

JUSTICIA PENAL MILITAR – Ámbito de competencia. Incompetencia frente a acciones de tutela / TUTELA – Incompetencia de la Justicia Penal Militar / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR – Competencia

La Sala considera aclarar el aspecto de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de la presente tutela, en tanto se acusa a un juez penal militar de incurrir en vía de hecho en una de sus providencias. Ello, porque de la lectura del numeral 2. del artículo 1° del decreto 1382 de 2000 podría entenderse que el competente para conocer de acciones de tutela interpuestas contra funcionarios de la justicia penal militar, sería el respectivo superior funcional. El tribunal a quo no hizo un pronunciamiento expreso sobre la competencia, aunque sí visualizó el tema cuando adujo que la justicia penal militar tiene una competencia restringida al conocimiento de delitos de miembros de la fuerza pública cometidos en el ejercicio de su cargo. Sobre la competencia de la jurisdicción penal militar, en especial para conocer de solicitudes de tutela, la Corte Constitucional ha enfatizado en lo siguiente: “(...) Como a la justicia penal militar le está prohibido investigar o juzgar a los civiles, es claro que jamás podría conocer de una tutela demandada por un civil, o contra éste.(...)”. Ese criterio jurisprudencial permite analizar las reglas de reparto contenidas en el decreto 1382 de 2000, en tanto que en él se determina que las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los Tribunales Superiores, Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura. Adicionalmente, el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 dispone que serán competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud, criterio que ha sido acogido por la Corte Constitucional para asignar la competencia en casos de conflicto (al respecto, auto A-005 de 2008). Entonces, como en el caso el Tribunal Administrativo del Atlántico avocó el conocimiento de la acción de tutela, frente a lo dispuesto por los artículos 86 de la Constitución Política y el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 no hay duda que era competente para ello.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 – ARTICULO 37 / DECRETO 1382 DE 2000

NOTA DE RELATORIA: Sobre la competencia de la Jurisdicción Penal Militar para conocer solicitudes de tutela: Corte Constitucional, auto de 1 de agosto de 1994, Rad. A-012 de 1994, MP. Jorge Arango Mejía.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Razones para su improcedencia / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Procedencia excepcional

Por regla general, en la inmensa mayoría de los casos, la Sala rechaza por improcedente la tutela cuando se propone para dejar sin efectos o para modificar providencias judiciales porque, como primera y esencial razón, este instrumento constitucional no existe en el ordenamiento jurídico colombiano desde que se expidió por la Corte Constitucional la sentencia C-543 de 1992 declarando inexequibles los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que admitían su viabilidad. Otros argumentos que sustentan esta postura tienen que ver con la causal legal de improcedencia de esta acción cuando existe otro medio de defensa judicial, en el entendido que precisamente, este medio estuvo presente y operó a favor del accionante al tener acceso a la justicia y obtener definición de su

controversia. Igualmente, que para el juez de tutela se impone preservar valores superiores de la justicia: la certeza y seguridad jurídica derivadas de la cosa juzgada y de la inmutabilidad de la sentencia, así como respetar la autonomía del fallador. Anudado a todo ello está la consideración de que no es admisible, a la luz de la misma lógica, que un juez de tutela en el breve lapso que la ley le otorga para decidirla, pueda inmiscuirse en el examen y en la definición sobre el fondo de una controversia de la especialidad propia del juez natural al cual, resolverla le reportó un complejo y profundo análisis, para el que tuvo que invertir un término de tiempo muy superior. Fundada en estos razonamientos, solo en situaciones especialísimamente excepcionales en las cuales se evidencie de manera superlativa que la providencia judicial padece un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la justicia, individualmente considerado o en conexidad con el derecho de defensa y de contradicción, núcleo esencial del derecho al debido proceso, la Sala ha admitido que la acción de tutela constituye el remedio para garantizar estos especiales y concretos derechos amenazados o trasgredidos, procediendo en tales casos a ampararlos porque considera que prevalecen sobre los mencionados valores de seguridad jurídica y de cosa juzgada en tanto de nada sirve privilegiarlos, si no se ha garantizado al individuo como ser humano la justicia material en tan especialísimos derechos inherentes a su misma dignidad. Así, dicta la correspondiente orden de enmendar o de rehacer una actuación, a ser acatado por el fallador de instancia, orden que no implica, se reitera, penetrar en el fondo del asunto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D. C., trece (13) de mayo de dos mil diez (2010)

