

Sentencia T-814/00

VIA DE HECHO-Alcance

VIA DE HECHO-Procedencia excepcional de tutela

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Inoperancia en grado de consulta/CONSULTA-Agravación situación del imputado

DEBIDO PROCESO-Notificación del auto que convocó consejo verbal de guerra

Referencia: expediente T-297882

Acción de Tutela instaurada Por Fabio Leon Ortega Gomez contra el Tribunal Superior Militar de Santa Fe de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., julio cuatro (4) del año dos mil (2000)

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos expedidos por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de la ciudad de Medellín, de fecha 1º de diciembre de 1999, despacho que conoció en primera instancia de la acción de tutela instaurada por FABIO LEON ORTEGA GOMEZ contra el Tribunal Superior Militar de Santa Fe de Bogotá, y por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 31 de enero de 2000, que resolvió el recurso de apelación que contra el primero interpuso el actor.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Manifiesta el actor, que el 27 de junio de 1994, fecha en la que se desempeñaba como

infante de marina en el puesto militar de San Francisco en el corregimiento de la Libertad del Departamento de Sucre, se produjo un lamentable accidente en el cual, de manera involuntaria, con su arma de dotación hirió de muerte a su compañero Yesid de Jesús Cabello Escobar.

Que por esos hechos fue detenido, correspondiéndole al Juzgado 103 de Instrucción Penal Militar con sede en Cartagena definir su situación, despacho que el 6 de julio de 1994 profirió medida de aseguramiento y ordenó su detención preventiva sin beneficio de excarcelación, acusándolo del delito de homicidio culposo¹.

Que el 22 de agosto de ese mismo año, atendiendo el requerimiento de su abogada defensora, el despacho en mención le concedió el beneficio de la libertad provisional, previo el depósito de una caución prendaria², lo que le permitió salir de la prisión dos días después, debiendo presentarse cada mes ante el Juzgado 49 de Instrucción Penal Militar de Medellín, obligación que cumplió de manera estricta durante 18 meses.

Que mediante resolución 001 del 6 de junio de 1996³, proferida por el Comandante del Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No. 3 -Juzgado de Primera Instancia-, se le convocó a consejo verbal de guerra con intervención de vocales, decisión que le fue notificada a él el 4 de julio de 1996, a través del Juzgado 21 de Instrucción Penal Militar de Medellín, despacho judicial comisionado para el efecto, y a su abogada defensora el 14 de agosto de ese mismo año.⁴

Que por auto fechado el 28 de abril de 1997⁵, emanado del Comando del Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No. 3, Juzgado de Primera instancia en el proceso penal que se le siguió al actor, se dispuso que la respectiva audiencia se iniciaría el 6 de mayo de 1998 a partir de las 09:00 horas, decisión que posteriormente fue modificada por el a-quo, quien señaló como nueva fecha para la diligencia el 13 de mayo de ese mismo año a partir de las 15:00 horas; esa determinación, según el accionante de la tutela, no le fue debidamente notificada ni a él ni a su defensora, quien para la época se había trasladado a la ciudad de Medellín, motivo por el cual el juez de conocimiento le nombró un defensor de oficio.

Que al no haber sido debidamente notificado de la decisión arriba anotada, se le impidió asistir a la vista pública en la que se resolvía su situación y gozar de una defensa apropiada para sus circunstancias, violándose así su derecho fundamental al debido proceso y su

derecho a la libertad, pues concluida la audiencia fue hallado responsable del delito de homicidio culposo y condenado a la pena principal privativa de la libertad de veinticuatro (24) meses de prisión, concediéndosele el beneficio del subrogado penal de la condena condicional.⁶

Que dicha sentencia fue en consulta al H. Tribunal Superior Militar de Santa Fe de Bogotá, corporación que a través de fallo proferido el 16 de diciembre de 19987 la confirmó, pero aumentado la pena impuesta de 24 a 30 meses de prisión y revocando el beneficio del subrogado penal de la condena condicional, lo que implicó que ordenará su captura y que actualmente se encuentre en el Batallón Bombona descontando esa pena.

