

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP1105-2018

Radicación No 96166

(Aprobado Acta No.23)

Bogotá. D.C., treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

La Sala decide la impugnación interpuesta por HEBER HERNÁN GÓMEZ NARANAJO, contra el fallo proferido el 31 de octubre de 2017, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados, supuestamente vulnerados por el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Así fueron sintetizados en el fallo constitucional de primera instancia:

2. De lo afirmado en la solicitud de amparo constitucional y los documentos allegados en su trámite, se infiere lo siguiente:

El accionante, miembro del Ejército Nacional desde hace 28 años, arguye que fue investigado por haberse «concertado para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley para cometer homicidios».

Señala que el 25 de enero de 2007, en su contra fue proferida resolución de investigación previa el 8 de febrero siguiente, se ordenó la apertura de instrucción.

El actor advierte fue vinculado a la investigación de manera formal el 13 de marzo de 2007, tras lo cual rindió indagatoria el 13 de junio de ese año.

El 6 de mayo de 2008, la Fiscalía 14 de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, aseveró el actor, resolvió su situación jurídica y se abstuvo de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Agregó que el 12 de enero de 2010 en su contra se profirió resolución de acusación y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

Culminado el juicio, informó, el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de Bogotá profirió sentencia absolutoria, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Aseguró que al momento de ser injustamente privado de la libertad se encontraba realizando los trámites para ser incluido en la «lista para clasificación para ascenso al grado de Coronel del Ejército Nacional», tras verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Decreto Ley 1790 de 2000; no obstante, mediante acta 1968 del 6 de octubre de 2010, la Junta Calificadora del Ejército Nacional no consideró su hoja de vida argumentando «personal pendiente situación jurídica» en atención a la medida de aseguramiento impuesta por la Fiscalía 14 de DDHH dentro del radicado 3834.

Tras quedar ejecutoriada la sentencia absolutoria -9 de marzo de 2015- consideró, quedó

sin efecto la causal por la cual no fue clasificado para ascenso, circunstancia que suspendió el aludido trámite.

En ese orden, estimó que en aras de la protección de sus derechos fundamentales, lo pertinente es que se surta el trámite para obtener su ascenso «con efectos retroactivos a la fecha en que dicho acto debió producirse», ello conforme a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 97 del Decreto Ley 1790 de 2000.

Añadió que el Departamento de personal del Ejército Nacional emitió concepto favorable a su solicitud en el oficio 20163131645361 del 1º de diciembre de 2016.

Por último, aclaró que la Procuraduría delegada disciplinaria para la defensa de los derechos humanos, en el año 2013, archivó la investigación disciplinaria en su contra, la cual se adelantó por los mismos hechos que los examinados en la actuación penal.

Frente a lo anterior, Heber Hernán Gómez Naranjo acude en acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos al trabajo, a la igualdad, a la dignidad humana y al debido proceso.

... solicita se ordene a la accionada, su clasificación y evaluación con efectos para la época en la que obtuvo su derecho -año 2010-, a fin de obtener su ascenso de forma particular al grado de Coronel.¹

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá indicó que el amparo era improcedente para resolver la situación planteada por el demandante, atendiendo la existencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo, esto es, el contemplado en el Decreto Ley 1790 de 2000.

Consideró que en el presente caso no se está ante un evento urgente que habilite el amparo constitucional de manera transitoria.²

LA IMPUGNACIÓN

El accionante no estuvo de acuerdo con la anterior decisión, pues el a quo aseguró que cuenta con otro mecanismo para lograr el fin perseguido, sin sopesar que ya hizo «la solicitud ante la autoridad competente mediante derecho de petición; sin embargo, pese a existir concepto favorable del departamento de personal del Ejército Nacional, esta institución de manera injustificada se negó a concederme el derecho a que mi folio de vida sea clasificado y evaluado, conforme los requisitos del artículo 53 del Decreto Ley 1790 de 2000».

Aseguró que ante dicho panorama se configura un perjuicio irremediable, pues sus prerrogativas se encuentran en el «limbo», ante la inexistencia de otra vía para hacerlas valer.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Referente a la acción pública que nos ocupa, ha de precisarse que el artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que se trata de un mecanismo concebido para la salvaguarda de los derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión de las autoridades públicas, siempre que no exista otro recurso o medio de defensa judicial, a menos que se utilice de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

En diferentes oportunidades, la Sala ha precisado que la mencionada acción no se encuentra diseñada con miras a reemplazar a las autoridades competentes, de ahí que no sea de recibo cuando se advierte que el accionante cuenta con otro medio judicial para invocar la protección de los derechos fundamentales, requisito de procedibilidad que se

encuentra estatuido en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

La anterior consideración sólo admite, como excepción, la intervención para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, pues de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un instrumento de protección alternativo, se correría el riesgo de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones estatales, propiciándose, un desborde institucional en perjuicio de la administración de justicia y del Estado social de derecho.

