



Sentencia SU190/21

Referencia: Expediente T-8.012.707.
Acción de tutela interpuesta por
Yenny Alejandra Medina Pulido
contra la Sala Jurisdiccional
Disciplinaria del Consejo Superior de
Judicatura.

Magistrada ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial la prevista en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, una vez cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado el 7 de julio de 2020, en primera instancia, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, el 9 de septiembre del mismo año, en segunda instancia, por la Sala de Casación Civil de la misma Corporación judicial.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y solicitud de amparo

1. El 23 de noviembre de 2019, en el marco de las manifestaciones ciudadanas por el paro nacional, un grupo del Escuadrón Móvil Antidisturbios de la Policía Nacional (en adelante, ESMAD) desarrollaba labores en la Calle 19, entre carreras 5ª y 4ª, del centro de Bogotá D.C. Como resultado de las

operaciones, el joven Dilan Mauricio Cruz Medina resultó herido en la cabeza por un proyectil de *bean bag*¹ y, dos días después, falleció en un centro asistencial de la ciudad. Por los hechos fue procesado penalmente el capitán Manuel Cubillos Rodríguez, identificado como el oficial que al mando del ESMAD, mediante una escopeta calibre 12, causó las lesiones al joven, las cuales a la postre desencadenaron su muerte.

2. Un juzgado de instrucción penal militar y un despacho de la Fiscalía General de la Nación se consideraron a sí mismos competentes para adelantar la investigación contra el uniformado. En consecuencia, se suscitó conflicto positivo de jurisdicciones, el cual fue resuelto mediante Auto del 12 de diciembre de 2019, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. La autoridad judicial asignó el conocimiento del asunto a la Jurisdicción Penal Militar, representada en ese caso por el Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar de Bogotá. Consideró que, de conformidad con las pruebas allegadas, la actuación del capitán de la Policía había sido un acto propio del servicio.

3. Con base en declaraciones de *uniformados* que participaron en las operaciones, concluyó que el oficial investigado había ordenado el uso de la fuerza porque varios miembros del ESMAD estaban siendo atacados con piedras por algunos manifestantes. Así mismo, señaló que el capitán había accionado la escopeta calibre 12, como resultado de lo cual resultó lesionado fatalmente el joven Dilan Mauricio. Sin embargo, estimó que la utilización del arma se dio en el contexto de una manifestación que se tornó violenta y requirió el empleo de la fuerza. Por esta razón, consideró que la conducta del uniformado guardaba relación con las funciones propias de la Policía Nacional.

4. En desacuerdo con la decisión anterior, Yenny Alejandra Medina Pulido, madre del joven fallecido, interpuso acción de tutela contra el auto emitido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Mediante apoderado, acusa la providencia de haber incurrido en defecto fáctico y violación directa de la Constitución, derivados fundamentalmente de la omisión de apreciación de varias pruebas y su valoración en conjunto.

5. En relación con el defecto fáctico, sostiene que en la decisión no fueron tomadas en cuentas las entrevistas que, en sentido opuesto a las declaraciones de los policías, fueron rendidas por varios civiles ante el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía. Afirma que, según estas, al momento del disparo que impactó a Dilan Cruz la Policía no estaba siendo agredida por los manifestantes y, por el contrario, la reacción del ESMAD fue injustificada y afectó de manera desproporcionada una movilización que se desarrollaba de forma pacífica. Señala que de haber valorado los elementos de convicción en

¹ “Bean Bag” es un proyectil de arma de fuego de carga múltiple, que consiste en una bolsa pequeña de material textil (kevlar) con múltiples perdigones de metal o de plomo. *Cfr.* Reuters Investigates (2019). Weapons of Mass Control, Tactics of Mass Resistance. <https://www.reuters.com/investigates/special-report/hong-kong-protests-violence/> En este caso, la bolsa era de aproximadamente 4,7 centímetros y los perdigones, cada uno, de 2.02 mm de diámetro. Protocolo de necropsia, página 3, visible a folio 14 del cuaderno del conflicto de jurisdicciones.

conjunto, por lo menos se habría llegado a la conclusión de que existía una duda respecto de la relación del delito con el servicio. Esta duda, afirma, implicaba dirimir el conflicto de jurisdicción en el sentido de que la investigación y el juzgamiento del oficial procesado deben corresponder a la Jurisdicción Ordinaria.

6. De otro lado, respecto de la presunta violación directa a la Constitución, argumenta que la decisión cuestionada implica el desconocimiento del principio del juez natural. Señala que la actuación del oficial investigado implica una grave vulneración del derecho a la vida, como efecto de la actuación desproporcionada de la fuerza. Plantea que la muerte no puede ser considerada un resultado plausible, cuando se sigue de unas circunstancias en las cuales de ninguna manera estuvo justificado el uso de la fuerza. Así mismo, destaca que merece mayor reproche en aquellos supuestos en los cuales es causada por el Estado, sin existir situaciones propias de un conflicto armado, un motín o un disturbio ciudadano.

7. Con base en los argumentos anteriores, la demandante sostiene que la providencia cuestionada incurrió en los referidos defectos y, como consecuencia, desconoce sus derechos fundamentales al debido proceso, al juez natural y disponer de un recurso judicial efectivo. Así, solicita conceder el amparo, declarar la nulidad de la decisión judicial atacada y ordenar la remisión del proceso penal a la Fiscalía General de la Nación.

1.2. Nulidad parcial y reinicio del trámite

8. El 14 de abril de 2020, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en primera instancia, concedió el amparo. El Magistrado ponente de la decisión cuestionada y la Presidenta de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura impugnaron la sentencia y solicitaron declarar la nulidad del proceso, por indebida notificación del escrito de tutela. Al encontrar probada esta última circunstancia, la Sala de Casación Civil de la Corte decretó la nulidad del proceso, sin afectar la validez de las pruebas. Por lo tanto, el trámite fue reiniciado en la Sala de Casación Penal, con la vinculación de los terceros interesados y las respectivas órdenes de notificación.

1.3. Respuesta de la accionada y del tercero vinculado

9. El *Magistrado ponente* de la providencia demandada señaló que la resolución del conflicto había sido adoptada a partir de las pruebas allegadas por las autoridades que reclamaban para sí el asunto. Preciso que en el marco de esta actuación, fue proferido un auto mediante el cual se solicitó a la Fiscalía informar los argumentos por los cuales se consideraba competente. Indicó que, no obstante, el ente investigador en su respuesta no mencionó ni hizo referencia a los medios de prueba que la demandante ahora estima omitidos. Por esta razón, sostuvo que no podía aseverarse que, en la providencia objeto de discusión, se hayan dejado de lado o no se hayan apreciado algunas pruebas.

10. De esta manera, afirmó: “*sencillamente no se tenía conocimiento de las mismas ni tampoco fueron remitidas por el ente acusador.*” En ese momento, indicó, la Sala “*no contaba con ningún medio de conocimiento que contradijera, controvirtiera, objetara o debatiera lo afirmado por los miembros de la Fuerza Pública entrevistados, respecto de los cuales se hizo clara y expresa mención en el auto en comento.*” Por esta razón, sostuvo no haber incurrido en el defecto fáctico atribuido y que “*tampoco se podía estructurar ninguna duda en el proceso por medio del cual se dirimió el conflicto positivo de competencia..., como criterio para haberlo tenido que enviar a la jurisdicción penal ordinaria.*”

11. Por su parte, mediante comunicación del 28 de mayo de 2021, el *Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar*² indicó que no le era posible pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda de tutela. Esto, por cuanto en su momento había avocado la investigación de los hechos, al considerarse a sí mismo competente para hacerlo, lo cual, además, había sido luego ratificado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. En todo caso, indicó que se ha garantizado los derechos de las partes que han participado activamente en el curso del trámite a su cargo. Adicionalmente, informó que avanzaba en la etapa probatoria y, mediante Auto del 3 de mayo de 2020, había dispuesto la apertura de investigación contra el capitán Manuel Cubillos Rodríguez, por el delito de homicidio culposo.

1.4. Fallos que se revisan

1.4.1. Sentencia de primera instancia

12. El 7 de julio de 2020, en primera instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concedió la tutela, dejó sin efectos la providencia cuestionada y ordenó a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura emitir una nueva decisión que dirimiera el conflicto de jurisdicciones.

13. Determinó que en el marco del trámite que condujo a la emisión del auto acusado, la Fiscalía, en efecto, solo había allegado un breve escrito con los argumentos que sostenían su posición. Subrayó que no había relacionado los medios de convicción recolectados durante la actividad investigativa y, en particular, las entrevistas recibidas por el CTI, a las que hizo alusión la accionante en su escrito. Los únicos elementos de juicio que pudieron ser valorados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, precisó, fueron las declaraciones unánimes de los uniformados del ESMAD, según las cuales, su procedimiento estuvo justificado por los “*desórdenes*” que se presentaron.

² El Juzgado 189 Penal Militar no contestó inicialmente la acción de tutela, pese a haber sido debidamente vinculado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (*supra* párr. 8). Sin embargo, al no existir certeza dentro del expediente de que hubiera sido debidamente notificado, en sede de revisión se dispuso ponerle en conocimiento la demanda de amparo y las sentencias de primera y segunda instancia, para que si, lo consideraba pertinente, se pronunciara al respecto (ver *infra* párr. 32). En respuesta, el Despacho vinculado se manifestó en los términos indicados en el texto.

14. Planteó que, sin embargo, las entrevistas no allegadas resultaban relevantes para establecer el juez natural que debía conocer del proceso, pues la demandante, incluso, manifestó que evidenciaban que los hechos investigados no guardaban relación con el servicio. En este sentido, consideró que la circunstancia de que la autoridad accionada no contara con aquellas *“no es óbice para desconocer las garantías superiores de quien formula el reproche, pues como se indicó, ofrecen una versión contraria a los testimonios vertidos por los agentes del ESMAD que sí fueron valorados y por lo tanto también merecen un pronunciamiento por parte de la judicatura.”*

15. De este modo, ordenó a la Fiscalía remitir con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria las citadas entrevistas, así como la totalidad de los elementos de juicio recaudados, con el fin de que se procediera nuevamente al estudio del caso.

1.4.2. Impugnación y decisión de sentencia de segunda instancia

16. El Magistrado ponente del auto censurado recurrió la decisión de primera instancia y solicitó revocar la concesión del amparo, con base en los mismos argumentos planteados en la contestación a la acción de tutela. En adición, criticó que, según la tesis del fallo impugnado, cada vez que vayan apareciendo nuevos elementos materiales probatorios o evidencias físicas dentro de una investigación penal, es posible debatir la competencia y poner en discusión quién es el juez natural. Esto, por cuanto la sentencia implica dirimir de nuevo el conflicto, mediante la valoración de unas entrevistas con las cuales no se contaba al momento de resolver.

17. El 9 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó en su integridad el fallo recurrido. Indicó que, en efecto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no apreció los elementos de prueba identificados por la accionante, aunque dicha omisión era atribuible a la Fiscalía General de la Nación. Precisó que pese a contar con las entrevistas que la peticionaria mencionó, recolectadas de forma previa a que se decidiera el conflicto de jurisdicción, el ente investigador dejó de remitirlas a la autoridad judicial accionada, aun cuando fue oportunamente requerido.

18. De este modo, concluyó que si bien es cierto la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no puede, en rigor, calificarse de caprichosa y fue la Fiscalía quien desconoció los derechos de la accionante, correspondía al juez de tutela intervenir en aras de garantizar el debido proceso de las partes. En consecuencia, ratificó la decisión de conceder el amparo y de dejar sin efectos el proveído que resolvió el conflicto. Así mismo, confirmó la orden a la Fiscalía de remitir el expediente completo de la investigación penal a la Sala demandada, a fin de que esta resolviera de nuevo, a partir de la totalidad de los elementos probatorios recaudados hasta la fecha de la emisión del auto en discusión.