Radicado número: 08001-23-31-000-2010-00051-01(AC)

Actor: NURIS DEL CARMEN AGUIRRE CONTRERAS

Demandado: MINISTERIO NACIONAL, JUSTICIA PENAL MILITAR

Procede la Sala a resolver la impugnación formulada por la accionante contra la sentencia del 23 de febrero de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual rechazó por improcedente la solicitud de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora Nuris del Carmen Aguirre Contreras, actuando en nombre propio y además como madre del menor Ricardo Andrés Hamburger Aguirre y como compañera permanente del señor Jorge Luis Hamburger Morelo, ejerce acción de tutela contra el juez de primera instancia de la presidencia de la Corte Marcial de la Justicia Penal Militar, Batallón de Policía Militar N° 2, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la continuidad de la unidad familiar y el derecho de todo niño a tener un padre.

Como consecuencia, solicita que se ordene la libertad inmediata de Jorge Luis Hamburger Morelo, se decrete la nulidad del fallo condenatorio proferido por el juez de primera instancia de la Corte Marcial y se ordene la expedición de la libreta militar a favor de aquél, para evitar que se lesionen otros derechos como el del trabajo.

La demandante apoya la solicitud de tutela en los siguientes **hechos**:

- El 29 de octubre de 2007 su compañero, Jorge Luis Hamburger Morelo, se evadió de las filas del Ejército Nacional, por desear regresar al hogar. Para entonces ella “presentaba síntomas de embarazo”.
- La justicia penal militar inició proceso penal contra el soldado Jorge Luis Hamburger Morelo, por el delito de deserción. En la audiencia de juzgamiento su defensor solicitó la absolución, para lo cual puso de presente que por ser hijo único, hubo una indebida incorporación, y que la evasión quedó justificada porque actuó en cumplimiento del deber de proteger a su esposa y a su hijo. Pero esa justificación no fue aceptada y fue condenado a 6 meses de arresto y a continuar prestando el servicio militar una vez cumplida la pena.
- El juzgado penal militar incurrió en vía de hecho al desconocer el principio de presunción de inocencia, porque “si para la Justicia Penal Militar no estaba demostrado mi embarazo le correspondía al ente acusador practicarme las pruebas pertinentes como (sic) por lo menos una visita a mi domicilio”. Además, sostiene que la detención de su compañero vulnera el derecho de su hijo a estar al lado de su padre.

- El 24 de enero de 2010 la Policía capturó a Jorge Luis Hamburger Morelo y lo puso a disposición del juez penal militar de Malambo, en donde permanece detenido, purgando la pena.

- Como ha transcurrido un año y siete meses de haberse proferido el fallo, ya no procede ningún recurso contra el mismo, “haciendo (sic) procedente la presente acción de tutela como único mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales”.

2. Trámite de la solicitud y argumentos de defensa

La demanda de tutela se presentó ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, que por auto del 9 de febrero de 2010 la admitió y ordenó notificar al demandado para que se refiriera a la misma.

El juez de primera instancia -1° de Brigada del Batallón de Policía Militar N° 2 del Ejército Nacional-, presentó informe que se resume de la siguiente manera:

- Lo que se alega en la tutela, sobre la justificación del soldado para evadirse del servicio, no fue presentado como defensa en el proceso penal.

- El soldado Hamburger Morelo nunca se presentó al proceso a ejercer su derecho de defensa; fue necesario emplazarlo, declararlo persona ausente y designarle defensor de oficio, quien ejerció debidamente sus obligaciones.

- El ingreso de Hamburger Morelo al Ejército fue voluntario, y para no quedar cobijado por la exención contemplada en la ley 48 de 1993, al momento de su presentación mintió, al aducir que tenía dos hermanas de nombres Sindy Lorena y Shirley.

