

Sentencia T-590A/14

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-A través de apoderado judicial

El requisito de legitimación en la causa por activa en materia de acciones de tutela, se puede cumplir mediante apoderado judicial, en cuyo caso debe ostentar la condición de abogado titulado y anexar un poder que lo faculte para interponer la acción. En este caso no existe ninguna restricción constitucional o legal para que se anexe poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La jurisprudencia ha entendido que para que se configure un defecto fáctico es necesario que “el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”.

FUERO PENAL MILITAR-Requisitos para ser investigado y juzgado por la jurisdicción penal militar

FUERO PENAL MILITAR-Elementos

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el fuero penal militar está integrado por dos elementos, así: i) Un elemento relativo a la calidad del sujeto activo de la conducta, que consiste en que se trate de miembro de la fuerza pública (de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional) en servicio activo. ii) Un elemento funcional, que consiste en la relación de los delitos con el servicio que presta la fuerza pública.

FUERO PENAL MILITAR-Alcance

FUERO PENAL MILITAR-Exclusión de delitos no relacionados con el servicio

DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Vulneración al incurrir en un defecto fáctico al no hacerse un análisis integral y sistemático de las pruebas allegadas al expediente

DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Orden al Consejo Superior de la Judicatura, resolver el conflicto de competencias realizando un análisis integral y sistemático de todas las pruebas allegadas al expediente

Referencia: expediente T- 4.310.042

Acción de tutela interpuesta por Carlos Alberto Morales Tejada y otros contra el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Magistrada (e) sustanciadora:

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil catorce (2014)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Martha Victoria Sáchica Méndez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala de Decisión Jurisdiccional Disciplinaria, el 5 de febrero de 2014, dentro de la acción de tutela interpuesta por María Doris Tejada Castañeda, Darío Alfonso Morales Rodríguez, Luz Marina Morales, Rubén Darío Morales Tejada, Carlos Alberto Morales Tejada y John Jairo Morales Tejada, mediante apoderado, contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

El expediente de referencia fue escogido para revisión mediante auto del treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014), proferido por la Sala de Selección Número Cuatro.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud de tutela

El apoderado judicial de los ciudadanos María Doris Tejada Castañeda, Darío Alfonso Morales Rodríguez, Luz Marina Morales, Rubén Darío Morales Tejada, Carlos Alberto Morales Tejada y John Jairo Morales Tejada interpuso acción de tutela contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para la protección del derecho al debido proceso que estima fue vulnerado con la decisión adoptada el 22 de agosto de 2013 dentro del expediente radicado N° 11001010200020130192300, con base en los siguientes hechos, que relata en la petición de amparo:

a- El señor Oscar Alexander Morales Tejada, hijo y hermano de los accionantes, murió el 16 de enero de 2008 en el municipio de El Copey (Cesar) por acción de personal militar adscrito al Batallón de Artillería N°2 La Popa. En este mismo hecho igualmente fallecieron Germán Leal Pérez y Octavio David Bilbao Becerra.

b- El occiso Morales Tejada, indica la solicitud de tutela, no tenía antecedentes de haber desarrollado actividades delictivas o pertenecer a algún grupo delictivo con capacidad de confrontación armada.

c- El Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar de Valledupar adelantó la investigación por la muerte de Oscar Alexander Morales Tejada, Germán Leal Pérez y Octavio David Bilbao Becerra, bajo el radicado 1796, y el 16 de agosto de 2011 abrió investigación contra el Subteniente Julián Andrés Díaz Medina, y los soldados Norberto Pinto Baraona, Jair David Medina España, Juan Elías Quiñonez Morales, Jorge Hernández Gutiérrez, Héctor Antonio Jaramillo Martínez y José Granados Peñaranda.

d- El 4 de marzo de 2012 se admitió la demanda de parte civil, dentro de la actuación penal de la referencia, y el 4 de septiembre de 2012 el Juzgado 90 Penal Militar de Valledupar resolvió la situación jurídica de los procesados absteniéndose de decretar medida de aseguramiento.

e- El 2 de octubre del mismo año la parte civil solicitó al Juzgado 90 Penal Militar de Valledupar enviar la actuación a la jurisdicción penal ordinaria, al considerar que la muerte

de Oscar Alexander Morales Tejada no fue como consecuencia de un enfrentamiento, sino una ejecución extrajudicial, petición que fue negada por decisión del 7 de marzo de 2013.

f- En atención a la solicitud elevada el 20 de junio de 2013 por el apoderado de los tutelantes al Jefe de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación, el 16 de julio de 2013 la Fiscalía 123 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Bucaramanga le solicitó al Juzgado 90 Penal Militar de Valledupar el envío de las diligencias a la justicia ordinaria al considerar que la competencia para investigar los hechos correspondía a ésta pues elementos materiales probatorios desvirtúan la versión dada en forma contradictoria por los militares.

g- Mediante auto del 26 de julio de 2013 el Juzgado 90 Penal Militar de Valledupar planteó el conflicto positivo de competencias, por lo cual solicita al Consejo Superior de la Judicatura que dirima este conflicto.

h- El 22 de agosto de 2013 el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, asignó el conocimiento de la investigación al Juzgado 90 Penal Militar de Valledupar, al considerar que la muerte de Oscar Alexander Morales Tejada ocurrió en actos relacionados con el servicio, decisión que se acusa de desconocer el derecho al debido proceso.

i- Sostiene el apoderado de los accionantes que el homicidio de Oscar Alexander Morales Tejada hizo parte de la práctica de ejecuciones extrajudiciales de civiles por miembros de unidades militares, que son presentados como “muertos en combate”, en el marco de la política de “Seguridad Democrática”. Indica que la exigencia de resultados a la Fuerza Pública y estrategias que promovían dar de baja a miembros de grupos armados ilegales, alentó la ejecución extrajudicial de civiles para obtener beneficios.

j- De acuerdo con el artículo 221 de la Constitución Política, dice el apoderado de los accionantes, el fuero penal militar tiene carácter restrictivo, por lo que los jueces militares sólo conocen de las conductas de los miembros de la fuerza pública que tengan una relación directa con una tarea militar o policial legítima. Dos elementos deben concurrir en el fuero militar: uno subjetivo determinado por la condición de miembro de la fuerza pública en servicio activo, y otro funcional relativo a que la acción u omisión guarde relación directa

con el servicio. Al efecto cita el principio 29 de Los Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad.

k- Indica que en este caso se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues la tutela se fundamenta en la violación del derecho constitucional al debido proceso en relación con el principio de juez natural, por cuanto el hecho investigado debió ser conocido por la justicia ordinaria al tratarse de una grave violación de los derechos humanos, además no existe otro medio de defensa judicial, pues contra las providencias del Consejo Superior de la Judicatura que resuelven los conflictos de competencia no procede ningún recurso.