1.5. Decisión que dio cumplimiento al fallo

19. Mediante Auto de 20 de agosto de 2020, antes de ser resuelta la impugnación, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dio cumplimiento al fallo de primera instancia. La autoridad judicial asignó una vez más el conocimiento del asunto a la Jurisdicción Penal Militar, por considerar que la actuación del capitán investigado, que presuntamente desencadenó la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina, guardaba relación con el servicio. Concluyó que, conforme a las declaraciones de varios policías y las entrevistas a tres funcionarios de la Personería de Bogotá que se encontraban en el lugar de los hechos, el disparo al joven por parte del oficial se realizó en el marco de la decisión del ESMAD de usar la fuerza, ante los ataques con piedras y otros objetos de los que estaban siendo objeto por parte de los manifestantes.

20. Por otro lado, la accionada transcribió también algunos apartes de las cuatro entrevistas recepcionadas por la Fiscalía General de la Nación que, según la accionante, fueron omitidas en la decisión que fue objeto de la acción de tutela. En estas no se hace referencia a que el ESMAD haya recibido agresiones previas de los manifestantes y, en sentido opuesto, señalan que los integrantes del Escuadrón procedieron, con las denominadas *armas menos letales*, contra quienes se manifestaban en la vía pública. Sin embargo, luego de reseñar sus narraciones, indicó: *“las declaraciones rendidas por los Señores Héctor Wilmar Olarte Cancino, Fabián Paredes Aristizábal, Alexandra Paola González Zapata y Angie Lorena Medina Panqueba, si bien eventualmente podrán establecer cómo se dieron los hechos materia de investigación; en lo que respecta a esta Colegiatura, no permiten concluir que la actuación del Capitán (sic) MANUEL CUBILLOS RODRÍGUEZ haya sido ajena al servicio. Es cierto que dichas personas se encontraban en el lugar de los hechos, pero será el Juez competente y no el Juez del conflicto quien determine el valor que deberá dársele a las mismas en aras de determinar si la conducta del Capitán Manuel Cubillos Rodríguez encaja o no dentro de alguno de los tipos penales previstos en el ordenamiento jurídico.”*

21. De esta manera, sin valoraciones probatorias ulteriores, la autoridad judicial accionada determinó que la actuación del capitán Manuel Cubillos Rodríguez se había dado en el marco del servicio. Por lo tanto, concluyó que correspondía a la Justicia Penal Militar determinar si había incurrido en algún delito, a causa de la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina.

1.6. Actuaciones en sede de revisión

22. Remitido el asunto a la Corte Constitucional, fue seleccionado para su revisión mediante Auto del 15 de diciembre de 2020, notificado por medio del estado 1 de 21 de enero de 2021, emitido por la Sala de Selección Número Siete de 2020. La misma Sala repartió a la suscrita Magistrada la sustanciación del caso y el proceso fue enviado con esa finalidad al despacho el 21 de enero de 2021.

1.6.1. Práctica de pruebas

23. Revisado el expediente, la Magistrada sustanciadora encontró que se requería ampliar la información con la que se contaba hasta entonces. En consecuencia, mediante Auto del 11 de febrero de 2021, ordenó al Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar de Bogotá remitir a la Corte copia de la totalidad de la investigación penal seguida contra el capitán de la Policía Nacional Manuel Cubillos Rodríguez, por la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina. Así mismo, dispuso el envío de copia de las diligenciadas relativas al conflicto positivo de jurisdicciones, adelantadas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

24. Una vez allegados los medios de convicción el 27 de febrero de 2021,³ fueron puestos en conocimiento de las partes y terceros con interés, por tres días, con el fin de que se pronunciaran, si así lo estimaban pertinente. En el término de traslado, únicamente el apoderado del capitán Manuel Cubillos Rodríguez se manifestó al respecto. En escrito allegado a la Corte, solicitó declarar improcedente la acción de tutela.

25. Señaló que el video del portal 070 y la Universidad de los Andes “[d]emuestra que la actuación del CAPITÁN CUBILLOS se enmarcó dentro de la normativa de uso de la fuerza vigente para el momento de los hechos.” Lo anterior, debido a que la grabación mostraría que el Oficial “pretend[ió] comunicación con funcionarios públicos de defensoría y gestores de convivencia.” Igualmente, indicó que el video del portal Razón y Fe “muestra la existencia de agresiones previas al momento del incidente y dirigida por parte de varios manifestantes, no solo el señor DILAN CRUZ, lo que implica que fue necesario hacer uso de la fuerza por parte del ESCUADRÓN MÓVIL ANTIDISTURBIOS.”

26. Citó apartes de la versión libre rendida por el capitán Cubillos Rodríguez en el proceso penal militar, a partir de la cual concluyó que “el contexto general de los hechos es de agresión hacia el personal de policía.” Por esta razón, estimó que las conductas del oficial deben considerarse como “actos propios de su función”, puesto que además actuaba por orden de sus superiores. Agregó también que, conforme a lo manifestado por su representado ante la autoridad judicial militar, las armas usadas por el ESMAD son de dotación y no de precisión y que la intención del disparo era dispersar a un número plural de personas en medio de la manifestación.

27. Adicionalmente, referenció extractos de las declaraciones de varios uniformados y de una servidora de la Personería de Bogotá, según las cuales, los manifestantes habrían lanzado objetos contundentes contra la Policía. Con base en estos fragmentos, concluyó que los policías estuvieron inmersos en un “contexto hostil” en el que “por su mera presencia, se veían atacados y afectados.” Añadió que “los miembros del dispositivo, solo atacan quienes están recibiendo la agresión, no la totalidad y de manera innecesaria o

³ Ver informe de la Secretaría de la Corte, del 18 de marzo de 2021.

desproporcionada.” En soporte de esta afirmación, mencionó el testimonio del patrullero Julio César Ríos García quien, además, explicó que el ESMAD tuvo la intención de prestar primeros auxilios a una persona que parecía no poder respirar, después de que se diera la orden de dispersar la multitud.

28. Subrayó que, conforme a la declaración del uniformado Wilson Alirio Salazar Bejarano, después de hablar con una integrante del cuerpo de gestores de convivencia y de la personería de Bogotá, el capitán Cubillos “*da aviso que se va a realizar el uso de la fuerza.*” Por esta razón, indicó que el señor Salazar procedió a disparar dos cartuchos de gas, con el fin de disolver la aglomeración, los cuales, según sus afirmaciones, fueron devueltos por algunos de los manifestantes. Frente a esta declaración, el apoderado concluyó que “[l]os manifestantes, en vez de despejar las vías cuando se les informa de viva voz, con gestos o por medio de gestores decidieron, en muchos casos, devolver los dispositivos utilizados con ese mismo objetivo.”

29. Por último, el apoderado del capitán Cubillos Rodríguez referenció fragmentos del testimonio del Patrullero Jair Villalobos Díaz, en el que este señaló que antes del disparo, que caracteriza como parabólico y dirigido contra la multitud, el oficial al mando del ESMAD habló con la personería y los gestores de convivencia. En criterio del interviniente, esa declaración “*demuestra el uso de fuerza preventiva, tal como la comunicación con terceros y servidores públicos.*” En el mismo sentido, citó una segunda declaración del patrullero Villalobos, en la que indicó que una mujer trató de decirle a los marchantes que se alejaran, “*pero ellos nos empiezan a atacar con palos, piedras y todo tipo de objetos contundentes.*”

1.6.2. Trámite del proceso

30. En sesión de 25 de marzo de 2021, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió asumir el conocimiento del asunto, de conformidad con el Artículo 61 del Reglamento Interno. En razón de lo anterior, el 5 de abril de 2021 fue proferido auto a través del cual la Magistrada sustanciadora resolvió “*ACTUALIZAR los términos procesales del expediente con radicado 8.012.707, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 02 de 2015).*”⁴

31. Mediante Auto de 25 de mayo de 2021, la Magistrada sustanciadora constató que no existía plena certeza de que el escrito de tutela hubiera sido notificado al Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar, como tercero vinculado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, dispuso que se le pusiera en conocimiento la demanda y las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas el 7 de julio y el 9 de septiembre de 2020, respectivamente. Lo anterior, para que, dentro del

⁴ Según el inciso 4º del Artículo 59 del Reglamento Interno de la Corte: “(...) Mientras la Sala Plena adopta la decisión sobre cambio de jurisprudencia, se suspenderán los términos de los respectivos procesos. En todo caso, el proceso deberá ser decidido en el término máximo de tres (3) meses previstos para los casos de tutela, contado a partir del momento en que la Sala Plena asume la competencia. Sin perjuicio de lo anterior, el magistrado sustanciador deberá presentar y registrar el proyecto de fallo a la Sala de Plena por lo menos un (1) mes antes del vencimiento del plazo para decidir.”

término de dos (2) días hábiles, si así lo consideraba pertinente, se pronunciara sobre las pretensiones de la acción y allegara las pruebas que pretendiera hacer valer.

32. El 26 de mayo de 2021, a solicitud de la parte accionante, la Sala Plena de la Corte Constitucional adoptó la medida provisional de disponer la suspensión de la actuación que el Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar adelanta contra el capitán de la Policía Nacional, Manuel Cubillos Rodríguez, por la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina.

1.6.3. Intervenciones

33. En el trámite de revisión se allegaron cinco intervenciones (*amicus curiae*) en apoyo de la solicitud de amparo.

34. El *Colectivo de Abogados/as José Alvear Restrepo y la Federación Internacional de Derechos Humanos* plantearon que en el presente caso la Corte debe aplicar las normas interamericanas de derechos humanos sobre los alcances de la Justicia Penal Militar. Explicaron que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CorteIDH”) hace parte del bloque de constitucionalidad, y en este caso la Corte Constitucional debería amparar los derechos al debido proceso y al juez natural de la accionante, llevando a cabo un control de convencionalidad. Sostuvieron que al hacerlo, la Corte debía tener en cuenta el estándar interamericano, relativo a la prohibición de que la Jurisdicción Penal Militar pueda conocer de violaciones a los derechos humanos.

35. Indicaron que en las sentencias de los casos *Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia* y *Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*, la CorteIDH ha establecido una prohibición absoluta a la investigación y juzgamiento de violaciones de derechos humanos por parte de la Jurisdicción Penal Militar. Con base en estas decisiones, argumentaron que la Justicia Ordinaria tiene la competencia para investigar y decidir sobre delitos ordinarios o crímenes internacionales, incluso si el sujeto pasivo del delito es militar. Solo los delitos contra la disciplina militar, el servicio, el honor, entre otros bienes jurídicos militares, tipificados en el Código Penal Militar, indicaron, son competencia de la Justicia Penal Militar. En consecuencia, afirmaron que las conductas punibles a las que se refiere el Artículo 122 de la Constitución deben ser interpretadas como delitos que atenten contra bienes jurídicos militares en ejercicio del servicio.

36. Citaron la Observación General N° 37 de 2020 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como el Estatuto de Roma para explicar que la conducta estudiada puede constituir un crimen de lesa humanidad, por tratarse de una violación de derechos humanos por parte de la Fuerza Pública durante el ejercicio del derecho a la protesta. Con base en el Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, explicaron que los elementos necesarios para la configuración de un delito de lesa humanidad se acreditarían en el caso de Dilan Cruz. Lo anterior, en tanto “*este hizo parte de*

un contexto de actos ilegales y arbitrarios por parte de la Fuerza Pública en contra de manifestantes civiles que comenzó desde finales de 2019 en el marco del Paro Nacional y se ha extendido hasta el día de hoy en contra de manifestantes.”

37. En relación con el argumento anterior, trajeron a colación una decisión de tutela en la cual la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia identificó una *“intervención sistemática, violenta y arbitraria de la fuerza pública en manifestaciones y protestas”* en la actuación de la Policía y los Escuadrones Móviles Antidisturbios (ESMAD). Esta connotación habría tenido la represión llevada a cabo por la Fuerza Pública durante las manifestaciones de noviembre de 2019. Adicionalmente, presentaron cifras para advertir la persistencia y el aumento del uso abusivo y excesivo de la Fuerza Pública contra los manifestantes, especialmente en las protestas que tuvieron lugar durante el mencionado mes de 2019.

