los delitos que ocurren en el contexto del conflicto armado tienen una relación jurídica con él. Por lo tanto, el solo hecho de que un acto delictivo haya ocurrido en el curso de una operación militar no determina la jurisdicción que deba asumir su juicio.
4. En cualquier caso de duda sobre la jurisdicción aplicable, se preferirá la jurisdicción ordinaria.
5. El hecho de que una operación militar sea legítima no implica que los actos de ejecución de la misma, que constituyan excesos cualitativos, sean legítimos. En estos casos, los actos serán juzgados por la jurisdicción ordinaria.
6. Por el solo hecho de que una conducta haya sido cometida por un miembro de la fuerza pública no significa que deba ser juzgada según el derecho internacional humanitario. Para que ocurra, la conducta debe mantener una relación con el conflicto armado.
7. El Acto Legislativo 02 de 2012 contiene varios criterios para la asignación de competencias que interactúan de manera armónica entre sí. El inciso primero del artículo 221 contiene el criterio objetivo y subjetivo, según el cual la jurisdicción militar conoce de conductas relacionadas con el conflicto armado cometidas por miembros de la fuerza pública en servicio activo. El inciso segundo contiene el criterio normativo, según el cual la jurisdicción militar conoce de violaciones al derecho internacional humanitario.
8. La enunciación expresa y específica de las conductas o grupos de conductas excluidas siempre de la jurisdicción penal militar es una excepción a los tres criterios. Su conocimiento compete a la jurisdicción ordinaria sin que se pueda alegar para desvirtuar dicha competencia que ha sido violado el DIH (e.g. el desplazamiento forzado con un fin diferente a proteger a la población civil o la ejecución extrajudicial como una violación al principio de distinción), que la conducta se realizó en el contexto de una operación militar vinculada con el servicio (e.g. tortura en el desarrollo de la operación para extraer información útil para el éxito de la operación) o que el delito fue cometido por un miembro de la fuerza pública (e.g. acceso carnal en zona de conflicto armado).
9. Los actos cometidos por miembros de la fuerza pública, cuando están cercanamente relacionados con el conflicto armado, deben ser



juzgados a la luz del derecho internacional humanitario, sin que esto, por sí solo, defina la jurisdicción por la cual deben ser tramitados.

- 10. El Acto Legislativo atribuye la competencia prevalente de los actos violatorios del derecho internacional humanitario a la jurisdicción penal militar. Lo anterior opera sin perjuicio de los actos que no mantengan relación con el conflicto armado y sean de competencia de esa jurisdicción, o los actos que tengan relación con el conflicto armado pero sean asumidos por la jurisdicción ordinaria.*
- 11. La jurisdicción penal militar tiene la competencia para conocer de las conductas que, aún sin vínculo con el conflicto armado, guardan una relación próxima y directa con el servicio. En este orden de ideas, la jurisdicción penal militar también ejerce su competencia sobre conductas que no son violatorias del derecho internacional humanitario.*
- 12. En el desarrollo de una operación militar legítima, únicamente los actos individuales que constituyen excesos cualitativos serán trasladados a la jurisdicción ordinaria, rompiendo la unidad procesal con cualquier otro acto que hiciera parte de la operación si hubiere la necesidad de investigarlo.*
- 13. En caso de duda jurídica sobre la competencia, la investigación permanecerá en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la duda fáctica sobre lo ocurrido no podrá determinar la jurisdicción competente.*
- 14. La Fiscalía General de la Nación formará un grupo de trabajo para darle aplicación al Acto Legislativo 02 de 2012 y a los criterios establecidos en esta Directiva, mediante la expedición de los actos administrativos pertinentes".*

V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Según lo señala el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado, entre otros principios, en el respeto de la dignidad humana. Por su parte, el artículo 4º de la misma Carta dispone que, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, y es en dicho contexto que cobra trascendental importancia el artículo 29 de la misma Constitución, cuando señala que *"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"* y agrega que *"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"*.

Por su parte, el artículo 116 señala que, entre otros órganos, la Fiscalía General de la Nación administra justicia, y también lo hace la Justicia Penal Militar; todo lo cual se enmarca en el hecho de que la administración de justicia es función



pública y sus decisiones son independientes, en el entendido adicional de que el funcionamiento de la justicia se caracteriza por ser "desconcentrado y autónomo".

Adicionalmente se resalta que de conformidad con el artículo 250 superior, 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"*, excepción hecha de *"los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio; los cuales serán del conocimiento de la justicia penal militar"*.

Sumado a lo anterior, se tiene que el artículo 256 de la Carta Fundamental, vigente hasta que no entre en funcionamiento el Tribunal de Garantías Penales creado por el Acto Legislativo 02 de 2012, precisa que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura *"Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones"*, competencia que, en los términos del artículo 112, numeral 2º de la Ley 270 de 1996, corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de la misma Corporación.

