

Sentencia T-1003/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reglas de procedencia y procedibilidad

La Corte ha establecido de manera extraordinaria la procedencia de la acción de tutela como medio para cuestionar decisiones judiciales que violan garantías constitucionales, en especial los derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial. Esta Corporación ha señalado como criterios de procedibilidad, unos de carácter general, es decir, los que se requieren para habilitar la presentación del amparo; y otros de carácter específico, que versan sobre la procedencia de fondo de la tutela.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales de procedibilidad/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Inmediatez como requisito de procedibilidad

En cuanto al criterio de inmediatez la Corte ha señalado que la acción de tutela debe ser ejercida en un tiempo razonable, dentro del cual se presume la vulneración de los derechos fundamentales; por lo que al no cumplirse dicho criterio resulta innecesario estudiar los demás requisitos de los que dependería la procedencia del amparo respecto del caso concreto. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que conforme con los elementos que componen cada asunto, el juez de tutela deberá analizar la razonabilidad del término para la presentación de la tutela.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Criterios específicos de procedibilidad

JURISDICCION PENAL MILITAR-Competencia

El artículo 221 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo núm. 2 de 1995, consagra que de las conductas delictivas realizadas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y respecto del mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares conforme con los lineamientos del Código Penal Militar.

POSICION DE GARANTE Y FUERZA PUBLICA

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la fuerza pública es garante cuando se presenta la creación de riesgos para bienes jurídicos o el surgimiento de deberes por la vinculación a un órgano estatal.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto se hizo una interpretación razonada, autónoma e imparcial, y desprovista de presiones provenientes de cualquiera de los sujetos procesales

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia al no desconocerse material probatorio ni normativo

Referencia: expediente T-3492368

Acción de tutela interpuesta por Manuela Forigua Romero y Camilo Guzmán Forigua en contra de la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar de Bogotá.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por las Salas de Casación Penal y Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la acción de tutela instaurada por Manuela Forigua Romero y Camilo Guzmán Forigua en contra de la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar de Bogotá.

I. ANTECEDENTES.

Los señores Manuela Forigua Romero y Camilo Guzmán Forigua promovieron acción de tutela contra la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar de Bogotá, por considerar

vulnerados sus derechos al debido proceso y al acceso a la justicia, al haber cesado el procedimiento que se adelantaba contra el Subteniente Carlos Alberto Peñuela Fernández por el delito de homicidio agravado en la modalidad de comisión por omisión impropia.

Debido a la complejidad del caso la Sala presentará los hechos relevantes de la siguiente manera:

1. Hechos que dieron origen a la investigación penal.

La misión fue coordinada por la Compañía Girardot, bajo el mando del Subteniente (ST) Carlos Peñuela Fernández.

1.2. El 8 de diciembre de 2003, el ST. Peñuela Fernández presenta un informe al Teniente Coronel Alfonso Otto Quiñones Arboleda relatando que el domingo 7 de diciembre de 2003 a las 22:00 horas, adelantaba el “Plan Capital” (registro y control militar en el municipio de Soacha) conforme con lo dispuesto por el Comando del Batallón; que estando en el sitio se instaló un dispositivo distribuido a 4 cuadras cada una en puntos diferentes; que a la 1:00 del día lunes 8 del mismo mes y año se encontraba haciendo unas requisas con los Dragoneantes (DG) Luis Carlos Jurado Benítez y Juan Benavides Moreno, y el Soldado (SLR) Yesid Emilio Peña Vergara.

Refirió que el DG. Jurado Benítez trató de practicar una requisa a dos sujetos que se encontraban en el sector, pero que estos “salieron a correr cada uno en diferente rumbo, con el Dragoneante salimos a correr detrás de uno de ellos, el Dragoneante al ver que el individuo no se detenía al gritarle que hiciera alto realizó dos disparos al aire, al voltear por la Calle 19 con Carrera 7, escuche el tercer disparo por parte del Dragoneante, al voltear por la esquina vi al sujeto desplomándose hacia el piso, procedí a verificar el estado del individuo y me di cuenta que no tenía signos vitales, le pregunte al Dragoneante lo que había sucedido y me dijo que el tipo le había apuntado y disparado con un arma de tipo CHANGON, pero que el cartucho había salido fallido”¹.

Finalmente, expuso que antes de iniciar la operación le recordó a los soldados “las medidas de seguridad con las armas de fuego, se les dio la orden de que nadie podía tener cartucho en la recámara del fusil, que se cargaba solo en una situación de peligro en la cual se viera comprometida la vida de un integrante de la patrulla, y se les recalcó el buen trato a la

población civil”2.

La persona fallecida fue el joven Manuel Guzmán Forigua, quien tenía 20 años de edad.

1.3. Por lo anterior, la Justicia Penal Militar inició la respectiva investigación, vinculando mediante la misma al DG. Jurado Benítez como autor material del hecho y al ST. Peñuela Fernández por ser el comandante de la misión que dio lugar a la orden 1556 de vigilancia y registro en virtud del precitado plan.

2. Asignación de la competencia a la jurisdicción penal militar.

Con ocasión del homicidio de Manuel Enrique Guzmán Forigua a manos de miembros del Ejército Nacional en la localidad de Soacha (Cundinamarca), surgió un conflicto positivo de jurisdicciones entre la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación y el Juzgado Quinto de Brigada de Bogotá.

2.1. El Juzgado Quinto de Brigada de Bogotá consideró que el caso reunía los requisitos para que los hechos fueran conocidos por la justicia castrense ya que, conforme con las pruebas, la unidad militar que efectuaba la operación cumplía una misión directa y relacionada con el servicio, toda vez que estaba en desarrollo de la orden de operaciones fragmentaria núm. 1565, impartida por el Comando de Batallón de Policía Militar núm. 13, con las formalidades legales, siguiendo instrucciones, por lo que era la justicia penal militar la que debía instruir y fallar la investigación.

2.2. Por su parte, la Fiscalía presentó su posición señalando que no existía certeza acerca de la ocurrencia del deceso, esto es, claridad de que el homicidio hubiese sido el resultado de una legítima defensa relacionada con el servicio, por lo que infiere que dichos actos no surgieron de la función de la fuerza pública ni de una extralimitación o abuso de la misma, sino que se trató de un delito común, cuya competencia le correspondía a la jurisdicción ordinaria.

2.3. En providencia del 2 de agosto de 2006 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dirimió el conflicto surgido y resolvió declarar que la competencia para seguir conociendo del asunto era la justicia penal militar en cabeza del mencionado juzgado. Sostuvo al respecto:

Por lo anterior, debe insistirse que en este caso hay evidencia que en principio hace creíble la existencia de la posibilidad de que la conducta penalmente investigada, obedeció al cumplimiento de un deber o a una misión oficialmente encomendada a miembros de la Institución Militar, para a partir de allí inferir la relación con el servicio como bien lo hace el Juzgado Quinto de Brigada-Ejército Nacional colisionante, actividad del servicio que por el momento se advierte realizada conforme con las funciones indicadas en el inciso 2 del artículo 2 de la Carta Política, siendo la conducta objeto de investigación criminal, propia del servicio militar y en relación con el mismo”.

2.4. Respecto de la decisión en mención se presentó salvamento de voto en el que se expresó lo siguiente³:

“No existe claridad alguna en que los hechos realmente hubieren acaecido con un vínculo claro de origen respecto de las funciones claramente definidas en la Constitución Política para la Fuerza Pública, que establece como tales en su Art. 271 la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional; y muy por el contrario emerge como posible que el obitado hubiere perdido la vida cuando se hallaba en verdadero estado de indefensión, después de haber estado retenido, y no cuando no quiso hacer el alto y huyó, razones que ameritaban la asignación del conocimiento del asunto a la justicia ordinaria”.

3. Actuaciones procesales en materia penal.

La Justicia Penal Militar inició la respectiva investigación, vinculando al Dragoneante Luis Carlos Jurado Benítez como autor material del hecho y al Subteniente Carlos Alberto Peñuela Fernández por ser el comandante de la misión que dio lugar a la orden 1556 de vigilancia y registro en virtud del precitado plan.

3.1. Resolución de acusación.

Surtida la etapa instructiva, el 9 de enero de 2009 la Fiscalía 29 Penal Militar de Brigada ante Juzgados de Brigada del Ejército Nacional de Bogotá profirió resolución de acusación en contra del DG. Jurado Benítez y el ST. Peñuela Fernández, como coautores del delito de homicidio agravado, imputándose tal conducta a este último a título de comisión por omisión impropia, al considerar que el ST. Peñuela Fernández no cumplió con los deberes que le eran

exigibles como comandante de la compañía, al no asumir la diligencia y cuidado debidos con el fin de prever e impedir la muerte de Guzmán Forigua.

Asimismo, consideró que el Subteniente descuidó a sus subalternos, ya que “no dirigió y supervisó permanentemente como era su deber el actuar de los soldados bajo su mando directo (...), no impartió a cabalidad, de manera clara las instrucciones a sus subordinados”.

Igualmente, señaló que “[e]sa falta al deber de cuidado, ese incumplimiento a los deberes que genera la posición de garante, por parte del sindicado ST. PEÑUELA FERNANDEZ CARLOS ALBERTO, esa no adaptación de las medidas necesarias para haber evitado la ocurrencia de los hechos fatídicos, conlleva a imputarle al oficial responsabilidad penal a título por COMISIÓN POR OMISIÓN IMPROPIA, del delito de HOMICIDIO AGRAVADO, conducta dolosa desplegada por su subalterno JURADO BENÍTEZ LUIS CARLOS”.

Por último, dispuso cesar el procedimiento a favor del DG. Juan Fernando Benavides Moreno y el SLR. Yesid Emilio Peña Vergara, debido a que “no existe en el caudal probatorio obrante en autos, indicio o prueba alguna que comprometa la responsabilidad penal”; y porque “ninguna participación tuvieron en los hechos, no accionaron sus armas, no estuvieron en el lugar para el momento en que ocurren los hechos, no causaron el deceso del joven MANUEL ENRIQUE GUZMÁN FORIGUA y solo se limitan a decir lo que les informó el DG. JURADO BENITEZ y el ST. PEÑUELA FERNÁNDEZ al respecto de lo sucedido; así como no existiendo prueba alguna que conduzca a establecer complicidad de modo alguno de los mismos”.