38. Las organizaciones *Human Rights Watch* y *Robert F. Kennedy Human Rights* advirtieron que el Estado colombiano está obligado a garantizar la protección de los derechos a la vida, la integridad física, la libertad de expresión, la asamblea pacífica y el derecho a participar en los asuntos públicos del país. Citaron observaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, informes del Relator Especial de las Naciones sobre los Derechos a la Libertad de Reunión Pacífica y Asociación, y documentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. A partir de estos, señalaron la importancia que se ha reconocido a la asamblea pacífica y, particularmente, a las protestas y manifestaciones públicas, como medio para el ejercicio de otros derechos humanos como la libertad de asociación, la participación política y la libertad de expresión.

39. Indicaron que los Estados tienen la obligación de no interferir de manera injustificada en el derecho a la asamblea pacífica y de facilitar y garantizar su ejercicio en la práctica. Por esta razón, argumentaron que las restricciones que pueden ser introducidas al derecho a la protesta deben ser excepcionales y estar ajustadas a los estándares de proporcionalidad estricta en el ámbito de los derechos humanos. En este orden de ideas, sostuvieron que *“[l]as autoridades deben evitar usar la fuerza a menos que resulte necesario y proporcionado para responder a incidentes concretos de violencia.”*⁵

40. Respecto de los alcances de la Justicia Penal Militar, expresaron que *“[c]on arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Colombia debe garantizar que las víctimas de violaciones de derechos humanos tengan acceso a un recurso efectivo para que estas violaciones sean debidamente investigadas y, si corresponde, procesadas y sancionadas.”* Manifestaron que *“[l]a*

⁵ En desarrollo de este criterio, citan extractos de los *Principios básicos de las Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* y los *Lineamientos sobre el uso de armas menos letales para hacer cumplir la ley* de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

independencia necesaria para investigar y juzgar graves violaciones de derechos humanos cometidas por militares no suele estar garantizada cuando las mismas autoridades militares son las encargadas de investigar a sus miembros y juzgarlos en tribunales militares.” Citaron a la CorteIDH, según la cual, *“frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”*,⁶ exclusión aplicable a todas las etapas del procedimiento.⁷

41. En el mismo sentido, los intervinientes indican que la CIDH *“ha señalado que Colombia debe abstenerse de emplear la justicia penal militar en casos sobre presuntas violaciones de derechos humanos cometidas por policías en el marco de manifestaciones.”* Finalmente, citan observaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en las que se ha instado a los Estados Parte, y en particular a Colombia, *“a asegurar que el personal militar esté sujeto a la jurisdicción penal ordinaria por delitos que no sean de carácter exclusivamente militar.”*⁸

42. El *Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos a la Libertad de Reunión Pacífica y de Asociación, Clément Nyaletsossi Voule*, fundó su intervención en un amplio número de fuentes, entre ellas varios de los tratados internacionales de derechos humanos de los que Colombia es parte, jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, informes, declaraciones y directrices de las comisiones y relatorías especiales de diversos organismos de derechos humanos en el ámbito regional y universal, así como en resoluciones de la Asamblea General de la ONU y observaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Con base en estas fuentes, resaltó la importancia social y política que se ha reconocido a las protestas pacíficas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Igualmente, señaló que *“como medio de expresión colectiva y visible, las protestas pacíficas demuestran la relación integral entre las libertades de expresión, reunión, y asociación y los derechos políticos.”*

43. Destacó que *“[l]a obligación de respetar y garantizar las protestas y los derechos relacionados impone a los Estados tanto deberes negativos como positivos.”* Explicó que las obligaciones positivas, consisten en *“facilitar las protestas y garantizar el ejercicio de esta libertad en la práctica.”* Estos deberes implican *“facilitar afirmativamente el ejercicio de las reuniones pacíficas, proteger a quienes participan en ellas, y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos superpuestos asociados a las protestas.”* Sobre las autoridades judiciales, citó la Observación General N° 37 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la que sostuvo que estas *“deben asegurar la supervisión independiente y transparente de todos los órganos que participen en las reuniones pacíficas.”*

⁶ CorteIDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 274.

⁷ CorteIDH. *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 200.

⁸ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile, Doc. de la ONU CCPR/C/79/Add.104, (1999), párr. 9.

44. En cuanto a las obligaciones negativas, señaló que las restricciones a los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación deben ser excepcionales, en atención a su importancia social y política. Por esta razón, aseguró que corresponde a las autoridades justificar en debida forma cualquier limitación que se imponga al ejercicio del derecho a la protesta pacífica. Preciso que las *restricciones* a la protesta deben satisfacer los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, además de cumplir con un objetivo legítimo. Finalmente, señaló que las fuerzas del orden deben facilitar el ejercicio del derecho de reunión pacífica, “*con miras a reducir al mínimo la posibilidad de que se causen lesiones a las personas o daños a los bienes*”, como se afirmó en la referida Observación General N° 37.

45. Sostuvo que en caso de que surgieran “*situaciones que pueden dar lugar a la violencia, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben tratar de reducir la tensión, acudiendo a la mediación o negociación como técnicas para tal fin, antes de cualquier otra opción.*” El recurso al uso de la fuerza, precisó, debe ser excepcional, justificado igualmente bajo los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad. Por último, agregó que la CIDH y la CorteIDH han establecido que las armas de fuego deben estar por completo excluidas en los operativos de control de las protestas sociales.

46. El *Observatorio Internacional de Abogados* solicitó que se amparen los derechos constitucionales de la accionante, en su criterio vulnerados por la decisión adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura. Señaló que para evitar incurrir en una vía de hecho al resolver un conflicto de competencias, se debe tener en cuenta que el debido proceso tiene un componente esencial, que es la garantía del juez natural, y que la competencia para conocer de violaciones de derechos humanos recae sobre el juez ordinario. A este respecto, también citó los casos *Vélez Restrepo Vs. Colombia* y *Durand y Ugarte Vs. Perú* de la CorteIDH.

47. Planteó que en el *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*, la Corte Interamericana señaló que “*del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación.*” Resaltó que, según la jurisprudencia de la CorteIDH, el ámbito de aplicación del fuero penal militar debe ser interpretado de manera restrictiva, y, en ese sentido, la investigación y juzgamiento de derechos humanos a través de la Jurisdicción Penal Militar puede dar lugar a diferentes violaciones a los derechos establecidos en la Convención Americana. Señaló que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que esa interpretación restrictiva adquiere mayor relevancia cuando el involucrado tiene un rango del que se deriva una posición de garante.

48. Indicó que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-358 de 1997,

estableció un elemento subjetivo (miembro de la Fuerza Pública) y otro funcional (acto de servicio) para el análisis de la fundamentación de la Jurisdicción Penal Militar. Resaltó que el vínculo funcional entre la calidad subjetiva de militar y el acto de servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, porque se comete en el contexto del derecho a la protesta pacífica de la víctima. A este respecto, afirmó que en la Sentencia T-932 de 2002, la Corte concluyó que en el caso de la masacre de Santo Domingo “*se configuraría un exceso cualitativo en el ejercicio de las funciones militares y se rompería el vínculo funcional directo (...) de suerte que sería forzoso adjudicar el conocimiento del proceso a la jurisdicción penal ordinaria.*”

49. Por último, la organización interviniente subrayó que ciertas conductas delictivas, como el abuso excesivo de la Policía contra manifestantes, pueden ser calificadas como delitos de lesa humanidad si es posible determinar los elementos de generalidad y sistematicidad a la luz del derecho internacional. Señaló, con apoyo en reportes de prensa y una decisión del Consejo de Estado, que las acciones de estigmatización, violencia y criminalización emprendidas contra los manifestantes se han dado de una manera sistemática y generalizada. Por esta razón, estimó que dichas acciones pueden constituir una violación de los artículos 6, 7 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y además un delito de lesa humanidad.

50. La *Comisión Colombiana de Juristas* presentó intervención cuando ya había sido repartido y registrado el correspondiente proyecto de fallo.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. Competencia

51. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Cuestiones previas

52. Antes de identificar el eventual problema jurídico a resolver, se deben abordar dos cuestiones previas. En primer lugar, la medida en que la acción de tutela que se analiza es interpuesta contra la decisión que resuelve un conflicto de competencias entre jurisdicciones, es necesario analizar si, en efecto, dicho conflicto había sido debidamente trabado. En particular, es relevante determinar si la Fiscalía General de la Nación podía participar de un trámite de esta naturaleza, dado que, en principio, ocupa el papel de *parte*, no de autoridad jurisdiccional, dentro del proceso penal de la Ley 906 de 2004. La verificación de lo anterior es decisivo, pues si no existía realmente una colisión, tampoco mediante la acción de tutela habría la posibilidad de dejar sin efectos la providencia atacada, para asumir la decisión de dirimir el supuesto conflicto.

53. Como segunda cuestión, es necesario determinar si la acción de tutela que se analiza cumple los presupuestos de procedencia para ser analizada de fondo.

2.2.1. La facultad de la Fiscalía General de la Nación para promover conflictos de jurisdicción

54. Para la configuración del conflicto de competencia entre jurisdicciones, la Corte ha establecido que debe existir una actuación, trámite o proceso sobre el cual se suscite la colisión (*presupuesto objetivo*). Así mismo, es necesario que las autoridades en conflicto hayan manifestado las razones por las cuales rechazan la competencia o consideran tenerla en el caso concreto (*presupuesto normativo*). Y, por último, la controversia debe ser entre, al menos, dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones⁹ (*presupuesto subjetivo*).

55. En el presente asunto, los dos primeros presupuestos se encuentran claramente satisfechos. Por un lado, el debate versa sobre la autoridad a quien corresponde conocer del proceso penal seguido contra el capitán del ESMAD, Manuel Cubillos Rodríguez, por la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina, ocurrida en noviembre de 2019, en el marco de una jornada de protestas ciudadanas.

56. Por otro lado, el Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar manifestó ser competente para adelantar la investigación, pues desde su punto de vista, el oficial de la Policía, adscrito al ESMAD, se encontraba en cumplimiento de sus funciones de control de disturbios, conforme a lo previsto en la Resolución 3002 del 29 de junio de 2017.¹⁰ A su vez, aunque de forma menos desarrollada, el Fiscal 198 Seccional de la Unidad de Vida consideró que le correspondía adelantar la investigación, entre otras razones, por cuanto “*no todo lo que realice el uniformado como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo debe quedar comprendido dentro del derecho penal militar.*” Indicó que “*el comportamiento debe tener una relación directa y próxima a la función policiva. Pero el concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice y esto es claramente el objetivo de la investigación.*”

57. Por último, la Corte considera que también se halla cumplido el requisito subjetivo, en la medida en que, en relación con la Justicia Penal Militar, la Fiscalía podía propiciar un conflicto de jurisdicciones en el presente caso. La satisfacción de este presupuesto implica, sin embargo, una explicación y varias precisiones.

