

Sentencia SU-1184/01

Referencia: expediente: T-282730

Peticionario: Nory Giraldo de Jaramillo

Magistrado Ponente:
Dr. EDUARDO MONTEALEGRE
LYNETT

Bogotá, D.C., noviembre trece (13) de dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos en el trámite de la acción de tutela instaurada por Nory Giraldo de Jaramillo contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. Durante los días 15 a 20 de julio de 1997, un grupo de personas que vestían prendas privativas de las fuerzas militares irrumpió en el municipio de Mapiripán, Meta. Arribaron al sitio, procedentes de San José de Guaviare, lugar al cual habían llegado por vía aérea días antes. Durante su estancia en dicho municipio “sometieron violentamente a la población de Mapiripán, impidieron el ejercicio de los derechos de locomoción y comunicación, cerraron varias oficinas públicas, interrumpieron el desenvolvimiento de las actividades normales de ese municipio y procedieron a retener, torturar y asesinar un total de 49 personas, cuyos cadáveres descuartizados en su gran mayoría fueron arrojados al Río Guaviare”¹. Se atribuye a dos miembros de la fuerza pública que tenían competencia material, funcional y territorial sobre la

¹ Resolución de la situación jurídica del Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez. Fiscalía General de la Nación, Unidad de derechos humanos. 20 de mayo de 1999.

zona (posición de garante), que frente a la agresión armada contra la población civil (situación de peligro generante del deber) no prestaron ningún tipo de ayuda (no realización de la acción esperada) cuando contaban con medios materiales para hacerlo (capacidad individual para realizar la acción). Durante los hechos, fueron informados sobre la forma como se desarrollaban en el municipio las graves violaciones a los derechos humanos (dolo o imprudencia).

Actuación judicial.

2. Por estas conductas, la Unidad de Derechos Humanos inició investigación penal contra un grupo de oficiales y suboficiales del Ejército de Colombia, entre ellos el Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez y el Teniente Coronel Hernán Orozco Castro.

Por su parte, el Comandante del Ejército Nacional inició investigación por los mismos hechos contra las personas indicadas. Como juez de primera instancia planteó a la Fiscalía un conflicto de competencias, que fue rechazado por el ente acusador el 21 de junio de 1999.

Mediante providencia del 18 de agosto de 1999, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió el conflicto de competencias, asignándole al Comandante del Ejército Nacional -juez de primera instancia-, la investigación contra el Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez y contra el Teniente Coronel Hernán Orozco Castro. A la justicia ordinaria remitió las investigaciones contra el Coronel Lino Hernando Sánchez Prado y contra los sargentos Juan Carlos Gamarra Polo y José Miller Ureña Díaz.

3. En su decisión, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura hizo un análisis del material probatorio, a fin de definir si los hechos objeto de investigación corresponden a la justicia ordinaria o a la penal militar. En relación con el Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, transcribe apartes de la providencia del 20 de mayo de 1999, mediante la cual el Fiscal Regional de la Unidad Nacional de Derechos Humanos resuelve la situación jurídica del imputado. A partir de dicha providencia concluye que la conducta está directamente relacionada con el servicio y, por lo tanto, el Brigadier debe ser juzgado por la Justicia Penal Militar.

Respecto del Teniente Coronel Hernán Orozco Castro, la Sala Disciplinaria tomó en consideración la reseña de los hechos que hiciera el Ministerio Público en el auto mediante el cual solicitó la remisión de la investigación a la Justicia Penal Militar. A partir de tal reseña, la Sala concluyó que la competencia recae en la Justicia Penal Militar.

4. El día 30 de septiembre de 1999, Luis Guillermo Pérez Casas, en representación de Nory Giraldo de Jaramillo, quien actúa como parte civil en los procesos mencionados, interpone acción de tutela en contra de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, “por haber tomado la decisión de enviar a la justicia penal militar las investigaciones contra el GENERAL JAIME HUMBERTO USCATEGUI RAMIREZ y el CORONEL HERNAN OROZCO CASTRO, investigación que contra ellos se adelantaba en la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación”. En su concepto, la decisión de la Sala Disciplinaria desconoce el preámbulo de la Constitución y los artículos 1, 2, 3, 13, 29, 229 y 235 de la Carta.

Sentencias que se revisan

Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

5. El día 15 de octubre de 1999, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dicta sentencia negando la tutela. En concepto de la sala, en el proceso no se ha demostrado violación o vulneración de los derechos fundamentales del demandante, toda vez que la poderdante únicamente persigue, como parte civil, derechos patrimoniales. Tales derechos, señala la Sala, podrán ser reclamados por igual ante la justicia ordinaria o la penal militar.

De otra parte, recuerda la sentencia T-231 de 1994 en la que se precisó que la vía de hecho supone un acto grave que haga evidente una absoluta y protuberante desviación del derecho. Dicho acto grave, estima, no se presenta en la decisión atacada, pues la decisión “se tomó por el juez competente, luego de escuchadas las razones de los administradores de justicia trabados en el conflicto, así como de los sujetos procesales. Con tal fundamento, el H. Consejo en su Sala Disciplinaria, interpretó el artículo 221 de la Constitución Nacional y así resolvió”.

En todo caso, sigue el Tribunal, “no existe obstáculo para que a lo largo del proceso se pueda reexaminar el tema, bajo consideraciones diversas; máxime cuando la cabeza de la judicatura en materia penal siempre lo será la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema”.

Impugnación

6. El demandante presentó escrito en el cual se opone a los argumentos del Tribunal para negar la tutela. Para tal efecto, toma en consideración el aparte de la sentencia T-231 de 1994 que cita el *a quo*. En primer lugar, sostiene que el fallo si desconoce el ordenamiento, pues no respetó los lineamientos de la sentencia C-358 de 1997; no consideró las

obligaciones del Estado colombiano en materia del derecho internacional de los derechos humanos; y, finalmente, el fallo desconoce el fuero de los generales de la República (C.P. arts. 234 y 251).

En concepto del impugnante, el fallo atacado se “aparta de los dictados del derecho y de sus principios” (T-231 de 1994), por cuanto la interpretación de la Constitución se hizo sin consideración de los principios contenidos en el preámbulo de la misma y en claro desconocimiento de los “principios que orientan la administración de justicia y la razón de ser de la función pública”.

En tercera medida, señala que el fallo es claramente voluntarista, por cuanto es de público conocimiento que “tratándose de altos oficiales de la Fuerza Pública investigados por violaciones de derechos humanos, éstos serán siempre favorecidos al entregarse sus procesos a la justicia penal militar. Así mismo, de igual manera es conocido que “otros magistrados, de los que suelen favorecer a los altos oficiales de la fuerza pública en sus decisiones, habrían recibido condecoraciones, honores y grados por sus ‘servicios prestados’ a las Fuerzas Armadas”, lo que compromete su independencia y objetividad.

Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

7. En sentencia del 9 de diciembre de 1999, el *Ad-quem* confirma el fallo de primera instancia. Inicia su análisis recogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los “defectos” imputables a una decisión judicial y que constituirían vía de hecho. Sobre el punto, señala que “el juez de tutela debe limitarse a determinar si el funcionario judicial incurrió en alguna arbitrariedad pues no es de su competencia entrar a analizar el contenido de toda la evidencia para definir si la valoración realizada por el juez de instancia es o no correcta. Esta es una cuestión que el ordenamiento jurídico deja por entero al juez natural en el ejercicio de sus competencias”.

En concepto de la Sala, el análisis que se hizo en la providencia demandada es razonable, pues se estudió el punto de la conexidad entre el delito imputado y las funciones del cargo. Al comprobarse la ausencia de dicha relación respecto del Coronel Lino Hernando Sánchez Prado y los Sargentos Juan Carlos Gamarra y José Miller Ureña Díaz, se envió la investigación a la justicia ordinaria, mientras que se entregó a la justicia penal militar la investigación contra el General Uscátegui y el Coronel Orozco, a quienes se “les hacen cargos por omitir facilitar ayuda a la población civil contando con los medios y habiendo conocido de la presencia de los agresores en el sitio”. Precisamente tales consideraciones, son prueba de que se tuvo en cuenta los parámetros establecidos en la sentencia C-358 de 1997.

Recuerda que los sujetos procesales pueden hacer valer sus derechos e impugnar las decisiones dentro del respectivo proceso, ante el juez natural. La tutela no puede convertirse en una tercera instancia, en la que se discuta una disparidad de interpretaciones sobre la conducta de ciertas personas procesadas penalmente.

Insistencia del Defensor del Pueblo

8. El Defensor del Pueblo, por conducto del Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales solicitó a la Corte Constitucional que seleccionara el presente proceso para su revisión. Las razones que esgrime la Defensoría son las siguientes:

a) Competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia para juzgar al Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez. Según conceptúa la defensoría, del artículo 235 de la Carta se desprende que todo oficial de las Fuerzas Armadas que ostente la calidad de general –en cualquiera de sus grados- debe ser juzgado por la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación. Indica que los salvamentos de voto presentados por varios integrantes de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura recogen esta postura. Sin embargo, de la argumentación del fallo demandado se desprende la posibilidad de que en algunas ocasiones corresponda a la justicia penal militar conocer de los procesos penales contra generales y almirantes. Por lo tanto, solicita a la Corte Constitucional pronunciarse sobre este punto.

b) De la sentencia C-358 de 1997 se desprende que cuando los delitos investigados son de una gravedad extrema, como los crímenes de lesa humanidad (tortura, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, masacres y genocidio), se rompe todo nexo entre el hecho y el servicio, razón por la cual debe la justicia ordinaria investigar los hechos. A fin de precisar este punto, en especial en relación con las omisiones de los integrantes de la fuerza pública -las cuales, en su totalidad, no pueden quedar comprendidos dentro del fuero penal militar-, estima que la Corte debe fijar su posición al respecto.

Escrito del demandante dirigido a la sala de revisión

9. Mediante comunicación del 28 de marzo de 2001, el demandante solicitó a la sala de revisión que declare la nulidad de las actuaciones seguidas luego de la sentencia demandada. En su escrito reitera los puntos expuestos en la demanda y en la impugnación. Hace especial énfasis en que en la sentencia C-358 de 1997 la Corte Constitucional dejó en claro el “carácter limitado y excepcional [del fuero penal militar] **para los casos en los cuales aparezca debidamente demostrada la relación entre el hecho delictual y el servicio, entendiendo éste como una serie**

de actividades concretas orientadas a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares, esto es, defensa de la soberanía la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional” (Negrillas en el original). En su concepto, dicho nexo fue desvirtuado por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, lo que debió ser tomado en consideración en la sentencia demandada.

Por otra parte, señala que las Naciones Unidas han indicado que los tribunales militares no pueden ser competentes para conocer de acusaciones por violación de derechos humanos.

II. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar las sentencias de la referencia.

Problema jurídico

2. En concepto del demandante, la decisión judicial desconoce el artículo 29 de la Constitución, pues, de una parte, otorgó competencia a la justicia penal militar para conocer de la investigación en contra del Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, cuando el artículo 235 de la Carta claramente le asigna la competencia de juzgamiento a la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación. Por otra, en relación con el Teniente Coronel Hernán Orozco Castro, que se desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el alcance del fuero penal militar, pues no tuvo en cuenta los elementos probatorios que obligaban a concluir que el asunto debía ser tramitado por la justicia ordinaria.

Tanto la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideran que en el presente caso no se presenta una vía de hecho que autorice al juez de tutela entrar a estudiar la providencia judicial cuestionada. El *a-quo* asegura que, como parte civil en el proceso penal, la demandante no puede considerar lesionados sus derechos fundamentales, pues únicamente persigue derechos de carácter patrimonial. El *ad-quem*, por su parte, sostiene que la vía de hecho únicamente se predica de defectos de la decisión judicial, razón por la cual el juez de tutela carece de competencia para entrar a analizar en su integridad el acervo probatorio, pues con ello se invadiría las

competencias de los jueces naturales de las causas. En punto al análisis que hizo la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a partir de la anterior restricción, estima que ésta si tomó en consideración la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el alcance del fuero penal militar, pues analizó y probó la existencia de una conexión entre las funciones de los investigados y la conducta delictiva objeto del proceso. Sobre el cargo de absoluta incompetencia de la justicia penal militar para juzgar al General Uscátegui, ambas instancias guardan silencio. Ha de observarse que el General Uscátegui se ha retirado de las Fuerzas Militares.

Corresponde a la Corte Constitucional (i) determinar si en los casos en los cuales se cuestiona la decisión mediante la cual se resuelve un conflicto de competencias entre la justicia ordinaria y la penal militar, el juez de tutela debe abstenerse de considerar el acervo probatorio, a fin de evitar inmiscuirse en las competencias ordinarias de otras autoridades judiciales. Así mismo, a partir de las conclusiones a que arribe la Corte en el anterior punto, (ii) le corresponde analizar si la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia aplicó debidamente la jurisprudencia de esta corporación al momento de evaluar si la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura respetó el precedente que la Corte Constitucional ha establecido en relación con la interpretación del artículo 221 de la Carta. Además, (iii) deberá detenerse a estudiar el alcance del artículo 235 de la Constitución, a fin de establecer si la justicia penal militar es competente para conocer de los actos punibles realizados por los generales de la República, en retiro, (iv) establecer en qué casos una omisión de la fuerza pública es un acto que no tiene vinculación con el servicio y, finalmente (v), analizar si la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura respetó el precedente de la Corte en la materia.

En razón de la complejidad del caso que revisa la Corte, ésta se pronunciará primero sobre el objeto de la revisión de las sentencias de tutela. Luego se detendrá en el análisis del sistema de precedente como garantía de la igualdad en la aplicación de la ley, por cuanto se trata de un asunto que subyace a los cargos presentados por la demandante. El siguiente tema que se considerará es el relativo a la doctrina de la Corte sobre la vía de hecho; para pasar al precedente sobre fuero penal militar y juez natural. Finalmente se ocupará del estudio del tratamiento de las omisiones que constituyen comisión de delitos de lesa humanidad. Una vez abordados estos puntos, se resolverán los distintos problemas jurídicos identificados.

Asunto previo. Interés de la demandante.

3. El Tribunal Superior de Bogotá consideró que la demandante carecía de interés en la demanda de tutela, pues únicamente persigue, como parte civil, intereses patrimoniales.

En sentencia C-1149 de 2001 la Corte señaló, tal como se había indicado en el salvamento de voto hecho a la sentencia C-293 de 1995, que las víctimas de los hechos punibles tienen no sólo un interés patrimonial, sino que comprende el derecho a que se reconozcan el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarlos. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales.

En directa relación con lo anterior, debe entenderse que el complejo del debido proceso –legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías y el juez natural- se predicán de igual manera para la parte civil. En punto al derecho a la justicia y a la verdad resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, pues la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. Así mismo, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quienes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades. Así, la Corte estima que le asiste a la parte civil un interés –derecho- legítimo en que el proceso se tramite ante el juez natural.

Objeto de la revisión de sentencias de tutela.

4. El artículo 86 de la Carta dispone que el fallo de tutela (sea de única o de segunda instancia) será remitido “a la Corte Constitucional para su eventual revisión”. De esta norma se desprende claramente que esta Corporación no funge como juez de la causa.

La Corte Constitucional ha intentado definir y precisar el alcance de sus funciones en materia de revisión de las sentencias de tutela. La primera aproximación a la materia, permitió configurar la función central de la Corte Constitucional en este punto: unificación de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales².

Esta misma idea fue reiterada poco después, en la sentencia T-406 de 1992, en la cual la Corporación se enfrentó al temor por la “dispersión jurisprudencial” que genera la tutela:

² Sentencia T-006 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

*“23. Los reparos que pueda suscitar esta posición, en el sentido de que se llegaría a una enorme dispersión jurisprudencial en vista del carácter abiertamente político del contenido de las decisiones, pueden ser despejados si se tiene en cuenta la importante fuente de seguridad jurídica que se desprende del mecanismo de revisión de tutelas por parte de la Corte Constitucional y consagrado en el numeral 9 del artículo 241 de la Carta. Como se sabe, la revisión tiene, entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: **sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos. Es innegable el valor pedagógico e incluso "normativo- general" de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional y su importancia y alcance apenas empiezan a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional.**” (Negrilla fuera del texto).³*

Además, dentro de la función principal de unificar la jurisprudencia sobre derechos fundamentales⁴, la Corte tiene autoridad para considerar los hechos del caso⁵. La necesidad de garantizar la efectividad de los derechos (art. 2 de la C.P.), se confunde, en la revisión de las sentencias de tutela, con la función de unificar la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales. De ahí que la Corte, además de fijar la doctrina constitucional, tenga la potestad para considerar el caso concreto. En consecuencia:

*“Desaparece entonces un interés individual y adquiere trascendencia la relación entre el caso concreto, que sirve a la Corte como elemento pedagógico, y la interpretación de la normativa constitucional que le es aplicable”.*⁶

Ello explica que, cuando la Corte se enfrenta a una decisión inhibitoria, deba ordenar la devolución del proceso al juez de instancia, ya que *“no puede la Corte, en vía de revisión, sustituir a los juzgadores de instancia en la misión que les corresponde, según la Constitución y la ley de decidir en cuanto a lo sustancial las demandas de tutelas que se instauren por las personas que consideren vulneradas o amenazados sus*

³ Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón. En similar sentido la sentencia T-525 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón y el salvamento de voto presentado por el magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ En la sentencia T-098 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte señaló: *“La necesidad de garantizar una correcta interpretación del ordenamiento jurídico que respete el contenido y alcance de los derechos fundamentales explica la función de **revisión eventual** de las sentencias de tutela confiada a la Corte Constitucional.”*

⁵ Sentencias T-406 y T-565, ambas de 1992

⁶ Sentencia T-260 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En igual sentido, auto A-026 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

derechos fundamentales, en razón de la acción o la omisión de las autoridades públicas, pues la labor de revisión fundamentalmente supone que exista un objeto sobre el cual deba recaer ésta, esto es, la decisión de mérito”⁷.

Así las cosas, la función principal que le corresponde a la Corte Constitucional al revisar las sentencias de tutela, de unificar la jurisprudencia sobre la interpretación de los derechos fundamentales, no puede hacerse al margen de considerar la situación fáctica concreta y, necesariamente, la decisión judicial misma⁸, respecto de la cual habrá de *“rectificar las imprecisiones y falencias en que incurrió el juez de tutela”⁹.*

La decantación definitiva de la función de la Corte cuando revisa las sentencias de tutela se ha recogido en la sentencia T-088 de 1999, en los siguientes términos:

“Según lo determina la propia Carta Política en su artículo 86, la revisión constitucional de las sentencias de tutela es de carácter eventual y no tiene el propósito de resolver en todos sus detalles el asunto ya examinado por los jueces sino el de verificar, frente a la Constitución, lo actuado por ellos, con miras al señalamiento de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia sobre el alcance de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales. Cosa distinta es que la Corte, cuando encuentre razones fundadas en su análisis para revocar total o parcialmente, o para modificar lo resuelto, introduzca los necesarios cambios en la determinación concreta, o en la orden impartida, adecuándolas a su doctrina. Pero este efecto es secundario y accesorio a las funciones primordiales de unificación jurisprudencial y pauta doctrinal confiadas a la Corte, e indica que la controversia propiamente dicha, con la plenitud de los elementos de hecho sobre los cuales recae la solicitud de amparo, la legitimidad de las partes y de los intervinientes y la discusión detallada acerca de las pruebas llevadas al proceso, debe darse en las instancias”¹⁰

5. Esta línea jurisprudencial, que se reitera, tiene consecuencias importantes. En primer lugar, que el objeto central del análisis de la Corte es la sentencia definitiva en tutela. De ahí que deba detenerse a considerar los argumentos expuestos por el juez en cuestión. De otra, que no resulta indispensable adentrarse en el caso más allá de lo que estime necesario para fijar la correcta interpretación de la norma constitucional, pues el debate probatorio se ha debido realizar, en principio, en las instancias.

⁷ Auto A-026 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁸ Sentencia T-340 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Sentencia T-088 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Ver además, sentencia T-175 de 1997.

En tercera medida, puede tener presente hechos posteriores a la decisión de tutela. Esto se justifica en la medida en que, dado que el objeto primordial de la revisión, aunque ésta recaiga sobre una decisión judicial es la unificación de la jurisprudencia sobre interpretación de derechos fundamentales, hechos posteriores a la decisión pueden resultar decisivos para comprender a cabalidad la situación fáctica y revelar la violación de un derecho fundamental que al momento de tramitarse la tutela resultaba discutible.

Finalmente, que si bien el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 señala que las sentencias de revisión que dicte la Corte “deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual... adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta”, lo que supone que la Corte no debería entrar a fallar de fondo el caso revisado, ello no significa que la Corporación no pueda, si lo considera imprescindible, adoptar ella misma tales medidas, con el objeto de garantizar la interpretación uniforme de la jurisprudencia y asegurar el debido respeto y efectividad de los derechos fundamentales de los colombianos.

La obligatoriedad del precedente.

