

Bogotá, 27 de julio de 2022.

Honorables Magistrados

CONSEJO DE ESTADO

Bogotá.

ASUNTO: Acción de Tutela contra Providencia Judicial

ACCIONANTES: MARIO ALFONSO NAVAS MARTINEZ

ACCIONADO: Sala Plena de la Corte Constitucional

Honorables Magistrados,

SANDRA ROCIO HERNANDEZ CRUZ, identificada con CC No 52.426.010 y TP 116380 del CSJ, en mi calidad de apoderada judicial del señor MARIO ALFONSO NAVAS MARTINEZ, me permito presentar ACCION DE TUTELA en contra de la Sala Plena de la CORTE CONSTITUCIONAL con ocasión de la expedición del Auto 115 de 2022 de fecha 3 de febrero de 2022, por medio del cual:

- I) Se dirimió el conflicto positivo de jurisdicción entre el Juzgado 77 Penal Militar y la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia, en el sentido de DECLARAR que la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia es la autoridad competente para conocer de la investigación adelantada por la muerte en desarrollo de operaciones militares del señor Ariolfo Sánchez Ruiz.
- II) Se ordenó remitir el expediente CJU-764, a la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia para que proceda con lo de su competencia y comunique la presente decisión a los interesados.

En virtud de la anterior decisión se considera que se vulneran los siguientes derechos fundamentales de mi representado:

Derecho al debido proceso, Juez natural y derecho de defensa

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)”

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Esto en concordancia con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de DDHH, Garantías Judiciales y Protección Judicial.

Derecho a la igualdad

*“ARTICULO 13. **Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades** sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” (Resaltado fuera de texto).

Esto en concordancia con el artículo 24 la Convención Americana de DDHH, igualdad ante la ley.

Derecho a acceder a la administración de justicia

“ARTICULO 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Los anteriores artículos en relación con las obligaciones del Estado de respeto y Garantía de los derechos consagrados en la Convención americana de DDHH.

I. SITUACIÓN FÁCTICA

1. El día 20 de mayo de 2020, en la vereda los Trozos, Sector Tacamocho, del municipio de Anorí, Departamento de Antioquia se desarrolló la operación militar MACANA, Operación planeada y ejecutada bajo los preceptos del Derecho Internacional Humanitario (DIH), la Constitución Política de 1991, el artículo III Común a los IV Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional II, La sentencia C-225 de 1995, la operación se desarrolló y ejecutó contra un objetivo militar lícito, acorde a lo señalado en el DIH consuetudinario. Sobre este hecho es necesario precisar que los documentos operacionales hacen parte de la carpeta de la fiscalía general de la Nación -FGN- y del Proceso que adelantó la Justicia Penal Militar.
2. Para realizar un acercamiento al derecho operacional cuyo contenido fundamentó la operación Macana, es preciso indicar que por operación militar se entiende una serie de movimientos, maniobras y acciones militares dirigidas a conseguir un fin estratégico —el cumplimiento de la misión Constitucional—, que implican la realización de tareas logísticas, como el equipamiento de tropas y abastecimientos, y tácticas propiamente dichas, como la neutralización del objetivo militar de interés nacional, caso particular.
3. De manera específica, mi poderdante MARIO ALFONSO NAVAS MARTINEZ, fungía como oficial de inteligencia del Regimiento de Fuerzas Especiales No 1, y suscribió el anexo de inteligencia de la operación MACANA, adelantada contra el objetivo militar Ricardo Abel Ayala Orrego (Alias Cabuyo o el Mono), cabecilla principal del GAO-r E36 (grupo armado organizado residual estructura 36).
4. La operación Especial, Conjunta e Interagencial fue adelantada en el sector de Tacamocho, Vereda los Trozos, municipio de Anorí, Departamento de Antioquia, y fue ejecutada por el Batallón de Comandos No. 1 "Ambrosio Almeida" y se dirigía contra el objetivo militar de Interés Nacional, Ricardo Abel Ayala) Orrego (alias "cabuyo o el mono"), cabecilla principal, GAO-r E-36, con el propósito de afectar los subsistemas de mando, dirección y estructura armada de ese Grupo Armado Organizado, por medio de tiradores de alta precisión (en adelante TAP)

5. La Operación Militar fue realizada por integrantes del Ejército Nacional, quienes en cumplimiento no solo de la orden de operaciones, sino del preámbulo y los artículos 2º y 217 Constitución Política de 1991, se desplazaron hasta el lugar en el cual se había determinado la presencia del Objetivo Militar, el cual posee función continua de combate a la luz del DIH¹, toda vez que en aplicación del principio de distinción, este ciudadano participa de manera continua en las hostilidades como comandante del GAO-r E-36.
6. Una vez se hicieron presencia en el lugar de la operación el equipo de Tiradores de Alta Precisión TAP² (con 4 integrantes), se procedió al uso de los medios y métodos de acuerdo a la orden de operaciones, en un primer momento todo indicaba que el objetivo había sido neutralizado y que este correspondía a Abel Ayala, alias Cabuyo o el Mono, comandante GAO-r E-36, sin embargo al realizar las actividades de verificación se pudo establecer que había resultado muerto el señor Ariolfo Sánchez Ruiz y no Ricardo Abel Ayala Orrego.
7. En sede Penal Militar (Rad. I.P. 340) de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política, se abrió indagación preliminar en proveído del 13 de julio de 2020, proceso al que no fue vinculado mi poderdante el señor MARIO ALFONSO NAVAS MARTINEZ.
8. Dada la judicialización que adelantaba la Fiscalía 75 Especializada DECOC sobre el GAO – r E 36, los actos urgentes resultado de la operación fueron entregados a la misma, quien remitió lo pertinente a la muerte del señor Ariolfo Sánchez Ruiz a la unidad de vida de Antioquia, correspondiendo el proceso a la fiscalía 147 de vida.

¹ EL CONCEPTO DE PERSONA CIVIL EN UN CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

A los efectos del principio de distinción en un conflicto armado no internacional, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados de una parte en conflicto son personas civiles y, por consiguiente, tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. En un conflicto armado no internacional, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal en conflicto y están integrados solo por personas cuya función continua es participar directamente en las hostilidades ("función continua de combate"). (https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf)

² Medio y método permitido por el DIH, dado que cumple los principios del mismo.

9. La Fiscalía 147 de vida solicito la expedición de orden de captura contra mi prohijado como coautor de Homicidio en persona protegida, la misma fue expedida por el juzgado promiscuo municipal de concordia Antioquia, el 29 de septiembre de 2020.
10. El 20 de octubre de 2020, por solicitud realizada por la defensa se realizó audiencia de cancelación de ordenes de captura, dado que la emisión de la misma no tenía ningún fundamento, en dicha fecha el Juzgado Promiscuo de Concordia Antioquia cancelo la orden de captura emitida en contra de mi prohijado, en dicha audiencia se indico la existencia de dos investigaciones en dos jurisdicciones sobre los mismos hechos.
11. Encontrándose aperturada la investigación en ambas jurisdicciones, tanto la justicia penal militar como la ordinaria se predicaron competentes para continuar con el esclarecimiento de los hechos, dando lugar al conflicto POSITIVO DE COMPETENCIAS, radicado ante la Corte Constitucional, Corporación que el veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiuno (2021), de acuerdo con el sorteo realizado en sesión virtual de la Sala Plena otorgó la ponencia del asunto a la Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER, bajo el radicado CJU-0000764.
12. Mediante escrito del 16 de marzo de 2022 los defensores del personal militar indagado en la Jurisdicción penal ordinaria procedieron a presentar ante la Corte Constitucional, memorial donde se ponen a su consideración, los argumentos con los que se solicita que al momento de resolver el conflicto jurisdiccional de la referencia, se realice a favor de la jurisdicción penal militar, en cabeza del Juzgado 77 de Instrucción Penal Militar, con sede en la ciudad de Bogotá, en consideración a que: i) los hechos investigados se desarrollaron por miembros de la fuerza pública, ii) se presentaron en el cumplimiento de una orden legal de operaciones expedida en desarrollo del servicio que tiene origen constitucional; iii) las actividades fueron desarrolladas por personal activo de la fuerza pública y tienen relación directa con el servicio.
13. La decisión proferida por la Corte Constitucional dentro del Expediente CJU-764, producto del conflicto positivo de competencia entre el JUZGADO 77 DE

INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR y LA FISCALÍA 147 DE LA UNIDAD DE VIDA, fue sustanciada por la Magistrada ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER con fecha del tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022) en la que resuelve: *“PRIMERO. DIRIMIR el conflicto positivo de jurisdicción entre el Juzgado 77 Penal Militar y la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia, en el sentido de DECLARAR que la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia es la autoridad competente para conocer de la investigación adelantada por el homicidio del señor Ariolfo Sánchez Ruiz”.*

14. Por medio de memorial calendado el 29 de marzo de 2022, se dirigió a la Corte Constitucional - Secretaría General - Conflictos de Jurisdicción, una solicitud de traslado de las copias íntegras del expediente que tuvo en consideración la Corporación para tomar la decisión asumida mediante auto No 115 del tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022).
15. Como respuesta al requerimiento anteriormente mencionado, el día cuatro (4) de abril de dos mil veintidós (2022), se recibe en el buzón electrónico el link que contiene la totalidad de las piezas procesales que conforman el expediente estudiado por la Corporación para tomar la decisión plurimencionada.
16. El expediente remitido, consta de un documento nombrado ANEXO 1 de 23 folios, allí reposa escrito suscrito por la doctora FLOR IBETH CUESTA CHAMAT fiscal 147 seccional de la Unidad de vida de Antioquia, donde se evidencian los argumentos por los cuales la delegada refiere ser competente para conocer la investigación penal, resaltando que en su exposición, se refiere a algunos Elementos Materiales Probatorios que al decir de la misma reposan en la carpeta pero que no fueron aportados al trámite de colisión.
17. En el mismo sentido, reposa en el expediente digital, el oficio No. 001426 del 16 de octubre de 2020 por medio del cual el MY. ERICK GUERRERO MENDEZ, Juez 77 de Instrucción Penal Militar, remitió memorial que contiene los argumentos por los cuales se considera competente para continuar la investigación penal iniciada previamente por esta autoridad, pero tampoco fue llevado ni solicitado por la Corte Constitucional el expediente obrante en la JPM.

18. Con lo anterior es claro que lo analizado por la Corte Constitucional fueron solo escritos argumentativos y que dicho trámite se adoleció de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida por parte de la policía judicial en el escenario de la justicia penal ordinaria, como tampoco se evidencia ningún medio de prueba allegado a la indagación previa iniciada en la justicia penal militar, esta situación da origen a esta acción de amparo.
19. En los documentos que conforman el expediente digital que sirvió de soporte para la decisión, no se observa requerimiento alguno por parte de la Corte Constitucional dirigido al JUZGADO 77 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR ni a la FISCALÍA 147 DE LA UNIDAD DE VIDA para que allegaran las copias que reposaban en sus despachos, como insumo necesario para el conocimiento exhaustivo del caso. Así lo dispuso la Corte Constitucional en el [Auto 345 de 2018](#) M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
20. De lo anterior se evidencia que la Corte Constitucional al momento de desatar la resolución del conflicto de jurisdicciones planteado por el JUZGADO 77 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR y LA FISCALÍA 147 DE LA UNIDAD DE VIDA, únicamente tuvo en cuenta los memoriales presentados por la jurisdicciones ordinaria y la penal militar, sin realizar análisis de los documentos antes enunciados (documentos operacionales) y que acreditan la relación funcional como requisito exigido para mantener el conocimiento en la Justicia penal militar.
21. Esta omisión constituye una vulneración al debido proceso, en razón a que se adoptó una decisión judicial, sin la valoración del material probatorio existente en las investigaciones adelantadas ante la jurisdicción penal ordinaria y ante la jurisdicción penal militar, escenario frente al cual implicaría que toda colisión en la que intervenga la JPO se le va asignar el conocimiento del asunto.
22. Resulta pertinente advertir que las decisiones judiciales deben gozar de suficiencia en su motivación, ya que ante el escenario de carencia argumentativa, deja a los ciudadanos en el plano de la incertidumbre,

imposibilitando el acceso a medios distintos que propendan la protección de sus derechos.