58. A partir de una lectura orgánica de la estructura del Estado, derivada de la redacción original y aún vigente de la Constitución, esta Corporación ha

⁹ Auto 155 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰ “*Por la cual se expide el manual para el servicio en manifestaciones y control de disturbios para la Policía Nacional*”. Ver folio 116 del Cuaderno 1 del proceso penal.

señalado que la Fiscalía General de la Nación es un órgano encargado de administrar justicia (Art. 116 superior) y perteneciente a la Rama Judicial (Art. 249.3 de la CP). Tal ubicación en el diseño constitucional ha sido explicada, con base en lo dispuesto en la Asamblea Nacional Constituyente, así como en la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, “*en razón de las funciones jurisdiccionales atribuidas a este órgano.*”¹¹

59. En efecto, la Corte ha discernido que la Fiscalía General de la Nación cumple funciones mixtas de carácter jurisdiccional y no jurisdiccional.¹² Al respecto, con fundamento en un criterio funcional-formal se ha determinado en abstracto qué funciones pueden predicarse de una u otra naturaleza y, por tanto, el alcance, sentido y ámbito de aplicación de los particulares principios que respectivamente las gobiernan (autonomía e independencia judicial, y unidad de gestión y jerarquía). En ese orden de ideas, a modo de subcriterios, se ha dicho que (i) “[una función] es jurisdiccional cuando de manera expresa la Constitución o la ley la han calificado como tal”; y (ii) si la materia sobre la cual ha de decidir el órgano, por facultad que la Constitución o la ley, de manera explícita o implícita, goza de reserva judicial.¹³

60. Bajo esa línea, aun cuando el citado Acto Legislativo 03 de 2002, redujo ostensiblemente las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía, esta Corte ha precisado que aquellas no le fueron retiradas por completo. En ese sentido, atendiendo el primero de los sub-parámetros antes referidos, se ha calificado como jurisdiccional, por ejemplo, la facultad prevista en el numeral 2 del Artículo 250 de la Constitución consistente en “[a]delantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones.” Dicha competencia fue reproducida en el numeral 3 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004. Por lo tanto, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, se trata de funciones jurisdiccionales en la medida en que el artículo 28 de la Constitución dispone que “*nadie puede ser molestado en su persona o familia [...] ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente.*”¹⁴

61. Con base en el segundo subcriterio antes señalado, también han sido calificadas como funciones jurisdiccionales algunas de las previstas en la Ley 1708 de 2014, Código de Extinción de Dominio, precisamente, por tratarse de materias sobre las que existe reserva judicial. Ejemplo de ellas son las dispuestas en el artículo 162 de la codificación referida, según el cual “[c]on el propósito de recaudar elementos probatorios, el Fiscal General de la Nación o sus delegados podrán hacer uso de las siguientes técnicas de investigación durante la fase inicial: 1. Allanamientos y registros. 2. Interceptación de comunicaciones [...] 5. Búsquedas selectivas en bases de datos. 6. Recuperación de información dejada al navegar en internet. 9. Escucha y grabación entre presentes.”

¹¹ C-232 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹² *Ídem*. Así mismo, ver Autos A401 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos; y A155 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹³ Sentencias T-120 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero; y C-232 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁴ *Ibidem*.

62. De otro lado, básicamente han sido consideradas funciones no jurisdiccionales, regidas por el principio de unidad de gestión y jerarquía, no así por el de autonomía e independencia judicial, aquellas que consisten en “solicitar decisiones a un juez penal y aquellas en las que no hay reserva judicial.” Entre las primeras, se encuentran a título ejemplificativo las de: (i) solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para garantizar la comparecencia de imputados y conservación de la prueba; y (ii) requerir del juez de conocimiento medidas para la asistencia de las víctimas, restablecimiento del derecho y reparación. En relación con las decisiones sobre las que no existe reserva judicial, se pueden citar, entre otras, las de (i) velar por la protección de las víctimas e intervinientes en el proceso; (ii) presentar escrito de acusación; y (iii) dirigir y coordinar funciones de policía judicial, salvo las medidas de instrucción en las que exista reserva judicial (por ejemplo, interceptación de comunicaciones).

63. Ahora bien, a partir de la distinción anterior, entre funciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales, es claro que cuando la Fiscalía desempeña las primeras y en relación con estas se genera un conflicto, la entidad se halla habilitada para promoverlo y provocar su resolución. Es posible considerar, en cambio, que en aquellos supuestos en los cuales solamente actúe como *parte* en el marco del proceso penal, esa posibilidad no se encuentra habilitada. No obstante, para la Sala Plena y específicamente respecto de la Justicia Penal Militar, existen razones constitucionales suficientes, a partir de las cuales es posible concluir que, aún en tales condiciones, la Fiscalía General de la Nación cuenta con la facultad de promover conflictos de jurisdicción.

64. El proceso penal de tendencia adversarial introducido por el Acto Legislativo 02 de 2003 y la Ley 906 de 2004 posee unas características singulares, que lo distinguen de otra clase de actuaciones judiciales. Básicamente está dividido en dos grandes etapas: la investigación y el juicio. La primera tiene, en esencia, el sentido de que las partes, Fiscalía y defensa, preparen el debate jurídico y probatorio que tendrá lugar en la segunda fase, con arreglo al principio de igualdad de armas. En cuanto tiene que ver con el papel de la Fiscalía, por disposición constitucional (Art. 250 de la C.P.), su obligación consiste en adelantar el ejercicio de la acción penal. En desarrollo de este deber, traza la hipótesis investigativa, diseña el programa metodológico de la investigación y construye su teoría del caso.

65. Debido a su función, la investigación que lleva a cabo se estructura, jurídicamente, con miras a la fase del juzgamiento, en la cual se activará la actuación del juez de conocimiento. En este sentido, la autoridad judicial que habrá de presidir la fase del juicio depende de la hipótesis acusatoria planteada por la Fiscalía. En otros términos, los hechos que constituyen la acusación y habrán de ser probados determinan el juez natural de la causa. Así, si por ejemplo, se trata de una conducta punible contra el honor o el servicio, cometida por un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo, es verdad que no puede predicarse de la Fiscalía General “incompetencia” o falta

de “jurisdicción” para investigarlo. Sin embargo, lo relevante es que, así lo hiciera, no podría acusar por ese delito al uniformado ante los jueces ordinarios, pues, evidentemente, estos no cuentan con competencia para adelantar la respectiva causa.

66. Así, pese a que la Fiscalía, en tanto *parte* del proceso, no cumple funciones jurisdiccionales como regla general, el ejercicio de la acción penal está ligado de forma necesaria a la activación de la jurisdicción ordinaria. Esa estrecha e inescindible relación entre la investigación que desarrolla el fiscal y la determinación de la competencia de los jueces ordinarios para adelantar la fase del juicio, en criterio de la Corte, comporta que el debate sobre las autoridades a quienes corresponde conocer del asunto puede ser planteada desde la investigación, por parte de la Fiscalía General.¹⁵ Existen, además, relevantes razones constitucionales en sustento de esta conclusión.

67. En primer lugar, ello garantiza los principios de celeridad y economía procesal. La celeridad implica que la administración de justicia debe ser pronta y cumplida.¹⁶ La jurisprudencia constitucional ha afirmado al respecto, que los plazos procesales deben desarrollarse con sujeción a los precisos términos señalados en la ley y que el proceso concluya dentro del menor término posible y logre su finalidad, a través del pronunciamiento de la correspondiente sentencia.¹⁷ En similar sentido, la economía procesal supone conseguir los resultados de la correspondiente actuación (establecimiento de la verdad como medio para lograr la realización del derecho sustancial), con el empleo del mínimo de actividad procesal, naturalmente sin violar el debido proceso, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución.¹⁸

68. En un caso como el del ejemplo citado, relativo a una conducta de clara naturaleza militar, si la Fiscalía no estuviera facultada para promover el conflicto de jurisdicciones se vería abocada a dos escenarios paradójicos que, además, irían en contra de los mencionados principios. Por un lado, teóricamente estaría obligada a emprender una investigación que, sabrá de entrada, no podrá ser la base de un llamamiento a juicio ante los jueces ordinarios. De otro lado, en todo caso al culminarla, tendría que presentar la acusación, a fin de que el juez ordinario promueva el conflicto de jurisdicciones ante la Jurisdicción Penal Militar.

69. Por el contrario, la posibilidad de que la Fiscalía promueva la colisión permite que el debate sobre la autoridad competente para examinar el caso sea

¹⁵ En el derecho internacional de los derechos humanos, la Corte IDH, al referirse a la aplicación excepcional y restrictiva del fuero penal militar, parte, así mismo, de premisas análogas a las que sostienen la aproximación acabada de presentar. De esta manera, ha precisado que el carácter limitado del fuero aplica no solo para el juzgamiento sino también en otras etapas del proceso (como la investigación). El Tribunal internacional ha precisado: “*la incompatibilidad de la Convención Americana con la intervención del fuero militar en este tipo de casos (no relacionados con la disciplina o la misión castrense) no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación, dado que su actuación constituye el inicio y el presupuesto necesario para la posterior intervención de un tribunal incompetente*”. CorteIDH. Casos *Fernández Ortega y otros Vs. México*. Cit., párr. 177; *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Cit., párr. 161; y *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Cit., párr. 200.

¹⁶ Artículo 4º de la Ley 270 de 1996.

¹⁷ Sentencia C-416 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell, reiterada en la Sentencia C-543 de 2011.M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁸ Sentencia C-404 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía.

planteado y resuelto desde la investigación. A su vez, ello facilita que el proceso avance y termine rápidamente con el fallo, pues la fase del juicio no se verá a frustrada, por ejemplo, con la decisión de trasladar el conocimiento del caso a la Justicia Penal Militar. De la misma manera, hace posible que el ente investigador no tenga que aguardar hasta esa fase para que el juez de conocimiento promueva el conflicto, mientras tanto llevar a cabo una investigación, sobre la base de la cual, probablemente, no podrá formular un llamamiento a juicio contra el imputado.

70. En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la potestad en cabeza de la Fiscalía para suscitar el conflicto de jurisdicciones garantiza el acceso y eficacia de la administración de justicia. La Corte ha subrayado los vínculos entre el principio de celeridad y el derecho al acceso a la justicia, entendida esta desde una acepción material. De esta forma, ha explicado: *la jurisdicción no cumple con la tarea que le es propia, si los procesos se extienden indefinidamente, prolongando de esta manera, la falta de decisión sobre las situaciones que generan el litigio, atentando así, gravemente contra la seguridad jurídica que tienen los ciudadanos. La administración de justicia, no debe entenderse en un sentido netamente formal, sino que radica en la posibilidad real y verdadera, garantizada por el Estado, de que quien espera la resolución de un proceso, la obtenga oportunamente. (...) Así las cosas, vale decir, que una decisión judicial tardía, constituye en sí misma una injusticia, como quiera que los conflictos que se plantean quedan cubiertos por la incertidumbre, con la natural tendencia a agravarse.*"¹⁹

71. Conforme a lo anterior, al mismo tiempo que el proceso penal avanza con celeridad gracias a la certeza pronta respecto de las autoridades a quienes corresponde el conocimiento de los asuntos, el hecho de que la Fiscalía tenga la facultad de propiciar el conflicto de jurisdicciones garantiza un acceso adecuado y la eficacia de la administración de justicia. Permite que los medios de convicción sean empleados en el juicio, efectivamente, a partir de la investigación en el marco de la cual fueron concebidos y recaudados. Así mismo, que las diligencias practicadas surtan el fin para el cual fueron llevadas a cabo y no que deban ser reconfiguradas en el contexto del trámite militar, es decir, bajo una naturaleza sustancialmente distinta.

72. Desde otro punto de vista, la posibilidad de que la Fiscalía promueva conflictos de jurisdicción preserva valores constitucionales como la justicia y evita escenarios de impunidad. Si la Fiscalía no cuenta con la referida potestad, puede ocurrir que mientras el conflicto sea suscitado por autoridades jurisdiccionales, los elementos de convicción se vean disminuidos en su capacidad demostrativa. Como consecuencia, si luego de un tiempo considerable de ocurridos los hechos el asunto es asignado a la Jurisdicción Ordinaria, en muchos casos aquellos no podrán ser practicados como pruebas o su potencialidad en cuanto tal se habrá reducido sustancialmente.

¹⁹ Sentencia T-577 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En el mismo sentido, ver la Sentencia C-543 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto.

73. En este orden de ideas, si bien es cierto, cuando actúa en calidad de *parte* dentro del proceso penal, la Fiscalía generalmente no desarrolla funciones jurisdiccionales, se trata de una entidad que constitucionalmente administra justicia y, en especial, la investigación penal que lleva a cabo está vinculada de forma necesaria al ejercicio de la jurisdicción ordinaria. En este sentido, razones ligadas a los principios de celeridad y economía procesal, de eficacia y acceso a la administración de justicia, aconsejan que el titular de la acción penal pueda propiciar conflictos de jurisdicción. Por las razones advertidas, en consecuencia, la Sala determina que en el conflicto de jurisdicciones cuya resolución se impugna mediante la presente acción de tutela, se cumple el presupuesto subjetivo, en la medida en que la Fiscalía 298 Seccional de la Unidad de Vida Bogotá podía tomar parte del conflicto con el Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar.