6. La garantía de una interpretación uniforme de la Carta no se limita al ejercicio de las funciones unificadoras de la Corte Constitucional. Requiere, además, que las autoridades judiciales del país apliquen debidamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Para tal efecto, esta Corporación ha fijado una clara línea relativa a la obligatoriedad de su jurisprudencia para todos los jueces de la república. Dicha línea tiene por eje central dos elementos. De una parte, la fuerza *erga omnes* de las decisiones que se adoptan en los fallos de control constitucional abstracto de las leyes¹¹ y, por otra, la protección del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del derecho.

6.1. En el ámbito de la tutela, la Corte ha señalado que sus decisiones son obligatorias. Así, en la sentencia C-037 de 1996 se indicó:

“las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.”

¹¹ Sentencias C-131 de 199 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y SU-640 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

Esta postura se ha reiterado en otras oportunidades. En la sentencia T-175 de 1997¹², esta Corporación señaló:

“En síntesis, como tal enfoque esterilizaría la función, debe concluirse que las sentencias de revisión que dicta la Corte Constitucional no pueden equipararse a las que profieren los jueces cuando resuelven sobre la demanda de tutela en concreto o acerca de la impugnación presentada contra el fallo de primer grado, sino que, por la naturaleza misma de la autoridad que la Constitución le confiere en punto a la guarda de su integridad y supremacía, incorporan un valor agregado de amplio espectro, relativo a la interpretación auténtica de la preceptiva fundamental sobre los derechos básicos y su efectividad.

“Tales sentencias tienen un doble aspecto, con consecuencias jurídicas distintas: uno subjetivo, circunscrito y limitado al caso concreto, bien que se confirme lo resuelto en instancia, ya sea que se revoque o modifique (artículos 36 del Decreto 2591 de 1991 y 48 de la Ley 270 de 1996), y otro objetivo, con consecuencias generales, que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, y que, cuando plasma la interpretación de normas constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar -lo cual no siempre ocurre-, puede comportar también la creación de doctrina constitucional, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas.”¹³

6.2. La obligatoriedad del precedente fijado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tiene además por norte, lograr la protección del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley¹⁴. En sentencia T-1625 de 2000¹⁵, se pronunció sobre este punto, precisando las condiciones bajo las cuales es posible apartarse de dicho precedente: que la ratio no es aplicable al caso concreto o que “existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica^{16,17}. En la

¹² M.P. José Gregorio Hernández Galindo

¹³ En igual sentido T-068 de 2000

¹⁴ Ver sentencia T-009 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se recoge y citan varias sentencias relacionadas con esta materia.

¹⁵ M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez

¹⁶ “Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13).” Sentencia T-123 de 1995.

¹⁷ Sentencia T-1625 de 2000. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

sentencia T-175 de 1997 se indica que la doctrina constitucional es vinculante “para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas”.

No puede desconocerse, en este punto, que el sistema de producción normativa fijado en la Carta, privilegia al Congreso. Por esta razón, el artículo 150 le asigna la función principal de dictar la ley. Sin embargo, también se ha fijado un modelo en que las leyes de la República no ostentan todas la misma calidad. En este sentido, las leyes estatutarias ocupan un punto central y superior en la escala legislativa. Las leyes ordinarias, así como no pueden desconocer la Carta (C.P. art. 4), tampoco pueden dictarse en contravía de lo dispuesto en las leyes estatutarias.

Precedente sobre la vía de hecho. Competencia restringida del juez de tutela para conocer de las pruebas del proceso.

7. La Corte Constitucional ha construido una nutrida línea de precedentes en materia de tutela contra providencias judiciales, bajo las condiciones particulares de lo que se ha denominado la vía de hecho. No es de interés para este proceso en particular hacer un recuento de dicha línea de precedentes. Baste considerar que sus elementos básicos fueron fijados en la sentencia T-231 de 1994¹⁸, en la que se señaló que existe vía de hecho cuando se observan algunos de los cuatro defectos: sustantivo, orgánico, fáctico y procedimental.

En la sentencia T-008 de 1998¹⁹, se indicó que “[R]evisadas las decisiones pertinentes, parece claro que, implícita o expresamente, cada vez que esta Corporación confiere un amparo constitucional contra una *sentencia judicial*, lo hace fundada en uno de estos cuatro posibles defectos”.

En relación con el defecto fáctico, en esta última decisión se precisó que ella se presenta cuando “*resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión*”²⁰. Sobre el alcance de esta incuestionable falta de elementos probatorios, la Corte ha precisado que no se limita a la ausencia de medios de prueba²¹, sino que comprende diversos casos en los cuales se presentan rupturas entre el acervo probatorio y la decisión judicial. En la sentencia T-100 de 1998²², la Corte sostuvo que:

¹⁸ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²⁰ Negrilla en el original.

²¹ T-100 de 1998

²² M.P. José Gregorio Hernández Galindo

“De allí resulta, sin duda, que los defectos del análisis probatorio, o la ausencia total del mismo, no menos que la falta de relación entre lo probado y lo decidido, vulneran de manera ostensible el debido proceso y constituyen irregularidades de tal magnitud que representan vías de hecho. Tal expresión encaja en los indicados supuestos como ninguna otra, ya que el fallador que se aparta del material probatorio, que no lo evalúa en su integridad, o que lo ignora, plasma en su sentencia su propia voluntad y no la de la justicia ni la de la ley. Decide de facto y quebranta, en consecuencia, los fundamentos esenciales del orden jurídico.”

Estos defectos en el manejo y análisis del material probatorio han de ser graves, a fin de que el juez de tutela pueda realizar un estudio sobre la actividad judicial en la materia. Ello implica que el juez de tutela tiene el deber de respetar en el mayor grado posible la valoración que del material probatorio hace el juez²³. De ahí que, en términos generales, la existencia de un defecto fáctico únicamente se haya considerado cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas²⁴, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente²⁵, se consideran pruebas inadmisibles²⁶ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001²⁷, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el

²³ En la sentencia T-442 de 1994, la Corte sostuvo que:

“No obstante lo anterior advierte la Sala, que sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa que de una manera manifiesta aparece irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. 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, según las reglas generales de competencia, porque ello sería contrario al principio de que la tutela es un medio alternativo de defensa judicial, aparte de que se invadiría la órbita de la competencia y la autonomía de que son titulares las otras jurisdicciones.”

²⁴ Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

²⁵ Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998:

“en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica...”

²⁶ El artículo 29 de la Carta dispone que “[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto:

“Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.”

²⁷ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

sentido del fallo”, de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez.

Con todo, debe observarse que la jurisprudencia de la Corte en esta materia se ha dictado en asuntos en los cuales no están en discusión asuntos de competencia²⁸. Cuando se trata de la solución de un conflicto de competencias, hay mayor amplitud para la valoración, por cuanto está involucrado la definición del juez natural. Ello es necesario para asegurar la definición más precisa posible del juez competente; por ende, al juez de tutela debe permitírsele una mayor capacidad de penetración en el análisis probatorio, ya que no solo está en juego la correcta interpretación del problema jurídico sometido a la jurisdicción (del cual deriva el conflicto de competencias), sino la constitucionalidad misma de la actividad jurisdiccional posterior. De ahí que sea imprescindible entrar a analizar con cierto detenimiento el principio del juez natural.

El juez natural. Ambito constitucional y legal.

8. El derecho al juez natural constituye una de las garantías básicas que, junto al complejo del derecho de defensa y el principio de legalidad, definen el debido proceso. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁹, el derecho en cuestión se encuentra consagrado en la Carta en el artículo 29, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino.... ante juez o tribunal competente”. Dicho texto normativo, si bien enuncia la idea básica que subyace en el derecho al juez natural, no contiene en su integridad el contenido normativo del derecho, ni mucho menos define su núcleo esencial.

Según la jurisprudencia de esta Corporación, el juez natural es aquel a quien la Constitución y la ley le han asignado competencia para conocer cierto asunto³⁰. Con ello, la Corte no ha hecho más que reiterar lo dispuesto en el texto normativo anterior. La exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no es suficiente para definir el concepto de juez natural, pues como lo subrayó esta Corporación en la sentencia C-208 de 1993³¹, el derecho en cuestión exige además que no se altere “la naturaleza de funcionario judicial” y que no se establezcan jueces o tribunales *ad-hoc*. Ello implica que es consustancial al juez natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada – debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea

²⁸ Las sentencias mencionadas se han referido a la práctica de pruebas en procesos penales, disciplinarios o de familia.

²⁹ Sentencia C-111 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Gálvis

³⁰ Sentencias C-444 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-111 de 2000.

³¹ M.P. Hernando Herrera Vergara

revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución.

Por otra parte, en sentencia C-392 de 2000³², al pronunciarse sobre la creación de jueces especializados del circuito para conocer de delitos que anteriormente eran competencia de los jueces regionales, se indicó:

“No es posible en consecuencia la existencia de una jurisdicción especial para que a través de ella se ejerza la función punitiva del Estado, pues ello pugna con la concepción del Estado Social Democrático de Derecho que sólo admite que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos por el juzgador han de ser juzgadas de manera permanente por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria, con el fin de asegurar plenamente, el derecho fundamental al debido proceso, el cual comprende la garantía del juzgamiento por el juez natural; es decir, la existencia de órganos judiciales permanentes preestablecidos por la ley a los cuales deben tener acceso todas las personas, en los términos de los arts. 29 y 229 de la Constitución, y así mismo la aplicación concreta del principio de igualdad. En virtud de este principio se garantiza a todos los justiciables el acceso a unos mismos jueces, eliminando toda suerte de privilegios o discriminaciones, y se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial.”

De esta providencia se desprende que, además de los caracteres anotados, se exige un tratamiento igualitario de los procesos de competencia de tales jueces, de manera que “se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial”. Ello, claramente, implica la introducción de consideraciones igualitarias – como principio-, dentro de la definición del derecho al juez natural.

Este análisis, empero, no permite distinguir los ámbitos claramente constitucionales de aquellos que corresponde definir al legislador. Distinción que resulta necesaria por el hecho de que aún en esta materia y a pesar de la amplia libertad de configuración normativa por parte del legislador, las normas legales deben estar sujetas a control constitucional.

9. La Corte había abordado esta problemática en la sentencia C-111 de 2000³³, en la que estudió la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 362 de 1997, que le asignaba a los jueces laborales la competencia para conocer de todo conflicto jurídico relativo a asuntos de seguridad social, con independencia de que una de las partes fuese una entidad pública. En aquella oportunidad sostuvo que la configuración constitucional de la

³² M.P. Antonio Barrera Carbonell

³³ M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

jurisdicción contenciosa administrativa se restringe a asignarle ciertas competencias reducidas, de suerte que queda en manos del legislador distribuir competencias entre los distintos jueces.