l- Respecto de los requisitos especiales de procedibilidad de la tutela, el apoderado de los accionantes sostiene que la providencia del 22 de agosto de 2013 del Consejo Superior de la Judicatura está afectada por un defecto sustantivo, por cuanto definió el conflicto de competencia atribuyendo el conocimiento de la investigación penal al Juzgado 90 Penal Militar de Valledupar, sin que existan materiales probatorios que determine la relación directa entre la muerte de Oscar Alexander Morales Tejada y el servicio que cumplían los uniformados involucrados. La accionada omitió, en criterio de los tutelantes, tener en cuenta las siguientes pruebas que ponen en duda la conexión entre la conducta de los militares y el servicio e indican que Oscar Alexander Morales Tejada fue víctima de una ejecución extrajudicial, y da valor probatorio al informe de patrullaje del ST Julián Andrés Díaz Medina:

-Según el diagrama topográfico de la Policía Judicial los cuerpos fueron hallados en medio de una vía carretable, lo que permite afirmar, dice la solicitud de tutela, que al momento de su ejecución no estaban en un escenario de combate y no tuvieron la oportunidad de responder a sus victimarios.

-Ninguno de las tres personas muertas pudo irse a un lado de la vía para resguardarse del accionar de sus victimarios, y parece que fueron ubicados en la mitad de la vía.

-Además estas tres personas cayeron en un espacio de 67 metros aproximadamente, y un espacio entre ellos de 48,8 metros y 17 metros, lo que contradice la versión dada por los uniformados, quienes sostienen que al escuchar que unos sujetos se acercaban, según las versiones de algunos, les dijeron “alto”, o les preguntaron para dónde iban”, y luego

escucharon unos disparos ante lo cual reaccionaron hacia el lugar donde vieron los fogonazos, sin embargo los cuerpos fueron encontrados en sitios diferentes y distantes uno del otro.

-Aún de acuerdo a la versión dada por los militares procesados, sería considerable la ventaja de los militares respecto de las tres personas que resultaron muertas, dado que los soldados y el comandante tenían posiciones estratégicas en el lugar desde hacía varias horas.

-Hay inconsistencia entre las versiones de los militares involucrados sobre las condiciones de visibilidad en el momento de los hechos y sobre la duración del enfrentamiento. La trayectoria de los proyectiles en los cuerpos indica que provenían de una misma ubicación del victimario y que este se encontraba en un nivel ligeramente superior, lo cual no corresponde con heridas causadas en combate, sino más a un acto de fusilamiento.

-Otro aspecto que indica el apoderado de los accionantes, no evaluado, fue que ninguna de las tres personas muertas tenía antecedentes penales y en particular Oscar Alexander Morales Tejada carecía de elementos que hicieran probable su vinculación con alguna organización delictiva. Además la evidencia física desvirtúa la versión dada por los uniformados de haber actuado en respuesta a un copioso ataque armado de los occisos.

-Los elementos probatorios demuestran que Oscar Alexander Morales Tejada no disparó ningún arma.

m- Sostiene el apoderado de los accionantes que el Consejo Superior de la Judicatura fundamenta su decisión en que las dudas que surgen de la ubicación de los cadáveres, los lugares de impacto en los cuerpos y las contradicciones entre los implicados, son interrogantes que solo puede arrojar la prueba que se recaude en la investigación, sin tener en cuenta que conforme lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en caso de duda la competencia es de la justicia ordinaria. Tampoco podía apoyarse la decisión impugnada, dice la solicitud de tutela, en que existiera una misión táctica, pues ésta no legitima a los uniformados para violar los derechos humanos.

n- A juicio de los tutelantes el Consejo Superior de la Judicatura debió obrar como lo hizo en otro caso similar en el cual asignó la competencia a la justicia ordinaria al considerar que

si bien los militares adscritos al Batallón la Popa estaban en cumplimiento de la misión N° 058, existían pruebas técnicas y testimonios que generaban incertidumbre sobre la forma como ocurrieron los hechos.

Con base en los anteriores hechos y argumentos los accionantes solicitan se tutele el derecho al debido proceso y en consecuencia se revoque la providencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el 22 de agosto de 2013, dentro del radicado No. 110010102000201301923-00, y se le ordene que defina el conflicto de competencias entre la Fiscalía 123 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Bucaramanga y el Juzgado 90 Penal Militar de Valledupar, ciñéndose a los parámetros de la Constitución y la jurisprudencia sobre el fuero penal militar.

1.2. Traslado de la demanda

Mediante auto del 23 de enero de 2014 el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, admitió la acción de tutela, teniendo como accionante sólo al señor Rubén Darío Morales Tejada, por cuanto fue le único respecto de quien el apoderado presentó poder especial para interponer la acción de tutela. En este auto se dispuso vincular como accionada a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y como terceros al Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar y a la Fiscalía 123 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Bucaramanga y ordenó oficiarles para que se pronuncien sobre los hechos de la acción de tutela.

1.3. Contestación de la acción de tutela

De la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

El Magistrado ponente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dio respuesta a la solicitud de tutela indicando que en su decisión no incurrió en vía de hecho y que el accionante acude a la tutela como una tercera instancia para dejar sin efectos la decisión judicial cuestionada, en la que se expresaron las razones de hecho y de derecho para asignar la competencia a la Jurisdicción Penal Militar.

En los fundamentos de la decisión, señala, se determinó que los hechos sucedieron en el ejercicio de actos del servicio, con ocasión de la misión encomendada denominada “Misión Táctica Estrella”. Añade que para definir el conflicto de competencias fue trascendental la evidencia relacionada con los residuos de disparo encontrados en dos de las víctimas y lo señalado por el hermano del occiso Octavio David Bilbao Becerra, en el Formato Nacional para Búsqueda de Personas Desaparecidas, en cuanto a que éste lo llamó y le dijo que iba a hacer plata “que posiblemente en el trabajo al que iba le tocaba usar uniforme camuflado”, y que se fue con gente que no conocían.

Manifiesta el Magistrado que no ha vulnerado ningún derecho a las víctimas, quienes pueden intervenir ante la Jurisdicción Penal.

De la Fiscalía 123 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Bucaramanga

Sostiene que del escaso material probatorio recaudado por el Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar de Valledupar surgen serias dudas sobre la jurisdicción competente para conocer la investigación adelantada por la muerte de Oscar Alexander Morales Tejada, Octavio David Bilbao Becerra y Germán Leal Pérez, por lo cual debió ser asignada a la justicia ordinaria conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997.

Lo anterior ante las protuberantes contradicciones de los militares que participaron en el operativo en relación con las condiciones de visibilidad, pues algunos sostienen que estaba completamente oscuro y sólo respondieron al fuego hacia el lugar de donde proveían los fogonazos, otros indican que estaba claro y vieron a los sujetos huir del lugar; igualmente sobre la duración del combate, dado que unos señalan que duró 8 minutos y otros una hora. Añade que los familiares de las víctimas no refieren algún desplazamiento de los occisos fuera del lugar de residencia o de Cúcuta.