2.2. Procedencia de la acción de tutela

74. **Requisitos generales.** Antes de identificar el eventual problema jurídico a resolver, es necesario determinar si la acción de tutela que se analiza cumple los presupuestos de procedencia para ser analizada de fondo. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, las providencias de los jueces de la República, en ejercicio de la función jurisdiccional, pueden ser excepcionalmente objetadas a través de la demanda de amparo constitucional.²⁰ Sin embargo, dado que las decisiones judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento de los derechos y debido a los valores asociados a la seguridad jurídica, a la cosa juzgada y la independencia y autonomía judicial, la Corte ha señalado que deben cumplirse un conjunto de requisitos generales de procedencia.²¹

75. De este modo, para poder acudir a la acción de tutela es necesario que: (i) se cumplan los presupuestos de legitimación por activa y por pasiva, (ii) el debate planteado presente relevancia constitucional; (iii) no existan otros mecanismos ordinarios, idóneos o eficaces, de defensa judicial o que, de

²⁰ Sentencias SU-072 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. SPV. Carlos Bernal Pulido. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo y SU-146 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. SV. Alberto Rojas Ríos. SV. Alejandro Linares Cantillo. SV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Diana Fajardo Rivera.

²¹ Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Desde esta decisión, la Corte se ha referido a requisitos generales y especiales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, los primeros como condiciones para poder acudir al mecanismo de la acción de tutela (que se ilustrarán en el texto, a continuación) y los segundos como vías por las cuales una decisión judicial puede ser atacada, como se explicará *infra* en el acápite N° III de las consideraciones sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Estas vías son equivalentes a los denominados *defectos* en los cuales puede incurrir una providencia. Tales defectos son: (i) orgánico, (ii) procedimental absoluto, (iii) fáctico, (iv) material o sustantivo, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento de precedente, y (viii) violación directa de la Constitución. Por razones de claridad, convendría distinguir entre requisitos de procedencia y causales de prosperidad de la acción. Los primeros son presupuestos procesales para que el ciudadano pueda promover el proceso de tutela, todos deben cumplirse y, de no ser satisfecho alguno de ellos, el juez constitucional no podrá analizar un problema jurídico de fondo. En cambio, los segundos representan vías argumentativas calificadas por la jurisprudencia constitucional, a través de las cuales una providencia judicial puede ser atacada y, eventualmente, dejada sin efectos. De este modo, es posible que la demanda de amparo cumpla los requisitos de procedencia para que el juez se adentre en el análisis de fondo. Sin embargo, puede ocurrir que la acción no prospere al concluirse que la decisión censurada no incurrió en ningún defecto. En contraste, la constatación de que la providencia atacada presenta algún defecto implica el previo cumplimiento de todos los requisitos de procedencia.

existir, hayan sido agotados. Esto, salvo que el accionante se encuentre en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, en cuyo caso la acción podrá ser empleada como mecanismo transitorio; (iv) no haya transcurrido un lapso excesivo, irrazonable o injustificado después de la actuación u omisión que dio lugar al menoscabo alegado (inmediatez) y (v) de invocarse irregularidad procesal, ésta tenga incidencia definitiva o determinante en la decisión judicial que se cuestionada.

76. Adicionalmente, (vi) el demandante debe proporcionar una identificación mínima de los hechos que generan la presunta vulneración y los derechos desconocidos. De igual forma, constituye una condición de procedencia que, de haber sido posible, el actor haya invocado dichos argumentos en el proceso judicial. Por último, (vii) la providencia censurada no podrá consistir en una sentencia que resuelve una demanda de tutela, sentencias de la Corte Constitucional ni del Consejo de Estado sobre nulidad por inconstitucionalidad.²²

77. ***La acción de tutela que se examina es procedente. Legitimación en la causa por activa²³ y por pasiva.²⁴*** De un lado, la accionante se encuentra legitimada por activa para reclamar judicialmente la protección de sus derechos, como lo hace en este caso, mediante apoderado. La vulneración se habría originado con la decisión judicial, mediante la cual se asignó la competencia para conocer de la responsabilidad penal por la muerte de su hijo, a la Jurisdicción Penal Militar. De este modo, en calidad de víctima, afirma que la providencia cuestionada omitió valorar varias pruebas y desconoció el principio del juez natural. Como resultado, sostuvo que incurrió en defecto fáctico y violación directa de la Constitución.

78. De otro lado, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se encuentra legitimada por pasiva. El Artículo 18, numeral 1, literal e), del Acto Legislativo 02 de 2015 dispuso que esa autoridad judicial dejaría de ejercer sus funciones hasta cuando se posesionaran los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Esto ocurrió el 13 enero de 2021.²⁵ Sin embargo, en diciembre de 2019, cuando aún se hallaban ejerciendo sus competencias, fue emitida la providencia judicial cuestionada, de modo que podía ser demandada en el presente asunto.

79. ***Relevancia constitucional.*** A juicio de la Sala Plena, la demandante plantea un debate de relevancia constitucional, en la medida en que, en su

²² Sentencia SU-391 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²³ De conformidad con el Artículo 86 de la Constitución, toda persona tiene la facultad de ejercer la acción de tutela, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales. El Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 prevé que el presente requisito se satisface cuando la acción de tutela es instaurada: (i) directamente; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, las personas en situación de incapacidad absoluta, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) mediante apoderado judicial; (iv) por medio de agente oficioso; o (v) por parte del Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

²⁴ El Artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen violar algún derecho fundamental.

²⁵ Ver

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/13382825/68503968/Informe+gestión+100+d%C3%ADas+CN+DJ/bedbb681-489e-4e23-83af-11609d1ea291>

condición de víctima, denuncia la violación y reclama la protección de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, en el marco de las actuaciones adelantadas para esclarecer la responsabilidad penal por la muerte de su hijo. Así mismo, el asunto pone de manifiesto los alcances constitucionales y el contenido del fuero penal militar y el problema de la relación del delito con el servicio.

80. Como elemento subyacente a los dos anteriores, el asunto supone un análisis sobre las implicaciones de la garantía constitucional del juez natural para las víctimas. Como se mostrará, el fuero penal militar es una institución ligada al derecho al juez natural que, a su vez, constituye uno de los componentes básicos del debido proceso. En estas condiciones, debido a las circunstancias en las cuales la accionante presenta la solicitud de amparo, se plantea la cuestión de si el juez natural, en el marco de una actuación penal, no solo implica un derecho para el procesado, sino también una garantía para las propias víctimas. Particularmente, se debate si la garantía del juez natural compromete sus derechos a un recurso judicial efectivo y al debido proceso.

81. *Inmediatez.*²⁶ La acción de tutela fue instaurada con arreglo al presupuesto de inmediatez. La providencia que se cuestiona fue emitida el 12 de diciembre de 2019 y al principio del siguiente mes, el 8 de enero de 2020, el apoderado de la accionante presentó demanda de constitución de parte civil en el proceso penal militar,²⁷ la cual fue admitida mediante Auto de 13 de enero de 2020,²⁸ instante desde el cual esta pudo conocer las piezas procesales que hacían parte del expediente. Con posterioridad, la acción de tutela fue presentada el 10 de marzo de 2020. De este modo, teniendo en cuenta el trámite de proceso y el momento desde el cual la accionante tuvo la oportunidad de acceder al expediente, puede considerarse que el tiempo de dos (2) meses y veintiocho (28) días transcurrido es razonable y, por ende, la acción de tutela fue oportunamente presentada.

82. *Subsidiariedad.*²⁹ Se satisface, así mismo, el requisito relativo al empleo de la tutela como mecanismo subsidiario. Dado que la accionante no resultó vinculada al trámite del conflicto de jurisdicción y el auto que dirime el conflicto, de conformidad con el inciso 4º del Artículo 139 del Código General del Proceso, no admite recursos, no existían en este caso mecanismos ordinarios de defensa judicial a los cuales pudiera previamente acudir.

²⁶ La tutela no cuenta con un término preestablecido para su presentación. Esta Corte ha explicado que la tutela debe presentarse en un término razonable, a partir del momento en que se presentó la acción u omisión que amenaza o vulnera los derechos fundamentales. Al respecto, entre otras, las sentencias T-143 y T-061 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁷ Proceso penal militar, cuaderno 2, folios 292 a 295.

²⁸ *Ibidem*, folio 312.

²⁹ La acción de tutela es procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan idóneos o eficaces según las circunstancias del caso concreto, o cuando se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable (Artículo 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991). Se ha determinado que, tratándose de sujetos de especial protección o de individuos que se encuentran en posiciones de debilidad manifiesta (v.gr. por su edad, salud o condición económica), el análisis de procedibilidad formal se flexibiliza. Ver sentencias SU-049 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. SPV. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-317 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-443 de 2017. M.P. (e) Iván Humberto Escruería Mayolo. AV. Alberto Rojas Ríos, entre otras.

83. *Naturaleza de la providencia cuestionada e identificación mínima de los hechos y argumentos.* Por último, la providencia cuestionada no consiste en una sentencia que resuelve una demanda de tutela, tampoco es una providencia de la Corte Constitucional ni una sentencia del Consejo de Estado que decide sobre el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, sino en un auto que dirime el conflicto de jurisdicción suscitado entre la Fiscalía General de la Nación y la Jurisdicción Penal Militar.

84. De otra parte, la accionante señaló los hechos y las razones de derecho por las cuales, a su juicio, la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria vulneró sus derechos fundamentales. En particular, acusó la decisión de haber incurrido en un defecto fáctico y precisó que ello habría ocurrido porque se dejaron de apreciar varias pruebas, cuyo contenido expresamente menciona. Además, argumentó cómo lo anterior desconoce sus derechos al debido proceso y a contar con un recurso judicial efectivo, pues si aquellas hubieran sido tenidas en cuenta, la decisión de la autoridad accionada habría consistido en asignar la competencia a la Jurisdicción Ordinaria.

85. En este orden de ideas, la Sala concluye que la solicitud de protección constitucional interpuesta supera los requisitos de procedencia y se ocupará, ahora, de identificar el alcance de la demanda y el problema jurídico que habrá de ser resuelto.

2.3. Planteamiento del caso, problema jurídico y estructura de la decisión

86. La demandante perdió a su hijo, Dilan Mauricio Cruz Medina, mientras este participaba en las manifestaciones ciudadanas por el paro nacional, el 23 de noviembre de 2019. Dilan Mauricio Cruz Medina falleció como consecuencia de un impacto de proyectil *bean bag* en la cabeza, disparado -al parecer- por el capitán Manuel Cubillos Rodríguez, quien comandaba operaciones del ESMAD de la Policía Nacional, en el lugar de los hechos. Las jurisdicciones Penal Ordinaria y Penal Militar se consideraron a sí mismas competentes e iniciaron la respectiva investigación penal contra el oficial. Suscitado el conflicto de jurisdicciones, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura asignó el conocimiento del asunto a la Jurisdicción Penal Militar.

87. La referida Sala, apoyada en varias declaraciones de uniformados del ESMAD que participaron en el operativo, estimó que el uso del arma por parte del capitán Cubillos constituyó un acto relacionado con el servicio, pues se dio en respuesta a que la manifestación se había tornado violenta. La madre de Dilan Mauricio Cruz Medina instauró acción de tutela contra la decisión anterior, pues considera que incurrió en defecto fáctico y violación directa de la Constitución, básicamente, a causa de la omisión de apreciación de varias pruebas y su valoración en conjunto. Como resultado, sostiene que infringe sus derechos fundamentales al debido proceso, al juez natural y disponer de un recurso judicial efectivo.