3.2. Revocatoria parcial de la resolución de acusación.

Respecto de esta decisión fue interpuesto recurso de apelación por parte del defensor del ST. Peñuela Fernández, correspondiéndole su conocimiento a la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar de Bogotá, la cual, el 7 de diciembre de 2011, acogió los argumentos del recurrente. En consecuencia, revocó la decisión del Fiscal 29, dispuso la cesación del procedimiento a favor del acusado y se inhibió de conocer de la consulta de la cesación de procedimiento emitida a favor del DG. Juan Fernando Benavidez Moreno y el SLR. Yesid Emilio Peña Vergara.

4. Fundamento de la tutela.

Inconformes con el pronunciamiento de la Fiscalía Tercera, a través de apoderado los accionantes interpusieron el presente amparo con el fin de que: (i) se protejan los derechos fundamentales al debido proceso y a la justicia; (ii) se revoque la decisión del 7 de diciembre de 2011, proferida por dicho operador judicial; y (iii) en caso de llegar a proteger los derechos fundamentales de las víctimas, se solicite al Consejo Superior de la Judicatura revisar el procedimiento llevado hasta el momento por la Justicia Penal Militar, para que sea trasladado de inmediato al conocimiento de la justicia ordinaria, con base en los hechos ya expuestos. Sustentan su demanda en la existencia de varios defectos, a saber:

(a) Defecto orgánico producido por no ser competente la Fiscalía 29 para resolver la situación penal.

Sostuvieron que el yerro consistió en que la jurisdicción militar avocara el conocimiento del presente caso, al ser considerado como un acto del servicio, lo que generó consecuencias jurídicas para los involucrados. Finalmente, señalaron que:

“(...) el funcionario judicial habría podido dar cuanta (sic) a la autoridad judicial legalmente competente para llevar el procedimiento del caso en concreto, pero, tal como lo muestra la providencia del 7 de diciembre de 2011, su actitud fue la de continuar un procedimiento que a partir de la formulación del pliego de cargos disciplinarios por parte de la procuraduría, o la sentencia dada por el juzgado Administrativo, debió trasladado (sic) de inmediato al Consejo Superior de la Judicatura o ser llevado ante la Justicia Penal Ordinaria.

Por consiguiente, la Fiscalía que resuelve el recurso aun percatándose del error jurídico producido durante el procedimiento del caso, decide continuar con este error, produciendo una sentencia en la cual, contrario a todo el material probatorio existente, decide cesar el procedimiento sobre uno de los vinculados al proceso y por consiguiente hace más gravosa la afectación del Derecho al Debido Proceso en conexidad con el Derecho al Acceso a la Justicia, la Verdad y la Reparación Integral de los que son titulares los familiares Víctimas (sic)”.

(b) Defecto fáctico por omisión de consideración del medio o medios probatorios aportados. (Ausencia de valoración).

Los accionantes indicaron que la Fiscalía consideró que el ST. Peñuela Fernández no tenía la

condición de garante, omitiendo con esta interpretación una línea jurisprudencial sobre la materia y lo expuesto por la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos al momento de formular cargos, así:

“Por su parte el ST PEÑUELA permitió que uno de sus hombres bajo su mando, diera paso a situaciones violentas de agresión y al desarrollo de actos muy distintos a los de la misión que llevaban, permitiéndole usar el arma de dotación sin reparo ni contemplación alguna.

En ese orden, el DG Jurado cometió la conducta punible y el ST PEÑUELA permitió la consumación del referido acto, tratándose de encubrir lo realmente ocurrido, actos que al parecer fueron cometidos con plena conciencia, libre de todo apremio o coacción ajena, sin importarles que con su actuar estaban violentando de manera injustificada fundamentales derechos como la vida de una persona”.

Igualmente, aseveraron que las pruebas aportadas al expediente, entre otras la declaración de Jorge Albeiro Cossio Aguirre (testigo presencial del asesinato de Guzmán), quien afirmó que le causaron la muerte a la víctima mediante dos disparos hechos aproximadamente a 10 o 12 metros de distancia, no fue valorada imparcialmente en desmedro del derecho al debido proceso.

Por último, manifestaron que la Fiscalía Penal Militar no realizó un análisis integral del material probatorio, “dejando pasar los yerros jurídicos cometidos por el a quo AL NO REMITIR DE MANERA INMEDIATA A LA JUSTICIA ORDINARIA”, impidiendo que los familiares de la víctima accedieran a los derechos que tienen a la verdad, a la justicia y a la reparación integral.

5. Trámite procesal.

El 28 de febrero de 2012 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitió la acción de tutela y ordenó la notificación a todos los interesados; vinculó a la Fiscalía 29 Penal Militar de Brigada ante Juzgado de Brigada del Ejército Nacional, así como a quienes ostentaron la calidad de parte en la actuación penal militar para que ejercieran su derecho de defensa⁴.

6. Respuesta de las entidades demandadas.

6.1. La Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar solicitó declarar la improcedencia del amparo⁵:

En lo relacionado con el primer reproche formulado, esto es la carencia de competencia que alega el accionante, recuerda que tal situación fue resuelta por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, quien dirimió el conflicto de competencia entre las jurisdicciones (penal militar y ordinaria) otorgándola a la justicia castrense.

En cuanto a la decisión de cesar el procedimiento a favor del oficial Peñuela Fernández, afirma que se basó en los parámetros establecidos para configurar la “posición de garante”, ya que el oficial no cumplía con los requisitos para que se le endilgara el título de autor u otra forma de participación en la responsabilidad de un delito de omisión impropia, a través de la comisión por omisión producto de la posición de garante, por lo que no es de recibo sostener que la apreciación probatoria fuera fraccionada o que se valoraron en debida forma las pruebas aportadas al expediente.

6.2. El Juzgado Quinto de Brigada de Bogotá señaló que en el respectivo trámite no existió falta de competencia, toda vez que dicho asunto fue resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura desde el año 2006, dejándola a cargo de la justicia penal militar.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL.

1. Fallo de primera instancia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo argumentando que no existía evidencia alguna que demostrara el desconocimiento de las garantías fundamentales por parte de la fiscalía accionada, ya que el fallo del 7 de diciembre de 2011, que revocó la decisión de residenciar en juicio criminal al ST. Carlos Alberto Peñuela Fernández, declarando la cesación de procedimiento a su favor, fue una interpretación y aplicación de la ley penal con base en los principios de autonomía e independencia judicial, por lo que no puede catalogarse de arbitraria o contraria al ordenamiento constitucional o legal.

Impugnación.

Los accionantes, impugnaron la decisión argumentando que carecía de las condiciones necesarias para ser congruente, por cuanto: (i) no se ajusta a los hechos que motivaron el amparo ni al derecho incoado por error de hecho; (ii) no garantiza el goce efectivo de los derechos invocados como lo consagra la ley; y (iii) existe una equívoca interpretación.

Señalaron que existía un defecto orgánico toda vez que el yerro jurídico se presentó desde el inicio de la actividad probatoria, esto es, desde el momento en que la justicia castrense avocó el conocimiento del presente asunto, debido a que se consideró como un acto en el servicio, lo que produjo consecuencias jurídicas tanto para los responsables como para quienes omitieron o fueron partícipes de la comisión de dicho delito.

Además, afirman que al momento de resolver el recurso de apelación la fiscalía pudo haber tenido en cuenta el material probatorio allegado al expediente para darse cuenta que el proceso no correspondía a su jurisdicción, dado que los hechos que rodearon el asesinato del joven Guzmán Forigua no daba para ser resuelto ante la Justicia Penal Militar sino ante la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, consideró que “la Fiscalía que resuelve el recurso aun percatándose del error jurídico producido durante el procedimiento del caso, decide continuar con este error, produciendo una sentencia en la cual, contrario a todo el material probatorio existente, decide Cesar (sic) el procedimiento sobre uno de los vinculados al proceso y por consiguiente hace mas gravosa la afectación del Derecho al Debido Proceso en conexidad con el Derecho al Acceso a la Justicia, la Verdad y la Reparación Integral de los que son titulares los Familiares Victimas (sic)”.

2. Sentencia de segunda instancia.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del a quo, al considerar que, conforme con los preceptos normativos aplicables al asunto y las pruebas obrantes, la decisión tomada por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar no incurrió en un defecto ostensible.

Respecto del cuestionamiento sobre la competencia de la jurisdicción castrense para conocer el presente asunto, no encontró cumplido el criterio de inmediatez, toda vez que dicha situación fue dirimida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la

Judicatura el 2 de agosto de 2006, transcurriendo un término superior a seis años desde que la providencia se emitió, sin que apareciera prueba alguna que justificara la demora en presentar la tutela.

III. PRUEBAS.

De las pruebas que obran en el expediente se destacan:

- Copia de la orden del “Plan Capital” en la localidad de Soacha, emitida por las FFMM de Colombia, Batallón de Policía Militar núm. 13. (Cuaderno original, folio 41).

- Copia de la declaración dentro de la investigación preliminar disciplinaria rendida por el DG. Luis Carlos Jurado Benítez. (Cuaderno original, folio 39). Indica que el 7 de diciembre de 2003 la compañía Boyacá salió a hacer un “Plan Capital”; siendo las 12:30 de la madrugada se dispuso a requisar a dos sujetos, pero ellos salieron corriendo y “[el] teniente Peñuela y yo salimos detrás de un sujeto que llevaba una maleta, corrimos como tres cuadas al sujeto y él se metió por un callejón, le advertí varias veces que se detuviera y no lo hizo, luego disparé al aire dos veces en señal de advertencia y no se detuvo, entonces sacó de la cintura un arma y me disparó pero el cartucho no detonó, al ver que el sujeto me había disparado, (...) yo disparé”.

- Copia de la declaración dentro de la investigación preliminar disciplinaria rendida por el DG. Juan Fernando Benavides Moreno. Narra lo sucedido, así como también señala que el ST. Peñuela Fernández les recordó el decálogo de seguridad con las armas de fuego. (Cuaderno original, folio 40).