Lo anterior, sin embargo, no resuelve el punto, pues no habría criterio alguno para determinar si la asignación resulta constitucionalmente admisible y, además, hace imposible definir el núcleo esencial del derecho en cuestión. En la sentencia C-392 de 2000 se resolvió en buena medida este punto. En aquella ocasión la Corte señaló que *“la Constitución sólo admite la existencia de la jurisdicción ordinaria y de jurisdicciones especiales como la contencioso administrativa, la constitucional, la disciplinaria, la de paz, y la de las comunidades indígenas, como se deduce del Título VIII de la Constitución.”*

Para apreciar el alcance de esta afirmación ha de tenerse presente la sentencia C-728 de 2000³⁴. Al estudiar la constitucionalidad del numeral 13 del artículo 41 de la Ley 200 de 1995, en que se establecía que era falta disciplinaria el incumplimiento de ciertas obligaciones jurídicas, se encontró exequible la disposición bajo el entendido de que la declaración de que se habían incumplido las obligaciones emanase de una decisión judicial. El siguiente fue el razonamiento de la Corte:

*“esta Corporación sí considera que debe hacerse una claridad acerca de la misma [se refiere a la norma demandada]. En el precepto se prohíbe el reiterado e injustificado incumplimiento de las obligaciones legales y la violación de esa prohibición puede dar lugar a una sanción. Pues bien, le asiste razón al demandante cuando se pregunta acerca de quién debe ser el que califique si el servidor público ha incurrido en incumplimiento. La Corte considera que mal puede ser la autoridad disciplinaria la que se encargue de determinar esta situación. Ello sí constituiría una vulneración de los principios del juez natural y del debido proceso. **Solamente los jueces pueden determinar si una persona ha irrespetado sus compromisos legales, y para llegar a esa conclusión deben adelantar un proceso legal, en el cual se brinde al demandado el derecho de ejercer su defensa y presentar los recursos que considere pertinentes.**” (Negrillas fuera del texto)*

De esta decisión se desprende claramente que el derecho al juez natural comprende, además, el derecho a que únicamente (en realidad, es preferentemente) sean los jueces quienes dicten³⁵ el derecho. Dicha restricción, responde a la división de las ramas del poder público, y tiene traducción positiva en el derecho constitucional a acceder a la justicia. Sobre el particular resulta excepcionalmente ilustrativa la sentencia T-

³⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³⁵ Ver sentencia C-111 de 2000

268 de 1996³⁶, en la que la Corte señaló que constituye violación del derecho a acceder a la justicia el hecho de que una organización sancione o prohíba la iniciación de acciones judiciales en su contra³⁷.

De las consideraciones expuestas se desprende que el derecho al juez natural comprende entre otros, el derecho a acceder a la jurisdicción ordinaria y, en los casos autorizados por la Constitución, a las jurisdicciones especiales. Es decir, la jurisdicción ordinaria constituye la jurisdicción común para todos los asociados y, salvo que norma expresa indique lo contrario, todo asunto será de su competencia.

Tratándose, por lo tanto, de una jurisdicción común (el fuero común de todos los colombianos), la competencia de las otras jurisdicciones debe interpretarse de manera restringida, por tratarse de una excepción a la regla general de competencia. No sobra mencionar, antes de ahondar en este punto, que dicha interpretación restringida tiene varios matices, pues los eventuales conflictos entre las jurisdicciones especiales –definidos constitucionalmente– no pueden resolverse siempre remitiendo los asuntos a la jurisdicción ordinaria. Así mismo, ha de tenerse en cuenta que si bien la Corte, como se verá más adelante, ha entendido de manera restrictiva su competencia, debe observarse que la competencia de la Corte Constitucional, sea en ejercicio de sus facultades de revisión o del ejercicio del control abstracto de las leyes, se vincula directamente con la “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (C.P. art. 241), lo que implica que se trata de una “meta-jurisdicción” y verdadero órgano de cierre del sistema, cuya competencia, aunque está mediada normativamente (C.P. art. 241), no puede interpretarse en el sentido de hacer nugatoria su función de guarda de la Carta Magna.

En cuanto al carácter restringido de la competencia de las jurisdicciones especiales pueden tenerse en cuenta la sentencia C-111 de 2000, antes mencionada, que no otorga una competencia natural a la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de los litigios entre particulares y entidades públicas, sino que define como único ámbito natural (constitucional) la declaración de nulidad (reservada, además, al Consejo de Estado) y la facultad de suspender los efectos de los actos administrativos. Nótese que, en lo que a la justicia ordinaria respecta, la Carta no define contenido alguno.

De otra parte, en la sentencia C-179 de 1994³⁸, relativa a la ley estatutaria de estados de excepción, la Corporación subrayó que la Constitución no

³⁶ M.P. Antonio Barrera Carbonell. Se trata de la tutela interpuesta por una persona afiliada a una Cooperativa contra la cooperativa, por cuanto le fue iniciado proceso disciplinario como consecuencia de haber iniciado acciones judiciales en contra de la entidad, desconociendo los estatutos internos que exigían un trámite interno o conciliatorio previo.

³⁷ En igual sentido T-544 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁸ M.P. Carlos Gaviria Díaz

autorizó a la Corte para decretar la suspensión provisional de las medidas dictadas bajo los estados de excepción, sino que debía limitarse a adoptar decisiones definitivas. Finalmente, cabe observar que la acción de tutela (C.P. art. 86) tiene carácter subsidiario, lo que implica que la solución ordinaria de los asuntos, aún los de protección de los derechos fundamentales, está en manos de otras jurisdicciones.

Así las cosas, puede entenderse que el derecho al juez natural comprende el derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria para que resuelva los conflictos jurídicos dentro de la sociedad. En este sentido pues, la competencia de las jurisdicciones especiales será restringida a aquellos casos en los cuales la Constitución lo autoriza. Se trata, entonces, de unas competencias restringidas. De ahí que deba existir el mayor grado de certeza posible sobre la debida solución de un conflicto de competencias.

De lo expuesto se puede concluir que existirá violación del juez natural cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios *ex-post* con tribunales *ad-hoc*; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria.

Juez penal y fuero penal militar.

10. La jurisdicción natural en materia penal, es la ordinaria³⁹. La Constitución, cabe recordar, prohíbe expresamente a la justicia penal militar conocer de asuntos penales referidos a civiles (C.P. art. 213). Por ser el juez ordinario en lo penal el juez natural, la remisión de un asunto de esta materia a otra jurisdicción, ha de ser restringido⁴⁰. De ahí que, como se indicó antes, resulte pertinente establecer reglas claras sobre las

³⁹ Ver, por su directa relación con el presente caso, la sentencia T-806 de 2000.

⁴⁰ Sobre este punto, en la sentencia C-358 de 1997, la Corte sostuvo que:

“Por ende, la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. La extensión de éste, por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común.” En igual sentido Auto 012 de 1994, M.P. Jorge Arango, las sentencias C-399 de 1995, C-17 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En la sentencia C-368 de 2000, la Corte, además de recoger esta línea, recuerda abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en igual sentido.

condiciones bajo las cuales otras jurisdicciones, en especial la penal militar, puede conocer de hechos punibles.

En la sentencia C-358 de 1997⁴¹, la Corte definió 3 factores para solucionar estos conflictos de competencias:

a. “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”⁴². Respecto de esta regla, la Corporación precisó que la conducta debía ser realizada dentro del marco de actividades que le corresponden, por norma, a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional. De esta manera se excluyen de dicha jurisdicción, los actos cometidos por personal militar en ejercicio de actividades no vinculadas con el servicio. De otra parte, se indicó que la existencia de dicho vínculo desaparecía cuando el agente *ab initio* tenía un propósito criminal. En tales casos, el ejercicio de funciones militares constituye un mero disfraz o fachada para la actividad delictiva.

b. “que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad”⁴³. Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que, de manera flagrante, aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados⁴⁴.

⁴¹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Jurisprudencia reiterada en las sentencias C-368 de 2000, C-361 de 2001 y T-806 de 2000.

⁴² Sentencia C-358 de 1997 Fundamento jurídico 10. a).

⁴³ Sentencia C-358 de 1997 Fundamento jurídico 10. b).

⁴⁴ Sobre este punto la Corte había avanzado en la sentencia C-578 de 1995, en la que se precisó bajo cuales condiciones se aplicaba la eximente constitucional contenida en el inciso 2 del artículo 91 de la Constitución, relativa a la “obediencia debida”. En la mencionada decisión la Corte sostuvo que “La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones que se enuncian, a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales.” Más adelante añadió “La Corte aprecia la distancia que existe entre el mero ejecutor de una orden inconstitucional y el ejecutor que es plenamente consciente del vicio que la afecta y no obstante la lleva a término. Las circunstancias objetivamente pueden impedir al militar subalterno, anteponer su deber superior y prevalente de obediencia a la Constitución, en relación con órdenes que la quebrantan y, por consiguiente, exceden la órbita de competencia de su emisor y, en este caso, la misma Constitución excusa la responsabilidad que de otro modo se le debería imputar. Empero, en ese caso, si el subalterno está en grado de conocer la inconstitucionalidad de la orden y evitar la acción, anteponer el deber de obediencia militar al de obediencia constitucional, comprometerá su responsabilidad y no podrá alegar en su favor eximente alguna, pues no es ajeno volitivamente a su vulneración.” Finalmente, concluyó: “En consecuencia, la Corte declarará que es exequible, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e

Debe observarse que si bien se hace alusión a los “llamados delitos de lesa humanidad”, dicha referencia únicamente indica el patrón de conducta que nunca serán de competencia de la justicia penal militar. Sobre este punto, ha de advertirse que, tal como se indicó en la sentencia C-578 de 1995, aún las normas que regulan asuntos evidentemente militares, repudian los actos contrarios a los sentimientos de humanidad⁴⁵.

11. De las consideraciones anteriores se desprende claramente que, en caso de que se suscite un conflicto de competencias entre la jurisdicción, el competente para dirimirlo –Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁴⁶-, está en la obligación de considerar, de manera exhaustiva las pruebas existentes en el proceso para que, si no existe asomo de duda – exclusivamente en este caso-, se asigne el proceso a la justicia penal militar.

En la sentencia T-806 de 2000, precisamente, la Corte anula la decisión adoptada por dicha autoridad judicial al encontrar que ella no había evaluado suficiente y exhaustivamente el material probatorio:

“Así, lo primero que se echa de menos en la decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, es la motivación en la que se pudo fundamentar ésta para deducir el tercer elemento del fuero militar, pues, pese a lo que se dice en la providencia, no es claro ni evidente que el “deshacerse” de una persona que ha sido detenida por la fuerza pública en cumplimiento de sus funciones, haga parte o pueda tenerse como un hecho derivado de su competencia. La Sala Disciplinaria pasa por alto esta circunstancia, le basta afirmar llanamente que existe la relación con el servicio, sin dar argumentos que sustenten su aserto, como si su leal saber y entender, su convicción, fuesen sustento suficiente de su fallo”

(...)