88. Según la accionante, la providencia cuestionada dejó de lado y no apreció diversas evidencias. Afirma que conforme a estas, los policías no estaban siendo agredidos por los manifestantes y el uso de la fuerza por parte del ESMAD fue injustificada. Si se hubiera tomado en cuenta tales medios de convicción, considera que se habría llegado a la conclusión de que al menos subsistía una duda respecto de la relación de la conducta del uniformado con el servicio. Esta duda, indica, implicaba dirimir el conflicto en el sentido de que la investigación y eventual juzgamiento del oficial procesado correspondía a la Jurisdicción Penal Ordinaria.

89. De otro lado, para la peticionaria, la decisión viola directamente la Constitución por cuanto desconoce el principio del juez natural, el debido proceso y el derecho a contar con un recurso judicial efectivo. Señala que la actuación del oficial investigado implica una grave vulneración del derecho a la vida, como efecto de la actuación desproporcionada de la fuerza. Afirma que la muerte de un manifestante no puede ser considerada un resultado plausible, cuando se sigue de unas circunstancias en las cuales de ninguna manera estuvo justificada la intervención y el uso de la fuerza por parte del ESMAD.

90. La autoridad judicial accionada, por su parte, afirmó no haber incurrido en los defectos alegados por la demandante. Argumentó básicamente que en el trámite del conflicto de jurisdicciones no tuvo conocimiento de las pruebas que la peticionaria estima omitidas, por cuanto la Fiscalía no las allegó cuando puso de presente las razones por las cuales consideró ser competente. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en todo caso, al dar cumplimiento al fallo de tutela de primera instancia, esta vez con base en la totalidad de los medios de prueba que reposaban dentro del proceso, asignó una vez más el conocimiento del asunto a la Jurisdicción Penal Militar. Reiteró que la actuación del capitán investigado se realizó en el marco del uso de la fuerza, destinado a controlar las supuestas agresiones llevadas a cabo por algunos de los manifestantes.

91. Conforme a lo anterior, aunque la peticionaria argumenta que la decisión judicial censurada incurrió en dos defectos -fáctico y violación directa de la Constitución, ambos se habrían originado en la presunta omisión de apreciación de diversas evidencias. Este error habría conducido a ignorar que existía al menos una duda respecto del nexo entre la conducta investigada y el servicio. Así mismo, a que presuntamente ocurrió un uso desproporcionado de la fuerza por parte del ESMAD. La Corte, por lo tanto, centrará el análisis en el problema probatorio alegado. De esta manera, habrá de determinar si una providencia judicial, al asignar a la Jurisdicción Penal Militar la competencia para conocer de la muerte de un manifestante, pese a existir duda sobre la relación de esa conducta con el servicio, incurre en defecto fáctico, violatorio de los derechos al debido proceso y a un recurso judicial efectivo de las víctimas.

92. Con el propósito de ilustrar los fundamentos de la justificación del fallo, la Sala Plena reiterará su jurisprudencia sobre (i) la garantía del juez natural y los alcances del fuero penal militar. Dado que la muerte -cuyo juez

competente se investiga- se produjo como resultado de la actuación de la Policía Nacional en el marco de una manifestación ciudadana, a continuación, (ii) abordará las reglas internas y estándares internacionales sobre el uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad del Estado. Luego, (iii) reiterará su jurisprudencia sobre las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, con especial mención del defecto fáctico. Por último (iv) abordará la resolución del caso concreto, a partir de las consideraciones analizadas.

2.4. Fundamentos

I. JUEZ NATURAL Y FUERO PENAL MILITAR

1.1. La garantía del juez natural. Reiteración de jurisprudencia

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 juicio³² y a tener posibilidades adecuadas de contradicción y defensa.³³ Así mismo, se halla íntimamente relacionado con el derecho de acceso a la administración de justicia.³⁴

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.³⁵ En este sentido, la

³⁰ Sentencias SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 8; T-685 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. fundamento jurídico N° 13; T-590A de 2014. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez, fundamento jurídico N° 2.6; C-328 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 5.3; y C-537 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 16.

³¹ Dado que el juez natural es aquél a quien la Constitución o la ley le ha asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su definición. Sentencias SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 8; T-386 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico N° 2.3.2; y C-193 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Carlos Bernal Pulido. SV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Alberto Rojas Ríos. AV. Diana Fajardo Rivera. A.V. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. José Fernando Reyes Cuartas, fundamento jurídico N° 47.

³² El “ *juez natural no puede desligarse del derecho a que se cumplan las formas propias de cada juicio, es decir, los términos, trámites, requisitos, etapas o formalidades establecidas por el legislador. Se trata de otra expresión del principio de juridicidad propio de un Estado de Derecho en el que los órganos del poder público deben estar sometidos al ordenamiento jurídico, no sólo en la función (competencia), sino en el trámite (procedimiento) para el ejercicio de dicha función.*” Sentencia C-537 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 21.

³³ Sentencias SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 8 y T-386 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico N° 2.3.2.

³⁴ Sentencia C-537 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 16.

³⁵ Sentencias C-208 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara, fundamento jurídico N° 2; C-392 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. AV. Fabio Morón Díaz. SV. y AV. Alfredo Beltrán Sierra. Carlos Gaviria Díaz. fundamento jurídico N° 2.2.; SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 8; C-594 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 3.4.; C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.6.; C-537 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 16; y C-193 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 47.

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.³⁶

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).³⁷ 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,³⁸ respectivamente).³⁹

96. A partir de lo anterior, la jurisprudencia de este Tribunal ha precisado

³⁶ Sentencias C-200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.4.; C-594 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 3.4.; y C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.6.

³⁷ Sentencias C-111 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.1.; SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 8; C-415 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 39; T-932 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 3.7.; C-154 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.2.; T-685 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 13; T-590A de 2014. M.P. (e) Martha Victoria SÁCHICA Méndez, fundamento jurídico N° 2.6.; C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.3.; C-537 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 17; y C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.2.5.2.1.

³⁸ Ver, entre otros: CorteIDH, casos *Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30; *Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71; *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; *Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180; *Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209; *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239; *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266; *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287; *López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302; *Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314; *Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310; *Gorigoitía Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382; y *Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2020. Serie C No. 417. Esta cita retoma lo expuesto en la Sentencia C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.2.5.2.1., nota al pie N° 895.

³⁹ Sentencias C-415 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 39; C-154 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.2.; T-590A de 2014. M.P. (e) Martha Victoria SÁCHICA Méndez, fundamento jurídico N° 2.6.; C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.4.; C-537 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 16; C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.2.5.2.1.; y C-193 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 47. *Cfr.*, así mismo, la Observación General N° 32. “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia.” Citada en las sentencias C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.2.5.2.1.; y C-193 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 47.

dos consecuencias jurídicas relevantes, que denotan los alcances procesales del juez natural. Conforme a la primera, implica que el asunto sea conocido por un funcionario competente, de tal manera que la decisión de fondo sobre el caso sea adoptada por quien recibió esa atribución del Legislador. De acuerdo con la segunda, el juez natural es el funcionario competente no solo para decidir el asunto, sino para instruirlo o tramitarlo. De ahí que el artículo 8.1. de la CADH relacione su ejercicio, de manera amplia, con la sustanciación de cualquier acusación penal o la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal u otro carácter.⁴⁰

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.⁴²

98. La *jurisdicción* es la potestad que tiene el Estado para administrar justicia en ejercicio de la soberanía del cual es titular, mediante el conocimiento y decisión de las diferentes causas (civiles, penales, administrativas, etc.).⁴³ Es única e indivisible y todos los jueces la ejercen en nombre del Estado.⁴⁴ Sin embargo, por razones de eficiencia y celeridad, se fracciona en sectores, conocidos genéricamente como “jurisdicciones”, las cuales constituyen divisiones operativas.⁴⁵ Así, la función es ejercida por la Jurisdicción Constitucional, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, las jurisdicciones especiales (como la penal militar, la indígena, la justicia de paz, la jurisdicción especial para la paz), y la Jurisdicción Ordinaria.⁴⁶

⁴⁰ Sentencia C-537 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamentos jurídicos N° 17 y 18.

⁴¹ Sentencias C-111 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.1.; SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 8; C-200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.4.; T-386 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico N° 2.3.2.; C-415 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 39; C-154 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.2.; T-685 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 13; C-180 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 7.1.; T-590A de 2014. M.P. (e) Martha Victoria SÁCHICA Méndez, fundamento jurídico N° 2.6.; C-594 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 3.4.; C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.2.; y C-193 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 47.

⁴² Sentencia C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.8.

⁴³ Sentencias C-392 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell, fundamento jurídico N° 2.2.1.; C-154 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.2.; C-985 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico B.c.; y C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.8.

⁴⁴ Sentencias C-392 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell, fundamento jurídico N° 2.2.1.; y C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.8. *Cfr.* Constitución Política (Artículo 116) y Ley 270 de 1996 (Artículo 12).

⁴⁵ Sentencia C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.9.

⁴⁶ Sentencia C-193 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 47. En el mismo sentido ver Sentencia C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.9. *Cfr.* Ley 270 de 1996 (Artículo 12).

99. Por su parte, la medida de la jurisdicción que puede ejercer cada juez o tribunal se denomina *competencia*. Esta ha sido definida por la Corte como “*la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (...)*.”⁴⁷ Estos factores o criterios tienen como objetivo fundamental determinar, en modo específico, la autoridad judicial que ha de conocer, tramitar y decidir, con preferencia o exclusión de las demás, un determinado asunto.⁴⁸ El Legislador ha construido un conjunto de factores relevantes, a partir de los cuales se organiza la garantía del juez natural.

100. De este modo, introduce (i) la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (*factor objetivo*); (ii) la calidad o condiciones especiales de las partes que concurren al proceso (*factor subjetivo*); y (iii) la naturaleza de la función que desempeña la autoridad que tiene a su cargo la definición y resolución del proceso (*factor funcional*). Así mismo, toma en cuenta (iv) el lugar donde debe tramitarse y desarrollarse el proceso (*factor territorial*). Adicionalmente, (v) la competencia previamente determinada para otro proceso, permite que un proceso asignado a un juez absorba otros asuntos que con relación a un tema específico puedan ser promovidos con posterioridad (*factor de conexidad o de atracción*).⁴⁹

101. Ahora bien, como se ha señalado, el juez natural supone que el funcionario ha de estar previamente establecido, mediante criterios objetivos e inequívocos, por el Legislador (predeterminación). Pero, además, implica que el juez sea ajeno a las partes en la controversia (imparcialidad), que solo se halle sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de otros poderes (independencia), y goce de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad).⁵⁰ Lo anterior conlleva, entre otras cosas, a que no se debe someter un asunto a una jurisdicción especial cuando corresponde a la ordinaria o desconocer la competencia que

⁴⁷ Sentencias C-040 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell, fundamento jurídico N° 2.2.; C-012 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 6; C-619 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 6.5.; SU-242 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 28; y C-031 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 7.2.

⁴⁸ Sentencias C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.10.; y C-537 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 20.

⁴⁹ Sentencias C-655 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz, fundamento jurídico N° VI.3.; C-037 de 1998. M.P. Jorge Arango Mejía, fundamento jurídico cuarto; C-1541 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz, fundamento jurídico N° 3; C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.10.; y SU-373 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, fundamento jurídico N° 5.1. “*La jurisprudencia constitucional ha señalado igualmente que la competencia debe tener, además, las siguientes calidades: (i) legalidad, en cuanto debe ser definida por la ley; (ii) imperatividad, lo que significa que es de obligatoria observancia y no se puede derogar por la voluntad de las partes; (iii) inmodificabilidad, en tanto no se puede variar o cambiar en el curso del proceso (perpetuatio jurisdictionis); (iv) indelegabilidad, ya que no puede ser cedida o delegada por la autoridad que la detenta legalmente; y (v) es de orden público, en razón a que se sustenta o fundamenta en principios y criterios que se relacionan con la prevalencia del interés general.*” Sentencias C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.11.; y C-537 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 20.