Indica que es contundente el resultado de la trayectoria de los proyectiles, conforme al cual el victimario se encontraba de frente y a un nivel ligeramente superior a la víctima, lo cual no corresponde a heridas causadas en un combate armado. Estas inconsistencias, a juicio de la Fiscalía demuestran que existe duda sobre la existencia de un combate y ante la incertidumbre sobre cómo sucedieron los hechos, la investigación debía remitirse a la

justicia ordinaria.

Del Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar

El titular de este despacho judicial intervino en escrito allegado el 6 de febrero de 2014, es decir, al día siguiente de dictada la sentencia de tutela, y en él expresa que las razones por las cuales considera ser competente para conocer la investigación penal N°1796 están expuestos en el auto que profirió el 26 de julio de 2013, cuya copia adjunta.

1.4. Sentencia de Primera Instancia

El 5 de febrero de 2014 el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala de Decisión Jurisdiccional Disciplinaria negó por improcedente el amparo al considerar que la accionada definió el conflicto de competencia de acuerdo a los criterios fijados por la Corte Constitucional: i) que el delito se haya cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, y ii) que el acto tenga relación con el mismo servicio encargado al empleado público.

El fallo de tutela cita los fundamentos de la providencia dictada el 22 de agosto de 2013 por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y resalta las consideraciones referidas a que los militares investigados obraron en ejercicio de actos de servicio y con ocasión de la misión que les fuera asignada, y concluye que la mencionada decisión no fue arbitraria por cuanto la accionada hizo un análisis juicioso y ponderado para resolver el conflicto con base en las pruebas aportadas al proceso y en los criterios indicados por la jurisprudencia constitucional. Precisa que la interpretación de la autoridad accionada no puede ser cuestionada por vía tutelar porque corresponde a la autonomía e independencia de quien emite las decisiones judiciales, y que no se puede utilizar la tutela para enervar una decisión judicial en firme que goza de la doble presunción de legalidad y acierto.

1.5. Material probatorio obrante en el expediente

a. Copia de la decisión del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria del 22 de agosto de 2013, dentro del radicado no. 110010102000201301923-00.

b. Copia del Registro civil de defunción de Oscar Alexander Morales Tejada.

c. Copia de los Registros civiles de nacimiento de Oscar Alexander Morales Tejada, Luz Marina Morales Tejada, Rubén Darío Morales Tejada, Carlos Alberto Morales Tejada y John Jairo Morales Tejada.

d. Copia de los siguientes folios del expediente correspondiente a la investigación identificada como Sumario No. 1796 del Juzgado 90 Instrucción Penal Militar:

i) 40 al 47 del Cuaderno No 1, donde aparece la solicitud de análisis de elementos materiales de prueba y evidencia física, Dibujo Topográfico en el cual se visualiza localización de los cuerpos, y radiograma operacional, en el cual se informa que el 16 de enero de 2008, dentro de la operación Magistral, Misión Táctica: Estrella contra el enemigo: Bacrim, se produjo un combate que duró 30 minutos, con “integrantes al parecer Bacrim” que tuvo como resultado “3 muertos en combate sexo masculino vestidos al parecer de civil”, con material de guerra: 1 fusil y 2 armas cortas;

ii) folios 118 al 125 del Cuaderno No 1, en éste último aparece copia del informe de Investigador de Laboratorio N°384270 del 12 de febrero de 2008, en el cual se consigna que dos de los occisos dieron como resultado residuos de disparo en mano “compatibles palma izquierda, y el tercero “incompatible con residuos de disparo en mano”,

iii) folios 167 y 287 del Cuaderno No 1, que contienen las declaraciones de ST. Díaz Medina Julián Andrés, 187 correspondiente a la declaración del SLP Quiñones Morales Juan Elías, 199 de la declaración del ALP Hernández Gutiérrez Jorge Luis, folios 227 y 289 que contienen las declaraciones del SLP Granados Peñaranda José.

iv) los folios 41 y 42, 53 a 56, 65, 160 al 166 del Cuaderno No 2, que contienen las actuaciones de policía judicial, plano topográfico, croquis de las heridas que presentaban los occisos, reporte del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., del 8 de febrero de 2010, que indica que Oscar Alexander Morales Tejada, Germán Leal Pérez y Octavio David Bilbao Becerra, no registran antecedentes judiciales, e informe del perito especializado en balística sobre la trayectoria de los disparos, posible ubicación y distancia entre víctimas y victimarios.

e. Copia de la solicitud presentada por la Fiscal 123 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Bucaramanga el 17 de julio de

2013 al Juez 90 de Instrucción Penal Militar con sede en Valledupar, Cesar, y del auto dictado por la mencionada fiscal, el 16 del mismo mes, en el cual se exponen las razones fácticas y jurídicas por las cuales se estima que la actuación penal por la muerte de Oscar Alexander Morales Tejada, Octavio David Bilbao Becerra y Germán Leal Pérez, debe ser asumida por la justicia ordinaria y se plantea el conflicto positivo de competencias.

f. Copia del auto proferido el 26 de julio de 2013 por el Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar, dentro de la investigación penal N°1796, mediante el cual niega el envío de las diligencia a la justicia ordinaria por tratarse de una investigación contra miembros activos del Ejército Nacional por hechos relacionados con el servicio derivado del ejercicio de la función militar, asignada en la misión táctica N°004 “Estrella”, de la operación “Magistral”.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Problema jurídico

Pasa esta Sala a determinar si la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al asignar la competencia para adelantar la investigación penal por la muerte de Oscar Alexander Morales Tejada, Germán Leal Pérez y Octavio David Bilbao Becerra, en la providencia proferida el 22 de agosto de 2013, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los accionantes al asignar la competencia al Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar con sede en Valledupar, Cesar.

A fin de solucionar el anterior problema jurídico, esta Sala se pronunciará acerca de i) Legitimación en la causa cuando la tutela es presentada mediante apoderado; ii) Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; iii) Principio de juez natural como un elemento del derecho al debido proceso y del acceso a la

administración de justicia; y iv) Fuero Penal Militar. A partir de lo anterior, se analizará el caso concreto.

2.3. Legitimación en la causa cuando la tutela es presentada mediante apoderado.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que “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. [...]”.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en desarrollo del texto constitucional en mención, dispone que:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

En este orden, el requisito de legitimación en la causa por activa en materia de acciones de tutela, se puede cumplir mediante: i) el ejercicio directo de la acción de tutela, ii) a través de representantes legales, como es el caso de menores de edad, incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; iii) por el ejercicio de agente oficioso; y iv) mediante apoderado judicial, en cuyo caso debe ostentar la condición de abogado titulado y anexar un poder que lo faculte para interponer la acción. En este caso no existe ninguna restricción constitucional o legal para que se anexe poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo[1].