Que el argumento que sirvió de fundamento al juez penal militar de segunda instancia contra el cual interpuso la acción de tutela, para aumentarle la pena y revocarle el beneficio, fue “el grado de culpabilidad” del sindicado, el cual consideró “rayaba con el dolo”, lo que, según el actor, además de no ser cierto pues todo fue fruto de un fatal accidente, no constituye, a la luz de lo dispuesto en el artículo 265 del Código Penal Militar, causal que permita incrementar la sanción, dado que en dicha norma se señala como única circunstancia de agravación punitiva para el homicidio culposo, el abandono por parte del inculcado y sin justa causa, del lugar de los hechos, lo cual no ocurrió.

Anota que el tribunal impugnado, argumentó que su inasistencia a la audiencia era una conducta reprochable, y que por lo mismo no sólo le aumentaba la pena, sino lo privaba del beneficio del subrogado penal de condena condicional, ello sin tener en cuenta que de conformidad con la ley, la inasistencia del sindicado no privado de la libertad no es obligatoria, y que en su caso su ausencia obedeció a que nunca fue notificado de que la misma se realizaría, como tampoco lo fue su defensora, la cual sin informársele fue sustituida por un abogado de oficio.

Según el actor, el tribunal acusado también desconoció lo dispuesto en el artículo 62 del Código Penal Militar, que establece que el subrogado en mención se debe aplicar, incluso de oficio, cuando se reúnen los presupuestos en él consagrados, esto es, que la pena impuesta sea menor de tres años; que la personalidad, la naturaleza y la modalidad del hecho le permitan al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario; y que no se trate de delitos contra la disciplina, el servicio, el honor militar o policial, los bienes del

Estado, la seguridad nacional o de las fuerzas militares, ni de peculado.

Así las cosas, y dado que en su caso concreto esos presupuestos se cumplen a cabalidad, como acertadamente lo entendió el a-quo, la decisión del tribunal que acusa, según él, constituye una decisión de facto que como tal vulneró su derecho fundamental al debido proceso y por ende su derecho a la libertad, para los cuales es procedente solicitar protección vía tutela.

2. Sentencias objeto de revisión

Decisión judicial de primera instancia

Mediante sentencia del 1º de diciembre de 1999, el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de la ciudad de Medellín, decidió denegar la tutela de la referencia interpuesta por el actor contra el Tribunal Superior Militar de Santa Fe de Bogotá, instancia que conoció en consulta del proceso penal que se le adelantó por el delito de homicidio culposo, el cual, según él, adoptó una decisión que vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad, toda vez que con la misma configuró una vía de hecho.

El a-quo en el proceso de tutela denegó la acción por los motivos que se resumen a continuación:

Señala el juez constitucional de primera instancia, que “...el proceso se rituó y falló con observancia del debido proceso”, pues al no ser posible la notificación personal, ni a la defensora del accionante ni a éste, dicho juez procedió a nombrarle un defensor de oficio tal como lo ordena la ley.

Anota, que en lo relacionado con la decisión del Tribunal Superior Militar de Santa Fe de Bogotá, no sólo de aumentar la pena impuesta sino de revocar el subrogado de la condena de ejecución condicional concedida por el a-quo, esa es una facultad potestativa de esa instancia cuando el proceso llega por consulta, por eso, dice el juez constitucional de primera instancia, “...una cosa es que el Juez, como lo dice la norma, pueda, si lo estima conveniente, suspender la ejecución de la sentencia y otra, bien distinta, como lo reclama el demandante, que sea un imperativo.”

De otra parte, señala el a-quo, que como en reiteradas oportunidades lo ha manifestado esta

Corporación, en principio la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales salvo que éstas constituyan vías de hecho, que no exista otro medio de defensa judicial, o que se cause un perjuicio irremediable; en el caso concreto, observa el juez constitucional de primera instancia, la situación no encaja en ninguno de esos presupuestos, pues de una parte la decisión impugnada no viola ningún derecho fundamental del accionante, y de otra éste, si estaba inconforme con la decisión, debió agotar el recurso extraordinario de casación ante la H. Corte Suprema de Justicia, dentro del término establecido para el efecto, y no dejarlo vencer para luego si recurrir a una acción excepcional y subsidiaria como la tutela.