23. En el caso concreto, se observa que el Auto 115/22 como decisión sobre el conflicto de jurisdicciones entre el Juzgado 77 de Instrucción Penal Militar y la Fiscalía 147 de la Unidad de Vida de Antioquia, se dirimió con carencia de la motivación que debe ser individual, precisa y directa en relación al caso particular, esto implica que respecto al problema jurídico que se planteó, se deba abordar un estudio acorde a los presupuestos personal y funcional del fuero militar, no obstante a lo largo de toda la argumentación del auto parece asimilar el hecho a una “ejecución extrajudicial”.
24. Adicionalmente en el breve análisis que se realiza en relación al presupuesto funcional del fuero constitucional, la decisión adolece de una motivación adecuada a la clase de operación que se realizó, la decisión desconoce flagrantemente los principios y la normatividad del DIH, incorporados en el bloque de constitucionalidad, razón que deriva en tratar de asimilar la situación a una ejecución extrajudicial, vulnerando además la presunción de inocencia de mi prohijado.
25. Las anteriores falencias, al parecer son atribuibles al hecho de que la Corte Constitucional, al momento de tomar la decisión carecía de los Elementos materiales probatorios, información legalmente obtenida y evidencia física (EMP, ILO, EF) y medios de prueba, según el régimen procesal por el cual se obtuvieron; lo que no impide realiza una revisión amplia y propia de una decisión que afecta directamente el derecho constitucional al fuero penal en relación con los miembros de la fuerzas militares que se encuentran vinculados a la causa.
26. El Auto 115 del tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022) proferido por la Corte Constitucional, toma como cierto lo indicado por la delegatura de la Fiscalía en su escrito inicial, sin realizar ninguna contrastación probatoria, tampoco se realiza pronunciamiento alguno respecto de la procedencia la operación militar y su validez en el sistema jurídico colombiano (artículos 2 y 217 de la Constitución Política), especialmente desde el punto de vista

constitucional, por tratarse de un acto relacionado con el servicio (artículo 2° de la Ley 1407 de 2010).

27. Adicionalmente, no se realiza ninguna valoración respecto al concepto de duda en los conflictos de jurisdicción que se presenten entre la Jurisdicción Penal Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar, por el contrario, en la providencia tutelada se deja sentada un precedente en virtud del cual, la mera manifestación de la autoridad de la JPO que reclame la competencia de un asunto, constituye de manera inmediata una causa de duda para arrebatarse el conocimiento del asunto a la Justicia Penal Militar, situación que a todas luces atenta contra:

27.1. El derecho a la igualdad, por no garantizar a los miembros de la fuerza pública condiciones aplicación uniforme de las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales respecto a la investigación y juzgamiento de las conductas desplegadas por los miembros de la fuerza pública.

27.2. El debido proceso por desconocimiento del Juez natural de los miembros de la Fuerza Pública, derecho de defensa e indebida valoración probatoria.

27.3. Acceso a la administración de justicia, toda vez a que en el presente caso se desconocieron algunos componentes de este derecho tales como: a que las decisiones judiciales sean el resultado de una motivación que considere adecuadamente los argumentos de las partes y a que las decisiones judiciales se ajusten al ordenamiento jurídico.

28. Aunado a lo anterior y dado lo consignado por la Fiscal 147 de vida en su escrito, se valoran las declaraciones juramentadas rendidas por personas que luego fueron indiciadas, es decir que sin realizar ningún control de legalidad, la Corte Constitucional también soportó su decisión en elementos probatorios a todas luces violatorios de los ddhh de los involucrados en el proceso.

29. En consecuencia, se observa que en el presente caso se constituye defecto sustantivo (no se realizó una valoración de la operación militar ni de su legitimidad en contraste con la misión constitucional que tiene a su cargo las fuerzas militares), defecto fáctico (omisión de valoración probatoria), violación directa de la Constitución Política de 1991 (Artículos 13, 29 y 229 superiores). y valoración de elementos probatorios violatorios de los DDHH de las personas involucradas en el caso.

II. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Por tratarse de una acción constitucional contra providencia judicial, corresponde al accionante en este caso que nos ocupa, desarrollar los siguientes tópicos:

1) CAUSALES GENÉRICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

- 1.1. La cuestión que se discute resulta de evidente relevancia constitucional.
- 1.2. Se han agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial.
- 1.3. Se cumple el requisito de la inmediatez.
- 1.4. Trascendencia del Error Procesal en la Sentencia.
- 1.5. Identificación de los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados.
- 1.6. La Tutela no se dirige Contra una Sentencia de Tutela.

2) CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

- 2.1. Defecto sustantivo.
- 2.2. Defecto fáctico.
- 2.3. Violación directa de la constitución.

1) CAUSALES GENÉRICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

1.1. LA CUESTIÓN QUE SE DISCUTE RESULTA DE EVIDENTE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL.

Como quiera que la violación a los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al Juez natural, al derecho de defensa y al acceso a la administración de justicia se le suma la violación directa de los fines del Estado Social de Derecho, como son la justicia y la obligación de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo, con la expedición de la decisión que dirimió el conflicto de jurisdicción existente entre la Jurisdicción Penal Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar, sin realizar una valoración probatoria de los expedientes creados en cada una de las referidas jurisdicciones, ni determinar si realmente se presentaba duda en el caso concreto, ni analizar la legitimidad de la operación militar ejecutada en cumplimiento de un deber constitucional y en directa relación con el servicio, situaciones que quebrantaron los derechos fundamentales de mi representado a los que hizo referencia inicialmente.

De otro lado, se deja claro que la discusión que plantea la presente acción de amparo, no pretende convertir este recurso de naturaleza constitucional en una instancia adicional donde se presenten argumentos legales o sobre la particular forma de apreciación de la prueba que considere el accionante. Ello por cuanto dichas valoraciones están reservadas a la competencia de la Corte Constitucional, por lo que pretender en sede de acción de tutela, presentar refutación o contrargumento a la decisión judicial, sería propiciar un intento de vaciar de contenido las normas sobre jurisdicción y competencia que regulan la rama judicial del poder público, la cual se ampara en principios como autonomía e independencia judicial, fin de administración de justicia y cosa juzgada.

Sin embargo, la jurisprudencia Constitucional ha permitido la posibilidad de estudiar las decisiones judiciales a la luz de los derechos fundamentales contenidos en la Carta Política. Indudablemente la acción propuesta pretende el examen de una decisión judicial proferida por la Corte Constitucional en providencia que decide sobre conflicto positivo de competencia entre la Jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar, a la luz de derechos de primer orden en el Estado Constitucional, los cuales se traducen en los derechos a la igualdad, al debido

proceso, a la de defensa, al juez natural, al acceso a la administración de justicia, logrando con ello superar este primer requisito establecido por la jurisprudencia para acudir a este amparo constitucional.

Bajo este análisis, el caso en particular presenta un problema jurídico de resorte constitucional que se deriva en la presencia de un ERROR EXCEPCIONAL y PROTUBERANTE en la motivación de la decisión que asigna el conocimiento del proceso penal a la jurisdicción ordinaria, lo que evidencia un interés legítimo para acudir al estudio constitucional de la causa.

1.2. SE HAN AGOTADO TODOS LOS MEDIOS -ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS- DE DEFENSA JUDICIAL.

En el caso concreto, se deja constancia que no existen mecanismos ordinarios ni extraordinarios exigibles a las partes en el trámite de colisión de jurisdicciones. Sin perjuicio de lo anterior, se informa que mediante memorial del 16 de marzo de 2022 los defensores del personal militar indagado en la Jurisdicción penal ordinaria procedieron a presentar ante la Corte Constitucional, memorial donde se ponen a su consideración, los argumentos con los que se solicita que al momento de resolver el conflicto jurisdiccional de la referencia, se realice a favor de la jurisdicción penal militar, en cabeza del Juzgado 77 de Instrucción Penal Militar, con sede en la ciudad de Bogotá, en consideración a que: i) los hechos investigados se desarrollaron por miembros de la fuerza pública, ii) se presentaron en el cumplimiento de una orden legal de operaciones, que tiene relación directa con el servicios y es una función de rango constitucional; iii) las actividades fueron desarrolladas por personal activo de la fuerza pública y tienen relación directa con el servicio.

En consecuencia, en el presente caso, se agotaron todos los recursos tanto ordinarios como extraordinarios, aclarando que por la naturaleza de la decisión no permite ser impugnada, por lo que la presente acción de tutela se convierte en el único mecanismo de defensa judicial con el que se cuenta para lograr el amparo de los derechos fundamentales afectados, tales como el derecho al juez natural, debido proceso, derecho de defensa, derecho de acceso a la administración de justicia.

Con lo anterior se entiende suplido este requisito.

1.3. SE CUMPLE EL REQUISITO DE LA INMEDIATEZ

La Corte Constitucional ha establecido³ que el requisito de la inmediatez no es un requisito de caducidad y por tanto debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Por ello la Corte en relación a este concepto señala lo siguiente:

“Así, el requisito de la inmediatez deberá ser abordado desde la autonomía judicial con el fin de que cada juez evalúe si la solicitud fue presentada dentro de un plazo razonable y proporcional, toda vez que, “en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”⁴.

Así las cosas, para este específico caso, el día tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022) fue proferido el auto por medio del cual se dirime el conflicto positivo de jurisdicción, sin embargo, todavía no se ha superado ese término máximo de seis (6) meses que pacíficamente indica la jurisprudencia para interponer la acción constitucional.

1.4. TRASCENDENCIA DEL ERROR EN LA DECISIÓN JUDICIAL.

En la decisión tutelada proferida por la Corte Constitucional que objeto de tutela, las consideraciones que orbitan alrededor de la decisión de asignar la competencia a la Jurisdicción penal ordinaria por inferir que existe duda de que los hechos materia de investigación ocurrieran en ejercicio directo de una función constitucional o legal asignada, sin valorar los EMP e ILO que reposa en la indagación preliminar de la Fiscal, así como de los medios de prueba que hacen parte del sumario instruido por la justicia penal Militar. Es apenas lógico que ante la ausencia de estos medios de conocimiento, la decisión de la Corte sea en uno u otro sentido asumida únicamente

³ Sentencia T 246 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁴ Sentencia T 237 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

de acuerdo a las argumentaciones expuestas por los interesados en el análisis propuesto.

Adicionalmente no se realiza ninguna valoración respecto al concepto de duda en los conflictos de jurisdicción que se presenten entre la Jurisdicción Penal Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar, por el contrario, en la providencia tutelada se deja sentada un precedente en virtud del cual, la mera manifestación de la autoridad de la JPO que reclame la competencia de un asunto, faculta su designación.

Tampoco se tuvo en cuenta, la validez y procedencia de la operación militar, así como la observancia de los protocolos durante la ejecución de la misma.

1.5. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS QUE GENERARON LA VULNERACIÓN Y LOS DERECHOS VULNERADOS.

En el caso concreto, se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al Juez natural, a la defensa y al acceso a la administración e justicia.

La igualdad ante la ley, supone una garantía constitucional que impone a la autoridad judicial validar en cada caso, que se reúnen las condiciones fácticas, jurídicas y probatorias para aplicar una disposición, tal como es el caso de los actos relacionadas con el servicio de las fuerzas militares y la consecuente competencia de la Justicia Penal Militar para conocer del asunto.