Análisis del caso concreto

1. La solicitud de amparo constitucional está orientada, en esencia, a que se ordene al Ejército Nacional clasificar y evaluar la hoja de vida del accionante para, posteriormente, promoverlo al grado de Coronel, pues según se afirma la entidad demandada se ha sustraído de dicha obligación, a pesar de que HEBER HERNÁN GÓMEZ NARANJO cumple con los requisitos previstos en el artículo 97 del Decreto Ley 1790 de 2000.
2. De acuerdo con los medios de convicción que obran en el expediente se extrae lo siguiente:
 - a. El actor estuvo vinculado al Ejército Militar, con el grado de Teniente Coronel del Arma de Artillería.
 - b. Según acta 1698 del 6 de octubre de 2010, la Junta Calificadora del Ejército Nacional no recomendó al libelista para el ascenso al grado de Coronel, por cuanto se encontraba «detenido proceso penal No.3834 presunto delito concierto para delinquir».
 - c. HEBER HERNÁN GÓMEZ NARANJO fue acusado del delito de concierto para delinquir agravado, cargo del que finalmente fue absuelto por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, mediante sentencia del 7 de enero de 2014.

d. El Director de Personal del Ejército Nacional, mediante oficio 20163131645361 del 1º de diciembre de 2016, comunicó al Director de Asuntos legales del Ministerio de Defensa Nacional lo siguiente:

Dirección al haber superado el impedimento para clasificación que se presentó para la fecha que le correspondía de ascenso en las mismas condiciones de su curso, es decir, para el mes de diciembre de 2010, resulta viable la aplicación del artículo 97 del Decreto Ley 1790 de 2000 al haber sido absuelto en el proceso 2010-054, debiéndose conceder la clasificación para esa época y el ascenso de forma particular.

Sobre el caso fue solicitado pronunciamiento ante el Departamento Jurídico Integral del Ejército Nacional, la cual fue atendida con radicado N° 20168073657883 del 16 de noviembre de 2016, del cual me permito allegar copia para su conocimiento y consideración de las razones expuestas a nivel de fuerza sobre el asunto.

e. Con oficio MDN-SGDAL-GNG del 20 de diciembre de 2016, el Director de Asuntos Legales se pronunció al respecto, así:

... corresponde a la dependencia encargada de la administración del talento humano en la Fuerza, verificar si el uniformado se encuentra en algunas de las siguientes situaciones: i) si fue suspendido en funciones y atribuciones, y posteriormente fue restablecido, o ii) si no fue ascendido el uniformado a efectos de investigación penal o disciplinaria y sea cobijado por una revocatoria del auto de detención, sentencia o fallo absolutorio. Verificadas estas dos circunstancias y establecido una de ellas en el caso particular, lo procedente es entrar a verificar el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la ley, entre otros, el artículo 53 del Decreto Ley 1790 de 2000, en tratándose de oficiales, de donde se destaca el literal “g”, es decir, tener clasificación para ascenso de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1799 de 2000.

(...)

En el caso del señor oficial que se menciona en el oficio del asunto, no resulta suficiente la información suministrada en tanto que no se advierte la acreditación de los requisitos mínimos para ascenso de que trata el artículo 53 del citado estatuto y en especial el cumplimiento del literal “g” al cual se ha hecho mención razón por la cual se sugiere previo a iniciar cualquier procedimiento, la verificación y constatación de cada uno de los elementos de hecho y de derecho que permitan la aplicación de los supuestos fácticos contenidos en el artículo 97 del Decreto Ley 1790 de 2000.

f. Finalmente, el Director de Personal del Ejército Nacional, al pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, a través del oficio MDN-CGFM-COEJEC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER del 30 de octubre de 2017, manifestó:

Frente a lo referido en el punto 1.11.4 donde manifiesta que quedó sin efecto la “CAUSA” por la cual en el 2010 no fue clasificado, desapareció, lo cual no es totalmente cierto, puesto que como se evidencia en el estudio realizado en marzo de 2014, cuando correspondía su estudio aún tenía vigente el impedimento que se ha referido, tenía otra medida de aseguramiento.

Ya que al mismo tiempo cursaba otro proceso penal radicado No. 8121 adelantado por la Fiscalía 65 especializada UNDH de Bucaramanga por el presunto delito de homicidio en persona protegida – que mediante providencia de junio 28 de 2012 emitió orden de captura consistente en detención preventiva por hechos de 08 de abril de 2002 JOSÉ ÁNGEL PALACIOS TORRES y que el señor ÁLVARO CÉSAR OLIVERA GRANADOS fue sacando de su vivienda el día 09 de abril del mismo año al parecer por miembros AUC denominado “diamante” quien los recogió en un vehículo taxi y no se volvió a saber nada de él que el comando del Batallón la “La Popa” con sede en Valledupar resultaron muertos 2 individuos de sexo masculino del 12 de abril de 2012.