De la lectura de las disposiciones pertinentes del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), se tiene que *"de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares"*, todo en el entendido de que *"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"*; principio del juez natural que también aparece consagrado en el artículo 6º de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Militar), norma que reitera el postulado según el cual *"Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente..."*.

Se agrega a lo expuesto que de conformidad con el artículo 121 constitucional, *"ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"*.

Con fundamento en las anteriores premisas, sea lo primero señalar que conforme a la nomenclatura de la Directiva 00001 de 2013, el Fiscal General de la Nación adoptó *"los fundamentos jurídicos para la aplicación del Acto Legislativo 02 de 2012... dentro de la Fiscalía General de la Nación"*.

De manera que, en principio, la Directiva 00001 de 2013, por tener como destinatarios a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, no respondería a la categoría de acto administrativo, sino a la de circular de servicios o instrucción administrativa. Sin embargo, al revisar el contenido y, especialmente las conclusiones que presenta el referido documento, resulta claro que la Directiva sí responde a la categoría de acto administrativo, en tanto hace explícita una decisión de autoridad pública, en este caso emanada del



Fiscal General de la Nación; que, además, tiene la capacidad de producir efectos jurídicos frente a los administrados.

En este orden de ideas, y como lo ha reconocido de manera pacífica la jurisprudencia del Consejo de Estado, las circulares de servicios, instrucciones administrativas o directivas, tienen el carácter de acto administrativo cuando afectan derechos u obligaciones de los administrados, y, en general, cuando con su expedición se generan consecuencias jurídicas para los mismos. Así lo ratifica la sentencia de 21 de septiembre de 2001, expediente número 6371, Consejera Ponente doctora Olga Inés Navarrete, en la cual se dijo:

"La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, o por otras instancias, con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, la circular no será un acto susceptible de demanda.

"Así se dejó consignado en fallo de esta Corporación, del 3 de febrero de 2000:

El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados' (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación 5236 del 3 de febrero de 2000. C.P. Dr. Manuel Santiago Uribe).

La afectación de derechos y de situaciones de terceras personas, que se produce con ocasión de la Directiva, obedece a que la determinación respecto de los procesos que deben o no ser remitidos a la justicia penal militar o a la justicia ordinaria, con ocasión de la interpretación que se hace por parte del Fiscal General de la Nación respecto del alcance de la nueva redacción del artículo 221 constitucional, será un asunto que, sin dudas, tendrá un impacto respecto del administrado que se encuentre vinculado a uno de aquellos procesos. Es más, los restantes sujetos procesales, también se ven afectados con las conclusiones que a título de interpretación se realizan por parte del autor del acto y para ratificar lo anterior, se resalta el contenido de uno de los acápites de la Directiva que señala: *"Es importante notar que el mecanismo señalado para efectos de la transferencia de procesos entre jurisdicciones se*



llevará a cabo sin perjuicio del conflicto de competencias que cualquier funcionario judicial competente en la Fiscalía General de la Nación pueda plantear ante el Consejo Superior de la Judicatura o el Tribunal de Garantías, según sea el caso, para efectos de garantizar la administración de justicia en beneficio de las víctimas de cualquiera de los procesos que sean objeto de traslado".

Pero sumado a lo anterior y como elemento fehacientemente demostrativo de que el acto acusado no sólo tiene efectos jurídicos hacia el interior de la Fiscalía General de la Nación, se trae a colación el contenido del numeral 2º del acápite de CONCLUSIONES de la directiva, según el cual *"las conductas denominadas 'falsos positivos', serán de competencia de la justicia ordinaria. Los procesos de esta naturaleza que actualmente sean tramitados por la jurisdicción penal militar deberán ser trasladados a la jurisdicción ordinaria"*. Al margen de la notoria falta de competencia del Fiscal General de la Nación para proferir órdenes de estas características a funcionarios adscritos a la justicia penal militar, lo cierto es que con ello se hace evidente que el acto acusado produce efectos jurídicos externos y no solo internos, teniendo en cuenta que los procesos, actualmente en trámite ante la justicia penal militar, deberán ser trasladados a la justicia ordinaria.