El derecho al debido proceso no solo implica una ritualidad del procedimiento, sino el derecho efectivo a que se cumplan con los requisitos legales o supuestos de hecho de los cuales se deba desprender una consecuencia jurídica. Estima la defensa que esta situación se desconoció bajo el entendido de que se aplicó la cláusula general de competencia, desconociendo el fuero constitucional, sin ofrecer desde el plano de la argumentación, de la valoración y el análisis que debe contener toda providencia judicial, las razones probatorias que fundamentaron la decisión.

Así mismo, dentro del derecho al debido proceso contenido en el artículo 29 Constitucional, se contempla un sistema de garantías procesales que lo conforman, dentro de las cuales se encuentra el principio de juez natural. Ese subprincipio también resulta afectado de manera directa con el error que se predica de la decisión, puesto que este parte de la premisa de que “Nadie podrá ser juzgado sino

conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, **ante juez o tribunal competente** y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Cuando se establece como parte integrante del debido proceso, que un ciudadano sea juzgado ante un juez competente, tratándose de militares activos, se debe acudir al postulado constitucional del artículo 221, donde se indica que *“de las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”*, de tal suerte que cuando la Corte Constitucional incurre en ese defecto fáctico negativo, afecta de manera directa el derecho que tienen mis representados de ser juzgados de acuerdo a su fuero, por su juez natural.

Esta garantía va de la mano con el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1.) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1) las cuales indican que *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, o de cualquier otro carácter”*.

Básicamente para llegar a la conclusión de atribuir la competencia a la jurisdicción penal ordinaria, la Corte indicó que existe duda de que los hechos materia de investigación ocurrieran en ejercicio directo de una función constitucional o legal asignada; deducción que no encuentra respaldo en ningún medio de conocimiento examinado directamente por la Corporación, ante la inexistencia de piezas procesales que le permitieran discernir con suficiencia, si estos hechos ocurren en virtud de la extralimitación de funciones de quienes intervienen, desconociendo dolosamente la función de salvaguarda de las instituciones que les fue conferida a partir del artículo 217 de la Constitución Política o al contrario, se trató de una operación legítima, coordinada y permitida por la doctrina humanitaria, por lo que las posibles fallas o errores en la ejecución deba ser de conocimiento de la justicia penal militar, ya que las mismas no desconoce la orden legítima, legalmente expedida y que se realizó dentro del marco de las competencias precisas para neutralizar un objetivo.

Finalmente el derecho de defensa también se ve afectado, ya que la falta de motivación como defecto del que adolece la decisión, limita el ejercicio de la defensa, esto en razón a que aún no es claro el sustento probatorio, que llevó a la Corte Constitucional a encontrar que la operación militar se desarrolló con violaciones graves a los derechos humanos por lo que no encuentra presente el presupuesto funcional y según se indica en la conclusión *“impide apreciar una relación directa, próxima y evidente del delito investigado con el servicio militar”*.

En lo referente a la trascendencia del defecto, preciso resulta indicar que la misma alude a la comprobación de que esa anomalía denunciada efectivamente tuvo injerencia perjudicial y tajante en la decisión que la Corporación judicial asumió en el auto. En este orden de ideas, es patente la trascendencia en el caso que nos ocupa, toda vez que por la falta de motivación como defecto del que adolece la providencia, se afectó de manera directa la decisión final, ya que realiza de una manera simple y con fundamento en afirmaciones de la Fiscalía (uno de los interesados), un análisis que debe ser apoyado en medios de conocimiento, pudiendo prever que de haber procedido con un examen riguroso sobre este mismo punto derecho, no era posible llegar a la conclusión de desligar el factor funcional que legitima el fuero.

En relación con los aspectos integrantes del acceso a la administración de justicia se encuentran entre otros: el derecho a que las decisiones judiciales sean el resultado de una motivación que considere adecuadamente los argumentos de las partes y el derecho a que las decisiones judiciales se ajusten al ordenamiento jurídico (Corte constitucional sentencia T-799 de 2011 y C-213 de 2017).

En consecuencia, este análisis destaca la trascendencia de la irregularidad constitucional presente en la decisión judicial, ya que de haber realizado un análisis particular respecto a la operación militar, la doctrina operacional que la legitima, hubiere sido sustancialmente opuesta y de cara a materializar los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO en su vertiente de JUEZ NATURAL, DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA y el DERECHO DE DEFENSA.

Al respecto, señala la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-214/12 analizó el defecto de falta de motivación de una providencia judicial, indicando que *“La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un*

*ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, **a partir de los elementos de convicción aportados al proceso** y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.*

Como se explicó en los fundamentos de esta decisión, la motivación de los fallos judiciales es una faceta del derecho fundamental al debido proceso. La motivación cobija tanto los aspectos de interpretación de las disposiciones jurídicas, como los razonamientos utilizados para fijar los hechos materiales del caso. La justificación de las decisiones judiciales, como se explicó, es presupuesto para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, y una condición de legitimidad de la actividad judicial en un estado democrático.

Subrayas y negritas propias.

1.6. LA TUTELA NO SE DIRIGE CONTRA UNA SENTENCIA DE TUTELA.

La presente acción de tutela no va dirigida contra una sentencia de tutela sino en contra del auto calendado el de tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022) en el cual en la Corte Constitucional otorga la competencia a la Justicia ordinaria.

En consecuencia, se evidencia el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de tutela contra providencia judicial exigidos en las sentencias C-590 de 2005 y SU-027 de 2021.

2) CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

2.1. DEFECTO SUSTANTIVO:

La Corte Constitucional en Sentencia SU027 de 2021, señala que este defecto: “se configura en dos eventos independientes pero que, a la vez, pueden concurrir: el primero, el que se deriva de la interpretación que realiza la autoridad judicial de los preceptos legales y, el segundo, el alcance interpretativo que esta le confiere a una disposición contraria a las normas superiores”.

Adicionalmente, en el referido pronunciamiento se indica que:

De lo expuesto puede concluirse que en virtud del principio de autonomía judicial no puede aplicarse cualquier interpretación posible, pues la misma tiene restricciones, entre ellas, la realización de los derechos, principios y valores constitucionales, la jurisprudencia de unificación que dicten las altas cortes y la jurisprudencia constitucional.

Así mismo, el defecto material por interpretación se configura cuando la aplicación de la norma es contraria a lo que establece su propio contenido o evidentemente perjudicial para los intereses de una de las partes.

De igual manera, la segunda hipótesis se caracteriza porque la interpretación judicial desconoce preceptos superiores que debieron tomarse en consideración e incidir en la resolución del caso concreto, también conocido como el principio de interpretación conforme y constituye un desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 4° superior

Aclarado lo anterior, es importante precisar que en la realización de las operaciones militares es necesario que se determine el uso de la Fuerza, que para el caso puesto en consideración de la Corte, se trata de la ejecución de una operación militar que pretende neutralizar un objetivo legítimo, por tratarse de un cabecilla de un Grupo armado organizado, denominado estructura 36, razón por la cual se planea a la luz de DIH, entendida esta como la autorización de acudir a la fuerza o a la coacción armada para cumplir la misión encomendada, empleando los medios y métodos no prohibidos por el Derecho Internacional Humanitario.

La aplicación del DIH como marco normativo de las operaciones en virtud del conflicto armado interno, permite dirigir legítimamente operaciones militares en procura de conjurar las actividades criminales que desarrollan grupos armados, siempre que cumplan con las exigencias contenidas en el **artículo 2º de la ley 1908** de 2018, es decir, que al interior de la organización exista un mando responsable, una estructura con niveles de subordinación, que tengan un dispositivo, composición y fuerza que permita ejercer un control territorial en partes determinadas de la geografía nacional.

Con lo anterior, es evidente que las Fuerzas Armadas de Colombia pueden hacer uso de la Fuerza en el marco del DIH, con el cumplimiento tanto de la normatividad convencional como consuetudinaria, y esta actividad hace parte de la misión constitucional a ella encomendada, por lo que las operaciones que se despliegan en este escenario jurídico gozan de presunción de legalidad, al momento de la verificación de las mismas, en escenarios penales, disciplinarios, o administrativos no podrá entonces cambiarse el marco jurídico base que originó la actividad y este será el que deba ser evaluado por las distintas autoridades, tal y como lo expresa el artículo 221 CN:

Artículo 221. Modificado por el artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2015. De las conductas punibles cometidas por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro. En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del derecho internacional humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o policial que conozcan de las conductas de los miembros de la fuerza pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del derecho internacional humanitario. La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la fuerza pública.

En sentencia C-372 de 2016, la Corte Constitucional se pronunció en relación con el alcance del fuero penal militar, en los siguientes términos:

La Corte ha puesto de presente que la incorporación de la figura del fuero penal militar en el ordenamiento jurídico colombiano, no es una innovación atribuida al Constituyente de 1991, pues, al respecto, éste se limitó a reproducir en el artículo 221 de la Carta, el mandato previsto originariamente en el artículo 170 de la Constitución Centenaria de 1886, que ya la consagraba. En ese contexto, el fuero penal militar es una institución jurídica con una larga tradición en el constitucionalismo colombiano, la cual, bajo la actual Constitución Política, encuentra pleno reconocimiento en el ya citado artículo 221, con las modificaciones introducidas por los Actos Legislativos 02 de 1995 y 01 de 2015, a su vez complementado por los artículos 116 y 250 del mismo ordenamiento Superior. Conforme con dichas disposiciones, la figura del fuero penal militar se constituye en una prerrogativa especial de juzgamiento, a través de la cual se busca que las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública “en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”, sean de competencia de las cortes marciales o tribunales militares, “con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”; organismos éstos que, a su vez, “estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”. De ese modo, aun cuando la propia Constitución tenga previsto, como regla general, que el “juez natural” para investigar y juzgar a los autores o partícipes de las conductas punibles son las autoridades judiciales que hacen parte de la jurisdicción penal ordinaria, la circunstancia de que también contemple la existencia de cortes marciales o tribunales militares, constitutivos de la denominada Justicia Penal Militar, comporta sin lugar a dudas una excepción a esa regla general y, por tanto, la implementación de un régimen penal de naturaleza especial que, bajo un determinado contexto, investiga y juzga las conductas delictivas cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación directa con el servicio.

En este pronunciamiento se destacan las principales características de la Justicia Penal Militar, sus características especiales y los requisitos para que se active su competencia así:

El tratamiento particular que a través del fuero penal militar se reconoce, encuentra una clara justificación en las diferencias existentes entre los deberes y responsabilidades impuestas a los ciudadanos y los que están llamados a cumplir los miembros de la fuerza pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función especial, exclusiva y excluyente, “como es el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, lo que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a una reglas especiales propias de la actividad militar, opuestas por naturaleza a las que son aplicables en la vida civil”.

(...)

La Fuerza Pública, de la que forman parte las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, es un cuerpo armado de carácter permanente, instruido y disciplinado conforme a las técnicas militar y de policía, a quien la propia Constitución le asigna atribuciones específicas que son propia de su naturaleza especial, y que se concretan en la defensa de la soberanía, la independencia e integridad del territorio nacional, y en el mantenimiento de las condiciones necesarias para la convivencia pacífica y para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (C.P. arts. 217 y 218). Para el cumplimiento de dichas atribuciones, el mismo ordenamiento Superior, al tiempo que delega en la Fuerza Pública el monopolio exclusivo de la fuerza y la posibilidad de portar armas, prerrogativas a las que de ordinario no tienen acceso los civiles, también le restringe a sus miembros el ejercicio de ciertos derechos, como ocurre en el caso de los derechos políticos, los cuales si son plenamente garantizados a los demás ciudadanos (C.P. art. 220).

(...)