Por último, manifiesta el a-quo, que si bien tal como lo sostiene el accionante, las sentencias que se adopten desconociendo la ley no hacen tránsito a cosa juzgada, pues se entienden como decisiones de facto, que como tales justifican la acción de tutela, en el caso concreto el fallo impugnado se ajusta a derecho y para nada desconoce la ley, lo que hace improcedente la acción de amparo.

Impugnación

Manifiesta el actor de la tutela, que al analizar la sentencia del Tribunal Superior Militar impugnado, se encuentra que los motivos que dieron origen a su decisión de revocar el beneficio del subrogado de ejecución condicional de la pena fueron los siguientes: la personalidad del procesado y su inasistencia a la audiencia programada para el juicio, olvidando que no fue notificado de dicha diligencia, con lo que se le negó también el derecho a una defensa técnica, pues ante el abandono que del caso hizo su apoderada, el juez de conocimiento, sin comunicárselo, le nombró un abogado de oficio que cumplió muy modestamente su función; además, desconociendo que de acuerdo con la ley vigente en la época en que se sucedieron los hechos, él no estaba obligado a asistir a la audiencia, lo que indica de manera clara que su ausencia no podía ser objeto de reproche y mucho menos de sanción.

Señala, que el tribunal impugnado desconoció de plano el cumplimiento estricto que él le dio a los compromisos que adquirió al ser beneficiado, mientras se desarrollaba el proceso, con la libertad condicional, y en cambio presumió que no cumpliría los que se derivaban de la decisión del a-quo de mantener dicho subrogado una vez proferida la condena, presunción que sirvió de fundamento a la orden que el ad-quem dio de revocarla, lo que implica una

decisión de facto, ajena a derecho, que como tal no hace tránsito a cosa juzgada.

En su criterio, la decisión que acusa esta viciada dado el desconocimiento por parte del juzgador de segunda instancia, de los presupuestos que establecía la ley (artículo 62 Decreto 2550 de 1888 vigente para la época) para que se concediera el beneficio de la libertad condicional, los cuales en su caso se acreditaban todos, pues su condena no superaba los treinta y seis meses, no existía prueba que señalara que requería tratamiento penitenciario y el delito que se le imputaba no correspondía a ninguno de los que señala la norma como excluyentes del beneficio.

Así las cosas, sostiene el actor de la tutela, "...para el momento del fallo, no era posible, en mi caso, que se negará el subrogado, y haberlo hecho como lo hizo el Tribunal Penal Militar, [implicó que éste actuara] en forma arbitraria y por lo mismo [que produjera] una indiscutible situación de facto...", sustentada en aspectos netamente subjetivos que desconocen el principio de legalidad.

En consecuencia, en el caso concreto el Tribunal Superior Militar acusado, según el actor, incurrió con su decisión en una vía de hecho, la cual se produce "...cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico", lo que hace procedente la acción de amparo.

Decisión judicial de segunda instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, conoció de la impugnación presentada contra el fallo del a-quo en el proceso de tutela de la referencia, y decidió, a través de sentencia de fecha 31 de enero de 2000, confirmar el fallo apelado teniendo como base los siguientes argumentos:

Comparte el juez constitucional de segunda instancia en el proceso de tutela de la referencia, los argumentos que sirvieron de base a la decisión del a-quo, a los cuales agrega, según lo expresa en su fallo, que la tutela no es el instrumento adecuado para pretender que un juez extraño al natural, reforme "...la valoración de la prueba, para culminar variando el proceso

en forma caprichosa con argumentos sin piso sólido o con simples suposiciones. De prosperar esa pretensión, ello si llevaría de calle todo el andamiaje del debido proceso, una de cuyas partes principales es el respeto a las instancias y a las decisiones que en ellas se tomen, las que hacen tránsito a cosa juzgada cuando se han agotado los recursos de ley”; por eso, concluye, en el caso concreto lo que procede es confirmar la decisión de primera instancia, que denegó la protección que el accionante solicitaba para sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1) Competencia

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, es competente para revisar los fallos producidos en el proceso de tutela de la referencia, según lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2) La Materia.

En esta oportunidad le corresponde a la Sala determinar, si en efecto, como lo sostiene el actor de la tutela que se revisa, el fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior Militar de Santa Fe de Bogotá, dentro del proceso que se le adelantó al accionante por el delito de homicidio culposo, contra el cual se dirige el recurso de amparo, constituye una vía de hecho, que como tal dio paso a la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad.