- Copia de la declaración dentro de la investigación preliminar disciplinaria rendida por el señor Jorge Albeiro Cossio Aguirre, quien indica que vio cuando mataron al joven Guzmán, así:

“Yo llegaba a esa esquina cuando bajaba el soldado detrás del muchacho, venían corriendo. El muchacho dobló la esquina y ahí se disparó el soldado y le disparo, hizo dos o tres tiros. Mi señora se quedo ahí en esa esquina yo cruce y cogí una vainilla de las que quedaron y seguí hacia el muerto, hacia el muchacho que dispararon. Ya venía un soldado más, detrás de mí,

me devolvió cuando iba llegando al muchacho que mataron. Yo me devolví lentamente y vi que lo movían. Y vi que el soldado que llegó le decía al que lo mató ‘uy marica, lo matates’”.

Agrega que escuchó cuando el militar le dijo a Guzmán Forigua que se detuviera⁶ y que cuando disparó se acercó al occiso “se puso a moverlo con la pata, le daba patadas y le decía párese cabrón, (...) y al ver que no se paraba se agacho a moverlo. En ese momento llegó el otro militar que venía detrás de mí y le dijo: marica lo mató, lo mató.” (Cuaderno original, folio 43).

- Copia incompleta de la formulación de cargos disciplinarios proferida en contra de los señores Luis Carlos Benítez Jurado (con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, al configurarse de manera objetiva el tipo penal “homicidio”) y Carlos Alberto Peñuela Benítez (por omisión en la conducta punible investigada por parte de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos. (Cuaderno original, folio 37).

- Copia del escrito presentado el 25 de octubre de 2004 a la Fiscalía 26 Penal Militar por el representante de la parte civil, solicitando el conflicto de competencia negativa en el caso del homicidio de Manuel Enrique Guzmán Forigua. (Cuaderno original, folio 226).

- Copia de la solicitud del proceso por la Fiscalía General de la Nación al Fiscal 26 Penal Militar, con el fin de estudiar la viabilidad o no de proponer colisión positiva de competencia, atendiendo a requerimiento hecho ante la Jefatura de Unidad, por el apoderado de la parte civil. (Cuaderno original, folio 238).

- Copia de la solicitud a la Juez 76 de Instrucción Penal Militar de remitir a la Jefe de Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH el proceso que se adelante en relación con el homicidio de Guzmán Forigua (Cuaderno original, folio 241).

- Copia de la decisión proferida el 2 de agosto de 2006 por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dirimir el conflicto positivo de jurisdicciones entre la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación y el Juzgado 5 de Brigada del Ejército Nacional para conocer del asunto. Así como también copia del salvamento de voto respecto de la decisión adoptada. (Cuaderno original, folio 250).

- Copia de la sentencia del Juzgado 34 Administrativo Circuito de Bogotá, Sección Tercera, dentro del cual declara la responsabilidad administrativa a la Nación -Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por los perjuicios causados a la señora Manuela Forigua Romero. (Cuaderno original, folio 28).

- Copia de la providencia del 7 de diciembre de 2011 emitida por la Fiscalía Tercera ante el Tribunal Superior Militar (cuaderno original, folio 52).

IV. PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA DE REVISIÓN.

Mediante auto del 29 de octubre del año en curso el Magistrado Sustanciador solicitó al Juzgado Quinto de Brigada -Justicia Penal Militar- que enviara a esta Corte copia del expediente adelantado en contra del DG. Luis Carlos Jurado Benítez, o en su defecto el préstamo del mismo. La juez remitió los cuadernos de copias del proceso penal dentro del cual se evidenciaron una serie de pruebas testimoniales, las cuales serán objeto de análisis en el caso concreto.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para examinar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

2.1. Los señores Manuela Forigua Romero y Camilo Guzmán Forigua consideran vulnerados sus derechos al debido proceso y al acceso a la justicia tras la decisión adoptada por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar, en la cual dispuso la cesación del procedimiento a favor del Subteniente Carlos Alberto Peñuela Fernández y se inhibió de conocer de la consulta de la cesación de procedimiento a favor del Dragoneante Juan Fernando Benavidez Moreno y del Soldado Yesid Emilio Peña Vergara.

Sostienen que el precitado pronunciamiento incurrió en los siguientes defectos: (i) orgánico, ya que la competencia para resolver el referido asunto criminal era de la jurisdicción

ordinaria y no la penal militar, al ser considerado erróneamente como un acto del servicio; y (ii) fáctico, por cuanto el ente acusador no valoró de manera integral el material probatorio.

En este punto se hace necesario recordar que el 2 de agosto de 2006 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió la colisión de jurisdicciones entre la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación y el Juzgado Quinto de Brigada de Bogotá, adjudicándola a la justicia penal militar.

2.2. Sobre la base de los antecedentes reseñados, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar de Bogotá, al haber cesado el procedimiento a favor del ST. Peñuela Fernández, vulneró los derechos fundamentales de los accionantes al valorar deficientemente el material probatorio y no haber remitido el asunto a la jurisdicción ordinaria por carecer de competencia.

2.3. Para ello esta Sala comenzará por reiterar su jurisprudencia constitucional en cuanto a (i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; abordará los requisitos generales de procedibilidad, en especial el principio de inmediatez, luego (ii) se referirá a los criterios específicos, haciendo énfasis en los defectos orgánicos y fácticos, que guardan relación con el presente asunto; a continuación, (iii) se hará alusión a la competencia de la Jurisdicción Penal Militar y (iv) la posición de garante respecto de los miembros de la fuerza pública. Finalmente, (v) se resolverá el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁷.

La Corte ha establecido de manera extraordinaria la procedencia de la acción de tutela como medio para cuestionar decisiones judiciales que violan garantías constitucionales, en especial los derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial⁸.

Lo anterior obedece a que el artículo 86 Superior⁹ establece que a través del amparo podrá solicitarse la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados por “cualquier autoridad pública”¹⁰, es decir, por “todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares”¹¹.

Así, la acción de tutela procede contra las decisiones judiciales toda vez que son “adoptadas por servidores públicos en ejercicio de la función jurisdiccional”. Sin embargo, este Tribunal ha sostenido que con el objeto de conseguir un adecuado equilibrio “entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, así como la prevalencia y efectividad de los derechos constitucionales”, tal procedencia es excepcional y tiene que cumplir con los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional¹².

Esta Corporación ha señalado como criterios de procedibilidad, unos de carácter general, es decir, los que se requieren para habilitar la presentación del amparo¹³; y otros de carácter específico, que versan sobre la procedencia de fondo de la tutela¹⁴.

3.1. Requisitos generales de procedibilidad, en especial el principio de inmediatez.

Respecto de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, la Corte, en el fallo C-590 de 2005, fijó los siguientes parámetros:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones¹⁵. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. 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 iusfundamental irremediable¹⁶. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto

en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración¹⁷. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. 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 actora¹⁸. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora 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 posible¹⁹. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela²⁰. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”.

En cuanto al criterio de inmediatez la Corte ha señalado que la acción de tutela debe ser ejercida en un tiempo razonable, dentro del cual se presume la vulneración de los derechos fundamentales²¹; por lo que al no cumplirse dicho criterio resulta innecesario estudiar los demás requisitos de los que dependería la procedencia del amparo respecto del caso

concreto²². Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que conforme con los elementos que componen cada asunto, el juez de tutela deberá analizar la razonabilidad del término para la presentación de la tutela²³. Al respecto la sentencia SU-961 de 1991 señaló:

“5. Alcances del Artículo 86 de la Constitución en cuanto al término para interponer la tutela.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución (...) la acción de tutela se puede interponer en cualquier tiempo, y sería inconstitucional pretender darle un término de caducidad.

La posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que no tiene término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo. Sin embargo, el problema jurídico que se plantea en este punto es: ¿quiere decir esto que la protección deba concederse sin consideración al tiempo transcurrido desde el momento en que ha tenido lugar la violación del derecho fundamental?

Las consecuencias de la premisa inicial, según la cual la tutela puede interponerse en cualquier tiempo, se limitan al aspecto procedimental de la acción, en particular a su admisibilidad, sin afectar en lo absoluto el sentido que se le deba dar a la sentencia. Todo fallo está determinado por los hechos, y dentro de estos puede ser fundamental el momento en el cual se interponga la acción, como puede que sea irrelevante.

(...)

Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se

ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción.”

Por ello, ante la ausencia legal de un plazo de caducidad o prescripción, la Corte ha reiterado que “la finalidad de la tutela como vía judicial de protección inmediata de derechos fundamentales obliga a la autoridad judicial a tomar en cuenta como dato relevante el tiempo transcurrido entre el hecho generador de la solicitud y la petición de amparo pues un lapso irrazonable puede llegar a demostrar que la solución que se reclama no se requiere con prontitud, que es precisamente el caso para el cual el mecanismo preferente y sumario de la tutela está reservado²⁴”²⁵.

De lo anterior se concluye que si transcurre un tiempo injustificable entre las circunstancias de presunta vulneración de los derechos constitucionales y la petición de amparo²⁶, debe inferirse una mínima gravedad de la violación acusada, por lo que “no es razonable brindar la protección que caracteriza este medio de amparo, que ya no sería inmediato sino inoportuno”²⁷.

3.2. Requisitos específicos.

La sentencia C-590 de 2005 también indicó que, además de las causales genéricas, se hace necesario demostrar la existencia de criterios especiales para que proceda una acción de tutela contra una providencia judicial, sintetizándolos así:

- “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales²⁸ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta 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.

f. Decisión sin motivación, 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.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado²⁹.

h. Violación directa de la Constitución.”

Las mencionadas causales constituyen el punto de partida para evaluar la procedencia excepcional del amparo contra providencias judiciales³⁰. Teniendo en cuenta los criterios específicos ahora reprochados, la Sala precisará algunos de ellos que guardan estrecha relación con el caso objeto de revisión, así:

a) Defecto orgánico.