⁵⁰ Sentencias C-189 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero, fundamento jurídico N° 11; C-1641 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero, fundamento jurídico N° 19; C-1120 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 8; C-1159 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 4; C-863 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4.1.2.; y C-193 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 47.

por fuero ha sido asignada a determinada autoridad judicial.⁵¹

102. En consecuencia, existirá una violación del juez natural cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación (las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta); (ii) se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de conductas punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) se realizan juicios *ex-post* con tribunales *ad-hoc*; o (vi) se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria.⁵²

103. En los términos expuestos, el derecho en mención se traduce en la posibilidad de contar con las más amplias y robustas garantías procesales que aseguren un juicio justo. Por esta razón, es relevante subrayar que, como parte del derecho fundamental al debido proceso, no solo cubre a la persona investigada y juzgada. Adicionalmente, protege a los demás intervinientes en el proceso, y los intereses públicos o privados que se ven lesionados por la comisión de los delitos. En especial, el juez natural implica una faceta fundamental para las víctimas, a quienes, junto al derecho al debido proceso, debe garantizárseles el acceso a un recurso judicial efectivo, como mecanismo para la obtención de sus derechos.⁵³

104. Como lo ha sostenido de forma reiterada la Corte, con fundamento en los artículos 29, 93, 229 y 251 de la Constitución, y en concordancia con el derecho y la jurisprudencia internacionales, a las víctimas del delito les asiste los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.⁵⁴ Desde la Sentencia C-228 de 2002,⁵⁵ los derechos de las víctimas fueron reinterpretados a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de modo que se superó la idea de que solo tienen la posibilidad de reclamar un resarcimiento económico

⁵¹ Sentencias C-180 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 7.1.; T-590A de 2014. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez, fundamento jurídico N° 2.6.; C-594 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 3.4.; C-496 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 3.5.4.1.; y C-073 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, fundamento jurídico N° 6.9.

⁵² Sentencias SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 9; T-058 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 4.1.; T-1246 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 4; SU-414 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 3.2.

⁵³ Sentencias C-047 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico N° 3.3.; C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento jurídico N° 6.4.; y C-250 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.3.6. Al respecto, la Corte ha precisado que “[d]e un lado está el interés de asegurar el derecho de defensa y contradicción del inculpado y garantizar la presunción sobre su inocencia, de otro merecen también tutela los derechos o intereses públicos o privados que se ven lesionados por la comisión de los delitos, a la par que es necesario permitir el esclarecimiento de la verdad real”. Sentencias C-648 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 10; y C-154 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.1.

⁵⁴ *Cfr.*, Sentencias C-144 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; y C-260 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁵ MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. En esta Sentencia la Corte recogió los primeros avances de los fallos T-275 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-443 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-740 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis; y SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

por los daños causados con el delito.⁵⁶ Se acogió, entonces, la concepción de que poseen verdaderos derechos, además, a la justicia, a la verdad y a las garantías de no repetición.⁵⁷

105. Consecuencialmente, se ha reconocido que en íntima conexión con estos derechos, las víctimas son titulares del debido proceso y tienen derecho a un recurso judicial efectivo.⁵⁸ Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen el derecho de toda persona a acudir a los procesos judiciales y a ser escuchadas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, para la determinación de sus derechos y obligaciones. En aplicación de esta disposición, la CorteIDH ha amparado de forma reiterada el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, para intervenir en los procesos judiciales en los que se debate la autoría y responsabilidad de los presuntos perpetradores de las conductas punibles.⁵⁹

106. En consecuencia, el Estado debe asegurar a las víctimas la posibilidad de intervenir en los procesos judiciales, mediante mecanismos efectivos, suficientes y apropiados, para la protección de sus derechos. Por lo tanto, en la medida en que el derecho a un recurso judicial efectivo supone el cumplimiento del debido proceso, aquellas tienen derecho a acudir ante un juez competente, considerada la naturaleza de los hechos que dan lugar a la actuación, los daños causados y los reclamos planteados. Solo así se les asegura la idoneidad para atender las correspondientes demandas y reconocer sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no

⁵⁶ En la C-180 de 2014 (M.P. Alberto Rojas Ríos), la Corte indicó que, conforme a los numerales 6 y 7 del Artículo 250 de la Constitución, corresponde el juez de conocimiento la obligación de adoptar medidas de reparación, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación. Por lo tanto, determinó que cuando la víctima formula sus pretensiones de reparación dentro del proceso penal (en este caso, de justicia y paz), el Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente es el juez natural para su definición. Al juez penal, precisó la Sala, no sólo compete determinar si se cometieron conductas punibles y las circunstancias en que éstas se cometieron. También debe velar por la efectividad de los derechos de las víctimas.

⁵⁷ La doctrina formulada en la Sentencia C-228 de 2002 (MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett), ha sido reiterada y ampliada en múltiples providencias posteriores, desde las C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-580 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; y C-916 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), que inicialmente la ratificaron, hasta, recientemente, la C-017 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, pasando por las Sentencias C-004 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-370 de 2006. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández; C-454 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-936 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-576 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-715 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-1033 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-099 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; SU-254 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-180 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos; y C-286 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre las más representativas. *Cfr.* Sentencia T-655 de 2015. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁸ Sentencia C-454 de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁹ CorteIDH. Casos *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; *Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34; y *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Casos citados *ibidem*. En un sentido similar se expresan los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (adoptados mediante la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005). Según esta Resolución, los Estados se asegurarán de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas que den un acceso igual a un recurso judicial efectivo y rápido, con independencia de quien resulte ser en definitiva el responsable de la violación, y disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados, incluida la reparación. Ver Sentencia C-180 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

repetición.

107. En similar sentido, la CorteIDH ha considerado que la participación de las víctimas en el proceso debe realizarse ante un juez competente. Ha sostenido que esta garantía tiene que ver precisamente con la eficacia de sus derechos al debido proceso y al acceso a la justicia. Específicamente, como ilustrará más adelante, en relación con la Jurisdicción Penal Militar, ha señalado: “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.”⁶⁰

1.2. El fuero penal militar. Reiteración de jurisprudencia

108. La Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que la jurisdicción natural en el específico ámbito del derecho penal es la ordinaria.⁶¹ A esta corresponde investigar, conocer y decidir todos los asuntos que no estén atribuidos expresamente por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.⁶² Por lo tanto, la competencia de otras jurisdicciones debe entenderse de manera restringida, en tanto excepciones a la regla general de competencia.⁶³ Lo anterior no implica que los conflictos entre las jurisdicciones deban resolverse siempre remitiendo los asuntos a la Jurisdicción Ordinaria.⁶⁴ Ello dependerá de que el delito se subsuma en los supuestos excepcionales previstos por la Constitución para un ejercicio especial de la jurisdicción.

109. En relación con la actuación de la justicia castrense,⁶⁵ la Constitución

⁶⁰ CorteIDH. Casos *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 273; *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 160; *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 197; y *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 189.

⁶¹ Sentencias S-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 9; C-200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.4.; T-357 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 13; T-932 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 3.7.; y T-058 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 4.1.

⁶² Sentencia C-193 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 47. En el mismo sentido ver Sentencia C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.9. *Cfr.* Ley 270 de 1996 (Artículo 12).

⁶³ Sentencias SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 9; T-357 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 13; T-932 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 3.7.; T-058 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 4.1.; y T-405 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, fundamento jurídico N° 5.2.

⁶⁴ Sentencias SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 10; y T-058 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 4.1.

⁶⁵ “(...) la justicia penal militar no fue incluida entre los órganos que componen o integran la rama judicial, pero a pesar de ello el Constituyente primario le asignó funciones jurisdiccionales al señalar en el artículo 116 Superior, que administra justicia. La Corte ha reconocido que esa función la ejerce de forma restringida, no tan solo por los sujetos llamada a juzgar, sino por los asuntos de los cuales conoce. Así, su ubicación orgánica dentro de la estructura estatal corresponde a un órgano especial adscrito a la Fuerza Pública y que hace parte de la Rama Ejecutiva, el cual se separa y distingue del esquema jerarquizado propio del mando militar. // (...) la jurisdicción penal militar al administrar justicia en el ámbito de su competencia excepcional, se ciñe a los términos, naturaleza y características consagradas en el artículo 228

prohíbe expresamente a la Jurisdicción Penal Militar conocer la investigación o el juicio de civiles (Art. 213). Así mismo, por ser la Justicia Ordinaria en materia penal el juez natural como regla general, la remisión de un asunto a otra jurisdicción, resulta en este caso mucho más excepcional y restringida.⁶⁶ Los alcances de la Jurisdicción Penal Militar deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no solo por la ley sino también por el intérprete⁶⁷ (i.e. su ámbito debe ser comprendido de forma restrictiva).⁶⁸ No deben ser delimitados de manera extensiva ni son susceptibles de aplicación por analogía.⁶⁹

110. De conformidad con el Artículo 221 de la Constitución, la Justicia Penal Militar deberá conocer únicamente de las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio⁷⁰ (elementos subjetivo y funcional).⁷¹ En este sentido, no le corresponde en ningún caso, y por ningún motivo, investigar ni juzgar a los civiles,⁷² ni tampoco a los miembros de la Fuerza Pública en retiro o que se encuentren en servicio activo y cometan delitos no relacionados con el servicio. Se entiende que no son delitos relacionados con el servicio aquellos que se aparten de las funciones misionales del uniformado que, en su condición de tal, ejecuta de acuerdo con el ordenamiento jurídico.⁷³

111. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que algunas conductas suponen un rompimiento tan ostensible con la función que no pueden tener nunca carácter militar. Así, ha hecho mención a *“las violaciones a los derechos humanos, los delitos de lesa humanidad y las infracciones al*

de la Carta Política, esto es, administra justicia en forma autónoma, independiente y especializada, debiendo en sus actuaciones otorgar preponderancia al derecho sustancial. Así mismo, se le extiende el deber de garantizar a toda persona que intervenga en el marco del proceso penal militar, las prerrogativas propias del artículo 229 Superior que consagra el derecho de acceder a la administración de justicia.” Sentencia C-338 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamentos jurídicos N° 27 y 28.

⁶⁶ Sobre este punto, en la sentencia C-358 de 1997, la Corte sostuvo que: *“Por ende, la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. La extensión de éste, por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común.”* En igual sentido Auto 012 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía, y las sentencias C-399 de 1995 y C-017 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En la Sentencia C-368 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte, además de recoger esta línea, reiteró abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en igual sentido.

⁶⁷ Sentencias C-399 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero, fundamento jurídico N° 8; C-878 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico N° 4.2.2.; T-932 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 2; y T-590A de 2014. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez, fundamento jurídico N° 2.7.

⁶⁸ Sentencias C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico N° 10; T-298 de 2000 de 20. M.P. Carlos Gaviria Díaz, fundamento jurídico N° 3; C-1149 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 3.2.; C-171 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 4; C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico “j”; C-388 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.3.3.2.; y C-372 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 2.4.

⁶⁹ Sentencia T-932 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 2.

⁷⁰ Sentencia C-372 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 8.4.

⁷¹ Sentencias T-932 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 2; y C-372 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 8.8.

⁷² Artículo 213 de la Constitución Política.

⁷³ Sentencias C-737 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico N° 3; C-388 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.3.3.2.; y C-372 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 8.9.