El fuero penal militar encuentra pleno respaldo institucional en la necesidad de establecer un régimen jurídico especial, materializado en la denominada Justicia Penal Militar, que resulte compatible con

la especificidad de las funciones que la Constitución y la ley le han asignado a la fuerza pública, y que a su vez resulte coherente y armónico con su particular sistema de organización y de formación castrense. A este respecto, en la Sentencia C-457 de 2002, la Corte destacó que la razón de ser de la Justicia Penal Militar radica, “de una parte, en las reglas de conducta particulares a que se encuentran subordinados los miembros de la fuerza pública y, de otra, en la estrecha relación que existe entre esas reglas particulares de comportamiento, el uso de la fuerza y la especial índole de las conductas que les son imputables”, las cuales son en esencia incompatibles con las reglas generales y comunes que el orden jurídico existente ha establecido para la jurisdicción ordinaria.

(...)

*Siguiendo con el mandato previsto en el artículo 221 Superior y las normas que lo complementan, la Corte ha precisado que el fuero Penal Militar, desde el punto de vista de los sujetos y del objeto específico que ampara, no puede ser visto como un simple privilegio, gracia o prebenda en favor del estamento militar y policial, que suponga una especie de inmunidad de sus miembros frente a la justicia ordinaria, pues el mismo persigue fines y propósitos muy claros, derivados únicamente de las especialísimas funciones asignadas a la Fuerza Pública, con lo cual se descarta que todos los comportamientos delictivos sean de conocimiento de dicha jurisdicción especial. Por ello, en aplicación del referido mandato, este Tribunal ha dejado sentado que **a la Justicia Penal Militar se le reconoce un campo de acción limitado, excepcional y restringido, en la medida que a ella solo le corresponde juzgar a los miembros de la fuerza pública en servicio activo por los delitos cometidos y relacionados con el servicio.** En esa dirección, la competencia de la Justicia Penal Militar, esto es, de los tribunales militares o cortes marciales, solo se activa cuando concurren dos elementos básicos: (Resaltado fuera de texto)*

(i) que el agente pertenezca a la institución castrense y sea miembro activo de ella (elemento subjetivo); y
(ii) que el delito cometido tenga relación directa con el servicio (elemento funcional). **Consecuencia de lo anterior, es que el fuero penal militar se extiende a los miembros de la Fuerza pública en servicio activo que cometan delitos relacionados con el servicio, y a los miembros de la fuerza pública en retiro que hayan cometido delitos cuando se encontraban en servicio activo y el mismo encuentre relación con el servicio.** De ese modo, no le corresponde a la jurisdicción penal militar, en ningún caso, y por ningún motivo, juzgar a los civiles, ni tampoco a los miembros de la fuerza pública en retiro o en servicio activo que cometan delitos no relacionados con el servicio, esto es, **delitos que se aparten de las funciones misionales que en su condición de tal ejecutan de acuerdo con el ordenamiento jurídico, los cuales serían de competencia de la jurisdicción ordinaria.** Tratándose de los civiles, el artículo 213 de la Carta establece expresamente que “[e]n ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”. (Resaltado fuera de texto)

En relación con el elemento funcional que debe concurrir para activar la competencia excepcional de la Justicia Penal Militar: que **el delito cometido tenga relación directa con el servicio, la Jurisprudencia ha destacado su especial importancia en la configuración y aplicación del fuero, precisando que el mismo consiste “en que la conducta punible tenga una conexión directa con el cumplimiento de una función legítima”,** lo que significa, a su vez, **que si “el comportamiento típico es consecuencia del desarrollo de una tarea propia del servicio, pero la misma es cumplida de forma distorsionada o desviada, la acción perderá cualquier relación con la labor legal y será, como cualquier delito común, objeto de conocimiento de la jurisdicción ordinaria”.** (Resaltado fuera de texto)

Frente a este escenario en cada caso concreto es necesario fundamentar ante la autoridad judicial de conocimiento de manera amplia el elemento funcional, es decir, los motivos por los cuales la conducta investigada tiene una relación con el cumplimiento de las funciones conferidas constitucionalmente a la fuerza pública, destacando las funciones especiales y diferenciales con otros servidores públicos que dicha fuerza ejerza.

También es necesario tener en cuenta que las conductas penales se investigan y se sancionan porque constituyen una lesión o puesta peligro (según sea el caso) de un bien jurídicamente protegido, por lo tanto, los elementos normativos como “distorsionada o desviada” que se incluyen en la sentencia referida, no pueden ser analizados de modo genérico porque de ser así implicaría que todas las conductas que se realizan en cumplimiento de las funciones constitucionales conferidas a la fuerza pública serían de competencia de la jurisdicción ordinaria.

Aclarado lo anterior, es necesario precisar que para la ejecución de una orden de operaciones, las Fuerzas militares y de manera particular, el Ejército Nacional, no actúan por iniciativa propia, sino que obedecen a los lineamientos administrativos en el marco de una política estatal a partir del Ministro de Defensa Nacional y por si conducto al Presidente de la república como Comandante Supremo de las Fuerzas Militares y de Policía. En su orden, las operaciones del Ejército Nacional, están jerárquicamente fundamentadas en los siguientes actos administrativos:

I Plan de Acción Nacional. (Presidencia)

I Política de defensa. (Ministerio de Defensa Nacional)

I Guía de Planeamiento Estratégico. (Político-Militar)

I Plan de Guerra. (CGFM)

I Plan de campaña. (EJC, ARC, FAC)

I Plan de operaciones. (Unidades Operativas Mayores y Menores)

I Orden de operaciones. unidades Tácticas (escritas, verbales y tipo calco)

En ese hilo conductor descendente, nos aterriza en el concepto de lo que es una Operación Militar, definida como una serie de movimientos, maniobras y combates,

enlazados y dirigidos a conseguir un fin estratégico. También se define como: *“Acción militar o ejecución de una acción militar estratégica, táctica, de servicio, de adiestramiento o administrativa. Proceso de combatir, incluso movimiento, abastecimientos, ataque, defensa y maniobras necesarias para alcanzar los objetivos de cualquier batalla o campaña”*.

Así las cosas, el auto de la Corte objeto de tutela, se encuentra descontextualizada y carente de soportes probatorios en los que se apoyaría la conclusión de ausencia de conexidad entre la conducta punible y el servicio que realizaban los militares, contrario sensu, si se acudiera al análisis de las piezas procesales, se encontrarían varios soportes documentales que acreditan el planeamiento de la operación en el marco de las competencias de la fuerza y por ende en conexidad con el servicio. Nótese que se encuentra como INFORMACION DISPONIBLE, dentro de la cual se hace referencia a las últimas actividades del objetivo, así como su localización o ubicación y las últimas fotografías que fueron con las que ilustraron al grupo TAP-3, sobre alias cabuyo.

2.2. DEFECTO FÁCTICO: DEL QUE ADOLECE LA SENTENCIA: DECISIÓN SIN MOTIVACIÓN:

En sentencia T-459 de 2017, la Corte Constitucional, indicó respecto al defecto fáctico que:

1.2.2. Defecto Fáctico

El defecto fáctico como causal de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales se presenta cuando el juez no tiene el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión[14] porque dejó de valorar una prueba o no la valora dentro de los cauces racionales y/o denegó la práctica de alguna sin justificación[15].

Para una mejor comprensión de este defecto la jurisprudencia constitucional[16] ha establecido que éste puede presentarse en dos modalidades, a saber:

(i) Defecto fáctico negativo: hace referencia a la omisión en la valoración y decreto de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos.[17]

(ii) Defecto fáctico positivo: En este evento, el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas o, efectúa una valoración por “completo equivocada”. [18]

Bajo estos parámetros, la Corte Constitucional en Sentencia SU-448 de 2016 reiteró que el defecto fáctico “[s]e estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. (...) el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. [19]”.

Así mismo, se indicó que:

“No obstante, el operador judicial ostente un amplio margen de valoración probatoria sobre el cual fundamentará su decisión y formará libremente su convencimiento [20], ‘inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)’ [21], [empero] esta facultad nunca podrá ser ejercida de manera arbitraria, pues dicha valoración lleva intrínseca ‘la adopción de criterios objetivos [22], no simplemente supuestos por el juez, racionales [23], es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos [24], esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.’

(...) tal hipótesis se advierte cuando el funcionario judicial, ‘en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva. Ello se presenta en hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto’ (...)

Del auto No 115/22 del 3 de febrero de 2022, se predica la existencia de un Defecto fáctico negativo, consistente en que **LA DECISIÓN JUDICIAL ADOLECE DE MOTIVACIÓN** puesto que sus consideraciones no respaldan desde el punto de vista fáctico y probatorio, la conclusión.

El defecto que se predica de la decisión se advierte a partir de conclusiones como: *“tomando en consideración los elementos probatorios aportados en el expediente, se observa que la actividad militar no legitima desmanes ni el desborde del ordenamiento jurídico penal por parte de miembros de la fuerza pública, que actuando por fuera de la ley incurren en violaciones graves de la misma, razón por la cual la muerte del señor Ariolfo, aunque producto de una orden de operación militar, evidencia que en su ejecución ocurrieron muchas anomalías. Por ejemplo, en el lugar de los hechos no había pista que les aseguraran que allí estaba Cabuyo, no estaban las motocicletas en las que el objetivo se transportaba, no había animales para transporte, tampoco personal que se suponía tenía que estar para custodiar al capo, es decir, lo que se encontró en dicho sitio, solamente podía suponer, que una persona de tan alto perfil delincencial, no estaba allí, sobre todo porque el ejército estaba allí, desde antes de las 7 de la mañana y no hubo ni un movimiento que pudiera hacerlos pensar que SI estaban en el sitio verdadero. Con todo, se procedió a la “NEUTRALIZACION y EJECUCION”. Adicionalmente, según la apreciación actual de la Fiscalía, el presupuesto fáctico asociado a este caso y las dudas sobre las condiciones en que se verificaron los hechos, coinciden con los patrones reconocidos por organismos supranacionales sobre las ejecuciones extrajudiciales, que han sido entendidas como graves violaciones a los derechos humanos”*. (par 28, pag 10)

La apreciación de la Corte Constitucional de donde se desprende, según la Corporación, la inexistencia de relación entre la conducta punible y el servicio, desconoce que en el marco de la operación, se dio un planeamiento y una ejecución acorde a las normas del DIH y que en ese escenario ocurrieron los hechos, aunado a ello en comienzo todo indicaba que la persona muerta correspondía al objetivo legítimo ordenado en una orden de operaciones, pero luego se pudo verificar que no era alias Cabuyo sino el señor Ariolfo Sanchez, lo que desde el mismo momento de la identificación se dio a conocer a las autoridades, familiares y sociedad en general.

La Orden de operaciones MACANA fue estructurada desde el contexto del DIH y que obedecía a las siguientes características:

- ➤ Operación conjunta e interagencial
- ➤ Operación de reconocimiento especial armado

- ➤ Con el empleo de TAP, mediante la técnica de neutralización
- ➤ Objetivo Militar: Ricardo Abel Ayala Orrego alias Cabuyo cabecilla GAOr36

Desconoce la decisión del alto tribunal, que la relación con el servicio, se presenta precisamente desde el planeamiento de la operación, tal como se encuentra acreditado en los distintos medios de prueba que reposan en el plenario, advirtiendo que del análisis de éstos se puede predicar que en ningún momento los militares actuaron caprichosamente acudiendo a métodos de engaño a producir la muerte de un ciudadano y exhibirlo como un resultado, proceder propio de una ejecución extrajudicial.

Así las cosas, cuando se extrae una conclusión como la predicada en el auto, el cual asimila la conducta de quienes intervinieron en el desarrollo de la operación con una ejecución extrajudicial, se observa totalmente huérfana de respaldo probatorio, exhibiéndose el defecto fáctico en la dimensión negativa que se predica, toda vez que como quedó demostrado la Corte Constitucional no tuvo en cuenta ningún elemento probatorio, porque no solicitó la remisión de los expedientes de la Justicia Penal Ordinaria, ni de la Justicia Penal Militar.