Con base en todo lo expuesto, la Directiva 00001 de 2013, en la medida en que produce efectos jurídicos no solo al interior de la Fiscalía General de la Nación, sino respecto de los sujetos procesales vinculados a investigaciones penales, responde a la categoría de acto administrativo. Igualmente, cabe recordar que cuando las Directivas, como en el presente caso, no se limitan a impartir unas meras instrucciones sino que adoptan decisiones, según se aprecia en el texto de la objeto de esta demanda, encaja en la denominación antes otorgada de acto administrativo. Así las cosas, el control de legalidad respecto de su contenido debe ser efectuado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dado que, en criterio del Viceprocuradora General de la Nación con asignación de funciones como Procuradora General de la Nación, dicho acto se encuentra afectado de nulidad por las siguientes razones:

V.I. FALTA DE COMPETENCIA

Según el epígrafe de la Directiva con ella se pretenden adoptar los fundamentos jurídicos para la aplicación del acto legislativo en el interior de la Fiscalía General de la Nación. En desarrollo de lo anterior el ordinal 1 de la Directiva refiere lo siguiente: *"En esta Directiva se interpreta el texto del Acto Legislativo 02 de 2012... para efectos de precisar su alcance dentro de la Fiscalía General de la Nación"*. Y más adelante agrega: *"A grandes rasgos, la interpretación armónica del texto del nuevo artículo 221 de la Constitución Política lleva a la conclusión principal de que los actos violatorios del derecho internacional humanitario deben ser juzgados, cuando mantengan una relación próxima y directa con el servicio, por la jurisdicción penal militar. En los eventos en los que se verifique la ausencia de un vínculo próximo y directo con el servicio de los actos juzgados, se trasladará el acto individual a la jurisdicción ordinaria. En*



cualquier evento, la comisión de alguna de las conductas descritas en el inciso segundo del artículo 221 constituye una excepción a cualquiera de los criterios de asignación de competencias y debe ser asumida por la jurisdicción ordinaria".

Las interpretaciones a las que llega el Fiscal General de la Nación, como puede apreciarse y queda ratificado en el acápite de CONCLUSIONES de la Directiva 00001, se traducen en instrucciones tanto a los Fiscales de la Entidad, como a los propios funcionarios de la justicia penal militar -como ocurre en el numeral 2º de las conclusiones- según el cual *'Los procesos de esta naturaleza (refiriéndose a las conductas denominadas 'falsos positivos') que actualmente sean tramitados por la jurisdicción penal militar deberán ser trasladados a la jurisdicción ordinaria'*, respecto del conocimiento o no de procesos por parte de una u otra jurisdicción.

En el caso que nos ocupa, el vicio de nulidad estriba en el hecho consistente en que el Fiscal General de la Nación carecía de competencia para interpretar y reglamentar el Acto Legislativo 02 de 2012. Fijar los alcances de la nueva norma constitucional, no era un asunto del resorte ni del Fiscal ni de la justicia penal militar, es más, el Acto Legislativo únicamente encargó a estas dos autoridades la identificación de los procesos que, con ocasión del contenido de los incisos 1º y 2º del artículo 3º del acto legislativo, correspondientes al nuevo artículo 221 de la Carta Fundamental, deberían ser tenidos en cuenta para trasladar expedientes a la jurisdicción ordinaria o a la justicia penal militar.

Pero si a manera de discusión se admitiera que seguía siendo necesaria la interpretación y reglamentación del nuevo texto constitucional —tesis que no se comparte por parte de este Despacho—, dado que el artículo 221 en su nueva redacción ofrece claridad sobre el punto-, lo cierto es que dicha temática era un asunto del resorte exclusivo del mismo legislador, como bien se deja traslucir el propio Fiscal General del Nación, quien evidenciando su conocimiento respecto de tales competencias, afirmó en la parte inicial de la directiva, lo siguiente: *"...para lograr mayor claridad frente a la aplicación del Acto Legislativo 02 de 2012 y mientras se expide la ley estatutaria reglamentaria del mismo, en este documento se desarrollarán los tres criterios que contiene el artículo 221 de la Constitución para la asignación jurisdiccional[...]".*

Así las cosas, el propio autor del acto acusado, indica que con su directiva buscaba lograr mayor claridad frente a la aplicación del Acto Legislativo 02 de 2012, temática propia del poder reglamentario, y, sumado a ello, reconoció que expedía una directiva que tendría vigencia hasta tanto se expidiese la ley estatutaria reglamentaria del acto legislativo, reconociendo con ello que era el legislador, y sólo el legislador, el llamado a reglamentar y a interpretar el texto constitucional reformado en el acto legislativo, ante la reserva legal que existe sobre tal materia.

La atribución conferida al Fiscal General de la Nación, se resalta, en ningún momento consistió en asignarle atribuciones para interpretar o reglamentar el



artículo 3º del mismo acto. Por ello cobra importancia lo manifestado por la Corte Constitucional, en sentencia C-1040 de 2005²:

"En ese contexto, tal como ha sido señalado por la Corte, "resulta armónico con el constitucionalismo democrático la institución de la delegación legislativa, que es una práctica democrática universalmente aceptada en el mundo contemporáneo. (...) En tales eventos, lo que resulta significativo desde de la perspectiva del principio de separación, no es tanto establecer a quien corresponde en un caso concreto el ejercicio de la función, como determinar las condiciones en las cuales la delegación legislativa resulta compatible con el principio de separación, condiciones que, en general, están referidas a aspectos tales como la precisa delimitación de la materia delegada, al carácter temporal de la delegación, la mutabilidad de la legislación delegada por el legislador ordinario, los controles de constitucionalidad o, eventualmente, la ratificación o la convalidación de la legislación delegada por el legislador ordinario".