Sobre este criterio esta Corporación ha señalado que se configura cuando el operador judicial que profirió la providencia objeto de tutela carecía de competencia para conocer el asunto³¹. Al respecto la sentencia T-446 de 2007 dispuso:

“Este criterio de procedibilidad se configura cuando la autoridad que dictó la providencia carecía, en forma absoluta, de competencia para conocer de un asunto. Así entonces, es necesario precisar que cuando los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde, sus decisiones son susceptibles de ser excepcionalmente atacadas en sede de tutela, pues no constituyen más que una violación al debido proceso”.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que dicho defecto tiene un carácter: (i) funcional, cuando la autoridad judicial extralimitan de forma manifiesta el ámbito de las competencias otorgadas tanto por la Carta Política como por la ley; y (ii) temporal,

cuando los jueces a pesar de contar con ciertas atribuciones para realizar determinada conducta, lo hace por fuera del tiempo consagrado para ello³². Así lo advirtió la Corte:

“[L]a extralimitación de la esfera de competencia atribuida a un juez quebranta el debido proceso y, entre otros supuestos, se produce cuando ‘los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde’ y también cuando adelantan alguna actuación o emiten pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para que se surtan determinadas actuaciones.”³³

De lo anterior, se desprende que cuando un operador judicial desconoce los límites temporales y funcionales de la competencia conlleva la configuración de un defecto orgánico y en consecuencia la vulneración del derecho constitucional al debido proceso³⁴.

b) Defecto fáctico³⁵.

La Corte ha hecho énfasis en que el referido criterio procede cuando se comprueba que el apoyo probatorio en el que basó el juez su decisión es absolutamente inadecuado³⁶. Por ello este Tribunal ha señalado que solo es factible que prospere el defecto cuando aparece arbitraria la valoración de la prueba realizada por el operador judicial³⁷.

En otras palabras, el yerro en la valoración de la prueba tiene que ser “de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el juez³⁸. En igual sentido, es imprescindible que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, el funcionario judicial hubiera adoptado una decisión completamente opuesta³⁹.”⁴⁰.

Respecto del defecto fáctico la Corte ha establecido los siguientes criterios para su configuración⁴¹:

“1. Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas. Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido⁴².

2. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio. Se presenta cuando el

funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente⁴³.

3. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio. Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva⁴⁴.”

4. Competencia de la Jurisdicción Penal Militar.

El artículo 221 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo núm. 2 de 1995⁴⁵, consagra que de las conductas delictivas realizadas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y respecto del mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares conforme con los lineamientos del Código Penal Militar.

Dicha norma constitucional estableció la figura del fuero penal militar⁴⁶, indicando que es el derecho que tienen los integrantes de la fuerza pública a ser juzgados por una autoridad judicial distinta a la que ordinariamente tiene la competencia para el efecto⁴⁷, teniendo como objeto que “dentro de los marcos de la Constitución, (...) estén cubiertos en sus actividades de servicio por un régimen jurídico penal especial, tanto sustantivo como procedimental, que sea acorde con la especificidad de la organización y funcionamiento de la Fuerza Pública”⁴⁸.

De lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha advertido que el fuero militar: (i) se da únicamente en el ámbito penal en relación con el juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública (elemento objetivo); (ii) cubre a los integrantes de la fuerza pública, esto es, a las Fuerzas Militares y la Policía Nacional⁴⁹ (elemento subjetivo); y (iii) se restringe a las conductas punibles realizadas en servicio activo y en relación con el mismo servicio (elemento funcional)⁵⁰.

Sobre este último aspecto, este Tribunal ha sostenido que las actuaciones de los miembros

de la fuerza pública “[p]ara efectos penales se deben distinguir aquellas acciones u omisiones que tienen ocurrencia como miembro activo del cuerpo militar o policial, de las que corresponde a su actividad propia y singular como integrante de la colectividad, al ser una distinción básica y obligada si se quiere preservar la especialidad del derecho penal militar, que complementa el derecho penal común, pero que en modo alguno lo sustituye”⁵¹.

Respecto del término “servicio”, el mismo “alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional – y de la policía nacional – mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica”⁵². Es decir, se relaciona directamente con las funciones que la Constitución y la ley les asigna⁵³.

Por ello, para que se dé la figura del fuero es imperioso que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima⁵⁴. Lo anterior “obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial”⁵⁵.

No obstante, es posible que en el ejercicio de las actividades propias de la fuerza pública, “voluntaria o culposamente, ésta se altere radicalmente, o se incurra en excesos o defectos de acción originando una desviación de poder capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. En efecto, son estas conductas a las que se aplica el fuero penal militar y a las que se les aplica el Código Penal Militar”⁵⁶.

Por otra parte, este Tribunal ha señalado varios criterios para evaluar cuando una conducta queda excluida de la competencia de la jurisdicción militar. Entre ellas se destacan, por ejemplo:

(i) Los delitos de lesa humanidad, los hechos ilícitos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la fuerza pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio⁵⁷.

(ii) En cuanto a la dinámica del proceso, cuando en el curso de este aparezcan pruebas claras respecto de la ausencia de una relación entre la conducta punible del miembro de la fuerza pública y la conexidad de esta con el servicio que realizaba⁵⁸. De manera que cuando no exista certeza acerca de cuál es el órgano competente para conocer sobre un asunto determinado, la decisión deberá recaer a favor de la jurisdicción ordinaria⁵⁹.

5. Posición de garante respecto de los miembros de la fuerza pública.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la fuerza pública es garante cuando se presenta la creación de riesgos para bienes jurídicos o el surgimiento de deberes por la vinculación a un órgano estatal⁶⁰.

(i) Los riesgos para los bienes jurídicos se presentan no solo por la tenencia de objetos, sino también de “personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación”, de modo, que el superior en mando tiene la obligación de tomar medidas necesarias para impedir que individuos que estén bajo su efectivo control desplieguen conductas que violen los derechos fundamentales⁶¹.

(iii) Respecto de la fuerza pública, la Constitución le ha asignado una posición de garante⁶³, en razón a que les corresponde el deber constitucional de proteger a la ciudadanía, teniendo como fin la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio, el orden constitucional y asegurar la convivencia pacífica⁶⁴.

La jurisprudencia ha establecido que la posición de garante “significa que el título de imputación se hace (...), sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia)”. Asimismo, la Corte ha indicado que “[l]as estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian

porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho”⁶⁵.

Por ello, “(i) el autor y el partícipe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa⁶⁶; ii) en la tentativa por omisión – el garante retarda dolosamente la acción de salvamento o ésta no hubiera evitado la producción del resultado- el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente -por el grado de desarrollo de la infracción de la norma- porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo⁶⁷ y, iii) el conocimiento del riesgo (que sirve para deslindar el dolo de la imprudencia) no modifica la naturaleza de la conducta realizada (la grave violación a los derechos humanos). Es decir, en todos los casos mencionados hay unidad del título de imputación”⁶⁸.

Lo expuesto no implica que una vez comprobada la posición de garante se constituya la responsabilidad, ya que se hace necesario que cumpla con los elementos del delito, donde puede suceder que el garante no sea penalmente responsable, debido a: (i) ausencia de dolo, (ii) ausencia de culpa o (iii) estado de necesidad justificante por conflicto de deberes⁶⁹.

6. Caso concreto.

Conforme con los criterios genéricos y específicos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, la Sala entrará a examinar el caso concreto.

6.1. Causales genéricas de procedibilidad.

(i) Relevancia constitucional de las cuestiones discutidas. Teniendo en cuenta los hechos expuestos, los actores estiman que la decisión proferida por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar, el 7 de diciembre de 2011, que ordenó la cesación del procedimiento a favor del Subteniente Carlos Alberto Peñuela Fernández y se inhibió de conocer de la consulta acerca de la cesación de procedimiento emitida a favor de los uniformados Juan Fernando Benavidez Moreno y Yesid Emilio Peña Vergara, vulneró sus derechos al debido proceso y al acceso a la justicia. De ello se deriva la relevancia

constitucional que podría tener el presente asunto, ya que lo que busca la acción es proteger a los accionantes de una presunta actuación contraria al ordenamiento jurídico que ha adquirido firmeza y que puede llegar a afectar sus derechos fundamentales en calidad de víctimas.

(ii) Agotamiento de todos los medios ordinarios de defensa judicial. Al respecto se tiene⁷⁰:

(a) En cuanto a la cesación de procedimiento proferida por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar a favor del ST. Peñuela Fernández, debe tenerse en cuenta que la misma es una decisión de segunda instancia contra la cual no procede recurso alguno.

(b) En relación con el pronunciamiento del ad quem de inhibirse para conocer la consulta de la cesación de procedimiento emitida en el caso del DG. Benavides Moreno y el SLR. Peña Vergara, cabe advertir que tampoco es susceptible de ser recurrida al interior del proceso penal.

Por lo expuesto, se entiende que fue agotada la vía ordinaria y por consiguiente este requisito también se encuentra superado.

(iii) Requisito de la inmediatez. En relación con este parámetro se observa que:

(a) Los accionantes interpusieron la acción de tutela el 14 de febrero del año en curso, contra la decisión adoptada el 7 de diciembre de 2011 por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar (cesación del procedimiento e inhibición para conocer de la consulta elevada por el a quo), transcurridos aproximadamente 2 meses de proferida la decisión judicial que cuestionan, plazo que en principio se considera razonable y proporcionado.

(b) Sin embargo, en relación con el pronunciamiento de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el cual dirimió el conflicto positivo de jurisdicciones entre la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Fiscalía General de la Nación, y el Juzgado Quinto de Brigada del Ejército Nacional, adjudicando dicha competencia a esta última, el 2 de agosto de 2006⁷¹, queda de presente que la acción se intentó después de transcurrir alrededor de 5 años y 6 meses de emitida la decisión judicial que ahora se pretende cuestionar.

Así las cosas, considera la Sala que la solicitud del amparo se hizo inoportunamente, ya que

el tiempo transcurrido desde el pronunciamiento que se ataca aparece desmedido. Por ello se concluye que, respecto del defecto orgánico planteado, por falta de competencia alegado por los petentes, no procede el presente amparo toda vez que no cumple los presupuestos del principio de inmediatez, criterio indispensable para su viabilidad.