2.4. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

La procedibilidad de la acción, esto es, la posibilidad de adelantar el examen en sede de tutela de la providencia judicial señalada de quebrantar derechos fundamentales, conforme lo ha establecido de manera pacífica la jurisprudencia constitucional en particular desde la Sentencia C-590 de 2005, se encuentra supeditada al cumplimiento de unos requisitos generales que esencialmente se concretan en:

i) Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional, es decir, que plantee una confrontación de la situación suscitada por la parte accionada con derechos de carácter constitucional fundamental, por cuanto los debates de orden exclusivamente legal son ajenos a esta acción pública.

ii) Que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela;

iii) Que la petición cumpla con el requisito de inmediatez atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad;

iv) Que en el evento de fundamentarse la solicitud de tutela en una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales del actor;

v) Que el ciudadano identifique en forma razonable los hechos que generan la vulneración de sus derechos y que, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso judicial; y

vi) Que el fallo censurado no sea de tutela.

Cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, con el fin de preservar la seguridad jurídica y respetar la independencia de los funcionarios que administran justicia que se revela en el ejercicio hermenéutico y la valoración probatoria, además de establecer la procedibilidad de la acción de tutela conforme a los presupuestos antes indicados y que permiten al juez constitucional abordar el estudio de la providencia judicial que se señala como violatoria de los derechos del tutelante, es necesario examinar si la decisión judicial cuestionada adolece de alguno de los siguientes defectos que vulneran el debido proceso, denominadas causales específicas de procedencia:

a- Defecto orgánico por carencia absoluta de competencia del funcionario judicial que dicta la providencia judicial.

b- Defecto sustantivo, cuando la decisión se fundamenta en normas inexistentes o inconstitucionales, o la providencia presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

c- Defecto procedimental, cuando el funcionario judicial en el trámite de la actuación judicial desconoce la ritualidad previamente establecida para el efecto.[2]

d- 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. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales.”[3];

e- Error inducido, que se configura cuando la decisión judicial adoptada resulta equivocada y causa un daño iusfundamental como consecuencia del engaño u ocultamiento al funcionario judicial de elementos esenciales para adoptar la decisión, o por fallas estructurales de la Administración de Justicia por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público. Anteriormente denominado vía de hecho por consecuencia[4];

f- Decisión sin motivación, es decir, cuando las determinaciones adoptadas en la parte resolutive de la providencia y mediante las cuales se resuelve de fondo el asunto no encuentran en la parte motiva el fundamento o ratio decidendi, que permita a los destinatarios de las mismas ejercer un control sobre la razón de dichas decisiones y eventualmente controvertirlas;

g- Desconocimiento del precedente constitucional, que se configura cuando la Corte Constitucional ha establecido el alcance de un derecho fundamental, y éste es ignorado por el juez al dictar una decisión judicial que va en contra de ese contenido y alcance fijado en el precedente[5]; y

h- Violación directa de la Constitución, defecto que se produce cuando el juez da alcance a una disposición normativa de forma abiertamente contraria a la Constitución, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad debiendo hacerlo y así lo ha solicitado alguna de las partes en el proceso.

2.5. Defecto fáctico como causal de procedencia de la tutela contra providencia judicial

La jurisprudencia ha entendido que para que se configure un defecto fáctico es necesario que “el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”[6].

Por ello, este defecto “se produce cuando el juez toma una decisión sin que los hechos del caso se subsuman adecuadamente en el supuesto de hecho que legalmente la determina, como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; de una valoración irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba, o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios. Para la Corte, el defecto fáctico puede darse tanto en una dimensión positiva, que comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada, o en la fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello, como en una dimensión negativa, es decir, por la omisión en la valoración de una prueba determinante, o en el decreto de pruebas de carácter esencial”[7].

a. Dimensión negativa: Ocurre cuando el funcionario judicial niega la práctica del medio probatorio solicitado, no ordena el que debía recaudar de oficio u omite la valoración de elementos de juicio determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados[8] y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge[9].

b. Dimensión positiva: Por desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la apreciación de los medios de prueba que conducen a valorarlos de manera arbitraria, irracional y caprichosa. Ocurre cuando el funcionario judicial fundamenta su determinación en elementos de juicio que no le es permitido considerar porque fueron indebidamente recaudados, son totalmente inconducentes al caso concreto, o se trata de pruebas nulas de pleno derecho, se está en presencia de un defecto fáctico, del mismo modo cuando se

apoya la decisión judicial en material probatorio que no permite llegar a la certeza sobre el supuesto fáctico del que parte la conclusión del fallador.

Conforme con lo expuesto, se configura defecto fáctico:

- (i) 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;
- (ii) Cuando a pesar de existir pruebas ilícitas el funcionario judicial omite excluirlas del análisis probatorio y soporta en ellas la decisión respectiva;
- (iii) Cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en el proceso, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso;
- (iv) Cuando el juez o fiscal da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso, y
- (v) Cuando injustificadamente omite valorar elementos de juicio debidamente aportados en el proceso.[10]

2.6. Principio de Juez Natural como un elemento del derecho al debido proceso y del acceso a la administración de justicia

El artículo 29 de la Constitución consagra un sistema de garantías procesales que conforman el debido proceso, dentro de las cuales se encuentra el principio de juez natural. En este sentido, señala el citado artículo que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1.) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1) establecen dentro de las garantías judiciales

que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, o de cualquier otro carácter”.

El principio de juez natural se refiere de una parte a la especialidad, pues el legislador deberá consultar como principio de razón suficiente la naturaleza del órgano al que atribuye las funciones judiciales, y de otro lado, a la predeterminación legal del Juez que conocerá de determinados asuntos. Lo anterior supone: i) que el órgano judicial sea previamente creado por la ley; ii) que la competencia le haya sido atribuida previamente al hecho sometido a su decisión; iii) que no se trate de un juez por fuera de alguna estructura jurisdiccional (ex post) o establecido únicamente para el conocimiento de algún asunto (ad hoc); y iv) que no se someta un asunto a una jurisdicción especial cuando corresponde a la ordinaria o se desconozca la competencia que por fuero ha sido asignada a determinada autoridad judicial.

Otro aspecto a considerar es que juez natural es aquél a quien la Constitución o la ley le ha asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su definición. En éste último caso, vale decir, cuando la competencia no ha sido fijada explícitamente en la Constitución, ha señalado la jurisprudencia constitucional, el legislador tiene libertad de configuración, siempre que no altere el marco funcional definido en la Constitución Política.

De otra parte, el acceso a la administración de justicia es un derecho al que se le ha atribuido el carácter de fundamental, integrándolo al concepto de núcleo esencial del derecho al debido proceso, y que el Estado debe garantizar a todas las personas, como lo señala el artículo 229 de la Constitución Política, y entre ellas a las víctimas de las conductas delictivas, en cuanto permite reclamar sus derechos a la verdad, justicia y reparación, mediante el procedimiento y ante la autoridad judicial competente. El derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite satisfacer la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones de las víctimas y de esta forma obtengan de los jueces la tutela judicial de sus derechos mediante un recurso efectivo.