La misma Corte Constitucional anotó:

La potestad reglamentaria es "... la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real"³. Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley⁴.

(...)

Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, **en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República**, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación.

(...)

Al margen de lo anterior, debe decirse que la potestad reglamentaria es instrumental. Su ejercicio tiene como finalidad agregar los procedimientos, órdenes o circunstancias que permitan la cumplida ejecución de las leyes, con el fin de dar vida práctica a la ley, (...) ⁵.

² Corte Constitucional, C- 1040 de 2005, Referencia: expediente D-5645. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 02 de 2004 "Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones". Magistrados Ponentes: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, Dr. MARCO GERARDO MONROY CAÑERA, Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Dr. ÁLVARO TAFUR GALVI, Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de octubre de dos mil cinco (2005).

³ Corte Constitucional, Sentencia Sentencia C-228 de 1993, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, recogida en la Sentencia C-350 de 1997.

⁴ Corte Constitucional, C- 805 de 2001. Referencia: expediente O.P. 050. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil uno (2001).

⁵ Ibidem.



En este mismo sentido el Consejo de Estado ha señalado:

[...] la facultad reglamentaria, que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo, es una facultad gobernada por el principio de necesidad, que se materializa justamente en la necesidad que en un momento dado existe de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta determinada situación jurídica. Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más necesidad hay de la reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos necesarios para aplicar esa situación al caso particular no hay necesidad de reglamentos. Es evidente que el control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede ni desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló. Si el reglamento preserva la naturaleza y los elementos fundamentales de la situación jurídica creada por la ley, bien puede este instrumento propio del ejecutivo detallar la aplicación de la ley al caso mediante la estipulación de todo lo concerniente al modo como los sujetos destinatarios de la ley la deben cumplir. (Subrayas fuera de texto)⁶

La potestad reglamentaria es "... la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real"⁷. Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley⁸.

(...)

*Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, **en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República**, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación.*

(...)

Al margen de lo anterior, debe decirse que la potestad reglamentaria es instrumental. Su ejercicio tiene como finalidad agregar los procedimientos, órdenes o circunstancias que permitan la cumplida ejecución de las leyes, con el fin de dar vida práctica a la ley, (...) ⁹.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Bogotá D.C. trece (13) de junio de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-27-000-2007-00030-00(16625); 11001-03-27-000-2009-00008-00(17542)

⁷ Corte Constitucional, Sentencia Sentencia C-228 de 1993, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, recogida en la Sentencia C-350 de 1997.

⁸ Corte Constitucional, C- 805 de 2001. Referencia: expediente O.P. 050. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil uno (2001).

⁹ Ibídem.



Y en otra decisión, la misma Corporación agregó:

La potestad reglamentaria es una función administrativa atribuida por la Constitución Política al Gobierno Nacional, **para la correcta y cumplida ejecución de las leyes (...)** Con todo, la facultad reglamentaria no es absoluta, pues, como lo ha sostenido la Sala, encuentra su límite y ámbito de acción en la Constitución Política y en la ley, a las cuales debe sumisión y respeto, es decir, está sujeta y limitada al orden jurídico superior y, por tanto, no puede desconocer sus preceptos, ni suprimirlos, restringirlos, alterarlos, ampliarlos, adicionarlos o modificarlos, porque ello entrañaría invadir la órbita constitucional de competencia del Legislador. (subrayas fuera de texto)¹⁰

De la revisión de las jurisprudencias citadas puede colegirse que la potestad reglamentaria, la cual se concreta en la expedición de actos administrativos, propende por la correcta y cumplida ejecución de las leyes, es de carácter instrumental y su producción, como dice la jurisprudencia, concreta los conceptos abstractos que contiene la ley. La existencia de un reglamento, por lo general, está sujeto o es desarrollo de una ley, a excepción que sea el mismo ordenamiento constitucional el que confiera dicha potestad reglamentaria, a otros órganos del poder público de manera directa.¹¹

Sin embargo, como lo señala el Consejo de Estado: "(...) tales competencias para expedir reglamentos, distintas de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, tienen un régimen en la propia Constitución. Por fuera de los casos especiales previstos en la Carta, la competencia primaria para la reglamentación de la ley orientada a garantizar su cumplida ejecución corresponde al Presidente de la República".¹²

En el caso en estudio, la norma habilitante para que la Fiscalía General de Nación y la Justicia Penal Militar, introducida en el parágrafo transitorio del artículo 4° del Acto Legislativo 02 de 2012, no encierra una facultad reglamentaria propiamente dicha en cabeza de éstos dos organismos ni tampoco autoriza, a la Fiscalía General, para interpretar la nueva norma constitucional ni para precisar su alcance y sus efectos al interior de dicha Entidad.