En este orden de ideas, cuando la Corte omite el examen de los medios de prueba que sustentan el supuesto de hecho por medio del cual, se entiende la inexistencia del nexo causal entre la conducta y el servicio, desconoce todo el plenario e importantes elementos que de ser conocidos por el alto Tribunal, permitirían el real entendimiento de una operación bajo el contexto del Derecho Internacional Humanitario, donde se permite acudir a la neutralización y uso letal de la fuerza.

Para predicarse la relación causal entre la conducta y el servicio, injusto sería acudir únicamente al resultado, el cual se evidencia errado, sino que es preciso abordar el deber constitucional de las Fuerzas Militares y realizar el análisis en torno a la facultad que se tenía de acudir al sitio y realizar la actuación, bajo la convicción de consolidar un objetivo legítimo.

Conclusión: El auto de la Corte, no realiza un análisis probatorio que respalde la decisión asumida en la providencia, desconociendo los derechos al debido proceso y su garantía de juez natural, derecho a la defensa y derecho a la administración de justicia, por lo que debe retomarse el estudio del caso, realizando un análisis de

fondo respecto a los medios de prueba que reposan en el expediente en procura de garantizar los derechos de mis representados.

2.3. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN:

La Corte Constitucional en sentencia SU-027 de 2021, señaló respecto de la configuración de este defecto lo siguiente:

- a) en la solución del caso se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional;*
- b) se trata de la violación evidente a un derecho fundamental de aplicación inmediata;*
- c) los jueces, con sus fallos, vulneran derechos fundamentales porque no tienen en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución;*
- y d) si el juez encuentra, deduce o se le interpela sobre una norma incompatible con la Constitución, y no aplica las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales (excepción de inconstitucionalidad).*

En el caso concreto se advierte la vulneración de los siguientes derechos:

El derecho a la igualdad, por no garantizar a los miembros de la fuerza pública condiciones aplicación uniforme de las disposiciones constitucionales (Art. 221 Superior) y legales (artículo 2° de la Ley 1407 de 2010) respecto a los actos relacionados con el servicio, así como la investigación y juzgamiento de las conductas desplegadas por los miembros de la fuerza pública.

El debido proceso por desconocimiento del Juez natural de los miembros de la Fuerza Pública, toda vez que se le quitó competencia a la Jurisdicción Penal Militar sin realizar la respectiva valoración probatoria de los expedientes, sin analizar la naturaleza de la operación militar, ni los fundamentos normativos de dicha operación, inclusive citando jurisprudencia de casos con origen y operaciones militares de naturaleza distinta a las del presente caso, situaciones que a su vez desconocen el derecho de defensa de los militares investigados al imponer un Juez diferente al que debe ser investigado.

En relación con el Juez natural la Corte Constitucional en sentencia SU-190 de 2021, indicó lo siguiente:

93. *El Artículo 29 de la Constitución consagra un sistema de principios y garantías procesales, íntimamente relacionados entre sí, constitutivos del derecho al debido proceso.[30] Una de esas garantías es la del juez natural, la cual está vinculada al principio de legalidad,[31] al derecho a que se cumplan las formas propias de cada juicio y a tener posibilidades adecuadas de contradicción y defensa. Así mismo, se halla íntimamente relacionado con el derecho de acceso a la administración de justicia.*

94. *De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el derecho al juez natural se encuentra diseñado para evitar la arbitrariedad del Estado, derivada de jueces que no ofrezcan garantías de un juicio justo. Su propósito es, de igual manera, materializar el principio de igualdad de trato, a partir de la obligación estatal de adelantar procesos ante los mismos jueces, sin privilegios, inclinaciones ni animadversiones contra el justiciable. En este sentido, la finalidad del juez natural adquiere un carácter más sustancial que formal, en la medida en que aquello que protege no es solamente el establecimiento claro de las autoridades encargadas de adelantar el juzgamiento, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías.*

95. *Como lo ha subrayado esta Corporación, el derecho en mención ha sido expresamente previsto en el bloque de constitucionalidad. De un lado, el Artículo 29 de la Constitución prevé que “[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (subrayas fuera de texto). De otro lado, también diferentes instrumentos internacionales lo han incorporado en sus cláusulas. Así, por ejemplo, se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 10), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) (Artículo 8), los cuales, a su vez, han sido objeto de pronunciamientos por parte de sus intérpretes auténticos (i.e. el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente).*

97. *De esta manera, el juez natural es el funcionario a quien la Constitución o la ley le han atribuido la aptitud para instruir o a tramitar una causa judicial. Y, así mismo, es aquella persona que ejerce la función pública de la jurisdicción en determinado proceso y, por lo tanto, debe adoptar la correspondiente decisión de fondo, de acuerdo con la naturaleza de los hechos y la división de trabajo establecida por el ordenamiento jurídico.[41] Esta división del trabajo y la necesidad de asegurar el acceso a la justicia a todos los ciudadanos, desde otro punto de vista, introducen la jurisdicción y la competencia, como conceptos procesales consustanciales a la garantía del juez natural.*

Finalmente teniendo en cuenta los argumentos expuestos también se vulnera el derecho al Acceso a la administración de justicia, toda vez a que en el presente caso se desconocieron algunos componentes de este derecho tales como: a que las decisiones judiciales sean el resultado de una motivación que considere adecuadamente los argumentos de las partes y a que las decisiones judiciales se ajusten al ordenamiento jurídico.

III. PRETENSIONES

1. Que se Tutelen los Derechos Fundamentales A LA IGUALDAD, AL DEBIDO PROCESO, DERECHO AL JUEZ NATURAL, DERECHO A LA DEFENSA Y AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.
2. En consecuencia, se decrete la nulidad del Auto 115/22 calendado el tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferido por la CORTE CONSTITUCIONAL, con la finalidad, que se tome una decisión en la que se realice la valoración de los siguientes aspectos: i) Naturaleza y legitimidad de la operación militar (fundamentos normativos); ii) Alcance del concepto de duda en relación con la ocurrencia de los hechos; iii) valoración probatoria acorde con los medios de conocimiento que reposan en las jurisdicciones penal militar y la jurisdicción ordinaria, con la prueba obrante en el proceso dentro de sus cauces racionales, de cara a garantizar derechos fundamentales.

IV. COMPETENCIA

Teniendo en cuenta que el Decreto No. 333 de 2021, no establece de manera específica las reglas del reparto de tutela contra las providencias emitidas por la Corte Constitucional para dirimir conflictos de jurisdicción, cuya naturaleza es distinto a las sentencias C, T y SU, es necesario citar la jurisprudencia constitucional (Auto 123 de 2015) en relación con la competencia para conocer acciones de tutela contra las decisiones emitidas por la Corte Constitucional.

Al respecto en dicha providencia se indicó lo siguiente: *“la Sala estimó necesario fijar como regla intermedia del reparto de las acciones de tutela impetradas contra los fallos de la Corte Constitucional, que ellas sólo **sean conocidas por el órgano de cierre de la especialidad escogida por el demandante**. De esta manera, sólo las Altas Corporaciones Judiciales, de acuerdo a sus propias reglas de trámite, tendrán la capacidad de garantizar un juzgamiento cuidadoso de este tipo de solicitudes, lo cual permitirá el respeto de las sentencias del tribunal constitucional y de la guarda y supremacía de la Carta Política”*.

En consecuencia queda claro que Su Despacho es competente para conocer del presente asunto.

V. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que, por los mismos hechos y derechos, no he presentado petición similar ante ninguna autoridad judicial.

VI. PRUEBAS

DOCUMENTALES

1. Auto 115/22 calendado el tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022) emitido por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

OFICIOS

De manera atenta se solicita oficiar al correo conflictosjurisdic@corteconstitucional.gov.co, para que este remita el expediente que tuvo en cuenta para resolver la Colisión de Jurisdicciones.

VII. NOTIFICACIONES

DIRECCIÓN: Calle 28 # 13 A 15 piso 14 Edificio Centro Internacional de Comercio Bogotá, correo electrónico: Sandra.hernandez@fondetec.gov.co, celular: 3213988208.

De los Honorables Magistrados,



SANDRA ROCIO HERNANDEZ CRUZ

C.C. No. No. 52.426.010 DE BOGOTA.

TP 116380 del C. S de la J.

Celular: 3213988208

Correo electrónico: SANDRA.HERNANDEZ@fondetec.gov.co

Dirección: Calle 28 # 13 A 15 piso 14 Edificio Centro Internacional de Comercio Bogotá



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Republica de Colombia

Libertad y Orden

FORMATO	Página: 1 de 1
PODER FONDETEC	Código: GJ-F-006
	Versión: 2
	Vigente a partir de: 3 de febrero de 2020

Ciudad y fecha, Bogotá

N° RUS: _____

Señor: (a)
AUTORIDAD JUDICIAL: **JUEZ PROMISCO MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS**
CIUDAD: **CONCORDIA**
E.S. D

Ref.: Poder
Radicación N°: 050406001298202000013

MARIO ALFONSO NAVAS MARTINEZ, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 80.875.891, mediante el presente escrito manifiesto que confiero Poder Especial, amplio y suficiente, al defensor técnico, SANDRA ROCIO HERNANDEZ CRUZ portador (a) de la cédula de ciudadanía N.º 52426010 de Bogotá y de la tarjeta profesional N° 116380 del C.S. de J, adscrito al FONDO DE DEFENSA TÉCNICA Y ESPECIALIZADA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA FONDETEC- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL con Registro Único de Abogado N° 0011, para que me represente en el proceso de la referencia como defensor.

El abogado queda expresamente facultado para realizar todas las funciones propias de su cargo como defensor. Ruego reconocer personería para los fines de su otorgamiento.

Atentamente,



MARIO ALFONSO NAVAS MARTINEZ

C.C. Np: **80.875.891**

Celular: **311 86 79009**

Correo electrónico: **leguako73@gmail.com**

Dirección para notificaciones: **Cra 113 # 86A - 61**

Acepto:

DEFENSOR TÉCNICO

NOMBRE: **SANDRA ROCIO HERNANDEZ CRUZ**

C.C. **52.426.010 DE BOGOTA**

T.P. No. **116380 del C.S. de la J.**

RUA N°: **011**

CELULAR **3213988208**

Calle **72 No. 6-30 Oficina 1601- EDIFICIO FERNANDO MAZUERA- BOGOTA**

CORREO ELECTRÓNICO (INSTITUCIONAL DE FONDETEC): **sandrarociohernandez@gmail.com o sandra.hernandez@fondetec.gov.co**

Correo electrónico: **solicitudes@fondetec.gov.co**

Calle **72 No. 6 - 30 piso 16 Edificio Fernando Mazuera - Bogotá D.C.**

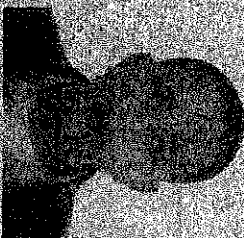


INSTRUMENTOS DE DEFENSA NACIONAL


REPÚBLICA DE COLOMBIA
IDENTIFICACION PERSONAL
CEDULA DE CIUDADANIA

NUMERO 80.875.897
NOMBRES NAVAS MARTINEZ
APELLIDOS
MARIO ALFONSO
NOMBRES

Mario Navas
FIRMADO




INDICE VEREDICO



FECHA DE NACIMIENTO 26-OCT-1965
BOGOTA D.C.
(CUNDIMARRCAL)

LUGAR DE NACIMIENTO
1.70
ESTATURA G.S. RH O+ SEXO M

FECHA Y LUGAR DE EMISION 11-DIC-2003 BOGOTA D.C.
REPUBLICA DE COLOMBIA



P-15001-00-00010794-41-0000073807-20180407 000627191293 2 15307119

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Plena

Auto 115 de 2022

Referencia: Expediente CJU-764

Conflicto de jurisdicciones entre el Juzgado Setenta y Siete Penal Militar y la Fiscalía Ciento Cuarenta y Siete Unidad de Vida de Antioquia.