Aunado a lo anterior, el despacho encuentra que los actores no expusieron motivos que justificaran la demora para interponer la tutela en un término prudente, ni alegaron la ocurrencia de una situación nueva que hubiese modificado las condiciones previas bajo las cuales la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior resolvió el conflicto de competencia (decisión que, valga la pena advertir, nunca fue cuestionada). En consecuencia la Sala se abstendrá en relación con el presunto defecto orgánico que ahora se reprocha, no tanto de la decisión de cesar el procedimiento, sino de la manera como en el año 2006 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto positivo de competencia entonces surgido.

(iv) No se trata de sentencia de tutela. El amparo en mención no va dirigido contra una sentencia de tutela, sino contra el pronunciamiento del 7 de diciembre de 2011 emanado de la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar, a través de la cual se resolvió cesar el procedimiento a favor del ST. Peñuela Fernández y se inhibió de conocer sobre la consulta de la cesación de procedimiento emitida a favor del DG. Benavides Moreno y el SLR. Peña Vergara.

(v) La irregularidad alegada tiene incidencia directa y decisiva en el fallo que cuestiona de ser violatoria de los derechos fundamentales. El despacho evidencia que los hechos que originaron la presunta violación de los derechos fundamentales incidirían en el sentido de la decisión que se acusa.

6.2. Causales específicas de procedibilidad.

Con la advertencia de que la Sala entrará a analizar únicamente el presunto defecto fáctico alegado por los accionantes, y no el defecto orgánico, por los motivos ya expuestos. A continuación se examinará dicha problemática.

1. La Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar de Bogotá decidió revocar la determinación tomada por el a quo, en el sentido de llamar a juicio al ST. Carlos Alberto

Peñuela Fernández y en consecuencia dispuso cesar el procedimiento a su favor; igualmente, se inhibió de conocer sobre la consulta de la cesación de procedimiento emitida a favor del DG. Juan Fernando Benavidez Moreno y el SLR. Yesid Emilio Peña Vergara.

Al momento de entrar a estudiar la imputación hecha al ST. Peñuela Fernández como autor en la modalidad de comisión por omisión por la muerte de Manuel Enrique Guzmán Forigua, la fiscalía se remitió, tal como lo hizo el a quo, a la sentencia de la Corte Constitucional SU-1184 de 2001. Sin embargo, la segunda instancia estimó que en el caso concreto no se alcanzaron los estándares establecidos por el citado fallo para imputar la conducta en la modalidad mencionada, ya que no bastaba con (i) verificar la posición de garante de Peñuela Fernández frente a su subalterno y (ii) que tal condición emergiera de una competencia institucional, sino que, además, (iii) era necesario establecer si efectivamente el ST. Peñuela Fernández era conocedor de que Jurado Benítez estuviese actuando de forma ilegal y a pesar de encontrarse en condición de contrarrestar tal ilícito no hubiese hecho nada para evitarlo.

Al remitirse a las versiones rendidas por Peñuela Fernández, Jurado Benítez y otros soldados, y lo expresado por los particulares, el ad quem determinó que el ST. Peñuela Fernández se encontraba lejos de poder advertir un escenario tan repentino como el que desencadenó la muerte de Guzmán Forigua, “más aún cuando ni siquiera dio cuenta del exacto momento en que JURADO BENITEZ disparara el proyectil letal y tampoco del instante en que se disponía a hacerlo, como para de allí pretender predicar que estaba PEÑUELA FERNÁNDEZ en capacidad de sobreponerse a un resultado que conocía iba a concretarse”, de tal manera que no podía afirmarse que el oficial incumplió con su posición de garante.

Igualmente, sostuvo que la iniciativa de emprender la persecución de Guzmán Forigua provino única y exclusivamente del DG. Jurado Benítez; que si bien es cierto el oficial consideró apoyar a su subalterno siguiendo también a la víctima, esa sola circunstancia no era suficiente para determinar que el oficial estaba en condiciones de prever el desenlace fatal acaecido minutos después.

El fallador de segunda instancia formuló una serie de preguntas a fin de desvirtuar la responsabilidad del ST. Peñuela, así:

- “¿[D]e dónde, con criterios de lógica y razón suficiente, adoptar con parámetros de discernimiento que PEÑUELA FERNANDEZ omitió en el panorama que se advierte la

protección de la vida de MANUEL ENRIQUE GUZMAN FORIGUA frente al actuar de su subalterno, si como se recalca a lo largo de este razonamiento este en ningún momento estuvo al alcance de JURADO BENITEZ como para poder en la precitada acción controlar su proceder (...)?

-¿[E]s que acaso el oficial observó como JURADO BENITEZ le quitaba la vida a MANUEL ENRIQUE GUZMAN FORIGUA y no hizo nada por detenerlo (...)?

-¿[C]uál el explícito criterio para que exprese categóricamente el a quo que PEÑUELA FERNANDEZ faltó al deber de cuidado frente al asunto que nos convoca (...)?

-¿[E]n dónde enfatiza la ausencia de aquel deber que le asistía al oficial frente a la actividad de JURADO BENITEZ (...)?”.

Aunado a los anteriores cuestionamientos, que no obtuvieron respuesta luego del análisis hecho por el ad quem, la fiscalía concluyó:

“Amén de lo en precedencia esbozado, repárese, incluso, tal cual lo expone el memorialista para superar cualquier abstracción de PEÑUELA FERNANDEZ en el mantenimiento del rol que supone esa posición de garante, que estaban los soldados aleccionados para no cargar sus armas, portar cartuchos en la recámara del fusil o disparar sin razón jurídicamente atendible, y la orden fragmentaria 1565 del Batallón de Policía Militar No. 13 no asentía ningún precepto que abandonara los cauces de la legitimidad, contrario sensu, reforzaba los cuidados a tener con las armas, razón por la cual no puede en ese entorno serle imputada como autor al oficial la conducta homicida bajo la óptica que consideró la funcionaria calificadora, motivo que ha de conducirnos, sin ambages, a despachar de favorable manera los pedimentos del apelante y en consecuencia se revocará la decisión por medio de la cual el a quo dispuso residenciar al militar PEÑUELA FERNANDEZ en sede de juicio criminal al encontrarlo como autor y presunto responsable del delito de homicidio agravado en la modalidad de comisión por omisión y en su lugar disponer la cesación procedimental a su favor (...).”.

Por último, con fundamento en el principio de favorabilidad, la fiscal resolvió inhibirse de conocer la consulta de la cesación de procedimiento a favor del DG. Juan Fernando Benavidez Moreno y el SLR. Yesid Emilio Peña Vergara, dispuesta por el a quo, toda vez que se presentó un cambio de legislación: la Ley 1407 de 2010 derogó la precitada figura, inicialmente

prevista en la Ley 522 de 1999.

2. Respecto del material probatorio, en el expediente se encuentran los siguientes testimonios⁷²:

(i) El Dragoneante (DG) Luis Carlos Jurado Benítez⁷³ señala que la Compañía Boyacá salió a realizar un “Plan Capital” en Soacha (Cundinamarca) y a las 12:30 de la noche se dispuso a “requisar a dos sujetos, pero ellos salieron a correr así que mi teniente Peñuela y yo salimos detrás de un sujeto que llevaba una maleta, corrimos como tres cuerdas al sujeto y él se metió por un callejón, le advertí varias veces que se detuviera y no lo hizo”, por lo que realizó dos tiros al aire para hacer válida la advertencia.

Narra que el sujeto “saco de la cintura un arma y me disparo pero el cartucho no detono, al ver que el sujeto me había disparado y había atentado contra mi vida, yo le dispare sin apuntarle pues estaba corriendo”. Agrega que el sujeto caminó 3 pasos y se acostó en el suelo, viendo esto el ST. Peñuela Fernández se acercó al individuo para requisarlo, lo puso boca abajo y le levantó la camisa dándose cuenta que a la altura del pulmón izquierdo tenía un disparo, por lo que le dio la orden de que buscara un “ABIR” para llevarlo al hospital y cuando regresó ya la persona había fenecido. Aclara que antes de iniciar el operativo el Subteniente Peñuela Fernández le había recordado el catálogo de seguridad.

(ii) El Subteniente (ST) Carlos Alberto Peñuela Fernández⁷⁴ declara que se encontraba como comandante de pelotón, dándosele la orden de realizar un “Plan Capital” en el municipio de Soacha. Asevera:

“[I]nicié el dispositivo a las 22:00 horas desplazándome en sentido sur, durante el desplazamiento se iba verificando la identidad de las personas y garantizando que no hubiera un elemento extraño en las vías, al llegar a la Calle 19 con cra 7 dispuse de 4 soldados de seguridad y 4 de requisa, los soldados Benavides y Peña Vergara se encontraban requisando a dos sujetos, y en el momento el DG. Jurado solicito a otros dos sujetos que se encontraba aproximadamente a 10 metros de la tropa que permitieran una requisa, dichos sujetos al escuchar la voz del Dragoneante salieron a correr, en rumbos distintos, el dragoneante Jurado les gritó que hicieran alto en varias ocasiones y los comenzó a perseguir al sujeto (...), al ver que (...) el Dragoneante Jurado fue solo tras el sujeto, Salí detrás de el en apoyo”.

Relata que al correr aproximadamente una cuadra el DG. Jurado Benítez “al ver que en varias ocasiones se le hacia la advertencia verbal que se detuviera hizo dos disparos al aire, y el sujeto voltio (sic) por una esquina y saco un arma de tipo Chagon, le apunto al dragoneante Jurado y acciono el arma, el soldado al ver que estaba en la línea de tiro de dicho sujeto, acciono el fusil (...). Luego el sujeto se voltio (sic), dio aproximadamente 4 pasos y cayo al piso”, así que se acercó al joven y al ver que estaba agonizando le dio la orden al DG. Jurado que buscara una ambulancia pero la persona había fallecido. Igualmente, atestigua que antes de salir instruyó al personal sobre el catálogo de seguridad para que lo tuvieran en cuenta y aclara que no le había impartido orden al dragoneante de seguir al sujeto.

(iii) El señor Jorge Albeiro Cossio Aguirre⁷⁵ informa que él presencié el asesinato de la víctima, refiriendo que “subía con mi señora por la séptima del Municipio de Soacha, al llegar a la esquina donde fueron los hechos bajaba un muchacho a la carrera, detrás un soldado como a los cuatro o cinco metros, otro, y por ahí a los ocho o diez metros bajaban dos soldados más, el primero se paró en la esquina y disparó contra el joven que iba corriendo”⁷⁶.