Por el contrario, la disposición contenida en el parágrafo transitorio del Acto Legislativo 02 de 2012, define de manera clara y precisa una actividad concreta que debe desplegar la Fiscalía en coordinación con la Justicia Penal Militar y delimita un período para desarrollarla. En efecto, dicha norma establece un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública y trasladar a la Justicia

¹⁰ Consejo De Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., primero (1) de abril de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476).

¹¹ Ver Corte Constitucional: Corte Constitucional, C-805 de 2001; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. En similar dirección a la referida pueden verse los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional: sentencia C-350 de 1997, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; C-384 de 2003; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; C-032 de 2002; Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; C-290 de 2002; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; C-917 de 2002; Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹² Ibidem.



Penal Militar, aquellos procesos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Resulta evidente que el constituyente derivado —el Congreso de la República— por medio de este acto legislativo, no le confiere ninguna facultad reglamentaria a la Fiscalía para darle cumplimiento al Acto Legislativo, tampoco le da la atribución para interpretar la norma constitucional ni para examinar los efectos que dicha disposición generaría en dicha institución.

En armonía con lo anterior, se resalta que, como se anunció anteriormente, el Congreso expidió el Proyecto de Ley Estatutaria No. 211 de 2013 (Senado) y 268 de 2013 (Cámara) "por la cual se desarrollan los artículos 116 y 221 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones".

En vigencia de la Ley Estatutaria y en los términos en que ella lo defina, entraría a operar la potestad reglamentaria en el ejecutivo y, en este caso en la Fiscalía General de la Nación, siempre en aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley Estatutaria o decreto ley que se expida.

Por lo anterior, se concluye que a todas luces el Fiscal General de la Nación no tenía competencia para expedir la Directiva 00001 de 22 de mayo de 2013.

De conformidad con lo expuesto, y en atención a los razonamientos antes presentados, con ocasión de la expedición del acto acusado, se incurrió en violación de los artículos: 1¹³, 4¹⁴, 6¹⁵, 29¹⁶, 116¹⁷, 121¹⁸, 221¹⁹, 250²⁰ y 256²¹ de

¹³ Constitución Política: Art. 10. Colombia es un Estado social de derecho [...]

¹⁴ Constitución Política: Art. 4°. [...] En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

¹⁵ Constitución Política: Art. 6° [...] Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

¹⁶ Constitución Política: Art. 29° El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. [...]

¹⁷ Constitución Política: Art. 116° [...] Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, y ejercerá las siguientes funciones: 1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública. 2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral. 3. De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar. [...]

¹⁸ Constitución Política: Art. 121° Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

¹⁹ Constitución Política: Art. 221° [...] De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro [...]. [...] Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y existe duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir [...]

²⁰ Constitución Política: Art. 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 las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No



la Constitución Política; de los incisos 1 y 2 del artículo 3²², y del artículo 4²³ Transitorio del Acto Legislativo 02 de 2012 y de los artículos 1²⁴, 2²⁵ y 16²⁶ del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) y 6²⁷ del Código Penal (Ley 599 de 2000).

V.II. EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO

De conformidad con el epígrafe de la Directiva que se demanda, a través de ella se buscaba adoptar, desde la Fiscalía General de la Nación, los fundamentos jurídicos para la aplicación del Acto Legislativo 02 de 2012. Dicho Acto

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 [...]

²² Constitución Política: Art. 256° Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: [...] 6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones [...]

²³ Acto Legislativo No. 02 de 2012. Art. 3o. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así: De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. / En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

²⁴ Acto Legislativo No. 02 de 2012. Art. 4°. Transitorio. Los procesos penales que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos que no tengan relación con el servicio o por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar de acuerdo a los incisos 1o y 2o del artículo 3o del presente acto legislativo y que se encuentren en la justicia ordinaria, continuarán en esta. La Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, contará con un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública y trasladar a la Justicia Penal Militar aquellos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la jurisdicción ordinaria. En el marco de esa coordinación, se podrá verificar si algún proceso específico que curse en la Justicia Penal Militar podría ser de competencia de la Justicia Ordinaria [...]

²⁵ Código Penal Militar (Ley 522 de 1999): Art. 1° Fuero Militar. <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 328 sobre su vigencia> 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.