2.7. Fuero Penal Militar

Para la materialización del derecho de acceso a la administración de justicia, el ordenamiento jurídico acude a la distribución de competencias en las distintas jurisdicciones. La jurisdicción alude al poder de una autoridad para juzgar, para declarar el derecho, y su determinación tanto a nivel normativo, como frente a cada caso concreto, es una garantía esencial del debido proceso, de tal forma que cualquier pronunciamiento emitido por una autoridad a quien no se le ha otorgado por el Estado dicha facultad, vulnera este derecho fundamental.

En materia penal, el inciso primero del artículo 250 de la Constitución establece que:

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”. (resaltado fuera del texto)

Esta disposición se complementa con el artículo 221 de la Constitución Política, adicionado por el Art. 1º del Acto Legislativo 02 de 1995, que determina que “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

Esta disposición establece una excepción a la jurisdicción común, al atribuir a la justicia penal militar la competencia especial para conocer de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio. Por ser excepcional, ha dicho esta Corte, las normas que la regulan deben ser interpretadas en forma restrictiva, no extensiva y tampoco son susceptibles de aplicación por analogía.

El mismo carácter excepcional impone que se cumpla con rigor los presupuestos para trasladar la competencia a la justicia castrense, lo que implica que exista certeza que la conducta fue cometida por miembros de la fuerza pública en servicio activo y que la conducta investigada tenga relación directa con el mismo servicio, pues si existen dudas sobre la procedencia de aplicar la excepción a la competencia atribuida por la Constitución Política a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250, la actuación penal debe ser adelantada por la jurisdicción común, por ser la regla general.

Con base en el texto transcrito, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el fuero penal militar está integrado por dos elementos, así:

- i) Un elemento relativo a la calidad del sujeto activo de la conducta, que consiste en que se trate de miembro de la fuerza pública (de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional) en servicio activo.
- ii) Un elemento funcional, que consiste en la relación de los delitos con el servicio que presta la fuerza pública.

La Ley 522 de 1999 Código Penal Militar vigente para la época de los hechos, dispuso en el artículo 2 que “son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública”.

Y, el artículo 3 ídem preceptúa que “no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”.

Al avalar la constitucionalidad condicionada de estas disposiciones, en la Sentencia C-878 de 2000, dijo la Corte:

“el artículo 2 de la ley 522 de 1999 es exequible, si él se interpreta con un carácter restrictivo, en el sentido de entender que los delitos relacionados con el servicio, son

aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando los mismos se deriven directamente del ejercicio de la función militar o policial que la Constitución les ha asignado (artículo 217 y 218).

Significa lo anterior que el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar está determinado esencialmente por la relación directa entre el delito cometido por el miembro de la fuerza pública y las funciones asignadas por la Constitución a ésta. Si existe este vínculo, la competencia estará radicada en la jurisdicción especial. Al interpretarse en esta forma el artículo 2 de la ley 522 de 1999, el objeto, finalidad y excepcionalidad del fuero militar podrá garantizarse.

Obsérvese como en el texto original de este artículo 2, contenido en el proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional a consideración del Congreso de la República, se hacía expresa referencia a la conexidad que debía existir entre el hecho punible y la función militar o de policía, al establecer: ‘Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados directa y próximamente del ejercicio de la función militar y policial que le es propia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan su actividad’ (subraya y negrilla fuera de texto) . En relación con este artículo, se lee en la ponencia para segundo debate en el Senado, después de haber sido aprobado por las comisiones conjuntas de Senado y Cámara ‘Esta definición evita ambivalencias y confusiones en la determinación del delito de que se trate y, en consecuencia, de la jurisdicción competente’ (Gaceta del Congreso No. 545 de 1997, pág 3).

Sin embargo, la referencia a que los delitos fueran ‘derivados directa y próximamente’ de la función militar y de policía fue suprimida, dejando en manos de la autoridad judicial correspondiente, la determinación de la competencia, según las pruebas allegadas.

Dentro de este contexto, esta Corporación no puede hacer más que reiterar su doctrina, contenida específicamente en la sentencia C-358-97 de 1997, en el sentido que, ‘... para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el

delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales’.

Por tanto, ha de entenderse que el artículo 2 de la ley 522 de 1999 es exequible bajo los supuestos antes señalados, es decir, que son delitos relacionados con el servicio, aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo derivados directamente de la función constitucional que le es propia. Así, cualquier relación con ésta, consecuencia de una interpretación amplia del artículo 2 acusado, no puede servir de fundamento para desconocer la competencia que, en términos generales, ostenta la justicia ordinaria”.

En la misma decisión la Corte Constitucional resaltó que el alcance del fuero penal militar debe ser determinado por el intérprete en forma restrictiva y rigurosa. Dijo al respecto:

“Sobre este particular, en sentencia C-399 de 1995, se había dicho que “La Constitución establece el fuero militar como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, por lo cual sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, pues es un principio elemental de la hermenéutica constitucional que las excepciones son siempre de interpretación restrictiva, con el fin de no convertir la excepción en regla.” (subrayas fuera de texto)

“Y, precisamente, en función de intérprete del texto constitucional, esta Corporación señaló que “La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, 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.” (Sentencia C-358 de 1997).

También están excluidos del fuero penal militar los delitos de tortura, genocidio y la desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, violencia sexual, ni 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 servicio, por tratarse de conductas que, como lo señaló la Corte en la citada sentencia, en nada se relacionan con el servicio y, que como tales, impiden a la jurisdicción penal militar conocer de ellas cuando se presenten, así como todas aquellas 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 servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial. (Ley 522 de 1993, artículo 3, Ley 1407 de 2010, artículo 3 y Ley 1719 de 2014, artículo 20).

3. EL CASO CONCRETO

Por tratarse de una acción de tutela contra providencia judicial, se abordará su análisis siguiendo los parámetros que para el efecto ha elaborado la jurisprudencia constitucional, examinando en primer lugar si se cumplen con los requisitos generales de procedibilidad, para luego examinar si la providencia judicial cuestionada está afectada por un defecto fáctico como lo sostiene el apoderado de los tutelantes.

3.1. Consideración preliminar sobre la legitimación en la causa por activa.

Antes de iniciar el examen de los requisitos de procedibilidad, la Sala advierte que deben considerarse como accionantes a María Doris Tejada Castañeda, Darío Alfonso Morales Rodríguez, Luz Marina Morales, Rubén Darío Morales Tejada, Carlos Alberto Morales Tejada y John Jairo Morales Tejada, quienes tienen legitimidad en la causa por activa, como padres

y hermanos de Oscar Alexander Morales Tejada, situación acreditada con sus registros civiles de nacimiento. Carece de fundamento constitucional y legal y por el contrario afecta su derecho de acceso a la administración de justicia negarles la condición de accionantes porque su apoderado aportó los poderes generales otorgados por cada uno de ellos y no poderes especiales, pues como se indicó en precedencia no existe ninguna disposición legal que reste valor para efectos de la representación judicial a los poderes generales otorgados mediante escritura pública.