Magistrada sustanciadora:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D. C., tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales¹, decide el presente conflicto de jurisdicción, previas las siguientes consideraciones:

AUTO

I. ANTECEDENTES

1. El 22 de octubre de 2020 el Juzgado 77 Penal Militar solicitó a la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia remitir a ese despacho la investigación adelantada por los hechos ocurridos el día 20 de mayo de 2020 en la zona rural de la vereda Los Trozos del municipio de Anorí, Antioquia, en los que perdió la vida el señor Ariolfo Sánchez Ruiz.
2. De acuerdo con la información contenida en el expediente, el 17 de mayo del año 2020 se llevó a cabo la operación “Macana” por parte de la compañía “D” BACOA” del Ejército Nacional, cuya finalidad consistía en “ubicar, confirmar, fijar, capturar y/o neutralizar el objetivo ilícito militar Ricardo Abel Ayala Orrego, alias “Cabuyo o el Mono”, cabecilla principal GAO-r E-36”².
3. El referido operativo tuvo lugar desde el 17 de mayo de 2020 hasta el 20 de mayo del mismo año. Los militares partieron desde el batallón de ingenieros Pedro Nel Ospina, ubicado en Bello Antioquia, hasta el punto de inserción. El día 20 de mayo de 2020, sobre las 09:01 a.m., el ejército reportó, “mediante mensaje inreach, que está ubicado en el punto de vigilancia y tiro en coordenadas LN 07°16’06” O LW 75°00’08”5”. A las 9:01 se ve un sujeto portando un arma larga

¹ En especial las previstas en el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política.

² Expediente digital. Pg. 8

sobre el área de interés. A las 10:23 se realizaron las acciones sobre el objetivo desde una distancia de 115 metros aproximadamente, falleciendo en los hechos el señor ARIOLFO SANCHEZ RUIZ. Informó además que en el sitio se aglomeraron entre 20 a 25 personas, quienes manifestaron que no dejarían extraer el cuerpo sin vida, hasta que no hiciera presencia el personero de Anorí”³.

4. Según reporte de la fiscalía, “el personal que se encontraba en dicho lugar, no podía salir el mismo día porque, la comunidad no lo permitió, aduciendo que había sido un falso positivo y solo pudieron salir al otro día cuando arribó el personero municipal del municipio de Anorí”. Igualmente, en el informe operación militar “Macana”, suscrito por el “TC Mauricio Humberto Murillo del 22 de mayo de 2020, mediante oficio Nro. 1903 / MDN-CGFM-COEJC-JEMOP-JEMOP-DIVFE-REGFE1-BACOA-S3-29.54, hace un recuento de lo sucedido, desde el 17 de mayo de 2020 hasta el 21 de mayo de 2020. Entre otras cosas, informa que el 17 de mayo de 2020 se dio inicio a la orden de operaciones Nro. 003, adelantada en el sector Tacamocho, Vereda Los Trozos, Municipio de Anorí, Antioquia”⁴.
5. El reporte de la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia recogió material probatorio obrante en diferentes documentos contentivos de testimonios de personas que estuvieron en el momento de los acontecimientos. Así pues, en virtud de lo sostenido por Diana Lucía Posada, esposa del occiso, la finca en la que vivían era una posesión de más de 20 años, Ariolfo Sánchez Ruiz, era un campesino que vivía en la finca con unos trabajadores, allí se cultivaba coca, yuca, plátano y pasto. Agregó que su esposo no tenía relación con alias “Cabuyo” a quien ella nunca conoció. Adujo, igualmente que el mismo día de estos hechos, dos personas fueron retenidas por el ejército y les quitaron los celulares. Este testimonio, coincide el de varios de los trabajadores que estaban en la finca y sus alrededores, además el de la empleada de la casa, quienes agregaron que sobre las 10:25 a 10:30 a.m., el jefe (Ariolfo) salió de la casa hacia un palo de limón y no alcanzó a bajar 10 metros del limón cuando fue abatido, “se escucharon muchos tiros, demasiados, exagerados, los tiros se escuchaban de un morrito, por ahí no hay monte espeso, el monte está a 150 mts de la casa”. Fueron a ver dónde estaba su patrón y a 12 metros de recorrido escucharon un tiro muy cerca e inmediatamente sonaron ráfagas de ametralladora y un bombazo. Posteriormente observaron que se dirigían a la casa 2 personas vestidas con trajes verdes de la policía, sin insignias, con fusiles grandes, uno se fue hacia los lados de la cocina y el otro se quedó parado al frente de la casa, les apuntaron con el fusil y le preguntaban dónde estaba Cabuyo, pero no sabían de quién hablaban. Luego llegaron 7 hombres vestidos iguales y entraron a la casa a registrar todo el lugar⁵.
6. Adicionalmente y, de acuerdo con la información obrante en el expediente, otro trabajador, aseguró que en virtud de lo informado por el ejército, el operativo tendría lugar en la vereda los Trozos; sin embargo el hecho en el que su jefe resultó muerto, tuvo lugar en la finca Tacamocho, que se encuentra a 3 horas de camino de los Trozos.

³ Ib. Ídem. Pg. 9

⁴ Ib. Ídem. Pg. 9

⁵ Ib. Ídem. Págs. 9-13

7. Por otro lado, en la declaración jurada⁶ dada por Hermes Remolina González, quien para la operación Macana, estaba de comandante del equipo TAP (tirador de alta precisión), quien en su momento fue quien dio la orden de realizar disparos sincronizados hacia el objetivo, sostuvo que él y Yulver Fernando Aguirre fueron los que dispararon al objetivo. Un sub oficial y un soldado profesional, dispararon hacia los puntos críticos (son los puntos, para repeler a la gente y que no haya respuesta inmediata y asegurar la zona para seguridad de ellos mismos).
8. El acta de inspección a cadáver, aportada por la Fiscalía, refleja que “se encontró una vainilla calibre 7.62 mm a unos 130 metros aproximadamente del cuerpo”⁷. Al respecto la Fiscalía sostuvo que hay que tener en cuenta la cantidad de disparos que hicieron. Se tiene establecido que uno de los militares gastó 15 cartuchos, calibre 5.56 mm., otro gastó 4 cartuchos calibre 7.62 mm, otro gastó 200 cartuchos con la ametralladora y el otro gastó 5 cartuchos 5.56 y granadas de 40 mm. Así pues, solo se acreditaron dos cartuchos del calibre 5.56 y del calibre 7.62, los cuales son los que usan los fusiles galil de dotación de las fuerzas armadas, “notando esta fiscalía que brillan por su ausencia muchos cartuchos, pues solo fueron encontrados dos”⁸.
9. Por los elementos mencionados anteriormente, la Fiscalía argumentó que la jurisdicción ordinaria es la competente para conocer el caso, teniendo en cuenta que la competencia de la Justicia Castrense está orientada a juzgar a sus miembros “cuando plenamente esté demostrado que no existe asomo alguno de injusticias, excesos, desmanes y ante todo, violaciones a los Derechos Humanos y crímenes de lesa humanidad, que involucran a la población civilmente protegida por el ordenamiento Internacional Humanitario y que nada tienen que ver con la obligación constitucional encomendada a las fuerzas militares colombianas”⁹.
10. Agregó que la actividad militar no legitima desmanes ni el desborde del ordenamiento jurídico penal, por parte de miembros de la fuerza pública, que actuando por fuera de la ley incurren en violaciones graves de la misma, razón por la cual la muerte del señor Ariolfo, aunque producto de una orden de operación militar, al ejecutarse la orden, sucedieron muchas anomalías en el mismo, como “una vez llegaron al sitio de los hechos, no había ni una sola pista que les aseguraran que allí estaba CABUYO. No estaban las motocicletas, que según inteligencia Cabuyo se transportaba en una, no habían animales para transporte, porque según inteligencia, algunas veces Cabuyo utilizaba este tipo de transporte, no había el personal que se suponía tenía que estar para custodiar al capo, porque según inteligencia para esa época, Cabuyo tenía 12 personas como seguridad y entre ellas estaba alias FIRO, segundo al mando de esa organización, es decir, lo que se encontró en dicho sitio, solamente podía suponer, que una persona de tan alto perfil delincriminal, no estaba allí, sobre todo porque el ejército estaba allí, desde antes de las 7 de la mañana y no hubo ni un movimiento que pudiera hacerlos pensar que SI estaban en el sitio verdadero. Pero aún así, sr

⁶ Ib- ídem. Pg. 12

⁷ Ib. Ídem. Págs. 13-16

⁸ Informe Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia. Pg. 14.

⁹ Ib ídem. Pg. 15.

juez, observando todas estas anomalías, se prepararon para LA NEUTRALIZACION y EJECUCION”¹⁰. Lo anterior, considerando además que en contra de alias Cabuyo existía orden de captura del 17 de febrero de 2020 que nunca se hizo efectiva. La Fiscalía argumentó que los sucesos “se convierten en un delito que involucra, no solo la normatividad establecida en el derecho interno colombiano, sino al DIH, por tratarse de población civil en medio del conflicto”¹¹. La fiscalía argumentó sus afirmaciones en el artículo 250, 221 de la Constitución y la Ley 906 de 2004, según lo cual es competente para investigar conductas violatorias de derechos humanos, realizadas por miembros de las fuerzas militares que, aún en servicio activo, no se relacionan con la función propia de su actividad.

11. Por su parte, el Juzgado 77 Penal Militar reclamó para si la competencia sobre el asunto, argumentando que los hechos investigados por la Fiscalía 147 tuvieron ocasión al cumplimiento de una orden militar y los miembros del ejército se encontraban en ejercicio de sus funciones, por lo tanto la jurisdicción Penal Militar es la competente para conocer el caso.
12. La Sala Plena, en sesión virtual del 25 de mayo de 2021, repartió el expediente de la referencia al despacho de la Magistrada sustanciadora. En consecuencia, el asunto fue remitido al despacho el 9 de junio del mismo año.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional es competente para resolver los conflictos de competencia entre jurisdicciones¹² de conformidad con el artículo 241.11 de la Carta.

Acreditación de los presupuestos para la configuración de un conflicto de jurisdicciones.

13. Esta Corporación ha señalado que los conflictos de competencia o de jurisdicción son controversias de tipo procesal en las que varios jueces de distintas jurisdicciones: (i) se rehúsan a asumir el conocimiento de un mismo asunto por falta de competencia (*conflicto negativo de jurisdicción*); o, (ii) pretenden resolver la controversia al considerar que tienen plena competencia (*conflicto*

¹⁰ Ib ídem. Pg. 16.

¹¹ Ib. ídem. 17.

¹² En el diseño original de la Constitución, la función de resolver los conflictos entre distintas jurisdicciones se encontraba a cargo del Consejo Superior de la Judicatura. Sin embargo, en virtud del artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015, la referida atribución fue asignada a la Corte. En su momento, este Tribunal determinó que asumiría esta competencia únicamente cuando “la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura haya cesado de manera definitiva en el ejercicio de sus funciones” (Auto 278 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez). Con todo, la Corte consideró que era competente para resolver las controversias entre la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y las demás autoridades que administran justicia. Lo anterior, porque la atribución del Consejo Superior de la Judicatura se limitaba a los asuntos que, en algún momento, fueron de su competencia. La entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial ocurrió el 13 de enero de 2021. Por lo tanto, a partir de ese momento, corresponde a esta Corporación decidir la totalidad de los conflictos de jurisdicción.

positivo de jurisdicción)¹³.

14. En ese sentido, en Auto 155 de 2019, la Corte Constitucional ha sido enfática en considerar que, para que se configure un conflicto de jurisdicciones, es necesario que se estructuren tres presupuestos, a saber: (i) **presupuesto subjetivo**, el cual exige que la controversia sea suscitada por, al menos, dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones, (ii) **presupuesto objetivo**, según el cual debe existir una causa judicial sobre la cual se suscite la controversia, es decir, que pueda verificarse que está en curso un proceso, un incidente o cualquier otro trámite de naturaleza jurisdiccional y; (iii) **presupuesto normativo**, a partir del cual es necesario que las autoridades en colisión hayan manifestado, mediante un pronunciamiento expreso, las razones de índole constitucional o legal por las cuales se consideran o no competentes para conocer de la causa¹⁴.

15. En el asunto de la referencia, la Corte constata que se satisfacen los tres presupuestos indicados anteriormente. En primer lugar, el presupuesto subjetivo se encuentra acreditado porque tanto la Fiscalía, como el Juzgado 77 Penal Militar tienen atribuciones para propiciar el conflicto en este asunto concreto. La Corte ha asumido que la Fiscalía General de la Nación puede promover conflictos de jurisdicción y ha considerado que dicha institución está habilitada para formularlos tanto en relación con el régimen penal de la Ley 600 de 2000, como respecto de los casos en los que resulta aplicable la Ley 906 de 2004, pese a que las funciones jurisdiccionales y el rol de la institución en ambas son distintos¹⁵. No obstante, cuando la mencionada institución formula aquellos conflictos con fundamento en la Ley 906 de 2004, tan solo puede hacerlo en relación con la jurisdicción penal militar.

Sobre el particular, la Sentencia SU-190 de 2021 estableció una regla: la Fiscalía General de la Nación tiene la facultad para proponer, en la etapa de investigación, conflictos de jurisdicción con la justicia penal militar. La providencia destacó que *“la posibilidad de que la Fiscalía promueva la colisión permite que el debate sobre la autoridad competente (...) sea planteado y resuelto desde la investigación”*, de manera que le imprime eficiencia, economía y celeridad al proceso y, asegura las condiciones para que el juicio se desarrolle. Entonces, *“si bien es cierto, cuando actúa en calidad de parte dentro del proceso penal, la Fiscalía generalmente no desarrolla funciones jurisdiccionales, (...) [pero] constitucionalmente administra justicia y, en especial, la investigación penal que*

¹³ Corte Constitucional. Autos 345 de 2018 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez); 328 y 452 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

¹⁴ Autos 155 de 2019 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 332 de 2020 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y 041 de 2021 M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁵ En aquella primera legislación, esa entidad claramente ostenta funciones jurisdiccionales, mientras según las últimas decisiones de esta Corporación, en la segunda apenas algunas de sus labores lo son, en los términos descritos por la Sala Plena. Ver la Sentencia SU-190 de 2021 (M.P. Diana Fajardo Rivera); y el Auto 704 de 2021 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger). En relación con ambas providencias la suscrita Magistrada Sustanciadora aclaró su voto. Para ella, la Fiscalía General de la Nación, en el marco de la Ley 906 de 2004, no tiene funciones jurisdiccionales. Las actividades que le fueron atribuidas y que pueden tener esa connotación, están sometidas al control del juez de garantías. Además, su rol es el de una parte del proceso. Incluso, la actividad investigativa de la Fiscalía puede ejercerse de modo independiente y no está condicionada a la definición de un conflicto de jurisdicción con la justicia penal militar. En otras palabras, la Fiscalía solo cuenta con funciones jurisdiccionales de instrucción en el proceso de extinción de dominio.

*lleva a cabo está vinculada de forma necesaria al ejercicio de la jurisdicción ordinaria*¹⁶.

Aunado a lo anterior, el Auto 704 de 2021¹⁷ precisó que, en los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar, en el marco de procesos en los que “*sea posible la existencia de graves violaciones de derechos humanos, tales como masacres o ejecuciones extrajudiciales (...) la Fiscalía General de la Nación está legitimada para proponer conflictos de competencia entre jurisdicciones*”.

Así, según la jurisprudencia, la Fiscalía General de la Nación, como parte de la jurisdicción ordinaria, puede formular conflictos de competencia respecto de la justicia penal militar en los eventos en los cuales se investigan hechos relacionados con graves violaciones a los derechos humanos.

A partir de esa última regla, la Sala concluye que en este asunto la Fiscalía se encuentra habilitada para promover este conflicto entre jurisdicciones. En efecto, de los hechos y los elementos de juicio recaudados, esta Corporación advierte la posibilidad de que el asunto verse sobre una grave violación a los derechos humanos con ocasión a una presunta ejecución extrajudicial. En consecuencia, tanto la Fiscalía 109 de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos de Medellín como el Juzgado 97 de Instrucción Penal Militar son autoridades habilitadas para reclamar la competencia del asunto, tal y como lo hicieron. De este modo, el presupuesto subjetivo se encuentra acreditado.

En segundo lugar, la controversia versa sobre la competencia para conocer la investigación adelantada por los hechos ocurridos el día 20 de mayo de 2020 en la zona rural de la vereda Los Trozos del municipio de Anorí, Antioquia, en los que perdió la vida el señor Ariolfo Sánchez Ruiz (*presupuesto objetivo*).

Finalmente, tanto Juzgado Setenta y Siete Penal Militar y la Fiscalía Ciento Cuarenta y Siete Unidad de Vida de Antioquia precisaron los fundamentos jurídicos que soportan sus decisiones para reclamar para sí la competencia. Así, la Fiscalía indicó que en virtud de los artículos 250 y 221 de la Constitución y la Ley 906 de 2004, según lo cual es competente para investigar conductas violatorias de derechos humanos, realizadas por miembros de las fuerzas militares que, aún en servicio activo, no se relacionan con la función propia de su actividad. Por su parte, el Juzgado Setenta y Siete Penal Militar sostuvo que los hechos investigados por la Fiscalía 147 tuvieron ocasión al cumplimiento de una orden militar y los miembros del ejército se encontraban en ejercicio de sus funciones, por lo tanto la jurisdicción Penal Militar es la competente para conocer el caso. (*presupuesto normativo*).

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-190 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera. La suscrita Magistrada Sustanciadora aclaró su voto en relación con esta providencia porque considera que la Fiscalía General de la Nación, en el marco de la Ley 906 de 2004, en el proceso penal ordinario, no tiene funciones jurisdiccionales.

¹⁷ M.P. Cristina Pardo Schlesinger. En relación con el mencionado auto, la suscrita Magistrada Sustanciadora aclaró su voto en sentido semejante al que motivó su aclaración de voto respecto de la SU-190 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera, como fue referido *Ut supra* nota a pie de página 39 de esta providencia. No obstante, la aclaración no atañe a la posibilidad de que la Fiscalía proponga conflictos de jurisdicción en relación con los jueces penales militares, ante la posibilidad de que existan graves violaciones a los derechos humanos, y conductas contrarias al DIH.

En consecuencia, la Sala resolverá el conflicto positivo de jurisdicciones entre las autoridades judiciales mencionadas, con la finalidad de establecer cuál de ellas debe conocer el asunto de la referencia.

Competencia de la jurisdicción penal ordinaria para conocer de los delitos cuya comisión genere dudas sobre la relación del acusado con la función militar

16. Esta corporación ha indicado que *“los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar, pueden ser promovidos por la Fiscalía General de la Nación, ante posibles graves violaciones a los derechos humanos, tal como lo es una presunta ejecución extrajudicial. Adicionalmente, cuando exista duda sobre la relación directa del delito investigado con el servicio militar no es posible acreditar el supuesto funcional de activación de la jurisdicción penal militar. Por tanto, dado el carácter excepcional y restrictivo del fuero penal militar, el conocimiento de los hechos investigados le corresponda a la jurisdicción penal ordinaria”*¹⁸.

17. A esta conclusión llegó la Sala Plena, al considerar que la justicia penal militar solo conocerá de aquellos casos en los que se determine claramente que el delito cometido tiene relación con el servicio militar o policivo. En caso de duda, deberá aplicarse la regla general de competencia, motivo por el cual la investigación será adelantada por la justicia ordinaria¹⁹. Lo anterior, en consideración a que, si la Jurisdicción Penal Militar conoce de delitos que no fueron cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con dicho servicio, es decir, como aquellos en los que el agente se separa de su misión y se extralimita en sus funciones, ello generaría una diferencia de trato en cuanto al órgano llamado a conocer del caso, respecto de conductas delictivas que no requieren de un sujeto activo cualificado. Este escenario vulneraría los principios de igualdad, juez natural y autonomía e independencia judicial²⁰.

El fuero penal militar como una excepción a la jurisdicción penal ordinaria²¹

18. El *fuero penal militar* ha sido definido como una excepción a la regla general de competencia atribuida a la jurisdicción ordinaria para conocer de la comisión de injustos penales. Particularmente, los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en ejercicio de sus funciones legales y constitucionales, y relacionadas con las mismas. Se trata de un sistema especial de juzgamiento en el que se aplicarán las leyes penales militares²². Al respecto, en reiteradas ocasiones, este Tribunal ha establecido que esta excepción al régimen general de juzgamiento está justificada, en que los miembros de la Fuerza Pública están sometidos a reglas especiales de conducta derivadas de sus funciones. En concreto, el uso legítimo de la fuerza y de su sistema de

¹⁸ A-1178 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Expediente CJU-626.

¹⁹ Autos 476 de 2021 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas); y 496 de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

²⁰ Ib. Ídem.

²¹ Acápite tomado del estudio realizado en el A-1178 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Expediente CJU-626.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

organización y formación castrense²³. Por esta situación, en principio, requieren un estudio diferente del que aplica la justicia ordinaria respecto de las conductas que cometen otros miembros de la sociedad²⁴.

19. En este sentido, el artículo 221 de la Constitución estableció que las cortes marciales o los tribunales militares investigarán y juzgarán las conductas punibles que cometan los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, siempre y cuando estas tengan relación con el mismo. Al interpretar, en sede de constitucionalidad el mandato enunciado, esta Corporación estableció que la Justicia Penal Militar tiene un campo de acción limitado, excepcional y restringido. Solo actúa respecto de delitos relacionados con actividades propias del servicio militar o de policía²⁵. En ese sentido, señaló que la aplicación del fuero penal militar requiere de un elemento subjetivo, en virtud del cual, la investigación debe adelantarse en contra de un miembro de la Fuerza Pública que estuviera activo al momento de la comisión de la conducta. También, de un elemento funcional con ocasión del cual el proceso debe versar sobre un delito que tenga relación directa con ese servicio²⁶.

20. Respecto del elemento funcional, esta Corporación en Sentencia C-084 de 2016²⁷, al reiterar pronunciamientos previos²⁸, señaló que, para determinar si una investigación reúne dicho presupuesto, es necesario analizar las pruebas recaudadas en el proceso para establecer las condiciones en las que se cometió el presunto delito²⁹. Si al realizar el análisis correspondiente, se determina claramente que la conducta tiene una relación *directa, próxima y evidente* con la función militar o policial. En otras palabras, el sujeto investigado actuó en desarrollo de una orden proferida con sujeción a los fines superiores asignados a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional y, en algún punto, la actuación generó una consecuencia antijurídica. En ese escenario, la competencia del caso deberá ser atribuida a la Justicia Penal Militar. De manera tal que la relación entre el

²³ Ídem. “Este trato particularizado se ha justificado en las diferencias existentes entre los deberes y responsabilidades que tienen los ciudadanos y los que están llamados a asumir los miembros de la fuerza pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función especial, exclusiva y excluyente: el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a una reglas especiales propias de la actividad militar, opuestas por naturaleza a las que son aplicables en la vida civil. El fuero reclamaría, así, justificación en la necesidad de proporcionar un régimen jurídico especial que se ajuste a la especificidad de las funciones que el ordenamiento jurídico les ha asignado a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, y que resulte coherente y armónico con su particular sistema de organización y de formación castrense”.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Reitera la Sentencia C-457 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. “Sobre esa base, lo ha expresado esta Corporación, el fuero penal militar encuentra pleno respaldo institucional en la necesidad de establecer un régimen jurídico especial, materializado en la denominada Justicia Penal Militar, que resulte compatible con la especificidad de las funciones que la Constitución y la ley le han asignado a la fuerza pública, y que a su vez resulte coherente y armónico con su particular sistema de organización y de formación castrense. A este respecto, en la Sentencia C-457 de 2002, la Corte destacó que la razón de ser de la Justicia Penal Militar radica, “de una parte, en las reglas de conducta particulares a que se encuentran subordinados los miembros de la fuerza pública y, de otra, en la estrecha relación que existe entre esas reglas particulares de comportamiento, el uso de la fuerza y la especial índole de las conductas que les son imputables”, las cuales son en esencia incompatibles con las reglas generales y comunes que el orden jurídico existente ha establecido para la jurisdicción ordinaria”.

²⁵ Ídem.

²⁶ Ídem.

²⁷ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ Ver al respecto las sentencias C-358 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-878 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra); C-932 de 2002 (M. P. Jaime Araujo Rentería); C-533 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-590A de 2014 (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez).

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

delito y el servicio no puede ser meramente abstracta e hipotética. El delito debe surgir como una extralimitación o abuso de poder ocurrido en ejercicio de una función propia del cuerpo armado³⁰.

21. Asimismo, la Sala Plena advirtió que, por el contrario, cuando los miembros de la Fuerza Pública se apartan o generan una ruptura con el servicio que les corresponde prestar, es decir, cuando adoptan un tipo de comportamiento distinto de aquél que les impone la ley y la Constitución, y en esa actuación, cometen un delito, será la justicia ordinaria quien deba conocer del proceso. De ahí que esta Corporación haya enfatizado que la Justicia Penal Militar no tiene competencia para conocer de delitos que, en general, son identificados como contrarios a la misión constitucional de la Fuerza Pública. Aquellos se refieren a *“las violaciones a los derechos humanos, los delitos de lesa humanidad y las infracciones al derecho internacional humanitario, pues tal conjunto de delitos, por su extrema gravedad, son considerados en todos los casos ajenos al servicio”*³¹. Estos jamás podrían implicar la persecución de un fin constitucionalmente válido³².

22. En suma, la Sala ha concluido que la Justicia Penal Militar solo tiene competencia para conocer de investigaciones adelantadas: (i) en contra de miembros de la Fuerza Pública, es decir, de integrantes de la Policía Nacional, Ejército Nacional, Fuerza Aérea Colombiana o de la Armada Nacional, (ii) con ocasión de conductas punibles relacionadas *directa, próxima y evidentemente* con las facultades asignadas por la Constitución y la ley a las fuerzas militares o policiales, esto es, vinculadas directamente con la función propia o la misión; y, (iii) presuntamente cometidas cuando se encontraban en servicio activo. Además, (iv) no puede dirimir asuntos relacionados con graves violaciones a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

III. CASO CONCRETO

23. En mérito de lo expuesto, la Sala Plena considera que el conocimiento del presente asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria en materia penal y, en este caso, la facultad para adelantar la investigación radica en la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia. A tal conclusión arriba con fundamento en los siguientes argumentos.

24. De un lado, la Corte verificó la existencia de un conflicto positivo entre jurisdicciones. Aquel acreditó los presupuestos: subjetivo, objetivo y normativo, en los términos del fundamento jurídico 15 de la parte considerativa de esta providencia.

25. De otro, en este caso, debe aplicarse la regla general de competencia atribuida a la jurisdicción penal ordinaria en el artículo 29 de la Ley 906 de 2004, en la

³⁰ Ídem.

³¹ Ver al respecto las sentencias C-358 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-878 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra); C-932 de 2002 (M. P. Jaime Araujo Rentería); C-533 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-590A de 2014 (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez).

³² Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Reitera la Sentencia C-457 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

medida en que existe duda y no hay convencimiento sobre los hechos asociados a la operación “Macana” por parte de la compañía “D” BACOA” del Ejército Nacional, cuya finalidad consistía en “ubicar, confirmar, fijar, capturar y/o neutralizar el objetivo ilícito militar Ricardo Abel Ayala Orrego, alias “Cabuyo o el Mono”, cabecilla principal GAO-r E-36”³³. También, sobre la pertenencia de la víctima a grupos al margen de la ley. En virtud de las pruebas obrantes en el expediente no es posible advertir de manera clara una relación *directa, próxima y evidente* entre el delito investigado y el servicio militar. Lo anterior, con base en los siguientes fundamentos:

26. *La investigación adelantada en contra de los militares implicados en los hechos del 20 de mayo de 2020 cumple con el elemento subjetivo para activar el fuero penal militar.* La investigación efectuada por la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia surgió con ocasión de la presunta comisión del delito de homicidio por parte de algún(os) militar(es). Aquellos, para el 20 de mayo de 2020, componían las tropas de la Compañía “D” BACOA” del Ejército Nacional. Tal grupo se encontraba en desarrollo de la operación “Macana” cuando ocurrieron los hechos. Todos sus integrantes eran miembros activos del Ejército Nacional para ese entonces. Este hecho nunca fue objeto de discusión en el marco de la investigación. De lo expuesto, es posible concluir que se cumple el elemento subjetivo requerido por la jurisprudencia constitucional para aplicar el fuero penal militar.

27. *Existe duda de que los hechos materia de investigación ocurrieran en ejercicio directo de una función constitucional o legal asignada.* Conforme a la información que reposa en el expediente, los hechos en los que perdió la vida el señor Ariolfo Sánchez Ruiz presumiblemente coinciden con un operativo ordenado por un coronel. Adicionalmente, a metros del cuerpo se encontró material de guerra que presuntamente portaba la víctima.

28. Así pues, tomado en consideración los elementos probatorios aportados en el expediente, esta Corporación observa que la actividad militar no legitima desmanes ni el desborde del ordenamiento jurídico penal por parte de miembros de la fuerza pública, que actuando por fuera de la ley incurren en violaciones graves de la misma, razón por la cual la muerte del señor Ariolfo, aunque producto de una orden de operación militar, evidencia que en su ejecución ocurrieron muchas anomalías. Por ejemplo, en el lugar de los hechos no había pista que les aseguraran que allí estaba Cabuyo, no estaban las motocicletas en las que el objetivo se transportaba, no había animales para transporte, tampoco personal que se suponía tenía que estar para custodiar al capo, es decir, lo que se encontró en dicho sitio, solamente podía suponer, que una persona de tan alto perfil delincencial, no estaba allí, sobre todo porque el ejército estaba allí, desde antes de las 7 de la mañana y no hubo ni un movimiento que pudiera hacerlos pensar que SI estaban en el sitio verdadero. Con todo, se procedió a la “NEUTRALIZACION y EJECUCION”³⁴. Adicionalmente, según la apreciación actual de la Fiscalía, el presupuesto fáctico asociado a este caso y las dudas sobre las condiciones en que se verificaron los hechos, coinciden con los patrones

³³ Expediente digital. Pg. 8

³⁴ Ib ídem. Pg. 16.

reconocidos por organismos supranacionales³⁵ sobre las ejecuciones extrajudiciales, que han sido entendidas como graves violaciones a los derechos humanos.

29. En consecuencia, no es posible afirmar, como lo hace el juez penal militar, que las actuaciones desplegadas por los investigados tengan una relación directa y clara con el cumplimiento de una orden legal y constitucional. Existen dudas al respecto y los elementos probatorios que obran en el expediente son insuficientes para establecer la relación de los hechos con la función militar. Por lo tanto, el caso no cumple con el elemento funcional para ser atribuido a la jurisdicción penal militar.

30. En virtud de la duda sobre el vínculo entre el delito investigado y el servicio militar, los hechos podrían coincidir con las denominadas ejecuciones extrajudiciales. Estas en ningún caso pueden debatirse al amparo del fuero militar, por constituir graves violaciones a los derechos humanos y al DIH³⁶.

31. Bajo ese entendimiento, toda vez que no es clara en la relación entre el homicidio y la prestación del servicio militar, la conducta sobre la que versa esta causa penal no puede considerarse de competencia de la jurisdicción penal militar. La Sala insiste en que esta última es excepcional y depende concurrentemente de los factores subjetivo y funcional del fuero militar y, además, se descarta en eventos en los que posiblemente se ha presentado una ejecución extrajudicial, como en este asunto podría ocurrir, a juicio de la Fiscalía.

Conclusión. Pese a que el presupuesto subjetivo necesario para la activación de la jurisdicción penal militar se encuentra presente, no ocurre así con el funcional. No hay claridad sobre los hechos objeto de investigación y sobre su relación con la prestación del servicio militar. Esto impide apreciar una relación *directa, próxima y evidente* del delito investigado con el servicio militar. Por ende, no se cumplen los requisitos necesarios para aplicar el fuero penal militar.

Por ese motivo, el caso objeto de controversia debe ser conocido por la justicia ordinaria, en aplicación de la regla general de competencia atribuida por el artículo 29 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el carácter excepcional de la Justicia Penal Militar y con las restricciones para que investigue y resuelva sobre conductas contrarias al DIH.

Con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala ordenará remitir el expediente de la referencia a la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia para que proceda con lo de su competencia y comunique la presente decisión a los interesados.

Reglas de decisión. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar pueden ser promovidos por la Fiscalía General de

³⁵ La Fiscalía, al promover este conflicto, refirió ampliamente pronunciamientos de la Corte IDH, como del sistema de defensa de derechos humanos Europeo y Africano, para soportar sus conclusiones al respecto.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-190 de 2021 (M.P. Diana Fajardo Rivera); y Auto 704 de 2021. (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

la Nación ante posibles graves violaciones a los derechos humanos, tal como lo es una presunta ejecución extrajudicial. Adicionalmente, cuando exista duda sobre la relación directa del delito investigado con el servicio militar no será posible acreditar el supuesto funcional de activación de la jurisdicción penal militar. Por tanto, dado el carácter excepcional y restrictivo del fuero penal militar, el conocimiento de los hechos investigados le corresponderá a la jurisdicción ordinaria en materia penal.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional,

RESUELVE

PRIMERO. DIRIMIR el conflicto positivo de jurisdicción entre el Juzgado 77 Penal Militar y la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia, en el sentido de **DECLARAR** que la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia es la autoridad competente para conocer de la investigación adelantada por el homicidio del señor Ariolfo Sánchez Ruiz.

SEGUNDO. Por intermedio de la Secretaría General, **REMITIR** el expediente CJU-764, a la Fiscalía 147 Unidad de Vida de Antioquia para que proceda con lo de su competencia y comunique la presente decisión a los interesados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.



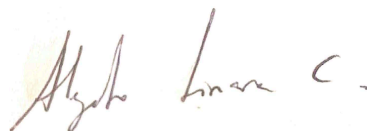
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Presidente



DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada



JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado



ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado



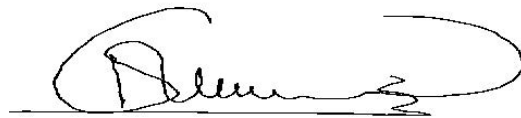
PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada



GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada



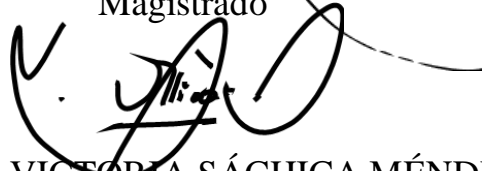
CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada



JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado



ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado



MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