²⁶ Código Penal Militar (Ley 522 de 1999): Art. 2° Delitos relacionados con el servicio. <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 328 sobre su vigencia> 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.

²⁷ Código Penal Militar (Ley 522 de 1999): Art. 16 Juez Natural. <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 328 sobre su vigencia> 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.

²⁸ Código Penal (Ley 599 de 2000): Art. 6° Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el 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.



Legislativo, como se anotó en precedencia, dispuso en el artículo 4º Transitorio, lo siguiente:

"Los procesos penales que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos que no tengan relación con el servicio por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar de acuerdo a los incisos 1 y 2 del artículo 3 del presente acto legislativo y que se encuentren en la justicia ordinaria, continuaran en esta. La Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, contará con un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública, y trasladar a la Justicia Penal Militar aquellos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la justicia ordinaria. En el marco de esta coordinación, se podrá verificar si algún proceso específico que cursa en la Justicia Penal Militar podría ser de competencia de la Justicia Ordinaria". (Negrillas fuera del texto)

Como puede apreciarse, el precepto encargado de regular la transitoriedad de la nueva legislación, parte de dos supuestos fundamentales, el primero asociado a la aplicación del principio de coordinación entre la Fiscalía General de la Nación y la Justicia Penal Militar, para efectos de determinar el traslado de los procesos penales, ya desde la justicia penal militar con destino a la justicia ordinaria o desde esta última con destino a la justicia penal militar, en aplicación de lo dispuesto por el nuevo artículo 221 constitucional, reformado por el Acto Legislativo 02 de 2012. El segundo supuesto que se deriva de la norma transitoria, guarda relación con la competencia que se atribuye a la Fiscalía General de la Nación, como organismo, y no al Fiscal General de la Nación, como titular de dicha entidad, para efectos de realizar el trabajo coordinado.

El vicio de nulidad que afecta la Directiva que se demanda, estriba en el hecho consistente en que el Fiscal General de la Nación, desconociendo el deber de coordinación que debió preceder a la expedición del acto acusado, de manera unilateral promulgó una decisión, para cuyo ejercicio, requería del análisis, estudio y decisión coordinada con los funcionarios que representaran la justicia penal militar; supuesto éste que no aparece acreditado en la motivación que sustenta la Directiva acusada.

Nótese que de conformidad con el artículo 6º de la Ley 489 de 1998, el principio de coordinación administrativa se caracteriza por la "armonía" que debe existir entre las distintas autoridades "en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales", y en la medida en que dicho postulado normativo no se materializó, el acto administrativo acusado fue expedido irregularmente por parte del Fiscal General de la Nación.

De conformidad con lo expuesto, y en atención a los razonamientos antes presentados, con ocasión de la expedición del acto acusado, se incurrió en violación de los artículos: 6, 116, 121, 221 y 250 de la Constitución Política, del artículo 4 Transitorio del Acto Legislativo 02 de 2012 y de los artículos 1, 2 y 16 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999).



V.III. INFRACCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS SUPERIORES

El numeral 1º de las CONCLUSIONES de la Directiva 00001, señala que: *"En cumplimiento del Artículo 4º Transitorio del Acto Legislativo 02 de 2012, y hasta el 27 de diciembre de 2013, únicamente el Fiscal General de la Nación podrá trasladar procesos a la justicia penal militar. Por lo tanto, y hasta el vencimiento del plazo establecido, ningún fiscal podrá trasladar procesos por razones de competencia"*.

Considera el Ministerio Público que el Fiscal General de la Nación se arrogó, como propia, una función que correspondía a todos los Fiscales de la entidad que aquel representa. Al respecto se pone de relieve que como lo precisa la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación, es un órgano que tiene a su cargo la función pública de administrar justicia y, en virtud de lo anterior, tanto el Fiscal General de la Nación, como los demás fiscales que hacen parte del organismo, éstos últimos en desarrollo del principio de la desconcentración de funciones, también tienen a su cargo la referida atribución; competencia ésta que se ejerce de manera directa, y con las características de autonomía e independencia propias de la especificidad de tal función.

En tal sentido contempla la propia Carta Fundamental, en su artículo 116, que: *"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 (...)"*. Agrega el artículo 228 *ibídem*: *"La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes (...) Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo"*.

Como puede apreciarse, el Fiscal General de la Nación asumió como propia, una competencia que, por ser desconcentrada, es del resorte de los Fiscales en general, como servidores públicos que administran justicia; y que, por ende, tienen competencias para ejercer sus roles funcionales con autonomía e independencia.

Se resalta que el Acto Legislativo 02 de 2012, en su artículo 4º Transitorio, explícitamente refiere que la labor de identificación de procesos que cambiarán de jurisdicción, corresponde a la *"la Fiscalía General de la Nación"*, en coordinación con la Justicia penal Militar, y no al Fiscal General de la Nación, de manera individual y excluyente, como está consignado en el numeral 1º de las CONCLUSIONES de la directiva demanda.