Resulta censurable que en el trámite de esta acción pública, con la cual se pretende la protección de derechos fundamentales de ciudadanos víctimas, la exigencia que el Consejo Seccional de la judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional disciplinaria, les hizo en el sentido de suscribir poderes especiales, para poder reconocerlos como accionantes, a pesar de contar con aquellos que si bien eran generales especificaban que otorgaban a su apoderado poder para adelantar todas las actuaciones ante la rama judicial relacionadas con el homicidio de su hijo y hermano Oscar Alexander Morales Tejada. Situación por la cual, la referida autoridad judicial sólo consideró como tutelante a Rubén Darío Morales Tejada, quien otorgó poder especial.

3.2. Examen de los requisitos generales de procedibilidad

- Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional.

En el presente evento el problema jurídico puesto a consideración de la Sala involucra un asunto de relevancia constitucional en cuanto se refiere a la posible afectación del derecho al debido proceso por desconocimiento de la garantía del juez natural, al asignar el conocimiento de la investigación por la muerte de tres personas al Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar con sede en Valledupar, Cesar y la aplicabilidad del fuero penal militar, en el caso concreto.

- Subsidiariedad.

En el presente evento los tutelantes no tuvieron oportunidad de interponer los recursos judiciales contra la providencia dictada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 22 de agosto de 2013, por no estar contemplados en el ordenamiento judicial. En este orden, los ciudadanos carecen de otros medios judiciales de

defensa del su derecho al debido proceso que estiman conculcado.

- Inmediatez.

La acción fue interpuesta por el apoderado de María Doris Tejada Castañeda, Darío Alfonso Morales Rodríguez, Luz Marina Morales, Rubén Darío Morales Tejada, Carlos Alberto Morales Tejada y John Jairo Morales Tejada, el 19 de diciembre de 2013, según lo informa en su escrito de tutela, una vez tuvieron conocimiento de la forma como la accionada resolvió el conflicto de competencia en la providencia del 22 de agosto de 2013, de tal forma que transcurrió un plazo breve desde la ocurrencia de los hechos en que se fundamenta la solicitud de amparo hasta la interposición de la acción.

- Incidencia del hecho en la decisión judicial cuestionada

En el presente evento se cuestiona la decisión adoptada del 22 de agosto de 2013 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de asignar el conocimiento de la investigación por la muerte de tres personas al Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar, porque a juicio de los tutelantes no se analizaron en su integridad las pruebas recaudadas dentro de la investigación y que ponen en duda que la muerte de Oscar Alexander Morales Tejada, Germán Leal Pérez y Octavio David Bilbao Becerra hubiera sido en combate e indican que posiblemente se trató de ejecuciones extrajudiciales, lo cual determina que la competencia para adelantar la actuación penal sea de la justicia ordinaria. De tal forma que los yerros que expone la solicitud de amparo tienen incidencia en la forma como se definió la competencia en la providencia censurada.

- Identificación de los hechos

En el escrito de la acción de tutela interpuesta por María Doris Tejada Castañeda, Darío Alfonso Morales Rodríguez, Luz Marina Morales, Rubén Darío Morales Tejada, Carlos Alberto Morales Tejada y John Jairo Morales Tejada, mediante apoderado, se identifican los hechos y las presuntas falencias en el análisis probatorio realizado por la autoridad accionada, generadoras de la presunta vulneración de sus derechos.

- El fallo censurado no es de tutela.

El auto del 22 de agosto de 2013 mediante el cual Sala Jurisdiccional Disciplinaria del

Consejo Superior de la Judicatura asignó el conocimiento de la investigación por la muerte Oscar Alexander Morales Tejada, Germán Leal Pérez y Octavio David Bilbao Becerra al Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar, no resuelve una acción de tutela sino un conflicto de competencias.

Habiéndose determinado que la acción de tutela interpuesta por el apoderado de María Doris Tejada Castañeda, Darío Alfonso Morales Rodríguez, Luz Marina Morales, Rubén Darío Morales Tejada, Carlos Alberto Morales Tejada y John Jairo Morales Tejada, cumple con los requisitos generales de procedibilidad, entrará la Sala a estudiar si la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria de asignar el conocimiento de la investigación penal en mención al Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar con sede en Valledupar, Cesar, vulnera el derecho fundamental al debido proceso por estar afectada por defecto fáctico como lo sostienen los accionantes.

3.3. Defecto fáctico

El señor Oscar Alexander Morales Tejada, hijo y hermano de los accionantes murió el 16 de enero de 2008 hacia las 9 p.m., en el municipio de El Copey (Cesar) por acción de personal militar adscrito al Batallón de Artillería N°2 La Popa. En este mismo hecho igualmente fallecieron Germán Leal Pérez y Octavio David Bilbao Becerra.

Según el personal del ejército investigado, los antes mencionados fueron dados de baja en medio de una confrontación armada iniciada por los occisos, cuando los uniformados estaban en una operación de escucha en cumplimiento de una misión táctica.

El Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar inició indagación preliminar el 11 de febrero de 2008, con base en las diligencias de levantamiento remitidas por la Fiscalía delegada 25 Seccional de Bosconia (Cesar) y pasados más de tres años y medio, el 16 de agosto de 2011 dispuso vincular al Subteniente Julián Andrés Díaz Medina, y a los soldados Norberto Pinto Baraona, Jair David Medina España, Juan Elías Quiñonez Morales, Jorge Hernández Gutiérrez, Héctor Antonio Jaramillo Martínez y José Granados Peñaranda a la investigación y el 4 de septiembre de 2012 les resolvió la situación jurídica absteniéndose de decretar medida de aseguramiento.

La Fiscalía 123 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional

Humanitario de la Fiscalía General de la Nación, mediante providencia del 16 de julio de 2013 reclamó el conocimiento del proceso para la jurisdicción ordinaria, ante las pruebas que generaban incertidumbre sobre las circunstancias en que se dio muerte a los tres occisos y hacían probable que se tratara de posibles ejecuciones extrajudiciales.

Esta petición fue desatendida por el Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar con sede en Valledupar, Cesar, quien en providencia del 26 de julio de 2013, consideró que los hechos en los cuales están involucrados miembros activos de la fuerza pública tuvieron lugar en desarrollo de la misión táctica N°004 “Estrella”, operación “Magistral”. Además, a los occisos, dice el juzgado, se les encontró material de guerra en buen estado de funcionamiento, la prueba de residuos de disparo a Oscar Alexander Morales Tejada arrojó “incompatible con residuos de disparo” y para Germán Leal Pérez y Octavio David Bilbao Becerra, dio como resultado “compatible con palma izquierda”, lo que demuestra, para este Despacho judicial, que hubo un enfrentamiento armado, por lo cual, concluye que “la conducta de los militares guarda relación próxima y directa con el servicio” por lo cual atribuir el conocimiento a la justicia ordinaria sería desconocer el juez natural, y por ello decide remitir la actuación al Consejo Superior de la Judicatura para que defina el conflicto positivo de competencias.