“Dentro de este contexto, encuentra esta Sala de Revisión, que la decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al resolver la colisión de competencia entre la justicia penal militar y la penal ordinaria, por el proceso penal seguido por el

inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4º), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad.”

⁴⁵ En dicha oportunidad la Corte dijo:

“La exoneración absoluta de responsabilidad del militar que conscientemente ejecuta órdenes superiores que signifiquen la vulneración de sus reglas y principios no es de recibo y, por el contrario, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos se apartan de las reglas indiscutibles de las confrontaciones armadas y ofenden el sentimiento general de la humanidad.”

⁴⁶ En la sentencia C-361 de 2001 la Corte recordó que cuando existen dos autoridades que se arrojan la competencia para investigar y sancionar militares por hechos delictivos, corresponde a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolverlo.

*homicidio de Nidia Erika Bautista, no sólo carece de una motivación concreta que explique la razón por la cual se consideró que el acto que se imputa a miembros de la fuerza pública tiene “relación con el servicio”, sino que de plano, se asume que ello es así, sin ningún análisis conceptual previo y, lo que es más grave, sin soporte probatorio de ninguna especie. Desconociendo, además, el carácter excepcional y restrictivo del fuero, transgrediendo de esta manera el texto constitucional que así lo contempla. Basta observar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjeron los hechos, los mismos que tuvo en cuenta la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al definir el conflicto y no otros, para deducir que **no fueron apreciadas**, pues de haberse hecho, la decisión, según lo indica la sana lógica, hubiese sido diversa.”*

La posición de garante. Deberes de seguridad en el tráfico y deberes de salvamento. Deberes originados en competencias institucionales.

La jurisprudencia de la Corte no ha considerado de manera expresa el tema de las conductas omisivas. Aunque ellas deben estar sujetas a las mismas condiciones fijadas en la sentencia C-358 de 1997, que constituye doctrina obligatoria en la materia, la Corporación estima necesario despejar cualquier duda sobre el punto.

12. La dogmática naturalista del siglo XVIII en materia penal, trató de edificar el delito de omisión sobre la base de los elementos característicos del delito de comisión. Con fundamento en el derecho liberal que surge después de la revolución francesa, Feurbach encontró que la “obligación originaria” de todo ciudadano estaba constituida por prohibiciones: no realizar conductas que pudieran ocasionar daño a terceros. Los mandatos – la obligación de realizar determinados comportamientos orientados a proteger bienes jurídicos – tenían una naturaleza excepcional, porque en principio no se tiene el deber de iniciar acciones de salvamento a favor de otra persona. Para que ello ocurra, se requiere un “deber jurídico especial” que obligue a la evitación de determinados resultados. Los juristas del siglo XIX lo encontraron inicialmente en la ley y el contrato. Posteriormente le agregaron la injerencia (el comportamiento peligroso anterior) y las estrechas comunidades de vida. Este enfoque se caracterizó por el estudio de las fuentes formales; es decir, por determinar donde nacen los deberes jurídicos de evitación del resultado, mas no por precisar su fundamento⁴⁷.

13. El énfasis hacia el estudio material de las posiciones de garante es una tarea del siglo XX, que tuvo su máximo exponente en la llamada teoría de las funciones: es la posición que ocupe el sujeto en la sociedad,

⁴⁷ Cfr. Jorge Fernando Perdomo. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 2001. Págs. 17 y ss.

independientemente del reconocimiento expreso del deber de actuar en una ley, lo que fundamenta la obligación de evitar determinados resultados. Si bien el concepto de garante, como criterio básico de equivalencia entre la acción y la omisión se debe a Nagler (1938), el principal representante de un criterio material fue Armin Kaufmann. Para él, la posición del sujeto con respecto al control de fuentes de peligro (garantes de vigilancia) o frente a bienes jurídicos que debe defender ante ciertos peligros que los amenace (garantes de protección) determina la posición de garante⁴⁸.

14. El moderno derecho penal de orientación normativista, se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX -predominante hasta la década de 1980 en el siglo XX- edificó la teoría del delito: causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente, **el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia**: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia⁴⁹.

Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵⁰. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La

⁴⁸ Cfr. Armin Kaufmann. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. (1959) Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen. 1988. Págs. 283 y ss. Siguen esta orientación, entre otros: Harro Otto. *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*. Vierte Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1992. Págs. 142 y ss. Enrique Bacigalupo. *Delitos impropios de omisión*. Ediciones editorial astrea. Buenos Aires. 1970. Págs. 119 y ss.

⁴⁹ Cfr. Günther Jakobs. *Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tötung auf Verlangen)*. Medizinrecht-Psychopathologie-Rechtsmedizin. Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin. Festschrift für Günter Schewe. Springer-Verlag. Berlin 1991. Págs. 72 y ss. Günther Jakobs. *La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte*. Publicado en: Estudios de Derecho Penal. UAM ediciones-Civitas. Madrid 1997. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Enrique Peñaranda Ramos y Carlos Suárez González. Claus Roxin. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2 Auflage. Verlag C.H Beck. München 1994. Págs. 332 y ss. Yesid Reyes Alvarado. *Imputación objetiva*. Temis. Bogotá. 1994. Págs 49 y ss.

⁵⁰ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano.

La imputación de una conducta o un resultado en derecho penal, depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección. Para su delimitación (la del ámbito de competencia) hay que precisar en primer lugar (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella. Establecido este elemento, (2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación : i) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo, ii) el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con la expectativas que surgen de una determinada función, iii) la acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección y iv) la prohibición de regreso, según la cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero, no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (3) una realización del riesgo. Es decir, que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuando se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado⁵¹.

15. En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

⁵¹ Cfr. Günther Jakobs. *La imputación objetiva en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1994. Págs. 24 y ss. Traducción de Manuel Cancio Meliá.

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos⁵².

⁵² Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión⁵³. *Günther Jakobs* ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella.

Conclusión: si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa – vg. facilitando el

⁵³ Cfr. Javier Sánchez-Vera. *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*. Duncker & Humbolt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. *Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare*. Luchterhand. Neuwied. 1990. Pag. 389.

hecho mediante la apertura de la puerta para que ingrese el homicida- o mediante una omisión – vg. no colocando el seguro de la entrada principal⁵⁴-. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo.

Posición de garante y fuerza pública.

17. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

a) Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada) armas (una pistola, una dinamita) animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita –pudiendo hacerlo- que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, **por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional.**

El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército Japonés por “... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...”, ha venido reconociendo que el miembro

⁵⁴ Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). “Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Págs. 212 y ss. Günther Jakobs. *La competencia por organización en el delito omisivo*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1994. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos. Págs. 11 y ss. Günther Jakobs. *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1996. Págs. 11 y ss. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Günther Jakobs. *Acción y Omisión en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 2000. Págs. 7 y ss. Traducción de Luis Carlos Rey Sanfís y Javier Sánchez –Vera.

de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma⁵⁵.

b) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente⁵⁶. Por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que **en concreto** recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes.

c) La Constitución le ha asignado, tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional, una posición de garante. El artículo 217 de la Carta, dispone que

“Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.”

De ello se desprende que tienen el deber constitucional de garantizar que la soberanía y el orden constitucional no se vean alterados o menoscabados. Elementos centrales del orden constitucional lo constituye el cumplimiento pleno “...de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...” (art. 2º de la Carta) y la preservación del monopolio del uso de la fuerza y las armas en manos del Estado. En relación con los fines previstos en el artículo 2, la función de garante de

⁵⁵ Cfr Kai Ambos. *Temas del Derecho Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá 2001. Págs. 117 y ss. Traducción de Fernando del Cacho, Mónica Karaán, Oscar Julián Guerrero. Jaime Córdoba Triviño. *Derecho Penal Internacional*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá. 2001. Págs. 37 y ss.

⁵⁶ Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pág. 830

las fuerzas militares no se equipara a las funciones asignadas en el artículo 218 de la Carta a la Policía Nacional. Sin embargo, de ello no se desprende que no tengan por función básica garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades por parte de los asociados. Antes bien, supone garantizar condiciones de seguridad colectivos y de carácter estructural –definidos en los conceptos de soberanía, independencia, integridad territorial e integridad del orden constitucional- que permitan una convivencia armónica. Las condiciones de seguridad dentro de dicho marco de seguridad estructural son responsabilidad de las fuerzas armadas.

Podría objetarse que esta interpretación desconoce el tenor literal del artículo 218 de la Carta, pues en dicha disposición se establece de manera diáfana que es fin primordial de la Policía Nacional “*el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz*”. Empero, esta objeción llevaría al absurdo –lo que resulta abiertamente inconstitucional- de que las fuerzas militares estarían eximidos de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades y de lograr la paz. El artículo 217 se limita a precisar los ámbitos (lo que se ha llamado condiciones estructurales de seguridad) dentro de los cuales las fuerzas militares tienen el deber de cumplir con el mandato del artículo 2 de la Constitución. El respeto de los derechos constitucionales de los asociados es un asunto que le concierne a todo el Estado. Las condiciones estructurales de seguridad, tarea que le concierne a las Fuerzas Militares, constituyen un correlato del deber estatal de prevenir la guerra⁵⁷. Cuando la guerra es inevitable, el Estado tiene el deber de morigerar sus efectos⁵⁸. Frente a los asociados, tiene el deber de evitar, en lo posible, que sean víctimas del conflicto⁵⁹, a efectos de que puedan disfrutar de sus derechos.

En este orden de ideas, las fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el

⁵⁷ Ver sentencia C-328 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

“Así las cosas, resulta de la Protección de la Paz (C.P. art. 22) un derecho a prevenir la guerra. A todos los colombianos les asiste el derecho a intentar, por distintos medios, todos ellos no violentos, que la guerra no sea una realidad. Sin embargo, este derecho a prevenir la guerra debe ser encauzado y organizado. De ahí que, en tanto que representante legítimo de los intereses de los colombianos y custodio de los derechos de todos los residentes, al Estado colombiano le corresponda el deber fundamental de prevención de la guerra.”

⁵⁸ Idem. “9. Ahora bien, el principio de dignidad humana y el derecho a la paz no sólo imponen el deber de prevenir la guerra sino que, en caso de un conflicto inevitable, obligan al Estado a morigerar sus efectos. Así como no toda guerra es legítima, no todo medio utilizado puede admitirse como legítimo. La humanización de la guerra, lo ha señalado la Corte, constituye una proyección del derecho a la paz”

⁵⁹ Esta obligación no sólo se desprende de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitarios. Tiene un claro apoyo en el artículo 2 de la Constitución.

orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C.P. art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable- de proteger.