Por ende, el acto acusado infringió las normas en que debió fundarse, razón por la cual se encuentra viciado de nulidad.

El numeral 9 de las CONCLUSIONES de la Directiva 00001, acusada establece que *"Los actos cometidos por miembros de la fuerza pública, cuando están cercanamente relacionados con el conflicto armado, deben ser juzgados a la luz del derecho internacional humanitario, sin que esto, por sí solo, defina la jurisdicción por la cual deben ser tramitados"*, asimismo, el numeral 11 de las



CONCLUSIONES de la Directiva 00001, señala que: *"La jurisdicción penal militar tiene la competencia para conocer de las conductas que, aún sin vínculo con el conflicto armado, guardan una relación próxima y directa con el servicio (...)".*

De la lectura del inciso 1º del artículo 3º del Acto Legislativo 02 de 2012 se encuentra que las cortes marciales o tribunales militares, conocerán de los delitos cometidos por los miembros en servicio activo de la fuerza pública y que hayan sido cometidos *'en relación con el mismo servicio'*. De manera que la norma constitucional (artículo 221) únicamente exige, para que el proceso sea conocido por la justicia penal militar, que el delito a investigar haya sido cometido por un miembro activo de la fuerza pública y que guarde relación con el mismo servicio. No obstante lo anterior, la Directiva acusada, con apoyo en lo consignado en el *obiter dictum* de la sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional, agrega como elemento de determinación de la competencia el que la conducta que guarda relación con el servicio, además debe tener una *"relación próxima y directa"* con el mismo servicio; exigencia ésta que no está contenida en la nueva norma constitucional y que, por ende, no puede ser agregada por el intérprete, circunstancia que se asume como una adición presupuestal normativa ajena al interprete como se indicó precedentemente.

Por su parte, los numerales 2º, 3º, 4º, 5º, 12º y 13º de las mismas CONCLUSIONES, señalan lo siguiente: *"3. No todos los delitos que ocurren en el contexto del conflicto armado tienen una relación jurídica con él. Por lo tanto, el solo hecho de que un acto delictivo haya ocurrido en el curso de una operación militar no determina la jurisdicción que deba asumir su juicio. 4. En cualquier caso de duda sobre la jurisdicción aplicable, se preferirá la jurisdicción ordinaria. 5. El hecho de que una operación militar sea legítima no implica que los actos de ejecución de la misma, que constituyen excesos cualitativos, sean legítimos. En estos casos, los actos serán juzgados por la jurisdicción ordinaria. 12. En desarrollo de una operación militar legítima, únicamente los actos individuales que constituyen excesos cualitativos serán trasladados a la jurisdicción ordinaria, rompiendo la unidad procesal con cualquier otro acto que hiciera parte de la operación si hubiere la necesidad de investigarlo. 13. En caso de duda jurídica sobre la competencia, la investigación permanecerá en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la duda fáctica sobre lo ocurrido no podrá determinar la jurisdicción competente".*

Las disposiciones en cita constituyen una vulneración del principio de juez natural consagrado tanto en el artículo 29 constitucional, así como en los artículos 1º, 2º y 16 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) y 6º del Código Penal (Ley 599 de 2000), en tanto que, como lo advierten los artículos 221 y 250 de la Carta Fundamental, 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, corresponde a la justicia penal militar. De allí que, en principio, los hechos que se presentan *'con ocasión de las operaciones'* de la fuerza pública, deben ser conocidos por la justicia penal militar y no por la jurisdicción ordinaria. Se pone de relieve que similar discusión a la que ahora nos ocupa, fue objeto de reciente decisión por parte de la Sección Primera del Consejo de Estado, Corporación que en sentencia de 15 de noviembre de 2012



(expedientes 2009-00196 y 2008-00025-00, acumulados), indicó: "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 (...) 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".

No obstante lo anterior, la directiva que se demanda, infringiendo normas jurídicas superiores, invierte las normas de competencia, dando prelación, sin motivación ni apoyo legal, a la jurisdicción ordinaria respecto de procesos penales que, en principio, y conforme a normas constitucionales superiores, son del resorte de la justicia penal militar.

De conformidad con lo expuesto, y en atención a los razonamientos antes presentados, con ocasión de la expedición del acto acusado, se incurrió en violación de los artículos: 6, 29, 116, 221, 228²⁸ y 250 de la Constitución Política; del inciso 3 del artículo 3²⁹ y del artículo 4 Transitorio del Acto Legislativo 02 de 2012; del artículo 6 de la Ley 489 de 1998³⁰, y de los artículos 1, 2 y 16 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) y 6 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

V.IV. FALSA MOTIVACIÓN

El numeral 2º de las CONCLUSIONES de la Directiva 00001, señala que: "Todas las conductas denominadas 'falsos positivos', independientemente de su tipificación penal, serán de competencia de la jurisdicción ordinaria. Los procesos de esa naturaleza que actualmente sean tramitados en por la jurisdicción penal militar deberán ser trasladados a la jurisdicción ordinaria".