Atestigua además: “(...) el soldado salió sobre el muchacho que le había disparado, lo seguía el otro soldado, yo pase donde disparó el soldado y cogí los cartuchos que cayeron ahí al piso, ya venían llegando los otros dos soldados que venían más atrás hacía mí, yo recogí los cartuchos y me fui hacia el muchacho que habían matado, llegando escuchaba: lo mataste marica (sic), lo mataste”⁷⁷.

(iv) La señora María Silvana Gasca Tovar⁷⁸ sostiene que estaba en Soacha en compañía de su esposo cuando vio que venía corriendo un joven (que no conocía) y detrás de él venía un uniformado, quien disparó.

Aseguró que el oficial “se fue a mirar al muchacho que habia caído y mi marido también se fue detrás a mirarlo y el de la PM le decía al muerto ‘parese pirobo, gorronea, no se me haga el muerto, no se me haga el marica’, en ese momento llegaron otros compañeros de la PM y se arrimaron al muerto; los señores de la PM uno de ellos se agacho a mirar y voltear al joven que había caído (...), entonces le dijo al compañero que le habia disparado ‘marica lo mato’”⁷⁹.

(v) El DG. Juan Fernando Benavidez Moreno⁸⁰ manifiesta que salió a hacer un “Plan Capital”

en el lugar ya señalado y refiere: “salimos a requisar y los delincuentes salían por todo lado, se escondían, el alumbrado estaba oscuro (...), estábamos en una esquina requisando como a cuatro personas, recuerdo que al lado mío estaba el soldado Peña Vergara y el Dg. Jurado requisando a unas personas, cuando del otro lado de la esquina se vio bajar a 2 personas, se llamo a las personas a requisa y salieron corriendo, detrás de ellos se fueron mi teniente Peñuela y el Dragoneante Jurado, El Soldado Peña Vergara y yo nos quedamos requisando a las personas”⁸¹; que al poco tiempo escuchó unos disparos y fue a ver junto con el uniformado Peña lo que había sucedido y cuando llegó percibió una persona tendida en el suelo.

Precisa que la orden que tenían era que no debían “llevar el arma cargada ni desasegurada, ni con ningún cartucho en la recamara”⁸², ya que se les había hecho énfasis en las normas de seguridad y solo se podía usar el arma en circunstancias de peligro.

(vi) El Soldado (SLR) Yesid Emilio Peña Vergara⁸³ expone que se encontraba en el municipio de Soacha (Cundinamarca) junto con su pelotón comandado por el ST. Peñuela adelantando un “Plan Capital”.

Informa que él y el DG. Benavides se encontraban requisando a unos sujetos cuando vieron que el DG. Jurado emprendió la persecución de unas personas y detrás de este salió el ST. Peñuela; luego se escucharon 3 impactos por lo que fue a la zona de los hechos junto con DG. Benavides y observaron al llegar un sujeto tirado en el piso con un arma tipo changón. Adiciona que el DG. Jurado “les gritó varias veces que se detuvieran”⁸⁴ pero estos hicieron caso omiso de la orden. Finalmente, asegura que antes de salir a la misión se les había mencionado del catálogo de seguridad.

(vii) Diana Carolina Fernández Vega⁸⁵ indica que Guzmán Forigua se encontraba esa noche en la Plaza de Bolívar viendo los juegos pirotécnicos con la mamá y la tía, luego fue a su casa en Soacha. Asevera que salieron a comprar unas pizzas, las que guardaron en el maletín del occiso. Aclara que esa noche lo único que tomaron y comieron fue coca-cola y pizza. Asegura que la víctima no portaba ningún arma ya que en la maleta llevaba un buzo, una carpeta, unas hojas y un tarrito de agua. Añade que era su mejor amigo, una persona calmada, responsable, que no consumía drogas alucinógenas, que fumaba cigarrillo, que era estudiante de licenciatura en educación básica con énfasis en ciencias sociales en la

Universidad Distrital, y que vivía con su mamá y una hermana en el barrio Bachué.

(viii) Segundo Benedicto López⁸⁶ manifiesta que en la madrugada del 8 de diciembre de 2003 lo despertó su esposa para informarle que una persona había sido baleada a cuatro cuadras de donde estaban y que al parecer era el joven Guzmán Forigua, quien era amigo de la familia y le colaboraba con trabajos ambientales. Afirma que fue al sitio de los hechos y al llegar notó que estaba acordonado por militares, lo que le impidió acercarse y observar claramente la diligencia de levantamiento del cadáver.

Finalmente, señala que desconocía los autores materiales del homicidio, pero por comentarios de las personas que se encontraban en la zona se enteró que el responsable había sido un militar.

(ix) Cesar Fernando López Infante⁸⁷ expresa que en el momento del incidente estaba en la casa de sus padres con su esposa y que entre las 11:00 y 11:30 pm escucharon disparos.

Sostiene que al llegar al lugar del evento había aproximadamente 20 oficiales y unos 4 o 5 agentes de policía rodeando el cadáver, quienes le prohibieron acercarse. Añade que durante el tiempo que estuvo en el sitio los soldados cometieron unas series de arbitrariedades, debido a que no dejaban preguntar ni acercarse.

Atestigua que se le acercó una pareja entre 40 y 42 años de edad, quienes le informaron que habían visto todo, desde cuando le dispararon al sujeto por la espalda y que inclusive poseían una de las vainillas de los tiros que se ejecutaron. Igualmente, informa que algunos de los miembros de la fuerza pública con los que tuvo contacto tenían fuerte olor a licor.

Agrega que al momento de hacer el levantamiento del cuerpo la funcionaria del CTI llevaba una maleta y una escopeta corta y al preguntarle “que que era eso” ella respondió “pues que va a ser, pues el arma que tenía el muerto”, a lo cual el señor López contestó “que era imposible y les dije que eso era un montaje del cual la misma policía se había hecho participe”⁸⁸.

Asimismo, expone que reparó cuando los documentos personales del referido joven fueron entregados a un individuo y al momento que preguntó “los documentos del cadáver a quien hacían referencia”, él le contestó “que el cadáver estaba indocumentado”, objetando que

“eso es imposible por que el cuerpo tenía la billetera, me pregunto que le diera el nombre de la persona que buscábamos, yo le dije que Manuel y me contesto: Si es él” 89.

Respecto a los responsables del delito indica que por comentario de la pareja sabía que habían sido los del ejército y aclara que él no había sido testigo presencial del hecho, precisando que al sujeto posiblemente le quitaron la vida como reacción a que había disparado en contra de ellos. Por último, manifiesta que pudo evidenciar en el cuerpo del occiso cierto maltrato como moretones y contusiones.

(x) Tito López Vanegas⁹⁰ refiere que esa noche él se encontraba prestando sus servicio de seguridad en una discoteca, cuando los militares entraron a dicho lugar con el fin de hacer una requisita, asegura que había un Cabo Segundo, un Teniente, dos Dragoneantes y varios soldados, y que uno de ellos olía a licor.

Comenta que percibió a Guzmán Forigua cuando lo requisaban, se acercó donde él estaba y le preguntó “que que había pasado y el me dijo que lo habían retenido y que un dragoniante se la estaba montando (sic) que por que tenía el cabello largo y que por que tenía una hoja de papel que decían que olía a marihuana, entonces yo le dije, usted tiene los papeles y él me dijo que si los tenía y yo le dije que esperara yo hablaba haber si algo podía hacer”⁹¹. Agrega que fue hablar con el Teniente y le informó que Manuel Guzmán era una persona conocida y le preguntó los motivos de su detención sin obtener respuesta alguna.

Expresa que trasladaron a los jóvenes civiles hacia unos depósitos, los obligaron acucillarse y después no volvió a ver a la víctima, por lo que desconocía el sitio donde ocurrieron los hechos, ni quien había disparado. Aclara que Guzmán Forigua no portaba armas.

(xi) José Enrique Guzmán Luna⁹² (padre de Manuel Guzmán Forigua) comenta que su hijo tenía 20 años de edad, no tenía vicios, era una persona tranquila y juiciosa, estudiante de la Universidad Distrital. Añade que no sabía por qué se encontraba en el municipio de Soacha, ni cómo había sucedido su deceso.

(xii) Manuela Forigua Romero⁹³ (madre de la víctima) indica que su hijo era una persona cariñosa sin ningún tipo de adicción. Asevera que el día en que ocurrieron los hechos Manuel Enrique estaba con ella y algunos familiares viendo los juegos pirotécnicos, luego el joven decidió ir a Soacha a visitar algunos amigos. Declara que el 8 de diciembre a la 1:30 a.m. le

informaron que su hijo estaba muerto, por esto se trasladó hasta el lugar del accidente y le comunicaron que un muchacho le había disparado a los militares y que estos habían respondido.

(xiii) El Patrullero (PT) Hamintong Bastos Jácome⁹⁴ expresa que se encontraba haciendo cierre de establecimientos, a unas 12 cuadras del lugar del evento; que la ciudadanía le informó que se había armado un problema con los del ejército, ya que un soldado le había disparado a alguien; por ello se trasladó y escuchó de unas personas que el occiso era un reconocido jíbaro del sector, y de otras que era una persona de bien. Y que luego procedió a llamar a la URI y al CTI que hizo el levantamiento del cadáver.

(xiv) El Cabo Tercero (C3) William Germán Vega Linares⁹⁵ informa que se encontraba en la compañía Boyacá y estando allí repartieron a la gente por escuadras y por sectores; que cuando estaba llegando a la zona donde le tocaba realizar sus funciones escuchó un disparo y se desplazó al lugar de los hechos.

Agrega que el área estaba rodeada de miembros de la fuerza pública y había una persona tendida en el suelo, por lo que preguntó “qué había pasado” y le respondieron “que el individuo, había sacado un Changón cuando el DG. JURADO le dijo que hiciera alto y él individuo no hizo caso a la orden y lo que hizo fue apuntarle al Dragoniante, cuando el Dragoniante se vio en esa situación, disparo al piso, (...) y la ojiva revoto y le pego sobre el pecho del individuo y él cayó”⁹⁶. Aclara que dicha información se la dio el mismo DG. Jurado.