3. Sentencia impugnada

La profirió el 23 de febrero de 2010 el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la cual, para rechazar la acción de tutela, expresó lo siguiente:

- La jurisdicción penal militar tiene competencia restringida, en cuanto sólo conoce de delitos atribuidos a miembros de la fuerza pública cometidos en el ejercicio de su cargo.

- El artículo 360 del Código Penal Militar contempla la procedencia del recurso de apelación contra la sentencia y las providencias interlocutorias proferidas en primera instancia en el proceso penal militar. En el caso, en sentencia del 16 de julio de 2008 se condenó a Jorge Luis Hamburger Morelo a la pena principal de 6 meses de arresto, por el delito de desertión, y una vez terminara la pena, si hubiere lugar a ello, a la continuidad de la prestación del servicio militar hasta completarlo.

- Esa sentencia no fue apelada por el condenado, por lo que ahora no puede alegarse la vulneración de derechos, cuando se le dio la oportunidad de controvertir la sentencia para que el superior del juez fallador revisara la actuación.

- El condenado contó, entonces, con otro medio de defensa judicial, el cual no utilizó.

- Por último, el nacimiento del hijo del condenado, que es uno de los hechos que origina la demanda de tutela, fue posterior a la expedición de la sentencia condenatoria, “no siendo viable acudir a un hecho posterior para que quien se hizo acreedor de una condena por la comisión de un punible, sea exonerado de la misma”.

4. Impugnación

La accionante pone de presente que si bien es cierto que la sentencia penal fue expedida hace más de un año y medio, en tanto que el hijo de ella y del señor Hamburger Morelo tiene 6 meses, también lo es que “hay una situación nueva que modifica y/o altera sustancialmente la situación jurídica del condenado y este es PADRE DE FAMILIA, y por tanto el derecho de los niños, más de uno que ni siquiera ha cumplido el año de edad, está por encima del derecho de los demás, por lo tanto el fallo debió proteger el derecho que tiene este bebé de tener a su padre a su lado para su cuidado y protección”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Aspecto previo

Aunque el tema no es objeto de la impugnación, la Sala considera aclarar el aspecto de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de la presente tutela, en tanto se acusa a un juez penal militar de incurrir en vía de hecho en una de sus providencias.

Ello, porque de la lectura del numeral 2. del artículo 1° del decreto 1382 de 2000 podría entenderse que el competente para conocer de acciones de tutela interpuestas contra funcionarios de la justicia penal militar, sería el respectivo superior funcional.

El tribunal a quo no hizo un pronunciamiento expreso sobre la competencia, aunque sí visualizó el tema cuando adujo que la justicia penal militar tiene una competencia restringida al conocimiento de delitos de miembros de la fuerza pública cometidos en el ejercicio de su cargo.

Sobre la competencia de la jurisdicción penal militar, en especial para conocer de solicitudes de tutela, la Corte Constitucional ha enfatizado en lo siguiente:

“En consecuencia, la Justicia Penal Militar tiene un ámbito restringido: el de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio.

Esta es una limitación que no puede hacerse a un lado, pues restringe la jurisdicción de la Justicia Penal Militar a un sólo grupo de personas, los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y sólo por delitos cometidos en relación con el mismo servicio.
(...)

En conclusión: por este primer aspecto, no parece lógico sostener que la expresión "ante los jueces" que utiliza el artículo 86, comprenda a los encargados de ejercer la jurisdicción penal militar, llamados a juzgar solamente un sector de la población, y sólo por los delitos cometidos en una particular circunstancia.
(...)

Como a la justicia penal militar le está prohibido investigar o juzgar a los civiles, es claro que jamás podría conocer de una tutela demandada por un civil, o contra éste.
(...)

Es verdad que la Justicia Penal Militar, según lo dice el artículo 116 de la 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”¹
(se resaltó).