²⁸ Constitución Política: Art. 220° La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones 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.

²⁹ Acto Legislativo 02 de 2012: Art. 3° El artículo 221 de la Constitución Política quedará así: [...] Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.

³⁰ Ley 489 de 1998: Art. 6° Principio de Coordinación. En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales. [...]



Acorde con lo indicado anteriormente, la facultad conferida por el Acto Legislativo 002 de 2012 a la Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, guardaba relación con la identificación de los procesos penales, que estando en curso en contra de miembros de la fuerza pública, debían ser remitidos a la jurisdicción ordinaria o a la justicia penal militar, con ocasión de la nueva regulación contenida en los numerales 1º y 2º del artículo 3º del Acto Legislativo. Sin embargo, el Fiscal General de la Nación, en el acápite del acto acusado, incurrió en errónea y falsa motivación, comoquiera que sustentó su decisión de traslado a la jurisdicción ordinaria de procesos penales, en el concepto de '*falsos positivos*' que además de no ser un tipo penal – nomen iuris – consagrado dentro de nuestro catálogo penal, tal denominación responde a una figura creada por los medios de comunicación para referirse a la totalidad de hechos anómalos caracterizados por la presentación de resultados operacionales irregulares como actuaciones regulares y positivas en la lucha contra la delincuencia, al margen de la adecuación típica del comportamiento que se investigue.

Nótese que el concepto de '*falsos positivos*' que se menciona únicamente en este apartado de las conclusiones de la directiva demandada, es una categoría que no está consagrada en la legislación internacional o nacional y que claramente no corresponde a ninguno de los conceptos jurídicos a los que aluden los incisos 1º y 2º del artículo 3º del Acto Legislativo 02 de 2012, como se indicó en el acápite anterior.

De allí que el numeral 2º de las CONCLUSIONES de la Directiva 00001, se encuentra viciado de nulidad por errónea y falsa motivación.

De conformidad con lo expuesto, y en atención a los razonamientos antes presentados, con ocasión de la expedición del acto acusado, se incurrió en violación de los artículos: 6, 116, 121 y 228 de la Constitución Política, y de los incisos 1º y 2º del artículo 3º del Acto Legislativo 02 de 2012.

VI. PRUEBAS

Le solicito se alleguen al expediente los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición de la Directiva 00001 de 2013.

VII. ANEXOS

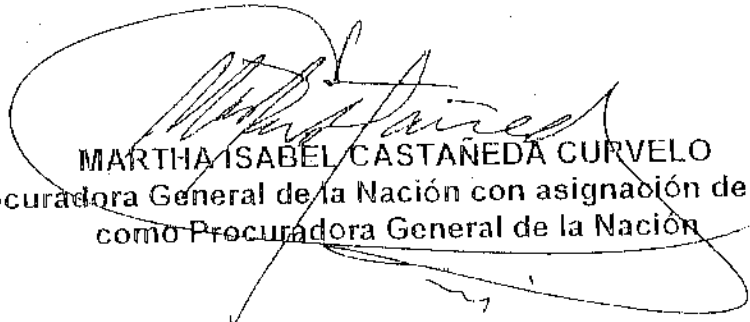
Anexo copia del acto acusado, con la afirmación de que el mismo se encuentra publicado en el sitio web de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo señalado en el artículo 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y copias de la demanda para la notificación al demandado.



VIII. NOTIFICACIONES

- a) Al demandado, doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, en la Fiscalía General de la Nación, ubicada en la Diagonal 22 B No. 52-01, ciudad Salitre, Bogotá.
- b) A la suscrita Viceprocuradora General de la Nación con asignación de funciones como Procuradora General de la Nación, en la Procuraduría General de la Nación, en la Carrera 5° No. 15-80, piso 25, Bogotá. Teléfono: 5878750, extensión 12511, y en el correo electrónico (viceprocuraduria@procuraduria.gov.co).

De los Honorables Consejeros,


MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO
Viceprocuradora General de la Nación con asignación de funciones
como Procuradora General de la Nación

CONSEJO DE ESTADO
EL ANTERIOR MEMORIAL FUE PRESENTADO
EN ESTA SECRETARIA GOY

11 JUL 2003 L.K.

SECCION PRIMERA

EN 21 FOLIOS
Y 26 ANEXOS

+ LCO.

+ 4 copias con anexos