Respecto de dicho deber, las fuerzas armadas ocupan un lugar primordial. En efecto, parte esencial del respeto por los derechos constitucionales se edifica sobre la obligación del Estado en proteger a los titulares de tales derechos contra las violaciones a los mismos por los particulares. La defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. Comporta, como se ha indicado, enfrentar a los agresores de tales derechos. La existencia de fuerzas armadas se justifica por la necesidad de asegurar, más allá del mandato normativo, la eficacia de los derechos. El uso de la fuerza es obligatoria –claro está, conforme al ordenamiento jurídico y, especialmente, utilizándose de manera proporcional y en cuanto sea necesario (prohibición del exceso)- frente a quienes no tienen intención de respetar los derechos de las personas y no están dispuestas a cumplir el mandato normativo. Dicho uso de la fuerza únicamente está legitimado para las fuerzas armadas del Estado, pues la estructura social deposita en ellas el monopolio del uso de las armas y, por lo mismo, la tarea de defender, mediante su utilización, los derechos.

Así las cosas, frente a las agrupaciones armadas –guerrilla o paramilitares-, las Fuerzas Militares tienen una función de garante del orden constitucional, el cual se ve desdibujado –de manera abstracta- por el mero hecho de que tales personas se arroguen la potestad de utilizar la fuerza y las armas, en claro detrimento del principio básico del ordenamiento conforme al cual el Estado ejerce monopolio en el uso de la fuerza y las armas⁶⁰.

De igual manera, en sentido abstracto, las fuerzas militares tienen la obligación –en tanto que garantes- de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las

⁶⁰ En la sentencia C-1145 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte sostuvo, de manera enfática, que:

“Como lo ha reconocido la Corte, el uso de cualquier tipo de armas – de guerra o de uso personal – tiene un potencial ofensivo que debe ser fuertemente controlado por el Estado. A este respecto, la Corporación ha señalado que contradice los postulados más elementales del Estado Social de Derecho, la teoría según la cual los ciudadanos tienen derecho fundamental o constitucional de armarse para su defensa personal⁶⁰. Según la Corte, el Estado contemporáneo tiene la función de monopolizar el ejercicio de la fuerza y debe evitar, por todos los medios, que los miembros de la sociedad lleguen al extremo de considerar que sus derechos o intereses sólo pueden defenderse causando la muerte de su potencial agresor. Según la Corte “una sociedad que centre sus esperanzas de convivencia pacífica en los métodos de disuasión por medio de las armas de fuego, es una sociedad fundada en un pacto frágil y deleznable. Las relaciones intersubjetivas estarían construidas en el temor y la desconfianza recíprocas, de tal manera que la ausencia de cooperación, entendimiento y confianza, como bases del progreso social, serían un obstáculo insalvable para el crecimiento individual y colectivo”.

personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario- o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos -tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad-, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan.

Sobre este punto no puede quedar duda alguna. Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados (C.P. art. 93). Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.

En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos⁶¹.

18. La existencia de esa posición de garante significa que **el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad**, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente

⁶¹ Edgar Lombana Trujillo, Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reconoce la posición de garante de la fuerza pública, en los siguientes términos: “No puede desconocerse que tanto el artículo 2 como los artículos 16, 217 y 218 de la Constitución Nacional imponen tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional el deber jurídico que los convierte en garante de los derechos de los habitantes del territorio nacional y que de allí nace entonces la obligación de proteger esos derechos y por lo tanto de desplegar una constante actividad en su defensa”. *Delitos de omisión*. Artículo publicado en la revista *Universitas*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Junio del 2001 (101) pag. 258

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

En efecto: i) el autor y el partícipe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa⁶²; ii) en la tentativa por omisión – el garante retarda dolosamente la acción de salvamento o ésta no hubiera evitado la producción del resultado- el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente -por el grado de desarrollo de la infracción de la norma- porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo⁶³ y, iii) el conocimiento del riesgo (que sirve para deslindar el dolo de la imprudencia) no modifica la naturaleza de la conducta realizada (la grave violación a los derechos humanos). Es decir, en todos los casos mencionados hay unidad del título de imputación.

Lo anterior no implica desde luego que verificada la posición de garante se estructure inmediatamente la responsabilidad, porque ésta presupone la reunión de todos los elementos del delito, a saber: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Bien puede acontecer que el garante (a quien se le imputa un delito de lesa humanidad) no sea responsable penalmente por ausencia de dolo (no conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos) o imprudencia (el riesgo para los derechos fundamentales no le era cognoscible), o que exista un estado de necesidad justificante por colisión de deberes (frente a dos agresiones simultáneas a sectores de la población, sólo podía proteger una sola), etc.

Fuero y omisión

19. Para que un miembro activo de la fuerza pública sea investigado y juzgado por la justicia penal militar, es presupuesto indispensable que el comportamiento realizado tenga una vinculación directa con el servicio. Esto significa que los actos deben estar orientados a realizar los fines que constitucionalmente le han sido asignados, pero en el desarrollo de ellos se presenta un exceso cuantitativo. Es decir, el servidor público **ab initio**

⁶² Cfr. Heiko H. Lesch. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*. Peter Lang. Frankfurt. 1992. Págs. 284 y ss. Heiko H Lesch. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá.1995. Pág.s 39 y ss. Traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trellez.

⁶³ Cfr. Günther Jakobs. *Täturvorstellung und objektive Zurechnung*. Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Köln, Berlin, Bonn, München, 1989. Carl Heymanns. Págs 271 y ss. Günther Jakobs. *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten*. ZStW 104 (1992). Págs. 82 y ss.

dirige su actuación al cumplimiento de un fin legítimo, pero hay un error en la intensidad de su actuar que implica un desbordamiento de la función pública. Por ejemplo, cuando al capturar a una persona (fin legítimo) aplica una fuerza innecesaria que le ocasiona un daño a su integridad personal (exceso cuantitativo).

No basta en consecuencia una simple relación temporal o espacial entre el delito cometido y la función desarrollada, como en aquellos casos en que con ocasión o a causa del servicio se desvía en forma esencial la actividad inicialmente legítima para realizar conductas punibles que desbordan la misión constitucional asignada. Vg. después del allanamiento, el servidor público abusa sexualmente de una mujer que se encontraba en el lugar. En este caso no se trata de un exceso cuantitativo, porque en vez de un error en la intensidad del actuar, lo que se presenta es la creación de una nueva relación de riesgo (exceso cualitativo) completamente ajena al acto del servicio programado.

Hay ciertos comportamientos que siempre son ajenos al servicio, como aquellas violaciones graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, porque en ellas no puede afirmarse que la fuerza pública está realizando un fin constitucionalmente legítimo. De otra parte, cuando se produce en el contexto de una actuación que empezó para salvaguarda de los fines, valores y derechos de la carta, las violaciones a los derechos fundamentales de las personas constituyen una desviación esencial de una operación que tenía un origen ajustado a los preceptos jurídicos.

20. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿Cuándo una omisión de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? La Respuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública. Esto significa que no pueden quedar amparadas por el fuero penal militar, las siguientes omisiones: i) las que se producen en el contexto de una operación que ab initio buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta (surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho) o ii) las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad (no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en un combate) o iii) cuando no se impiden las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (un miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado). En los anteriores casos, siempre es indispensable que el garante tenga dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales.

Si el miembro de la fuerza pública tiene un deber específico de evitar el resultado (ostenta una posición de garante) y no inicia la acción de salvamento a pesar de que contaba con la posibilidad material de hacerlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado lesivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional. Por consiguiente, si el garante no inicia una acción de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, se le atribuye la violación a los derechos humanos como si se tratara de una conducta activa.

Lo anterior nos permite llegar a cuatro conclusiones en materia de fuero penal militar:

i) Si la omisión equivale a la realización activa de una conducta que vulnera los derechos humanos, se imputa la violación de un derecho fundamental y por ende no tiene ninguna relación con el servicio. Esta equivalencia se presenta, cuando el miembro de la fuerza pública tiene una posición de garante originada en los riesgos que debe controlar (garantes de vigilancia o de custodia) o en los bienes jurídicos que debe proteger (garantes de protección).

ii) Si la omisión no implica la imputación del resultado y significa solamente la violación a un deber funcional de actuar, la regla general es que se trata de un acto relacionado con el servicio. Es decir, los delitos de omisión impropia en los cuales el resultado es la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre son actos ajenos al servicio, mientras que los delitos de omisión propia, **por regla general** pueden considerarse relacionados con la misión constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública .

Es conveniente precisar que la característica fundamental de los delitos impropios de omisión, es que estos guardan una “identidad estructural y axiológica” con los delitos de comisión. Característica que no tienen los delitos de omisión propia, en los cuales el simple incumplimiento de un deber funcional basta para la configuración del ilícito. Si bien en algunos casos, en la omisión propia se pretende evitar la producción de un resultado y éste puede producirse por la ausencia de la acción esperada, el resultado no le es imputable al sujeto. En cambio, en la omisión impropia, los deberes que surgen de la posición de garante implican que está dentro de su ámbito de competencia la evitación del resultado típico. Ejemplo: la omisión de socorro puede generar la producción de un daño en la persona que necesita ayuda, sin embargo, como el resultado lesivo no pertenece a la estructura del tipo, y no

estaba dentro del ámbito de competencia del sujeto evitarlo, su realización no le es imputable al omitente⁶⁴.

Con base en lo anterior podemos concluir que no están amparadas por el fuero penal militar, aquellas omisiones que guardan una identidad estructural con una conducta activa que viole en forma grave un derecho fundamental, porque en estos casos el resultado producido le es imputable al garante. Si bien hay algunas omisiones propias de garante (vg, omisiones de socorro cualificadas que sólo pueden ser ejecutadas por miembros de la fuerza pública), en estas el resultado lesivo que puede sobrevenir como consecuencia de la falta de realización de la acción esperada, no le son atribuibles al omitente.

iii) Verificada la posición de garante, el título de imputación corresponde a la violación grave de los derechos humanos, sin que ésta se modifique por la forma de intervención en el hecho punible (autoría o participación), el grado de realización de la conducta (tentativa o consumación) o la imputación subjetiva (dolo o imprudencia), pues en todos estos casos se toma parte en un mismo hecho.

iv) Las conductas omisivas tendientes a ocultar la comisión del delito ejecutado por otro y que no le es imputable al miembro de la fuerza pública, realizadas después de consumada la grave violación a los derechos humanos, son formas de encubrimiento que no están vinculadas directamente con la función constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública. Vg. facilitar la fuga de los grupos al margen de la ley, después de un ataque a la población civil, no desplegando ninguna actividad tendiente a la aprehensión de los responsables. En general, esto mismo puede afirmarse de los delitos conexos (por acción u omisión) tendientes a facilitar u ocultar la violación grave de derechos humanos.