“Confrontadas las tesis expuestas por los funcionarios trabados en el conflicto, para esta Corporación razón le asiste al funcionario de la Jurisdicción Penal Militar, al sostener que los militares hicieron uso de las armas de dotación en cumplimiento de una misión encomendada, es decir, en el ejercicio de actos del servicio, pues así se demuestra con la documentación por medio de la cual el 15 de enero de 2008 fue dispuesta la “Misión Táctica Estrella16”, con el fin de “ubicar, capturar y en caso de resistencia armada, neutralizar mediante el uso de las armas a terroristas de las ONT FARC 19, 59 y Bandas Criminales al servicio del narcotráfico que delinquen en la jurisdicción (área general de El Reposo. Puente Quemao, San Francisco, Chimila. Pequín; Jurisdicción del municipio de El Copey departamento del Cesar).

Es decir, ninguna duda se tiene para que esta Superioridad pueda afirmar que los miembros del Batallón La Popa N° 2 del Ejército Nacional, se encontraban autorizados para hacer frente al grupo delincuencial que los atacó, lo que permite considerar que al resultar abatidos los señores ÓSCAR ALEXÁNDER TEJADA. GERMPI LEAL PÉREZ y OCTAVIO DAVID

BILBAO BECERRA, con ocasión de la misión referenciada, esas muertes se produjeron en cumplimiento del servicio que para el día de los hechos prestaban quienes fueron escogidos para llevar a cabo esa operación.

Lo anterior encuentra apoyo probatorio en el informe presentado el mismo día de los acontecimientos, por el Comandante de Patrulla, del siguiente contenido:

“...aproximadamente a las 21:30 horas, se escuchó un grupo de personas transitando en la vía y se les preguntó quiénes eran, respondieron con fuego, nosotros buscando cubierta y protección y reaccionamos. En un intercambio de disparos, después de 15 minutos aproximadamente, se revisó el sector y encontramos 3 sujetos armados, neutralizados, luego aseguramos el área y se reportó al señor Capitán Comandante de Artillería el combate con resultados obtenidos y esperamos hasta el otro día para el levantamiento correspondiente...

Una vez efectuaron la inspección de cadáver, se encontraron los 3 sujetos vestidos de civil, armados, neutralizados, con un Fusil Ak-47, 39 m.m., 3 proveedores llenos, 1 revólver Smith Wesson largo cañón recortado, una pistola calibre 7.63...”

El anterior relato, no puede considerarse descabellado como lo sugiere el representante de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que si los uniformados se encontraban en búsqueda de integrantes de la subversión y de bandas delincuenciales, en el sitio de los acontecimientos, a lo cual debe resaltarse que las víctimas se encontraban desaparecidas desde días antes de los hechos y lo aseverado al respecto por un hermano del finado BILBAO BECERRA ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, como quedó visto, lo que se acerca a la lógica en casos como el analizado, es precisamente lo consignado en dicho informe, esto es, que fueron atacados en las circunstancias referenciadas.

Conveniente se hace recordar la postura de esta Corporación en asuntos como el examinado, con ponencia de quien aquí cumple similar cometido, en el sentido que:

“...para resolver si una investigación penal en la cual se encuentran involucrados miembros de las fuerzas armadas o de la Policía Nacional, debe ser adelantada por la Jurisdicción Penal Militar o la Ordinaria Penal, el tema no debe centrarse en el análisis de las pruebas

para determinar si los imputados vulneraron la normatividad penal, pues ello es asunto de resorte del juez de la causa, sino de establecer si los hechos investigados fueron cometidos por miembros de la fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, caso en el cual es la Jurisdicción Penal Militar la competente”.

Lo anterior por cuanto, es precisamente el Juez de la causa quien debe auscultar si los implicados mienten sobre la existencia del combate, la forma como ocurrieron los hechos, o si se extralimitaron al ejercer la fuerza de las armas, si los testigos mienten, en fin, si incurrieron en conductas sancionables penalmente o si por el contrario actuaron conforme la ley o en defensa de sus vidas.

De tal manera que la “duda” de que se ha ocupado la Corte Constitucional para precisar que al existir debe adscribirse el asunto a la Jurisdicción ordinaria Penal, debe entenderse respecto de si los hechos se originaron con ocasión al servicio, y no sobre la forma como ocurrieron, lo cual, se reitera, es de resorte del Juez del caso, sin que esta Sala como Tribunal Máximo de Resolución de Conflictos entre diferentes jurisdicciones, pueda adentrarse en su estudio, pues ello equivaldría a una intromisión que vulnera el principio de autonomía... “18.

Por eso los planteamientos expuestos en torno a las distancias entre los cadáveres, los lugares de impacto en los cuerpos de las víctimas, las contradicciones de los sindicados, para sembrar la duda sobre los hechos, y las consecuencias que ese acontecimiento puede arrojar, se constituye en interrogante, el cual sólo podrá absolver la prueba que se recaude dentro de dicho trámite, y aún en caso de demostrarse la presencia de algún EXCESO o EXTRALIMITACIÓN, con ocasión de la función encomendada por parte de los vinculados a la actuación, no por ello la Jurisdicción Penal Militar perdería la competencia”

Con base en el análisis de las pruebas relacionadas con la solicitud de tutela, contenidos en la providencia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria del 22 de agosto de 2013, en la providencia del 16 de julio de 2013 de la Fiscalía 123 Especializada y en el auto dictado el 26 de julio de 2013 por el Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar, la Sala Octava de Revisión advierte algunos elementos que ciertamente generan duda sobre las circunstancias en que se causó la muerte a Oscar Alexander Morales Tejada, Germán Leal Pérez y Octavio David Bilbao Becerra y ponen en entre dicho la existencia de una

confrontación armada, y que no fueron considerados por la autoridad judicial accionada al decidir el conflicto de competencias, omisión en la valoración probatoria que llevó a asignar el conocimiento de la investigación al mencionado Juzgado de Instrucción Penal Militar:

i) Según las declaraciones del personal militar investigado durante el combate se escucharon disparos de fusil AK-47 y de armas cortas, armamento de las mismas características al hallado en los cuerpos de los occisos; sin embargo cabe advertir que la prueba de residuos de disparo a Oscar Alexander Morales Tejada arrojó “incompatible con residuos de disparo”. Lo que permite inferir que el día de los hechos este joven no disparó arma alguna (folio 65).

ii) A lo anterior cabe añadir que fue al cadáver de Oscar Alexander Morales al que se le encontró el fusil AK-47 (folio 52), y a los otros occisos se les hallaron armas cortas, lo cual genera dudas sobre las circunstancias que rodearon su deceso pues indicaría que en el combate, que según los uniformados tuvo lugar el 16 de enero de 2008 y en el cual todos escucharon disparos de fusil AK 47, el occiso a pesar de que presuntamente portaba un arma de este tipo, y que estuvo de frente a los militares, no realizó ningún disparo con ella.

iii) De acuerdo con el informe sobre la trayectoria de los proyectiles en los cuerpos, el victimario se encontraba frente a los occisos y algunos en un ángulo ligeramente superior (folio 99), sin embargo, los uniformados sostienen que luego de escuchar los disparos que presuntamente hicieron los occisos contra ellos, se resguardaron, buscaron cubierta y protección y repelieron el ataque. (folio 75)

iv) Germán Leal Pérez fue reportado como desaparecido el día anterior a su muerte, según lo indica el auto de la Fiscalía 123 Especializada, y los familiares de Oscar Alexander Morales Tejera tuvieron noticias de él por última vez en diciembre de 2007, es decir, 15 días antes de los hechos. Lo cual indica que al parecer ninguno de estos dos occisos tenía antecedentes de haberse alejado de su familia y localizado en el sector donde sucedieron los hechos con anterioridad (folio 167).

v) Tampoco existe coherencia en relación con la información sobre las condiciones de visibilidad la noche del 16 de enero de 2008, por cuanto el ST Julián Andrés Díaz Medina sostiene que estaba un poco oscuro (folio 67), y en otra declaración afirma que había “luna

clara”(folio 82), y que en tales condiciones pudo ver que primero pasaron dos personas, y luego otras cuatro a quienes decidió “hacerles un llamado para preguntarles quienes eran”; sin embargo el SLP Juan Elías Quiñonez Morales (folio 71) asegura que “solamente vimos disparos, no vimos personas” porque era de noche y “todo estaba oscuro”, que la visibilidad era “Nula, no se veía prácticamente nada” y que “como estaba bien oscuro todo el mundo disparó”, y el SLP Jorge Luis Gutiérrez indica que en el momento en que se desató el combate “solo se escuchaban voces, no más y no vi a nadie porque estaba muy oscuro” (folio 79)

vi) Dos versiones brinda el ST Julián Andrés Díaz Medina sobre los hechos. Inicialmente sostiene que cuando transitaba un grupo de personas en el sector, “como comandante les pregunté que hacia donde se dirigían y ellos me respondieron con fuego, en ese momento hubo un intercambio de disparos” y que “eran un grupo de siete personas, venían más o menos a una distancia de 10 a 15 metros del uno al otro, en actitud de fila” (folio 66), y posteriormente, en otra versión, indica que “se escuchan unos pasos de unos sujetos, iban dos, sobrepasaron el sitio y atrás de estos venían otros cuatro, decidí hacerles un llamado para preguntarles quienes eran y al identificarme como tropas (sic) del ejército nacional estos sujetos dispararon hacia la tropa de igual manera nosotros reaccionaron hacia donde nos disparaban” (folio 82). Los demás uniformados afirman que los disparos iniciaron cuando se identificaron como miembros del ejército Nacional (folios 71, 79).

vii) Distintas versiones ofrecen los uniformados respecto de la duración de la confrontación armada. En el radiograma operacional se registró que el combate duró 30 minutos (folio 56) el ST Julián Andrés Díaz Medina, quien estaba al mando del pelotón Bombarda 1, señala que duró aproximadamente 10 minutos (folios 67 y 83).

De otro lado, para la Sala es claro que la existencia de una misión táctica por sí sola no es prueba de haberse suscitado un combate en desarrollo de la misma, ni mucho menos que cualquier acto desarrollado por los miembros de la Fuerza Pública que indiquen actuar en cumplimiento de esa misión, tiene relación directa con el servicio y su investigación y juzgamiento corresponde a la justicia penal militar, pues bajo tal apreciación bastaría contar con una misión para estimar que cualquier conducta, incluso graves violaciones de los derechos humanos, tienen relación con el servicio y escapan de la justicia penal ordinaria, por lo cual resulta abiertamente inadmisibile la fundamentación de la autoridad

accionada para asignar el conocimiento de la investigación al Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar.

En este sentido cabe reiterar lo expuesto en la sentencia C-358 de 1997, por esta Corporación: “La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, 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.”

De lo anterior se deduce que hay serias dudas sobre las circunstancias en que se produjo la muerte a Oscar Alexander Morales Tejada, Germán Leal Pérez y a Octavio David Bilbao Becerra, y en cuanto está en entredicho que fue en combate y pudo haber sucedido por fuera del escenario de confrontación armada descrito por los investigados, por ser la jurisdicción penal militar de carácter excepcional y especial, el conocimiento de la investigación y el juzgamiento de los mencionados delitos debe ser atribuido a la jurisdicción penal ordinaria.

En este orden, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, al adoptar la decisión impugnada mediante la solicitud de tutela incurrió en un defecto fáctico porque no hizo un análisis integral y sistemático de las pruebas allegadas al expediente, lo cual llevó a desconocer el principio del juez natural y con ello el debido proceso.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 5 de febrero de 2014 por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala de Decisión Jurisdiccional Disciplinaria, dentro de la acción

de tutela interpuesta por María Doris Tejada Castañeda, Darío Alfonso Morales Rodríguez, Luz Marina Morales, Rubén Darío Morales Tejada, Carlos Alberto Morales Tejada y John Jairo Morales Tejada, mediante apoderado, contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y en su lugar CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los accionantes.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO la decisión proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente radicado N° 11001010200020130192300 y, en consecuencia, se ORDENA al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dicte una nueva providencia que resuelva el conflicto de competencias dentro del radicado en cita, en un término de diez (10) días hábiles contados a partir del siguiente a la notificación de esta sentencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, esto es, realizando un análisis integral y sistemático de todas las pruebas allegadas al expediente, en especial el dibujo topográfico, el informe del Investigador de Laboratorio N° 384270 del 12 de febrero de 2008, las actas de inspección de los cadáveres, el informe del perito especializado en balística y las declaraciones obrantes en el expediente y teniendo en cuenta el carácter excepcional del fuero militar.

Tercero.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (e)

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA

Secretaria General (e)

[1] Cfr. Sentencias T- 1259 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil y T- 329 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[2] Sentencia T-638 de 2011.

[3] Sentencia T-419 de 2011.

[4] Ver sentencias SU-014 -01, SU-214-01 Y T-177-12.

[5] Ver sentencias SU-640 de98 y SU-168 de99.

[6] Sentencias T-567 de 1998, T-590 de 2009 entre otras.

[7] Sentencia SU-198-13

[8] Sentencia T-086 de 2007.

[9] Ver Sentencias T-576 de 1993 y T-442 de 1994.

[10] Sentencia T-1100 de 2008.