Se trata de establecer, si esa Corporación, que recibió en consulta el fallo de primera instancia correspondiente al proceso que la justicia penal militar adelantó contra el actor de la tutela, por homicidio culposo, a través del cual decidió confirmar la condena impuesta, pero aumentándola de 24 a 30 meses y revocar el subrogado de beneficio de libertad condicional otorgado por el a-quo, incurrió en una vía de hecho, cuyos supuestos efectos, la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad del accionante, ameritan la inmediata protección por parte del juez de tutela, o si por el contrario, como lo afirman los jueces constitucionales de primera y segunda instancia, esa decisión está ajustada al ordenamiento legal vigente en la época de los hechos y es producto del libre

ejercicio de valoración de las pruebas, que emana del principio de autonomía que rige la actividad del juez.

Son pues tres los problemas que le corresponde dirimir a la Sala: el primero, si no obstante la reiterada jurisprudencia que sobre la materia ha producido la Corte Constitucional, en el sentido de que la tutela indiscriminada contra providencias y actuaciones judiciales no procede, salvo que la misma contenga una vía de hecho, que el accionante carezca de otro medio de defensa judicial cuando la decisión impugnada le causa un perjuicio irremediable, en el caso concreto se cumple alguno de esos presupuestos, específicamente el primero que es el que alega el actor.

El segundo, si la decisión del tribunal impugnado, que conoció en consulta el fallo de primera instancia que se produjo dentro del mencionado proceso penal, de confirmar la condena pero aumentándola de 24 a 30 meses de prisión y revocar el beneficio de condena condicional, fue abiertamente contraria a derecho, pues legalmente el a-quo estaba impedido para hacerlo y en cambio obligado a mantener dicho beneficio según mandato expreso de la ley; esto es, si se vulneró su derecho a la no reformatio in pejus, consagrado como tal en el artículo 31 de la C.P.

Y el tercero, si dentro del proceso penal que se le siguió por homicidio culposo al actor de la tutela, fue vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, al no haber sido éste ni su apoderada debidamente notificados de la convocatoria a consejo verbal de guerra que le hizo el a-quo y de la fecha y hora de la correspondiente audiencia, lo que le impidió asistir a esa diligencia y gozar de una defensa técnica, ya que sin ser informado le fue nombrado un defensor de oficio.

3) La acción de tutela no procede contra providencias judiciales, salvo que el juez haya incurrido en ostensible vía de hecho.

El primer asunto que deberá definir la Sala, es el relativo a la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto que se revisa, no obstante estar dirigida ésta contra una decisión judicial. Al efecto, es pertinente remitirse a reciente jurisprudencia de esta Corporación, en la cual se sintetiza la posición de la Corte Constitucional sobre la materia.

“Tiene dicho la jurisprudencia, con base en la Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992,

que, habiendo sido declarada inexecutable la acción de tutela indiscriminada contra providencias y actuaciones judiciales, no puede acudir a ese instrumento para controvertirlas, a menos que exista un perjuicio irremediable para evitar el cual quepa el amparo transitorio, o que el juez haya incurrido en ostensible e inocultable vía de hecho.

Se reitera:

“...la vía judicial de hecho -que ha sido materia de abundante jurisprudencia- no es una regla general sino una excepción, una anomalía, un comportamiento que, por constituir burdo desconocimiento de las normas legales, vulnera la Constitución y quebranta los derechos de quienes acceden a la administración de justicia. Es una circunstancia extraordinaria que exige, por razón de la prevalencia del Derecho sustancial (artículo 228 C.P.), la posibilidad, también extraordinaria, de corregir, en el plano preferente de la jurisdicción constitucional, el error que ha comprometido o mancillado los postulados superiores de la Constitución por un abuso de la investidura.

Naturalmente, ese carácter excepcional de la vía de hecho implica el reconocimiento de que, para llegar a ella, es indispensable la configuración de una ruptura patente y grave de las normas que han debido ser aplicadas en el caso concreto” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-492 del 7 de noviembre de 1995).

“La acción de tutela es viable, entonces, para restaurar el imperio del Derecho en el caso concreto, cuando la decisión judicial es en sí misma una arbitrariedad de tal magnitud que atropella las reglas mínimas establecidas por el ordenamiento jurídico, en abierto desconocimiento del debido proceso.

Pero, como se trata de una excepción, la doctrina de la vía de hecho ha de ser aplicada por los jueces de tutela con extremo cuidado y medida, en cuanto, de una parte, existe cosa juzgada constitucional en favor de una sentencia que proscribe la utilización de tal mecanismo como regla generalizada y ordinaria frente a providencias judiciales, y, de otro lado, la propia Constitución Política hace obligatorio el respeto a la autonomía de las jurisdicciones y a la independencia de cada juez en la definición de las controversias que resuelve.

De allí que esta Sala haya destacado en varias oportunidades que la vía de hecho, para ser

admisible como razón del amparo, debe estar probada y constituir, sin lugar a dudas, una ruptura flagrante del Derecho positivo que rige el proceso correspondiente” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-94 del 27 de febrero de 1997)

“Esta Corte ha admitido que extraordinariamente pueden ser tutelados, por la vía del artículo 86 de la Constitución Política, los derechos fundamentales desconocidos por decisiones judiciales que en realidad, dada su abrupta y franca incompatibilidad con las normas constitucionales o legales aplicables al caso, constituyen actuaciones de hecho. Justamente por serlo -ha sido el criterio doctrinal de esta Corporación-, tales comportamientos de los jueces no merecen el calificativo de “providencias”, a pesar de su apariencia, en cuyo fondo se descubre una inadmisible transgresión de valores, principios y reglas de nivel constitucional.

Obviamente -dígase una vez más-, la señalada posibilidad de tutela es extraordinaria, pues la Corte ha fallado, con fuerza de cosa juzgada constitucional (Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), que la acción de tutela indiscriminada y general contra providencias judiciales vulnera la Carta Política. Habiéndose encontrado inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, es improcedente la tutela contra providencias judiciales, con la salvedad expuesta, que resulta de los artículos 29 y 228 de la Constitución y que fue claramente delimitada en la propia Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992 y en posteriores fallos de esta Corporación.

La Corte debe reiterar que, en principio, el procedimiento de tutela no puede utilizarse para obtener que un juez diferente al que conoce del proceso ordinario intervenga inopinadamente para modificar el rumbo del mismo con base en una interpretación diversa -la suya-, pretendiendo que, por haber entendido las normas pertinentes de una determinada manera, incurrió el primero en una vía de hecho.

La vía de hecho -excepcional, como se ha dicho- no puede configurarse sino a partir de una ruptura flagrante, ostensible y grave de la normatividad constitucional o legal que rige en la materia a la que se refiere el fallo. Por tanto, mientras se apliquen las disposiciones pertinentes, independientemente de si otros jueces comparten o no la interpretación acogida por el fallador, no existe la vía de hecho, sino una vía de Derecho distinta, en sí misma respetable si no carece de razonabilidad.

Esta, así como el contenido y alcances de la sentencia proferida con ese apoyo, deben ser escrutados por la misma jurisdicción y por los procedimientos ordinarios, a través de los recursos que la ley establece y no, por regla general, a través de la acción de tutela” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-01 del 14 de enero de 1999).

Inclusive en el caso de posibles transgresiones al debido proceso, que pudieran llegar a entenderse como constitutivas de vía de hecho, no es procedente la tutela si el afectado cuenta con un medio judicial ordinario con suficiente eficacia para la protección inmediata y plena de sus derechos. (Corte Constitucional, Sentencia SU-962 de 1999, M.P. Dr. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)⁸

Así las cosas, deberá ahora verificar la Sala, si la sentencia impugnada por el actor en efecto reúne las características que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional configuran una vía de hecho, contra la cual proceda el recurso excepcional y subsidiario de la tutela.

4) La vía de hecho que alega el actor de la tutela, en el caso concreto no se produjo, pues la decisión del tribunal impugnado, adoptada al conocer el fallo del a-quo en sede de consulta, de aumentar la pena impuesta por aquel en el proceso penal que se le siguió por el delito de homicidio culposo y revocar el beneficio de condena condicional, no encuentra límites en el principio de la no reformatio in pejus, tal como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia constitucional.

Para el actor de la tutela, la decisión judicial que impugna, adoptada por el Tribunal Superior Militar de Santa Fe de Bogotá, al conocer en sede de consulta la decisión del a-quo en el proceso penal que se le siguió por el delito de homicidio culposo, es abiertamente contraria a derecho, pues la misma, según él, se fundamentó en criterios meramente subjetivos y desconoció normas jurídicas vigentes de imperativo cumplimiento, lo que implica una ruptura grave del ordenamiento legal que el juzgador debió aplicar, características que hacen que con ella se configure una vía de hecho, contra la cual procede la tutela, dado que originó la violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad.

Señala el actor, que el Tribunal Superior Militar de Santa Fe de Bogotá, no podía aumentar la pena que el a-quo le había impuesto, al condenarlo por el delito de homicidio culposo, ni tampoco revocar el beneficio de la condena condicional que aquel le había concedido, pues en primer lugar él acreditaba los requisitos que consagra el artículo 62 del Código Penal

Militar vigente en la época de los hechos, el Decreto Ley 2556 de 1988, para hacerse acreedor al mismo, circunstancia que desconoció la Corporación impugnada, argumentando su inasistencia a la audiencia pública y algunos antecedentes que a su entender hacían concluir que requería tratamiento penitenciario, y en segundo lugar, porque de conformidad con lo establecido en el artículo 265 de dicho código, el único presupuesto que permite la agravación de la pena en el caso de condena por el delito de homicidio culposo, es el que se presenta cuando el agente abandona sin justa causa el lugar de los hechos, lo que en su caso no ocurrió.

Encuentra la Sala, que la interpretación que el actor hace de la normas citadas es del todo equivocada por las siguientes razones:

Los hechos que a él se le imputaron y que dieron origen a la acusación de homicidio culposo y posteriormente a su condena, ocurrieron mientras el se encontraba en servicio activo como infante de marina, en consecuencia la competencia para conocer de los mismos era de la justicia penal militar, específicamente y en primera instancia del respectivo Comandante de Batallón de Infantería de Marina, según lo establece el artículo 342 del C.P.M vigente en la época de los hechos, el cual decidió convocar a Consejo Verbal de Guerra con fundamento en lo dispuesto en el artículo 652 de dicho ordenamiento; una vez proferido el fallo de primera instancia⁹, a través del cual el a-quo condenó al sindicado a una pena principal privativa de la libertad de 24 meses, concediéndole el beneficio de condena de ejecución condicional, el mismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 320 del C.P.M., se remitió en consulta al Tribunal Superior Militar de Santa Fe de Bogotá, el cual, como se dijo antes, confirmó la decisión del a-quo de condenar al sindicado, pero aumentó la pena impuesta de 24 a 36 meses y revocó el beneficio de libertad condicional que aquel le había concedido, es decir agravó la situación del condenado.

Esa decisión, que es la que impugna el actor, contrario a lo que él afirma se ajusta en todo a derecho, y encuentra inequívoco fundamento en la jurisprudencia constitucional, que de manera reiterada ha señalado, que en tratándose de la consulta, el juzgador de segunda instancia no se encuentra limitado por el principio de la no “reformatio in pejus”. En efecto, sobre el particular la Corte ha dicho:

“La consulta es un grado de jurisdicción que, por ope legis, le otorga al ad-quem

competencia para conocer determinados fallos del a-quo, pudiendo el primero confirmar, modificar o revocar la sentencia de primera instancia. La competencia en grado de jurisdicción de consulta no se encuentra limitada por el principio de la no “reformatio in pejus”, pues el hecho de no ser un recurso y operar por mandato de la ley, le permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia consultada. Como se deduce del artículo 31 de la Carta Política, el principio de la no reformatio in pejus sólo se predica del recurso de apelación, cuando se trata de apelante único. En consecuencia, el juez de segunda instancia, en grado de consulta, está jurídicamente habilitado para, si lo considera pertinente, gravar la situación del imputado o de aquellas personas a quienes afecte la decisión.” (Corte Constitucional, Sentencia T-201 de 1997, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

Ahora bien, establecido como está que el ad-quem, en el caso concreto y previa valoración de los hechos y las pruebas allegadas al proceso penal, estaba habilitado para aumentar la pena que el juez de primera instancia le había impuesto al actor y para revocar el beneficio de libertad condicional que aquel le había concedido, deberá ahora la Sala determinar si, como lo afirma el accionante, no obstante esa competencia, al hacerlo omitió el cumplimiento de una norma legal que hacía imperativo el otorgamiento de dicho beneficio.

En efecto, según el actor, el beneficio de libertad condicional en el caso de condena por el delito de homicidio culposo, el cual se encuentra regulado en el artículo 62 del Código Penal Militar, se erige como un imperativo para el juzgador si se cumplen los presupuestos enunciados en dicha norma; esto es, si la pena impuesta es de arresto o no excede de tres años, si la personalidad del condenado y la naturaleza y modalidades del hecho punible le permiten al juez suponer que aquel no requiere tratamiento penitenciario, y siempre que no se trate de delitos contra la disciplina, el servicio, el honor militar o policial, los bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, la seguridad de las fuerzas armadas, ni de peculado.

Dicha norma, contrario a lo que afirma el actor, antes que restringir al juez lo que hace es reivindicar su autonomía para valorar las pruebas y condiciones del condenado en cada caso específico, pues al señalar que éste podrá, de oficio o a petición del interesado, suspender la ejecución de la pena, siempre que se cumplan los requisitos que consagra la misma disposición, le está otorgando la facultad, previo análisis de las singulares condiciones de cada caso concreto, de definir cuál es la decisión más adecuada, no sólo para el procesado,

sino para la sociedad a la cual debe inmediata y efectiva protección. No se trata pues, como lo sostiene el accionante de la tutela, de un imperativo legal que obligue al juez, sino de una prerrogativa que éste puede o no conceder según las condiciones que caractericen cada situación.

Así las cosas, no hubo, en el caso concreto que se revisa, desconocimiento o vulneración del ordenamiento legal, o un fallo fundamentado en criterios meramente subjetivos y ajenos a derecho por parte del tribunal impugnado, lo que indica que su decisión no configura, como lo afirma el actor de la tutela una vía de hecho.

5. La no notificación personal del auto a través del cual el a-quo fijó fecha para la realización de la audiencia correspondiente al consejo verbal de guerra, que contra el accionante aquel había convocado, ni a él ni a su abogada defensora, en el caso concreto no vulneró su derecho fundamental al debido proceso, pues ella se surtió según lo dispuesto en el artículo 413 del Código Penal Militar.

Según el actor, su derecho fundamental al debido proceso también fue vulnerado por el a-quo, dentro el proceso penal que se le siguió por el delito de homicidio culposo, pues ni a él ni su defensora les fue notificado personalmente del auto a través del cual aquel fijó fecha y hora para la celebración de la respectiva audiencia, lo que le impidió asistir a esa importante diligencia y tener una defensa técnica, dado que sin que se le informara le fue nombrado un defensor de oficio.

Lo primero que hay que señalar, es que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 412 del C.P. M. vigente en la época de los hechos, entre los autos de sustanciación para los cuales se ordena notificación, se encuentra “el que señala fecha y hora para la celebración de consejo verbal de guerra”; ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 413 del citado código, “las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, y a los defensores, se harán personalmente si se presentaren a la secretaría dentro de los dos días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, las sentencias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto y los demás autos por estado.”

En el caso concreto, el a-quo en el proceso penal, a través de resolución de fecha 6 de junio 1996, convocó consejo verbal de guerra con intervención de vocales contra el sindicato y

actor de la tutela. Dicha providencia le fue notificada personalmente a la defensora del actor de la tutela, el 4 de julio de 1996, según consta al folio 151 del expediente; en cuanto al sindicado y accionante de la tutela, a éste, por encontrarse residiendo en la ciudad de Medellín, dado que el juez instructor le había otorgado el beneficio de libertad provisional en aplicación del artículo 639 del Código Penal Militar 10, la misma le fue notificada personalmente¹¹ el 14 de agosto de 1996, por el Juzgado 21 de Instrucción Penal Militar de esa ciudad, despacho que había sido comisionado para el efecto.¹²

Una vez notificada dicha providencia, a través de auto de 28 de abril de 1997¹³, el a-quo fijó fecha y hora para iniciar la audiencia, señalando para el efecto el día 6 de mayo de 1997 a partir de las 09:00 horas. No obstante lo anterior, el 5 de mayo de 1997¹⁴, la secretaría deja constancia de que a esa fecha no había sido posible notificar de la diligencia a la defensora del sindicado, quien había trasladado su residencia a la ciudad de Medellín, por lo que le solicita al a-quo que señale nueva fecha y hora para la respectiva audiencia.

Atendiendo esa constancia el a-quo, a través de auto de la misma fecha¹⁵ y con el fin de garantizar el derecho a la defensa del procesado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 639 del C.P. M., ordenó la designación de un abogado de oficio para el sindicado y señaló como nueva fecha y hora de la diligencia el 13 de mayo de 1997 a partir de las 15:00 horas, en el Salón de Conferencias del Departamento de Bienestar Social y Vivienda de la Base Naval ARC. De esa decisión fue notificado el sindicado, a través de comunicación de 5 de mayo de 1997, suscrita por el Auditor Principal de Guerra FNA, quien la remitió a la dirección registrada por él en la ciudad de Medellín.¹⁶

Quiere decir lo anterior, que en el caso concreto del actor de la tutela, el auto a través del cual se convocó el consejo verbal de guerra le fue notificado personalmente, al igual que a su abogada defensora, no obstante que el artículo 413 de dicho Código Penal Militar dispone, que en el caso de que el procesado se encuentre gozando de libertad condicional, como ocurría con el demandante en la acción de amparo, si éste no se presenta a la secretaría del juez de primera instancia dentro de los dos días siguientes a la fecha del mencionado auto y tampoco lo hace el apoderado, procedía la notificación por estado.

Así mismo, tal como quedó demostrado, el auto que expidió el a-quo fijando fecha y hora para la respectiva audiencia, si le fue notificado debidamente al procesado, a través de

comunicación suscrita por el Auditor Principal de Guerra, remitida por éste a la dirección que aquel había registrado, cuya copia reposa al folio 169 del expediente, procedimiento complementario a la notificación que se surtió de conformidad con lo establecido en artículo 413 del C.P. M., lo que indica que en ningún momento se vulneró su derecho fundamental al debido proceso.

Es procedente señalar, que la providencia contentiva del fallo que emitió el Consejo Verbal de Guerra, también le fue notificada al actor, y lo fue, como se constata en el expediente, por edicto fijado en la Secretaría el 22 de mayo de 1997 y desfijado el 28 del mismo mes y año. En consecuencia, se desvirtúan los hechos presentados por el actor como fundamento de la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

III. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR La sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, de fecha de 31 de enero de 2000, que confirmó el fallo proferido el 1 de diciembre de 1999 por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de la ciudad de Medellín, a través del cual negó la tutela de la referencia.

SEGUNDO. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en 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.

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver fotocopia de la decisión al folio 55 del Expediente.

2 Ver fotocopia de auto al folio 113 del Expediente.

3 Ver fotocopia del acta al folio 151 del Expediente.

4 La notificación de la resolución se efectuó a través del Juzgado 21 de Instrucción Penal Militar de la ciudad de Medellín, comisionado para el efecto.

5 Ver copia del auto al folio 179 del Expediente.

6 Véase copia del fallo condenatorio al folio 191 del Expediente.

7 Ver original del fallo del Tribunal impugnado al folio 205 del Expediente.

8 Sobre el tema ver, entre otras, las sentencias SU-087 de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; T-528 de 2000, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

9 Copia del fallo emitido por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra, fechado el 14 de mayo de 1997, reposa a los folios 191 y siguientes del Expediente.

10 Ver copia del respectivo auto al folio 113 del expediente.

11 Ver copia de la diligencia de notificación al folio 167 del expediente.

12 Ver copia del despacho comisorio al folio 165 del expediente.

13 Ver copia del auto al folio 167 del expediente.

14 Ver copia de la constancia al folio 170 del expediente.

15 Ibídem.

16 Ver copia del mismo al folio 169 del expediente