(xv) el Cabo Víctor Manuel Zamora Martínez⁹⁷ narra que estaba realizando el “Plan Capital” y al mando estaba el ST. Peñuela; que al llegar a Soacha se dividieron por escuadras y el punto de encuentro era el parque principal a las 24:00 horas. A la hora pactada estaban en ese sitio la escuadra del C3. Simanca y el C3. Zamora cuando el Teniente Peñuela les reportó por radio que los necesitaba en la calle principal. Señala que al llegar notó un civil muerto, luego llegaron representantes de la policía y de la fiscalía para realizar el levantamiento.

(xvi) El Patrullero Oscar Javier Santos Arévalo⁹⁸ manifiesta que se encontraba patrullando en la carrera 7ª cuando una señora le dijo que un oficial había matado a un muchacho, por lo que inmediatamente se dirigió al sitio y al llegar reparó cómo la comunidad se lanzaba contra los miembros del ejército; luego se acercó y percibió a una persona muerta.

(xvii) El Patrullero Fernando Plata Becerra⁹⁹ dice que se encontraba en el turno de cierre de establecimientos, cuando la colectividad le informó que un oficial había matado un muchacho y al llegar al sitio de lo ocurrido colaboró con el control de la gente y observó a un individuo tirado en el suelo.

(xviii) El soldado Victori Delio Lavao Leguizamón¹⁰⁰ sostiene que se encontraba en la escuadra del C3 Simanca, requisando por el lado de las discotecas, cuando escuchó unos tiros, se dirigió a la zona del incidente cuando percibió a una persona muerta en el piso y a las patrullas.

(xix) El Ex Soldado Guillermo Mantilla Mantilla¹⁰¹ indica que hacía parte del régimen interno de la compañía Boyacá, pero esa noche hizo parte del grupo de operaciones al mando del ST. Peñuela, quien dividió el grupo en escuadras con la consigna de encontrarse a las 24:00 horas en el mismo punto. Relata que se enteró de lo sucedido y cuando llegó al lugar del accidente le dieron la orden de bloquear el flujo vehicular, que en el momento se hizo presente la fiscalía. Añade que siguió prestando seguridad hasta la 5 de la mañana.

(xx) El Ex Soldado Carlos Eduardo Sánchez Cortés¹⁰² cuenta que se encontraba realizando el “Plan Capital” al mando del ST. Peñuela, quien dividió el grupo en escuadrones, perteneciendo al de este. Describe que estaba requisando a las personas cuando salieron a correr 3 o 4 individuos, él junto con otros soldados persiguieron a los civiles como 3 cuadras y cansados los dejaron huir, que al momento en que regresaron se encontraron con el resto de la patrulla y con el occiso en el piso.

(xxi) La Teniente (TE) Alba Luz Buitrago Sánchez¹⁰³ informa que estaba patrullando con el grupo de reacción en el municipio de Soacha cuando escuchó el disparo y al llegar al lugar encontró personal del ejército discutiendo con civiles por lo que procedió a calmar la situación.

(xxii) El Soldado William Raúl Guerrero Cubides¹⁰⁴ narra que salió a realizar el “Plan Capital” al mando de ST. Peñuela; que el pelotón se dividió en grupos y él se encontraba en uno distinto al de este. Refiere que escuchó los disparos y fue al lugar de los hechos encontrándose con un sujeto muerto en el piso, quien tenía un arma al lado. Luego, el ST. Peñuela le ordenó hacer un cordón de seguridad, después llegó la policía, que les informó que tenían que esperar a que llegara el CTI para que se hiciera el levantamiento del cadáver.

(xxiii) El Soldado Luis Ferney Hurtado Rojas¹⁰⁵ expone que se encontraba realizando el “Plan Capital” al mando de ST. Peñuela; que el pelotón se dividió en escuadras quedando con el DG. Guerrero. Precisa que se encontraba haciendo unas requisas cuando escuchó el disparo y al desplazarse al sitio del accidente se encontró con un cadáver y le ordenaron prestar seguridad al lugar; después llegó la fiscalía e hicieron el levantamiento del occiso.

3. Conforme con lo expuesto, la Sala evidencia que la Fiscalía Tercera fundamentó su decisión de cesar el proceso a favor del oficial Peñuela teniendo en cuenta el material probatorio allegado, las normas y la jurisprudencia que versan sobre la materia, por lo que en sentir de esta Corporación hizo una interpretación razonada, autónoma e imparcial, y desprovista de presiones provenientes de cualquiera de los sujetos procesales.

Para ello tuvo en cuenta que la conducta punible imputada al ST. Peñuela fue la de autor en la modalidad de comisión por omisión del homicidio de Manuel Enrique Guzmán Forigua, ilícito que le endilgó el fiscal de primera instancia por su condición de garante respecto de su subalterno, el soldado Jurado Benítez y en relación con el occiso.

De acuerdo con los testimonios rendidos por los civiles y militares que fueron escuchados en el transcurso de la investigación, la Sala encuentra que la decisión tomada por la Fiscalía ad quem, mediante la cual estimó que desde la posición en la que se encontraba el ST. Peñuela Fernández le era imposible evitar la acción criminal de su subalterno, máxime cuando no tuvo conocimiento del momento exacto en que el DG. Jurado Benítez accionara el arma de fuego contra la víctima, se refleja como ajustada a Derecho ya que era válido afirmar que el Subteniente no estaba en capacidad de prever dicho desenlace y no se puede asegurar que incumplió con su condición de garante. Al respecto las pruebas permiten sostener que el Subteniente efectivamente cumplió con la posición en mención, hasta donde le fue posible. En efecto:

(i) Los DG. Luis Carlos Jurado Benítez y Juan Fernando Benavidez, el SLR. Yesid Emilio Peña Vergara, y el ST. Carlos Alberto Peñuela Fernández coincidieron en manifestar que antes del inicio de la operación este último le recordó al pelotón, el decálogo de seguridad para el manejo de las armas de fuego, que entre otros puntos consagraba lo siguiente:

“(…). 8. El personal no debe llevar cartuchos en la recámara.

9. El empleo de las armas de fuego se deben hacer a orden del Comandante de la misión y solamente ante la eventualidad de un inminente peligro, para la integridad física del persona”¹⁰⁶.

(ii) Igualmente, se encuentra establecido que el DG. Jurado Benítez emprendió la persecución sin mediar orden de su superior; así lo afirmaron sus compañeros de escuadra, quienes también declararon que el ST. Peñuela salió detrás del mencionado dragoneante para apoyarlo, lo que deja entrever que hasta en lo que le fue viable cumplió con las funciones que le correspondían y le eran exigibles como comandante de la compañía.

(iii) Por último, se tiene que los únicos testigos directos del incidente, Jorge Albeiro Cossio Aguirre y su esposa María Silvana Gasca Tobar, relataron que se encontraban por la carrera 7ª en el municipio de Soacha, cuando pasó un joven corriendo y detrás de este un oficial, como a 4 o 5 metros, y a 10 metros del uniformado venía uno más. Añadieron en sus declaraciones que el primero de ellos se detuvo, apuntó y disparó en contra de Guzmán Forigua, y solo momentos después llegó a la escena el otro militar, quien luego de verificar el estado de la víctima comprobó que había fallecido.

De lo anterior se desprende que era razonable afirmar, como lo hizo la Fiscalía, que en la acción intempestiva ejecutada por Jurado Benítez el oficial al mando no tuvo injerencia alguna y por ello no faltó a su posición de garante, máxime si no se logró dar respuesta satisfactoria a los interrogantes planteados por la fiscalía:

- “¿[D]e donde, con criterios de lógica y razón suficiente, adoptar con parámetros de discernimiento que PEÑUELA FERNANDEZ omitió en el panorama que se advierte la protección de la vida de MANUEL ENRIQUE GUZMAN FORIGUA frente al actuar de su subalterno, si como se recalca a lo largo de este razonamiento éste en ningún momento estuvo al alcance de JURADO BENITEZ como para poder en la precitada acción controlar su proceder (...)?

-¿[E]s que acaso el oficial observó como JURADO BENITEZ le quitaba la vida a MANUEL

ENRIQUE GUZMAN FORIGUA y no hizo nada por detenerlo (...)?

-¿[C]uál es el explícito criterio para que exprese categóricamente el a quo que PEÑUELA FERNANDEZ faltó al deber de cuidado frente al asunto que nos convoca (...)?

-¿[E]n donde enfatiza la ausencia de aquel deber que le asistía al oficial frente a la actividad de JURADI BENITEZ (...)?”.

La Sala encuentra plausible el análisis de la fiscalía al aseverar que el ST. Peñuela no faltó a su condición de garante, no solo porque el material probatorio así lo indica, sino además porque no basta con verificar la existencia de la posición de garante para establecer la responsabilidad penal del sujeto, dado que para que dicha responsabilidad exista se hace necesario determinar previamente si la persona actuó de manera típica, antijurídica y culpable, por lo que ante la ausencia de alguno de estos presupuestos no puede hablarse de responsabilidad penal. En esa medida, es válido sostener que el ST. Peñuela actuó con ausencia de dolo y culpa, toda vez que no pudo anticipar el riesgo concreto que corría la vida de la víctima.

Además, como ya se ha dicho, si bien es cierto que el ST. Peñuela Fernández ostentaba una posición de garante, y tenía el deber de evitar que se diera el resultado lesivo para el bien jurídico de la vida, también lo es que las pruebas obrantes dentro del proceso no demuestran que haya faltado a las obligaciones que le correspondían como tal.

4. De lo expuesto se concluye, que la decisión de la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar, en el sentido de declarar la cesación de procedimiento a favor del Subteniente Peñuela Fernández, no desconoció el material probatorio ni normativo, se fundó en los principios de autonomía e independencia judicial y en los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso en materia penal.

Se tiene, entonces, que las pruebas se practicaron como se encuentra establecido en la ley, por lo tanto no hay defecto fáctico en su recepción o práctica.