Aunque este pronunciamiento fue anterior a la expedición del decreto 1382 de 2000, en él se hizo un análisis frente a la normatividad constitucional, como los artículos 86, 116 y 221 de la Constitución Política, por lo que la expedición del

¹ Corte Constitucional, auto N° 012 del 1° de agosto de 1994, MP. Jorge Arango Mejía.

decreto 1382, que sólo estableció reglas de reparto, en nada cambia el criterio de la Corte Constitucional sobre la competencia.

Más bien ese criterio jurisprudencial permite analizar las reglas de reparto contenidas en el decreto 1382 de 2000, en tanto que en él se determina que las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los Tribunales Superiores, Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura.

Adicionalmente, el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 dispone que serán competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud, criterio que ha sido acogido por la Corte Constitucional para asignar la competencia en casos de conflicto (al respecto, auto A-005 de 2008).

Entonces, como en el caso el Tribunal Administrativo del Atlántico avocó el conocimiento de la acción de tutela, frente a lo dispuesto por los artículos 86 de la Constitución Política y el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 no hay duda que era competente para ello.

2. Acerca de la acción de tutela

El artículo 86 de la Carta Política establece que cualquier persona puede interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en situaciones especiales.

Como mecanismo constitucional de protección subsidiario y residual procede sólo cuando la persona afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo si se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Sala anticipa que el fallo de tutela impugnado se confirmará, en tanto que la acción de tutela se dirige a cuestionar y a que se deje sin efecto una decisión judicial.

En efecto, en la solicitud de tutela se considera que la vulneración de los derechos invocados deviene como consecuencia de la sentencia proferida el 16 de julio de 2008 por un juez de la justicia penal militar, que a términos del artículo 116 de la Constitución Política administra justicia.

3. La acción de tutela contra providencia judicial

Por regla general, en la inmensa mayoría de los casos, la Sala rechaza por improcedente la tutela cuando se propone para dejar sin efectos o para modificar providencias judiciales porque, como primera y esencial razón, este instrumento constitucional no existe en el ordenamiento jurídico colombiano desde que se expidió por la Corte Constitucional la sentencia C-543 de 1992 declarando inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que admitían su viabilidad.

Otros argumentos que sustentan esta postura tienen que ver con la causal legal de improcedencia de esta acción cuando existe otro medio de defensa judicial, en el entendido que precisamente, este medio estuvo presente y operó a favor del accionante al tener acceso a la justicia y obtener definición de su controversia.

Igualmente, que para el juez de tutela se impone preservar valores superiores de la justicia: la certeza y seguridad jurídica derivadas de la cosa juzgada y de la inmutabilidad de la sentencia, así como respetar la autonomía del fallador. Anudado a todo ello está la consideración de que no es admisible, a la luz de la misma lógica, que un juez de tutela en el breve lapso que la ley le otorga para decidirla, pueda inmiscuirse en el examen y en la definición sobre el fondo de una controversia de la especialidad propia del juez natural al cual, resolverla le reportó un complejo y profundo análisis, para el que tuvo que invertir un término de tiempo muy superior.

Fundada en estos razonamientos, solo en situaciones especialísimamente excepcionales en las cuales se evidencie de manera superlativa que la providencia judicial padece un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la justicia, individualmente considerado o en conexidad con el derecho de defensa y de contradicción, núcleo esencial del derecho al debido proceso, la Sala

ha admitido que la acción de tutela constituye el remedio para garantizar estos especiales y concretos derechos amenazados o trasgredidos, procediendo en tales casos a ampararlos porque considera que prevalecen sobre los mencionados valores de seguridad jurídica y de cosa juzgada en tanto de nada sirve privilegiarlos, si no se ha garantizado al individuo como ser humano la justicia material en tan especialísimos derechos inherentes a su misma dignidad.

Así, dicta la correspondiente orden de enmendar o de rehacer una actuación, a ser acatado por el fallador de instancia, orden que no implica, se reitera, penetrar en el fondo del asunto.