Por lo que al momento en que se emitió el fallo de segunda instancia por parte del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bogotá adiado 14-07-2014 en el que se declara desierto el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, quedando así, en firme la decisión de fecha 07-01-2014 proferida por el Juzgado Especializado de Bucaramanga y el cual actualmente se encuentra en etapa de juicio.

... a la fecha el señor oficial hoy accionante no ha superado los impedimentos que le impiden la respectiva clasificación toda vez que en cuanto al estudio de ascenso de conformidad con lo contemplado en el Decreto Ley 1790 de 2000; es importante indicar que a la fecha su situación jurídica no se encuentra aún resuelta y continúa con el respectivo impedimento de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 53, literal g) del Decreto Ley 1790 de 2000 en concordancia con el artículo 60, literal f) del Decreto Ley 1799 de 2000 “régimen de evaluación y clasificación de las fuerzas militares”, por encontrarse incursos en alguna de las causales dispuestas en este último (medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, auto de cargos, resolución de acusación, suspensión de funciones y atribuciones) no podrá ser clasificado; en la actualidad se encuentra privado de la libertad en el centro de reclusión militar batallón de Policía Militar No. 13.

(...)

Resumiendo si bien es cierto solucionó el impedimento que tenía en el 2010, ningún fundamento tenía el clasificarlo por ese proceso, cuando tenía medida de aseguramiento por otro proceso, que impedía ser tomado en consideración.

3. El recurrente insiste en que en el año 2010 se “suspendió” su aspiración a ser promovido a un grado superior como oficial; no obstante, al ser declarado inocente de concierto para delinquir se superó tal situación y el Ejército Nacional debe dar aplicación al artículo 97 del Decreto Ley 1790 de 2000, el cual consagra:

ASCENSO DEL PERSONAL RESTABLECIDO EN FUNCIONES. A partir de la vigencia del presente Decreto los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, a quienes se les haya

suspendido en funciones y atribuciones a solicitud de autoridad competente y posteriormente sean restablecidos en las mismas, ya sea por sentencia o fallo absolutorio, revocatoria de auto de detención o cesación de procedimiento, podrán ser ascendidos al grado inmediatamente superior con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación que les hubiere correspondido en el momento en que ascendieron sus compañeros de curso o promoción, sin que para el efecto se exija requisitos diferentes a los establecidos por la ley, salvo el comando de tropas del Ejército, el tiempo de embarco o de mando en la Armada Nacional y el tiempo de mando y horas de vuelo en la Fuerza Aérea.

(...)

PARÁGRAFO 2º. A quienes no se les haya ascendido por efectos de investigación penal o disciplinaria y sean cobijados con revocatoria del auto de detención, sentencia o fallo absolutorio, cesación de procedimiento, preclusión de la investigación, o archivo definitivo de la investigación penal o disciplinaria podrán ser ascendido según las condiciones contempladas en el presente artículo.

4. Pues bien de la reseña efectuada en párrafos anteriores, se extrae que el libelista no fue promovido al grado de Coronel sólo porque se encontraba afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva en la actuación que se le siguió por el delito contra la seguridad pública; sino también debido a que se tiene noticia de que estaba siendo procesado por homicidio en persona protegida; trámite que actualmente se encuentra en fase de juzgamiento.

Desde esa perspectiva, se advierte que, prima facie, el actor no se encuentra en la hipótesis contemplada en el artículo 97 del Decreto Ley 1790 de 2000, en tanto a pesar de haber sido absuelto el 7 de enero de 2014, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá del delito de concierto para delinquir; lo cierto es que su situación jurídica no se ha definido en lo concerniente a la referida ilicitud contra personas y bienes protegidos por el

derecho internacional humanitario, pues aún está pendiente de emitirse la correspondiente decisión de fondo.

4.1. Debe decirse que contrario a lo sostenido por el recurrente, no es vinculante el concepto emitido por el Director de Personal del Ejército Nacional en el oficio 20163131645361 del 1º de diciembre de 2016, en cuanto a que era factible proceder conforme lo solicitado por el actor, pues precisamente dicho oficial, al descorrer el traslado de la demanda de tutela, fue quien destacó que aún no se ha superado la causa por la que HEBER HERNÁN GÓMEZ NARANJO no fue recomendado para ser ascendido al grado de Coronel en el año 2010; toda vez que persiste su condición de sindicado por homicidio en persona protegida, según lo indicado en el párrafo precedente, de ahí que no se advierta vulneración alguna a las prerrogativas fundamentales del accionante.

4.2. Por otra parte, la simple y llana afirmación del hipotético acaecimiento del perjuicio irremediable, es insuficiente para justificar la protección temporal deprecada.

5. Teniendo en cuenta lo expuesto, no existe mérito para acceder a las protecciones constitucionales deprecadas. En consecuencia, será confirmada la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1º CONFIRMAR el fallo impugnado.

2º NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3º 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 Fls.101-103

2 Fls.100-110