5. En este caso, la Sala advierte que se abstendrá de pronunciarse respecto de la decisión del ad quem de inhibirse de conocer de la consulta de la cesación de procedimiento emitida a favor de los uniformados Juan Fernando Benavidez Moreno y Yesid Emilio Peña Vergara,

toda vez que este punto no fue objeto de reproche alguno por parte de los accionantes en el presente amparo, quienes tampoco hicieron uso de los recursos de ley que pudieron ser interpuestos en contra de tal determinación al momento de serles notificada por parte del fiscal de primera instancia.

Por lo anterior, la Sala confirmará el fallo proferido el 8 de marzo de 2012 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que a su turno confirmó la Sala de Casación Civil de dicha Corporación dentro del presente amparo.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido el 8 de marzo de 2012 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el proferido el 18 de abril del 2012 emanado de la Sala de Casación Civil de la misma Corporación, en el sentido de negar el amparo solicitado por Manuela Forigua Romero y Camilo Guzmán Forigua respecto de la decisión adoptada por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar de Bogotá aquí referida.

Segundo.- ORDENAR a la Secretaría General que, dejando las respectivas constancias, devuelva al Juzgado Quinto de Brigada de Bogotá el expediente del proceso penal con radicación núm. 1749, que se adelanta contra del DG. Luis Carlos Jurado Benítez por el delito de Homicidio Agravado, el cual fue remitido a esta Sala en calidad de préstamo.

Tercero.- LÍBRESE por la Secretaría General de esta Corporación la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente con permiso

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Informe sobre los hechos del 8 de diciembre de 2003 presentado por el ST. Carlos Alberto Peñuela Fernández al Teniente Coronel Alfonso Otto Quiñones Arboleda Comandante BAPOM 13. Cuaderno 1, folio 37.

2 Ídem.

3 Apartándose de la decisión mayoritaria de la Sala de asignar el conocimiento del asunto a la Justicia Penal Militar, el Magistrado Temístocles Ortega Narváez salvó el voto.

4 Cuaderno 1, folio 113.

5 Ídem, folio 121.

6 Cuaderno 1, folio 44.

7 Seguir las consideraciones de la sentencia T-854 de 2012 proferida por esta misma Sala.

8 Sentencia T-703 de 2011.

9 “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)”.

10 Sentencia SU-195 de 2012. Disposición que se encuentra reiterada en el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta la acción de tutela.

11 Sentencias SU-195 de 2002 y T-405 de 1996.

12 Sentencias T-136 de 2012 y T-852 de 2011.

13 Sentencias SU-195 de 2012 y C-590 de 2005.

14 Sentencia SU-195 de 2012.

15 Sentencia T-173 de 1993.

16 Sentencia T-504 de 2000.

17 Ver entre otras la reciente Sentencia T-315 de 2005.

18 Sentencias T-008 de 1998 y SU-159 de 2000.

19 Sentencia T-658 de 1998.

20 Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001.

21 Sentencia T-825 de 2012.

22 Sentencia T-491 de 2011.

23 Sentencia T-825 de 2012.

24 En este sentido las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-593 de 2007, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-884 de 2008, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, entre otras.

25 Sentencias T-825 de 2012 y T-485 de 2011.

26 Sentencia T-825 de 2012.

27 Sentencia T-491 de 2011.

28 Sentencia T-522 de 2001.

29 Cfr. Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.

30 Sentencia SU-195 de 2012.

31 Sentencias T-511 de 2011 y T-313 de 2010.

33 Sentencia T-929 de 2008.

34 Sentencia T-511 de 2011.

35 Tomado de la sentencia T-854 de 2012 proferida por esta misma Sala.

36 Sentencias SU-195 de 2012, T-143 de 2011 y T-567 de 1998.

37 Sentencias SU-195 de 2012.

38 Sentencia T-456 de 2010.

39 Sentencia T-311 de 2009.

40 Ídem.

41 Sentencia SU-195 de 2012.

42 Cfr. Sentencia T-902 de 2005.

43 Ibídem.

44 Ibídem.

45 “Artículo 1. De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o 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”.

46 Las sentencias C-1184 de 2008 y C-141 de 1995 reconocen que la Constitución Política y las normas penales militares constituyen el “sustento legítimo del fuero”; por ello en Colombia la justicia penal militar tiene un modelo “intermediario”, que se sustenta en el reconocimiento de esa investidura y la existencia de una jurisdicción independiente.

47 Sentencia T-806 de 2000.

48 Sentencia C-399 de 1995.

49 La Carta Política en el Artículo 216 establece que “La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”.

50 Sentencia C-1149 de 2001. Igualmente, la sentencia C-1184 de 2008 sobre este punto expuso dos elementos, así “[e]l primero de orden subjetivo, que el delito sea cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, y el segundo de orden funcional, que esa acción u omisión guarde relación con el mismo servicio”.

51 Sentencia C-358 de 1997.

52 Sentencia C-358 de 1997, postura reiterada por las sentencias C-1184 de 2008, C- 1149 de 2001 y T-806 de 2000.

53 Sentencias C-1149 de 2001 y T-806 de 2000.

54 Sentencias C-1184 de 2008, C-1149 de 2001 y T-806 de 2000.

55 Sentencia C-358 de 1997.

57 Sentencias C-533 de 2008, C-1149 de 2001 y T-806 de 2000.

58 Sentencia T-806 de 2000.

59 Sentencia C-533 de 2008, C-1149 de 2001 y T-806 de 2000.

60 Sobre el particular la Corte hace remisión directa a la sentencia SU-1184 de 2001.

61 Ídem.

62 Ídem.

63 “Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”.

64 Sentencias C-1184 de 2008 y SU-1184 de 2001.

65 Sentencia SU-1184 de 2001.

66 Cfr. Heiko H. Lesch. Das Problem der sukzessiven Beihilfe. Peter Lang. Frankfurt. 1992. Págs 284 y ss. Heiko H Lesch. Intervención delictiva e imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá.1995. Págs 39 y ss. Traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trellez.

67 Cfr. Günther Jakobs. Tätervorstellung und objektive Zurechnung. Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Köln, Berlin, Bonn, München, 1989. Carl Heymanns. Págs 271 y ss. Günther Jakobs. Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten. ZStW 104 (1992). Págs. 82 y ss.

68 Sentencia SU-1184 de 2001.

69 Ídem.

70 Normas vigentes a la época en que ocurrieron los hechos.

71 Cuaderno original, folio 250.

72 La Sala advierte que las transcripciones son tomadas de manera textual, en cuanto su redacción y puntuación.

73 Cuaderno copia núm. 1 del Juzgado Quinto de Brigada (sumario 1749), folio 231 y folio 30

(Diligencia de indagatoria del procesado ante el Juzgado 76 de Instrucción Penal Militar).

74 Cuaderno copia núm. 1, folio 237 y folio 34 (Diligencia de indagatoria del procesado ante el Juzgado 76 de Instrucción Penal Militar); y cuaderno copia núm. 2, folio 39.

75 Ídem, folio 225. Igualmente, reafirma lo atestiguado ante la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, pero resalta que nunca reparó que Guzmán Forigua portara un arma mientras corría, ni siquiera cuando cayó muerto. Asimismo, a la pregunta “[e]scuchó usted que el militar le dijera algo al muchacho que iba persiguiendo y que posteriormente resultara muerto? CONTESTO: Si. Le decía alto, pare, pare”. Cuaderno copia núm. 1 del Juzgado Quinto de Brigada (sumario 1749), folio 276.

76 Ídem, folio 225.

77 Ídem.

78 Cuaderno copia núm. 2 del Juzgado Quinto de Brigada (sumario 1749), folio 12.

79 Ídem, folio 13.

80 Cuaderno copia núm. 1 del Juzgado Quinto de Brigada (sumario 1749), folio 232 y folio 38 (Diligencia de indagatoria del procesado ante el Juzgado 76 de Instrucción Penal Militar); y cuaderno copia núm. 2, folio 191.

81 Cuaderno copia núm. 1 del Juzgado Quinto de Brigada (sumario 1749), folio 232.

82 Cuaderno copia núm. 1 del Juzgado Quinto de Briaga (sumario 1749), folio 39 (Diligencia de indagatoria del procesado ante el Juzgado 76 de Instrucciones Penal Militar).

83 Cuaderno copia núm. 1 del Juzgado Quinto de Brigada (sumario 1749), folio 239 y folio 41 (Diligencia de indagatoria del procesado ante el Juzgado 76 de Instrucciones Penal Militar) y cuaderno copia núm. 2, folio 73.

84 Ídem.

85 Cuaderno copia núm. 1 del Juzgado Quinto de Brigada (sumario 1749), folio 209.

86 Ídem, folio 213.

87 Ídem, folio 218. Igualmente, confirma lo atestiguado ante la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, haciendo énfasis en las heridas que tenía el occiso, ya que al ver el cuerpo observó que tenía dos orificios uno en la espalda y de salida en el pecho y otro al lado de la tetilla pero no le notó el orificio de salida, ante esto decidió preguntar al funcionario de la funeraria que si ese correspondía a una herida de bala, a lo que le respondieron afirmativamente. Cuaderno copia núm. 1 del Juzgado Quinto de Briaga (sumario 1749), folio 268.

88 Cuaderno copia núm. 1 del Juzgado Quinto de Brigada (sumario 1749), folio 220.

89 Ídem.

90 Ídem, folio 223: Igualmente, ratifica lo dicho ante la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos. Cuaderno copia núm. 1, folio 261.

91 Ídem, folio 223.

92 Cuaderno copia núm. 1 del Juzgado Quinto de Briaga (sumario 1749), folio 255.

93 Ídem, folio 257.

94 Cuaderno copia núm. 2 del Juzgado Quinto de Brigada (sumario 1749) folio 93.

95 Ídem, folio 132.

96 Ídem.

97 Ídem, folio 135.

99 Ídem, folio 141.

100 Cuaderno copia núm. 2 del Juzgado Quinto de Brigada (sumario 1749), folio 175.

101 Ídem, folio 178.

102 Ídem, folio 182.

103 Ídem, folio 204.

104 Cuaderno copia núm. 3 del Juzgado Quinto de Brigada (sumario 1749), folio 202.

105 Ídem, folio 213.

106 Cuaderno original, folio 41.