Las sentencias revisadas.

21. Como se indicó al plantear el problema jurídico, los jueces de tutela afirman que no les compete adentrarse en el análisis probatorio, so pena de invadir otras esferas de competencia. De la sentencia mencionada en fundamento 11 se desprende que no es suficiente considerar el material

⁶⁴ Cfr. Jesús-Maria Silva Sánchez. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Librería Bosch. 1986. Págs 339 y ss. Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho Penal. Parte General*. Temis. Bogotá. 1995. Pag. 399. José Joaquín Urbano Martínez. *Los delitos omisivos en el Nuevo Código Penal*. XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2001. Pag. 449. Según Edgar Lombana Trujillo, son delitos de omisión propia en el nuevo Código de Justicia Penal Militar, los siguientes "...omisión en el abastecimiento, art. 134; cobardía por omisión, art. 138; omisión en naufragio, catástrofe o siniestro, art. 164; omisión de auxilio, art. 167; omisión de inutilizar buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública, art. 168 y omisión de apoyo especial, art. 186. *Delitos de omisión*. Ob. cit. Pag. 256

probatorio. También es necesario que se explique debidamente la valoración que de dicho material se hace.

Ello lleva a concluir, en armonía con la necesidad de que no exista duda alguna sobre la relación entre el servicio y el acto investigado para asignar competencia a una jurisdicción especial, en este caso la justicia penal militar, que el juez de tutela no sólo tenía la potestad, sino también la obligación –máxime cuando tiene que existir absoluta certeza sobre la relación entre el hecho punible y el servicio-, de estudiar la valoración probatoria.

En este orden de ideas se observa que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia acogió una interpretación restrictiva sobre la competencia del juez de tutela para evaluar el material probatorio cuando se discute la violación del juez natural. De ahí que la decisión de tutela se circunscribió al análisis probatorio realizado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, sin que se hubiera evaluado el acervo probatorio para determinar si dicho análisis conducía a la decisión adoptada.

Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez. Fuero integral.

22. El artículo 235 de la Constitución señala que la Corte Suprema de Justicia es competente para juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los generales de la República. Como quiera que uno de los imputados ostentaba, para la época de ocurrencia de los hechos en Mapiripán, el rango de Brigadier General, resulta necesario establecer si la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para juzgarle, pues de ser así, no existe conflicto de competencias entre la unidad de derechos humanos de la Fiscalía General de la Nación y la justicia penal militar, en virtud del fuero integral, resultando manifiesta la vía de hecho de la sentencia demandada.

El párrafo del artículo 235 de la Constitución dispone que:

“PARAGRAFO. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.”

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no existe fuero integral respecto de personas que han cesado en los cargos con fuero, cuando las conductas respecto de las cuales se les investiga no guardan relación alguna con las funciones propias del cargo. Así, por ejemplo, ha considerado que disponer del destino de auxilios parlamentarios, una vez había entrado en vigencia la Constitución de

1991, no constituye una conducta relacionada con las funciones legislativas⁶⁵.

Con base en el art. 235 de la Carta, la Corte infiere los siguientes aspectos:

1) Mientras los Generales de la República (cualquiera que sea su rango) se encuentran en ejercicio del cargo, tienen **fuero integral** y deben ser juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, independientemente de que el delito cometido tenga relación con el servicio o que hubiere sido realizado con anterioridad a la calidad que ostentan⁶⁶. 2) Si el delito tiene relación con el servicio, la competencia siempre es de la Corte, aún después de cesar en el cargo, y no puede ser investigado o juzgado por la Justicia Penal Militar. Es una excepción a la regla general de que todo delito cometido por un miembro de la Fuerza Pública y en relación con el mismo servicio, es de competencia de la Justicia Penal Militar. 3) Cuando el delito que se imputa –trátase de una conducta activa o de una comisión por omisión - es un delito de lesa humanidad o en general constituye una grave violación a los derechos humanos, una vez se desvincule de la categoría de General en servicio activo, le corresponde al Fiscal General o a la Corte, determinar si ese acto que es completamente ajeno al servicio, “...tenía relación con las funciones desempeñadas...” (art. 235, parágrafo C.P.)

Es manifiesto el error del Consejo Superior de la Judicatura en lo que respecta al juez natural del general Uscátegui, por lo siguiente; i) si al momento de resolver el conflicto ostentaba la calidad de general en servicio activo, gozaba de fuero integral y por ende no interesaba determinar si la conducta realizada tenía relación con el servicio. ii) Si estaba retirado, también había debido atribuirse la competencia al Fiscal General y a la Corte, pues si según el Consejo Superior de la Judicatura se trataba de un acto relacionado con el servicio, no perdía el fuero con el retiro del cargo, pues según el parágrafo del artículo 235 de la Carta, el fuero “-se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

Desde luego, la Corte Constitucional considera que la omisión imputable es de competencia de la justicia ordinaria, porque cuando se tiene posición de garante, las omisiones que permitan, faciliten u ocasionen (sea a título de autoría o complicidad, delito tentado o consumado, doloso o culposo) la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, son comportamientos que no tiene relación con el servicio. Este elemento debe ser valorado al determinar la aplicación del parágrafo del art. 235 de la Carta.

⁶⁵ Sentencia del 19 de mayo de 1995. Proceso 9559.

⁶⁶ Cfr. Corte Constitucional. C-361/01. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

En conclusión, bajo ningún supuesto la omisión investigada era de competencia de la justicia penal militar. No estaba amparada por el fuero.

Caso concreto del Brigadier General Uscátegui y del Teniente Coronel Orozco. Delitos de lesa humanidad e incompetencia de la justicia penal militar.

23. Los hechos conocidos como la masacre de Mapiripán constituyen uno de los momentos más tristes de la historia colombiana. La situación de terror a la cual fue sometida la población de Mapiripán, los actos atroces de tortura general e individual, degradación de la condición humana y homicidios son conocidos por la opinión pública. En los antecedentes de esta sentencia se ha transcrito un aparte de una resolución judicial que da cuenta, en forma sintética –mas no por ello carente de suficiente capacidad descriptiva-, de las conductas realizadas en dicha zona del país, calificadas como actos totalmente ajenos a cualquier sentimiento mínimo de humanidad⁶⁷.

Los relatos denotan la inusitada gravedad de los hechos, degradadores de manera absoluta del principio de dignidad humana y abiertamente contrario a la Constitución, además de su clarísima nota violatoria de los derechos constitucionales fundamentales de los asociados. Estas conductas, conforme a la jurisprudencia antes analizada, únicamente pueden ser objeto de investigación por parte de la jurisdicción ordinaria⁶⁸, por cuanto no guardan relación alguna con la misión propia de los integrantes de las fuerzas militares. En efecto, si los dos miembros de la Fuerza Pública tenían una posición de garante, que los obligaba a proteger la población, al imputárseles por omisión (comisión por omisión) las graves violaciones a los derechos humanos, es claro que se trata de un comportamiento que no tiene relación con el servicio

Las anteriores consideraciones deberían bastar para que se hubiera dispuesto que la Fiscalía General de la Nación debía mantener la competencia para investigar la responsabilidad del Brigadier General Uscátegui y del Teniente Coronel Orozco. Sin embargo, estos oficiales no participaron directamente en tales actos de barbarie, sino que fueron vinculados al proceso penal por supuestas conductas omisivas.

Sobre la conducta de los militares involucrados en la investigación que adelantaba la Fiscalía General de la Nación, dicha autoridad concluyó:

“... la intervención de los miembros de la Fuerza Pública en los hechos que se investigan, no fue una simple omisión en el ejercicio

⁶⁷ Sentencia C-578 de 1995.

⁶⁸ Sentencias C-358 de 1997, C-368 de 2000.

de sus funciones o un caso de incumplimiento de sus deberes, sino una verdadera coparticipación a través de omisiones y hechos que contribuyeron eficazmente a la ejecución de la serie de hechos criminales realizados por los paramilitares en Mapiripán, con lo cual se puede afirmar bajo el actual acervo probatorio que intervinieron en la acción punible como verdaderos coautores impropios, esto es, con una distribución de faenas necesarias para consecución de un fin delictual común”

(...)

*“... es claro que el fundamento de **la imputación no radica en la omisión de deberes funcionales**, pues en tales circunstancias se procedería a título de prevaricato omisivo, sin ninguna trascendencia a la serie de secuestros y homicidios. La imputación se apoya en el hecho de que las omisiones y las manifestaciones positivas de voluntad a que hubo lugar no tuvieron por norte la simple omisión de un deber sino la producción de resultados antijurídicos referidos a la privación de la libertad y posterior asesinato de las víctimas”⁶⁹. (Negrillas en el original)*

24. En el plano de la solución de un conflicto de competencias como el que se sometió a consideración de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la autoridad judicial no es competente para determinar la responsabilidad del procesado. Su competencia se restringe a verificar que, conforme a las pruebas existentes en el proceso, se demuestre la relación directa entre la conducta del procesado y el servicio, para determinar si está amparado por el fuero penal militar. Dicha restricción opera para el juez de tutela, quien no puede fungir como juez penal *ad-hoc*, debiendo, por lo tanto, ser en extremo cuidadoso en no adentrarse en asuntos propios del juez ordinario.

Con todo, en ciertas ocasiones resulta indispensable valorar aspectos propios de la responsabilidad penal como **el título de imputación**, a efectos de establecer ciertos elementos necesarios para determinar la autoridad competente. Este análisis, cabe señalar, supone revisar si fuera necesario y bajo los criterios indicados en esta sentencia, el material probatorio disponible.

25. Como quiera que los procesados fueron vinculados por conductas omisivas, no basta determinar si los hechos constituyen violaciones graves a los derechos humanos, sino que es menester, para efectos de definir el juez competente, establecer si ostentaban la calidad de garantes. Tal como se indicó antes, de poseer dicha calidad se les imputa el hecho, en este caso, de grave violación a los derechos humanos. En dicho

⁶⁹ Fiscalía General de la Nación, providencia del 21 de julio de 1999. Folio 116 Cuaderno I.

análisis, tanto al juez de tutela como a quien le corresponde dirimir el conflicto, no pueden adentrarse en la responsabilidad penal. Simplemente ha de establecer que no existe duda alguna sobre la relación directa y clara entre el servicio y la conducta realizada. De ahí que, en lo que a la posición de garante respecta, no tenga que entrar a definir en forma definitiva que se ostenta dicha calidad, sino que resulta suficiente que existan indicios sobre este punto.