4. Caso concreto

En el caso sub examine la parte demandante pretende controvertir la providencia judicial proferida el 16 de julio de 2008 por el juez de primera instancia de la presidencia de la Corte Marcial de la Justicia Penal Militar, Batallón de Policía Militar N° 2, mediante la cual se tomaron las siguientes decisiones:

- Se condenó a Jorge Luis Hamburger Morelo a la pena principal de 6 meses de arresto, por el delito de desertión.
- Se declaró que por prohibición expresa del artículo 171 del Código Penal Militar, no procede el otorgamiento de la condena de ejecución condicional.
- Se dispuso que la pena se cumpliría en el lugar donde disponga el Comandante del Batallón de Policía Militar N° 2.
- Se ordenó que el soldado debe continuar con la prestación de su servicio militar hasta completarlo, una vez pague la pena.
- Se dispuso que contra la sentencia procedía el recurso de apelación.

De manera que en el presente caso, la Sala debe ratificar su posición de improcedencia de la tutela cuando se dirige a variar el sentido del fondo de la controversia dirimida en la providencia judicial que se pretende se tutele, dejándola sin efecto.

En el evento sometido a consideración a ello equivale la pretensión de la accionante concerniente a que se le suprima validez a la decisión y en su defecto, se absuelva al señor Jorge Luis Hamburger Morelo del delito por el que fue procesado, y se le exonere de seguir prestando el servicio militar.

Porque aceptar tal pretensión implicaría desconocer los principios de cosa juzgada, de seguridad jurídica e incluso de independencia y autonomía de los jueces, consagrados en el artículo 228 de la Carta Política, y representaría la equivocación de admitir que el juez de tutela puede inmiscuirse en todos los casos, en las competencias del juez natural del asunto por la sola razón del desacuerdo con lo que éste resolvió.

Bajo estos razonamientos esenciales, la Sala concluye que la tutela propuesta en esta oportunidad, en cuanto va dirigida a modificar la decisión sobre el fondo de la controversia que dirimió la providencia judicial, es improcedente.

Esa improcedencia se hace más evidente, al tenerse por demostrado que el señor Jorge Luis Hamburger Morelo no se hizo presente a ejercer su defensa en el proceso penal y en cambio asumió una conducta negligente a sus propios derechos, desidia que se suma a la no interposición del recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia.

Al respecto se señala que según el artículo 216 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) “Los sujetos procesales en el proceso penal militar tendrán derecho a controvertir los medios probatorios, a impugnar las decisiones y a realizar las demás actuaciones que en desarrollo de este principio autoriza la ley”, y que según el artículo 295 del mismo Código “El imputado o procesado, directamente, podrá solicitar la práctica de pruebas, interponer recursos, desistir, solicitar excarcelación, subrogados penales, actuar en las diligencias e intervenir en todos los casos autorizados por la ley. Cuando existan peticiones encontradas entre el procesado y su defensor, prevalecerán estas últimas, siempre y cuando no se quebranten los derechos y garantías fundamentales”, derechos que Jorge Luis Hamburger Morelo, en su condición de procesado en el sumario 670-2006, no ejerció, por culpa atribuible a él.

Eso no significa que haya carecido de defensa, pues dentro del proceso se le designó defensor de oficio, conforme a las normas procedimentales que regulan esa figura.

Y en cuanto al derecho del menor Ricardo Andrés Hamburger Aguirre a no ser separado de su padre, no puede endilgarse su presunta vulneración al fallo de la

justicia penal militar del 16 de julio de 2008, pues éste es la consecuencia de una conducta asumida por el soldado Hamburger Morelo, que lo dejó incurso en el delito de deserción por el cual fue investigado y condenado.

Además, como quedó demostrado con el registro civil del menor, éste nació el 22 de septiembre de 2009, es decir 14 meses después de haber sido condenado su padre, por lo que no resulta apropiado valerse de la condición del menor para dejar sin efectos una decisión que no fue controvertida.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 23 de febrero de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se rechazó por improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Nuris del Carmen Aguirre Contreras contra el juez de primera instancia de la presidencia de la Corte Marcial de la Justicia Penal Militar, Batallón de Policía Militar N° 2.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el Decreto 2591 de 1991, artículo 30.

TERCERO.- REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA