

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP10865-2018

Radicación N.º 100023

Acta 273

Bogotá D. C., veintiuno (21) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la demanda de tutela formulada por el apoderado judicial de JHON JAIRO HARO SÁNCHEZ contra la SEGUNDA SALA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y DE POLICÍA y el JUZGADO SEXTO DE INSTANCIA ANTE BRIGADAS MÓVILES, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales. Al trámite fueron vinculados, la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, la FISCALÍA 13 PENAL MILITAR, la PROCURADURÍA 315 JUDICIAL II PENAL y los defensores del demandante dentro del proceso castrense que se promovió en su contra.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

Contra el soldado profesional ® JHON JAIRO HARO SÁNCHEZ se adelantó proceso penal militar por la comisión del delito de abandono del servicio.

Agotadas las correspondientes fases procesales y culminada la Corte Marcial, el Juzgado

Sexto de Instancia ante Brigadas Móviles lo condenó, el 18 de marzo de 2014, a la pena de 12 meses de prisión.

La decisión condenatoria fue apelada y el Tribunal Superior Militar, en sentencia del 30 de abril de 2015, ratificó la sanción, pero disminuyó su monto a 6 meses de privación de la libertad.

Ahora acude HARO SÁNCHEZ a la extraordinaria vía de tutela por conducto de apoderado.

Su representante judicial hace un minucioso recuento de la actuación surtida al interior del trámite penal para señalar que se vulneraron los derechos fundamentales del demandante, particularmente, el de defensa, pues los distintos defensores de confianza que ejercitaron esa prerrogativa lo hicieron de manera deficiente, en específico, lo que se relaciona con los conainterrogatorios y postulaciones probatorias.

Añade que en las distintas instancias del proceso no contó con debida representación y que, de haberse advertido oportunamente, se habría demostrado que no cometió el injusto por el cual fue sancionado.

Agrega que HARO SÁNCHEZ fue desvinculado del Ejército Nacional, injustamente, porque además de que no cometió el referido delito, no existió ninguna razón valedera para que así se procediera, menos aún, porque padece bursitis y no se le practicó el correspondiente examen médico de retiro, ni cuenta con la prestación de servicios de salud en punto de la dolencia que padece.

Pide, por los motivos consignados en el libelo de tutela, la «nubilidad» de la actuación surtida ante la justicia penal militar, que se ordene su reintegro, la prestación integral de los servicios de salud, el pago de las prestaciones sociales que ha dejado de percibir desde su desvinculación y los honorarios causados con ocasión a la interposición del amparo.

TRÁMITE Y RESPUESTA

DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

1. El Juzgado Sexto de Brigadas Móviles hizo un recuento del trámite a su cargo. Explicó que en ninguna de las actuaciones objeto de controversia el demandante tuvo alguna clase de orfandad defensiva y se notificó debidamente de todos los actos procesales, contando siempre con apoderado de confianza.

Agregó que el 9 de marzo de 2016 se le otorgó la libertad definitiva por pena cumplida e indicó que al no haber lesionado los derechos fundamentales del demandante en las fases de investigación y juzgamiento, debe negarse el amparo invocado.

2. El Tribunal Superior Militar y Policial también hizo un recuento del trámite y tras referirse a las condiciones de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, precisó que el libelista desconoció las de inmediatez y subsidiariedad, porque no formuló oportunamente la tutela y no hizo uso del recurso extraordinario de casación, que podía promover para que la Corte, de manera discrecional, determinara si admitía el libelo.

Agregó, que sus distintos defensores ejercitaron debidamente el derecho de contradicción, al punto que la apelación que resolvió esa Corporación resultó favorable a sus intereses en punto de haber disminuido el monto de la sanción y agregó que los aspectos atinentes a su retiro del Ejército Nacional, en nada se relacionan con la determinación condenatoria.

Solicitó, por consiguiente, que se declare improcedente el amparo invocado.

3. Uno de los apoderados que representó a JHON JAIRO HARO SÁNCHEZ dentro del proceso expuso, al igual que el Tribunal, que la tutela no cumple las condiciones de inmediatez y subsidiariedad, por los mismos motivos antes anotados. Añadió, en lo relacionado con la desvinculación del servicio, que esa pretensión ha debido plantearse por la vía contenciosa

administrativa, a través de la acción correspondiente.

Dijo también que los hechos objeto de procesamiento no fueron desmentidos y en la estrategia defensiva se intentó demostrar una justificación que no prosperó. Concluyó advirtiendo que sus actuaciones se cumplieron debidamente, por lo que solicitó que se declare improcedente el amparo.

4. La Fiscalía 13 Penal Militar y el Delegado del Ministerio Público también solicitaron que se niegue la tutela al advertir, como lo hizo el Tribunal, que de ningún modo se lesionaron las garantías del demandante dentro del proceso que se adelantó en su contra.

5. Los demás vinculados al contradictorio guardaron silencio dentro del término de traslado conferido por la Sala.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 20151, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la demanda de tutela propuesta, que se dirige, entre otras autoridades, contra el Tribunal Superior Militar y de Policía.

2. Para la solución del caso, han de recordarse los requisitos de procedencia de la acción de amparo contra providencias judiciales.

En ese sentido, se ha decantado de tiempo atrás que la acción de tutela es una vía de protección excepcionalísima cuando se dirige en contra de providencias judiciales, y su prosperidad va necesariamente ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad, que esta Corporación, en posición compartida por la Corte Constitucional ha venido acogiendo, y que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración.

Tales requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplan, que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Además, que se hayan agotado todos los medios – ordinarios y extraordinarios – de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Igualmente, exige la jurisprudencia que se cumpla el requisito de la inmediatez, el cual impone que la tutela se haya instaurado en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; así mismo, cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

Además, que el accionante «identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible».

Y finalmente, que no se trate de sentencias de tutela.

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son: (i) defecto orgánico²; (ii) defecto procedimental absoluto³; (iii) defecto fáctico⁴; (iv) defecto material o sustantivo⁵; (v) error inducido⁶; (vi) decisión sin motivación⁷; (vii) desconocimiento del precedente⁸; y (viii) violación directa de la Constitución.

Desde la decisión CC C-590/05 ampliamente referida, la procedencia de la tutela contra una providencia emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando superado el filtro de verificación de los requisitos generales, se configure al menos uno de los defectos específicos antes mencionados.

3. Ha de destacarse, de entrada, que la demanda desconoce las condiciones generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, particularmente, las de inmediatez y

subsidiariedad en su ejercicio.

El primer requisito, a la luz de la decisión T-328/10 debe ser ponderado en cada caso particular, si la solicitud de amparo fue presentada dentro de un término que revista dichas características, bajo los siguientes criterios:

(i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.

En este caso, ninguno de tales elementos se verifica, pues la condena impuesta contra el libelista quedó en firme en el año 2015 y HARO SÁNCHEZ estuvo privado de la libertad hasta el 9 de marzo de 2016, sin que justificara, al menos sumariamente, por qué acudió pasados más de dos años a la vía de amparo para controvertir actuaciones que se desarrollaron dentro del proceso que cursó en su contra.

De otra parte, en cuanto al requisito de subsidiariedad, se ha de señalar que el libelista no acudió al recurso extraordinario de casación, que debió haber impetrado para que ante la Corte Suprema de Justicia se analizara la justeza de la decisión de segundo nivel e inclusive, del proceso penal en su integridad.

Ahora bien, aun si en gracia a discusión se analizara el fondo del asunto, tampoco se avizora imperiosa la intervención del juez de tutela, por las siguientes razones:

La alegación relacionada con la vulneración del derecho de defensa no tendría vocación de prosperar, pues como dijo la Sala de Casación Penal en sentencia SP16891 - 2017:

Es frecuente que... los intervinientes en el debate probatorio incurran en imprecisiones conceptuales y cometan errores, pero ello no implica necesariamente que carezcan de las competencias básicas para desempeñar sus diferentes roles.

Además, quien plantea que la “incompetencia” de un abogado se tradujo en la imposibilidad de allegar las pruebas necesarias para sustentar la teoría del caso de la defensa, tiene la carga de explicar la trascendencia de los medios de conocimiento que echa de menos, lo que no se suple, como parece entenderlo la impugnante, con la alusión genérica a que la omisión afectó una determinada estrategia defensiva.

Así pues, las discrepancias en el ejercicio del derecho de defensa – verbigracia, que se formule o se deje de formular algún recurso o que no se disponga la presentación de algún elemento de convicción – no habilitan, per se, la afectación de esa garantía. Como se expuso en el precedente jurisprudencial en cita, es necesario mostrar la trascendencia que tendría la supuesta irregularidad en el resultado del proceso.

Pero en el caso concreto, dicha carga no se cumplió, ni la Sala advierte que haya sido incorrecto el ejercicio defensivo que desplegaron dentro del trámite penal que cursó contra HARO SÁNCHEZ, los distintos abogados que lo representaron, menos cuando fungieron como defensores de confianza y ejercitaron el mandato a través de los poderes que él les confirió.

Además, la censura que se formula por la vía de amparo no fue objeto de controversia dentro del proceso que se surtió ante la jurisdicción castrense. Allí nada se dijo en punto de una supuesta falta de defensa técnica y los alegatos de los distintos defensores se centraron en la búsqueda de una decisión absolutoria por vía de la existencia de circunstancias que, en criterio de los apoderados, justificaban el abandono del servicio que se le endilgó a HARO SÁNCHEZ. Es decir, intentaron demostrar que actuó bajo un «estado de necesidad»⁹.

De igual manera, el ahora demandante fue vinculado al proceso mediante diligencia de indagatoria el 18 de febrero de 2011, donde fue acompañado por un abogado¹⁰.

Subsiguientemente, su defensa: (i) interpuso recursos contra la determinación que definió su situación jurídica¹¹; (ii) presentó alegatos precalificatorios; (iii) se notificó de la resolución de acusación, e incluso (iv) la apeló; (v) intervino en la audiencia de corte marcial previa a la emisión de sentencia de primera instancia, invocando la absolución; y (vi) apeló la condena impuesta, para insistir en la existencia de una justificante para desvirtuar el injusto que se le reprochó y obtuvo, en segunda instancia, una disminución en punto de la sanción que le fue impuesta.

Entonces, no se advierte vulneración de los derechos fundamentales del accionante en cuanto al trámite penal que se siguió en su contra. Tampoco la ausencia de defensor en alguna de las fases del proceso o el abandono de la gestión que le fue encomendada.

Distinto es, que ahora el accionante afirme que la conducta no se materializó, en tanto parte de supuestos sin sustento alguno y que se desvirtúan del análisis de las piezas procesales aportadas al trámite. Ha de señalarse, que los argumentos que cimentan el libelo de tutela carecen de respaldo en el expediente contentivo del proceso penal que cursó en su contra, máxime cuando, se ha de reiterar, los distintos defensores que lo acompañaron dentro del trámite ejercitaron la labor encomendada, en la medida de sus posibilidades.

De otra parte, la condición de subsidiariedad de la tutela también resulta aplicable en lo relacionado con el retiro de HARO SÁNCHEZ del Ejército Nacional y la prestación de los servicios médicos por razón de la dolencia de bursitis que, según él, adquirió en el servicio.

Ello, porque no allegó al contradictorio alguna solicitud dirigida a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional encaminada a que se le brinde atención en salud por ese aspecto, o petición dirigida a que se lleve a cabo el examen médico de retiro, ni constancia de que esa

dependencia le haya negado los servicios médicos¹².

De igual manera, el acto de retiro del Ejército Nacional ha de ser discutido a través de la vía contencioso administrativa, donde JHON JAIRO HARO SÁNCHEZ tiene la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los efectos de esa determinación, como lo permite el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo¹³, máxime que tal petición, en virtud del artículo 233 ejusdem, se puede resolver desde la admisión de la demanda.

Por los motivos precedentemente expuestos, la decisión que se impone no puede ser distinta a la de negar el amparo invocado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NEGAR el amparo invocado.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 5. Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.

2 “que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”.

3 “cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”.

4 “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.

5 “se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”.

6 “cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”.

7 “que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”.

8 “cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho

alcance”.

9 Folio 178 del cuaderno 1º de pruebas.

10 Folio 30 ídem.

11 Folio 69 ibídem.

12 Sin que pueda predicarse que su derecho fundamental a la salud esté en un riesgo potencial, pues al revisar la base de datos única de afiliados al Sistema de Seguridad Social en salud, se constata que el accionante está afiliado a la EPS SaludVida, en calidad de cotizante (cfr.

[https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/](https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=3YY7EfY4SJIB4DjOEgMaRQ==)

[RespuestaConsulta.aspx?tokenId=3YY7EfY4SJIB4DjOEgMaRQ==](https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=3YY7EfY4SJIB4DjOEgMaRQ==))

13 ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.