En la sentencia demandada se indica que el Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez “se despeñaba como Comandante de la Séptima Brigada de la Cuarta División del Ejército; que como tal ejercía su jurisdicción sobre el municipio de Mapiripán”⁷⁰ y que Hernán Orozco Castro, “estando en el rango de Mayor, estuvo encargado de la Comandancia del Batallón Joaquín París, en reemplazo temporal del Teniente Coronel Carlos Eduardo Avila Beltrán, por lo tanto con facultades para actuar, y como tal responsable del orden público en esta zona del país”, en la época de ocurrencia de los hechos en cuestión. Así mismo, en la misma providencia se da cuenta de que los procesados tenían a su disposición “los helicópteros, caminos, automóviles, armamento y todo el personal de oficiales y suboficiales que hacía parte de las guarniciones...”.

No puede pasar desapercibido que la Fiscalía General de la Nación, en el auto mediante el cual decidió sobre la solicitud de remisión de las diligencias penales al Comandante del Ejército Nacional y suscitó el conflicto de competencias que se resolvió mediante la decisión demandada, hizo alusión directa a la competencia que el Brigadier General Uscátegui y el Teniente Coronel Orozco tenían sobre el municipio de Mapiripán, así como la disponibilidad de tropa y demás elementos necesarios para enfrentar la situación ocurrida en dicho lugar. Así mismo, que en diligencia rendida por el Teniente Coronel Orozco ante la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, este manifestó que tenía jurisdicción sobre Mapiripán y competencia funcional para disponer de las tropas.⁷¹

No le corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura establecer definitivamente la existencia de tales elementos; ello es de competencia exclusiva de las autoridades encargadas de la investigación y sanción de los hechos punibles. Las indicaciones de la fiscalía, que sirvieron de base para su pronunciamiento, constituyen indicio grave sobre la competencia de los acusados y de la existencia de medios para enfrentar la violación grave a

⁷⁰ Transcripción en la sentencia demandada de la resolución de la situación jurídica del Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, dictada por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación.

⁷¹ Folio 320 del segundo cuaderno anexo al expediente de tutela.

los derechos humanos y los derechos fundamentales de los pobladores de Mapiripán. Es decir, existían pruebas indiciarias sobre los elementos materiales, funcionales y territoriales que definían la condición de garantes de los derechos de los residentes de Mapiripán del Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui y del Teniente Coronel Hernán Orozco Castro.

26. Tal como se indicó antes, la Corte puede tomar en consideración elementos de juicio obtenidos con posterioridad a la decisión, si con ello se logra mayor precisión sobre el punto objeto de análisis. De acuerdo con la información allegada al proceso, durante la audiencia pública que se realizó en consejo de guerra, se analizó la competencia del Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui en la zona de Mapiripán durante las fechas en que ocurrieron los hechos.

En dicha audiencia el General Jorge Enrique Mora Rangel precisó que para la época de los hechos, la séptima brigada, de la cual era comandante el Brigadier General Uscátegui, tenía jurisdicción sobre el departamento del Meta, salvo un territorio que no incluía el municipio de Mapiripán, para lo cual adjuntó los actos administrativos respectivos. A igual conclusión llegó el Mayor General Agustín Ardila Uribe, quien fuera comandante de la cuarta división del ejército nacional durante dicha época, a la cual esta adscrita la séptima brigada.

Este último indicó que a partir del mes de abril de 1997 el batallón Joaquín París quedó bajo el mando operacional de la brigada séptima y que las operaciones de la Brigada Móvil N°2 –que supuso un pérdida de mando operacional de la séptima brigada sobre el batallón- cesaron en diciembre de 1996. El Teniente Coronel Lino Hernando Sánchez Prado coincidió con el Mayor General indicado en el sentido de que durante 1997 el batallón Joaquín París no estuvo bajo el mando operativo de la Brigada Móvil N° 2. Al igual que el mayor general, indicó que durante 1997 dicha brigada móvil estuvo realizando diversas operaciones en San Vicente del Caguán y en la zona del Yará. El coronel Néstor Rodríguez Portela, quien fuera comandante encargado de la Brigada Móvil N°2 durante el mes de julio de 1997, señaló que al salir su brigada en el mes de diciembre de 1996 para San Vicente de Caguán, el mando operativo del Batallón Joaquín París fue reasumido por la Séptima Brigada. Para la época en que ocurrieron los hechos objeto de investigación, aunque la unidad se encontraba en Miraflores, el empleo de las tropas del Batallón Joaquín París dependía de la Séptima Brigada.

Así las cosas, resulta claro para esta Corporación que el Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, en calidad de comandante de la Séptima Brigada, y el Teniente Coronel Hernán Orozco Castro, en calidad de comandante del Batallón Joaquín París, tenían competencia territorial sobre Mapiripán, competencia funcional sobre la tropa y

medios para enfrentar la grave violación de los derechos fundamentales de los residentes de dicho municipio. Es decir, ostentaban la condición de garantes.

27. El anterior análisis es corroborado por la justicia penal militar. Mediante sentencia del 12 de febrero de 2001, el Juzgado Especial de Primera Instancia –Juez penal militar- resolvió declarar responsable al Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez del delito de prevaricato por omisión, condenándolo a la pena principal de cuarenta meses de prisión y a multa de sesenta salarios mínimos mensuales, interdicción de derechos y separación de las Fuerzas Militares. En la misma providencia, se declaró al Teniente Coronel Hernán Orozco Castro responsable por el mismo delito y se le condenó a la pena principal de treinta y ocho meses de prisión y a multa de cincuenta y cinco salarios mínimos mensuales, interdicción de derechos y separación de las Fuerzas Militares.

La probable responsabilidad penal del Brigadier General Uscátegui (quien está amparado por la presunción de inocencia) **se derivó del incumplimiento de sus deberes relacionados con la posición de garante que ostentaba.** En concepto del Juez Especial de Primera Instancia (juez penal militar), el procesado tenía el deber jurídico de enfrentar una fuente de riesgo y adoptar las medidas necesarias para enfrentarlo. En su concepto, “asumió un riesgo jurídicamente desaprobado, excedió los límites del riesgo permitido y el resultado, o sea, la ausencia de presencia militar en Mapiripán, antes del día 21 de julio, entre otros servidores públicos, es atribuible al General JAIME HUMBERTO USCATEGUI RAMÍREZ, como Comandante de la Séptima Brigada que tenía jurisdicción militar sobre el municipio.” Respecto del Teniente Coronel Orozco se derivó de consideraciones similares a las tenidas en cuenta frente a la conducta del Brigadier General Uscátegui. El juez penal militar consideró que “él como Comandante del Batallón “Joaquín París” debió orientar su conducta de diversa manera, y es que... si tienen [los subalternos] la obligación finalística de que la Institución a la que pertenecen, cumpla la misión constitucionalmente asignada, es decir, realice la función de garante establecida en la norma superior y eso es lo que le reclama la sociedad.”

La Corte no cuestiona el juicio de responsabilidad y el análisis del material probatorio que realiza el Juez Penal Militar. Empero, no comparte las consecuencias que deriva de dicho análisis. En efecto, habiéndose establecido que los procesados estaban en posición de garantes de los derechos fundamentales de los residentes de Mapiripán, y habida consideración de que en dicha localidad había ocurrido una grave violación a tales derechos, no podía derivarse vínculo alguno entre las omisiones y el servicio.

El análisis de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

28. El Consejo Superior de la Judicatura –Sala Disciplinaria- llegó a la conclusión de que las conductas realizadas por el Brigadier General Uscátegui y el Teniente Coronel Orozco, guardaban estrecha relación con el servicio, razón por la cual debía asignarse competencia a la justicia penal militar.

Ya se ha analizado cómo, respecto del Brigadier General Uscátegui dicha competencia no podía ser asignada, por cuanto si estaba activo, correspondía el juzgamiento a la Corte Suprema de Justicia y, si estaba retirado, dependía de la naturaleza del acto. Acto que en criterio de la Corte Constitucional estaba por fuera del servicio.

Cuando se tiene una posición de garante no se desprende una relación directa con el servicio, porque se imputa directamente el resultado lesivo (el delito de lesa humanidad) y no una simple omisión en el ejercicio del cargo.

Como se ha destacado antes, en Mapiripán se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana, por parte de un grupo que disputa el monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado. Es decir, se violaron los principios fundamentales del orden constitucional, cuya preservación estaba encargada a los investigados. Su posición de garante les exigía intervenir para evitar la ocurrencia de los hechos degradadores de la humanidad y perseguir a los usurpadores del poder estatal. Debido a las gravísimas consecuencias derivadas de su omisión, no puede considerarse que exista relación alguna con el servicio.

El precedente de la Corte Constitucional en materia de competencia de la justicia penal militar es rigurosa en señalar que únicamente si no existe duda sobre la relación entre el servicio y el acto investigado, es posible asignar competencia a la justicia penal militar. En el presente caso, no es posible sostener que no existe duda. Por el contrario, la calidad de garante impide catalogar la omisión como un acto relacionado con el servicio.

También se ha indicado que conductas especialmente graves, como los delitos de lesa humanidad, no pueden ser juzgadas por los jueces penales militares. En el caso de estudio, las omisiones en las que incurrieron los sindicatos permitieron la realización de hechos degradantes del sentimiento de humanidad. De ahí que, por razones objetivas, no sea posible asignar competencia a la justicia penal militar.

Por lo expuesto, resulta evidente que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura incurrió en vía de hecho al desconocer el precedente de la Corte en materia de competencia de la justicia penal

militar, así como al desconocer expresas reglas constitucionales sobre la competencia para juzgar a los Generales de la República. Este desconocimiento implica la violación del derecho al juez natural. Por lo tanto, se decretará la nulidad de la providencia, para que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resuelva el conflicto con base en lo expuesto en esta decisión. La Corte advierte que la decisión que se adopte al respecto implica que los delitos conexos cometidos para ocultar o facilitar la violación a los derechos humanos, deberán ser investigados junto a los principales. Es decir, también por la justicia ordinaria.

III. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- CONCEDER, por desconocimiento del juez natural, la tutela del derecho fundamental al debido proceso. En consecuencia, se **REVOCAN** las sentencias dictadas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de octubre de 1999 y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 9 de diciembre de 1999.

Segundo.- **DECLARAR** la nulidad de la providencia del 18 de agosto de 1999, mediante la cual la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió el conflicto de competencias entre el Comandante del Ejército Nacional y la Fiscalía General de la Nación, en lo que al Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez y al Teniente Coronel Hernán Orozco Castro respecta.

Tercero.- ORDENAR al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria que dentro de los diez días siguientes a la notificación de la presente sentencia, se resuelva el conflicto de competencias que plantea este caso, conforme a los criterios expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- NOTIFICAR de la presente sentencia al señor Defensor del Pueblo.

Quinto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General