*derecho internacional humanitario, pues tal conjunto de delitos, por su extrema gravedad, son considerados en todos los casos ajenos al servicio, sin que pueda afirmarse que su ocurrencia está relacionada con la realización de un fin constitucionalmente válido.*⁷⁴ De otra parte, la Corte también ha determinado que cuando la conducta se produce en el contexto de una actuación que empezó con el sentido de salvaguardar los fines, valores y derechos de la Carta, las violaciones a los derechos fundamentales de las personas constituyen una desviación esencial de una operación que tenía un origen ajustado a los preceptos jurídicos.⁷⁵

112. Para la determinación de las conductas que guardan relación con el servicio, la Corte ha fijado un conjunto de criterios que permiten identificar el vínculo con la función al que se refiere la Constitución. En la Sentencia C-358 de 1997,⁷⁶ la Sala indicó que un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor (i.e. del servicio) asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Como elementos de juicio para la determinación de lo anterior, la Sala Plena precisó los siguientes:⁷⁷

112.1. Debe existir un vínculo claro de origen entre la actividad del servicio y el delito. Esto implica que la conducta punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Ese vínculo debe ser próximo, directo y estrecho, y no puramente hipotético y abstracto. En pronunciamientos más recientes, la Corte ha indicado que debe tratarse de una relación directa, inmediata o estrecha⁷⁸ (o “*directa, próxima y evidente*”⁷⁹). Así, el delito común comporta que el agente se aparta del servicio que le corresponde prestar, al adoptar un tipo de comportamiento *distinto* de aquél que se le impone (i.e. la conducta punible debe ser el resultado de una actuación defectuosa, excesiva o irregular).⁸⁰

No son suficientes, por consiguiente, ingredientes que eventual o normalmente concurren cuando se desarrolla el servicio de carácter militar o policial. No basta el uso del uniforme, de herramientas o armas de dotación, de equipos de comunicación, instalaciones, vehículos estatales, etc. Pese a que generalmente estos son usados en tareas institucionales, pueden estar por

⁷⁴ Sentencia C-372 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 8.12. En el mismo sentido Sentencia C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 63.

⁷⁵ Sentencias SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 19; y T-932 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 2.

⁷⁶ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁷ Sentencia C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico N° 10. Criterios reiterados, entre otras, en las sentencias T-806 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico N° 3.2.3.; C-878 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico N° 4.2.3.; C-1149 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 3.2.; SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 10; C-928 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 3.2.; C-533 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 7.11.; C-469 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 6.2.2.; C-373 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico N° 4.2.6.; y T-590A de 2014. M.P. (e) Martha Victoria SÁCHICA Méndez, fundamento jurídico N° 2.7.

⁷⁸ Sentencia C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 62.

⁷⁹ *Ibidem.*, fundamento jurídico N° 63.

⁸⁰ *Idem.*

completo desconectados de ellas en un caso concreto y, de hecho, mostrar el uso arbitrario e ilícito de la posición oficial. Si tales elementos concedieran el derecho al fuero, lo convertirían en un exclusivo privilegio de casta.⁸¹ El aspecto material o el contenido de la actividad que despliega el agente es el único factor decisivo que convierte la acción en el estricto cumplimiento de una función, aunque eventualmente con tintes delictivos, o que la aleja de las tareas oficiales y hace del delito cometido un crimen común.⁸²

112.2. Lo anterior significa que, como segunda exigencia, el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales (comportamientos *ab initio* criminales), y utiliza su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y la conducta punible.

112.3. El vínculo entre el delito y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando la conducta adquiere una gravedad inusitada, como ya se mencionó. En este punto, la Corte precisó que *“es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de ‘actos del servicio’ sino de la comisión de delitos ‘en relación’ con el servicio. (...) Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.”*

Como especies de los anteriores delitos se encuentran, por ejemplo, la tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia (Art. 3 de la Ley 522 de 999). Así mismo, los crímenes de lesa humanidad, las infracciones al Derecho Internacional Humanitario y las violaciones a los derechos humanos.⁸³

112.4. La relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Por tanto, la Jurisdicción Penal Militar solo será competente *“en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción.”*⁸⁴ En otros términos,

⁸¹ *Idem.*

⁸² *Idem.*

⁸³ Ver sentencias C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-932 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁸⁴ En idéntico sentido, respecto de la duda en favor de la jurisdicción ordinaria, ver sentencias T-932 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería, fundamento jurídico N° 3.7.; y C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 63.

la aplicación de la excepción debe ser cierta o indiscutible,⁸⁵ de suerte que si existen dudas (no aparece diáfananamente la relación directa del delito con el servicio) habrá de aplicarse el proceso penal ordinario.⁸⁶

113. A partir de los anteriores elementos, la Corte ha determinado, entre otras cosas, que para la adecuada solución de un *conflicto de competencias* debe existir el mayor grado de certeza posible.⁸⁷ Por lo tanto, la entidad encargada de dirimir el conflicto, al analizar el contexto fáctico en el que se cometió el acto delictivo, debe distinguir y confrontar la conducta efectivamente realizada y la operación o actos propios del servicio.⁸⁸ Esto implica que debe considerar de manera exhaustiva las pruebas existentes en el proceso y solo si no existe asomo de duda, asignar el proceso a la Justicia Penal Militar.⁸⁹ Con el propósito de ilustrar lo anterior, la Sala presentará algunos casos en los cuales la Corte estudió acciones de tutela contra decisiones que resolvieron conflictos entre las jurisdicciones Ordinaria y Penal Militar.

114. En la Sentencia T-806 de 2000,⁹⁰ esta Corporación resolvió una acción de tutela presentada contra la decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que dirimió un conflicto de competencias entre la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y la extinta Brigada Veinte del Ejército Nacional. La providencia impugnada había asignado el conocimiento del asunto a la Jurisdicción Penal Militar.

115. El presunto delito había consistido en la detención y posterior desaparición forzada de una mujer en 1987, por parte de miembros del grupo de operaciones especiales de la Brigada Veinte de Inteligencia del Ejército Nacional. La Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura consideró que el caso pertenecía a la Justicia Penal Militar, “*dada la relación directa entre el hecho punible investigado y el servicio que estaban prestando los integrantes del Ejército Nacional que resultaron involucrados en la investigación penal.*”⁹¹ En razón de lo anterior, la hermana de la persona desaparecida (que tres años después apareció muerta) presentó acción de tutela contra la decisión.

⁸⁵ Sentencia T-932 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 2.

⁸⁶ Sentencias C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico N° 9; C-561 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz, fundamento jurídico N° VII.2.; y C-878 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico N° 4.3.

⁸⁷ Sentencias SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 9; T-357 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 13; y T-058 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 4.1.

⁸⁸ Sentencias C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico N° 9; y C-878 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico N° 4.3.

⁸⁹ Sentencia SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico N° 11.

⁹⁰ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹¹ “(...) aparece en forma clara la relación con el servicio, pues los Suboficiales del Ejército Nacional, para la época de los acontecimientos...en su condición de integrantes del Ejército Nacional y adscritos a la Unidad Operativa de la Brigada Veinte de esta ciudad, en cumplimiento de órdenes superiores localizaron a [NEB] ‘...y la interceptan llevándola violentamente hacia la Brigada, finalmente deciden deshacerse de ella abandonándola en Quebradablanca ‘pasando el túnel’, siendo evidente que el hecho punible, se originó en ejercicio de la función castrense desempeñada para ese momento, cuya relación, fue la comisión de la conducta punible investigada y por la cual deberán responder...’.”

116. La accionante sostuvo que la Sala Disciplinaria había desconocido el carácter excepcional del fuero militar porque los hechos no podían enmarcarse en conductas relacionadas con las funciones que constitucionalmente está llamada a desempeñar la Policía Nacional. Al resolver el asunto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte determinó que la accionada no había ofrecido razones para deducir la relación entre el hecho delictivo y la función desempeñada por los presuntos homicidas.⁹² Subrayó que, simplemente, asumió que ello era así, “*sin ningún análisis conceptual previo y, lo que es más grave, sin soporte probatorio de ninguna especie.*”

117. La Sala destacó que no era claro ni evidente que “deshacerse” de una persona que había sido detenida por la Fuerza Pública en cumplimiento de sus funciones, hiciera parte o pudiera tenerse como un hecho derivado de su competencia. Por el contrario, determinó que ello desconocía el carácter excepcional y restrictivo del fuero, así como el “*desconocimiento del derecho al debido proceso, por desconocimiento del principio del juez natural (...).*” En consecuencia, decidió conceder el amparo y dejar sin efecto la providencia atacada. Así mismo, ordenó a la Sala accionada dictar “*una nueva providencia que, en forma motivada y ciñéndose a los parámetros que establece la Constitución en relación con el fuero militar, dirima el conflicto (...).*”

118. Mediante la Sentencia SU-1184 de 2001,⁹³ la Sala Plena examinó una acción de tutela instaurada contra la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que dirimió el conflicto entre la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y el Comandante del Ejército Nacional, en relación con la conocida Masacre de Mapiripán (Meta). Por los hechos se había iniciado investigación contra un grupo de oficiales y suboficiales del Ejército. La autoridad judicial accionada, al resolver el conflicto, había asignado la investigación contra un Brigadier General y un Teniente Coronel al Comandante del Ejército, y a la Justicia Ordinaria las investigaciones contra un Coronel y dos sargentos.

119. Respecto de la decisión anterior, la parte civil presentó acción de tutela, al considerar que la providencia desconocía el Preámbulo y los artículos 1, 2, 3, 13, 29, 229 y 235 de la Constitución. La Sala Plena de la Corte determinó que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria había incurrido en “*vía de hecho*”, al remitir dos de los casos a la Justicia Penal Militar. Señaló que existía duda sobre la relación entre el servicio y el acto investigado dada la calidad de garantes de los procesados, lo que impedía catalogar sus omisiones como actos relacionados con el servicio. Sostuvo, así mismo, que las conductas especialmente graves, como los delitos de lesa humanidad, no pueden ser juzgadas por los jueces penales militares.

120. En consecuencia, resolvió conceder el amparo y declarar la nulidad de

⁹² “*Le bastó a la Sala afirmar que entre los hechos denunciados y las funciones de inteligencia y contrainteligencia que cumple el Ejército Nacional había una relación directa, para entender que la detención y posterior muerte de la señora [NEB] quedaban amparadas bajo la figura del fuero militar, por estar estas dos acciones relacionadas con el servicio.*”

⁹³ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

la decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en lo que tenía que ver con el Brigadier General y el Teniente Coronel. De igual manera, le ordenó que resolviera el conflicto de competencias conforme a los criterios expuestos en la parte motiva de la sentencia.

121. En la Sentencia T-932 de 2002,⁹⁴ la Corte conoció de una acción de tutela presentada contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por una de las personas afectadas con la masacre perpetrada en el caserío de Santo Domingo, municipio de Tame (Arauca). A raíz de los hechos, se estaban adelantando investigaciones contra tres miembros de la Fuerza Aérea Colombiana, quienes habían participado en el bombardeo lanzado en la referida población. En desarrollo de aquellas, se planteó el conflicto de competencias entre las jurisdicciones Ordinaria y Penal Militar. Al conocer del asunto, la Sala Jurisdiccional Disciplina determinó que los hechos debían ser objeto de la Justicia Penal Militar.⁹⁵

122. La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional concluyó que la Sala Disciplinaria había incurrido en una *“vía de hecho”* *“por haber quebrantado el principio del juez natural como elemento integrante del derecho fundamental al debido proceso.”* Lo anterior, debido a que, a partir de las pruebas, (i) no existía certeza y, por el contrario, subsistían dudas⁹⁶ sobre la autoría⁹⁷ de las muertes y las lesiones de los pobladores del caserío Santo Domingo. Por lo tanto, consideró que al ser *“la jurisdicción penal militar de carácter excepcional y especial, el conocimiento de la investigación y el juzgamiento de los mencionados delitos no puede serle atribuido y debe ser atribuido a la jurisdicción penal común.”*

123. Pero más aún, sostuvo que (ii) *“si existiera certeza sobre la autoría de los delitos por parte de miembros de las fuerzas militares, los mismos, por su*

⁹⁴ M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁹⁵ Así razonó la Sala Jurisdiccional Disciplinaria: *“(…) en sentir de la Sala revelan hechos que señalan que la conducta desplegada por los investigados fue en relación con el servicio, toda vez que de manera clara se puede establecer que se trata, como se dejó anotado, de miembros de la Fuerza Aérea Colombiana, en servicio activo, en desempeño de funciones propias del servicio, evidenciándose que su accionar, vale decir el repeler el ataque de que eran objeto, no sólo ellos, sino los miembros del Ejército Nacional (…) no rompe con el nexo que se demanda como próximo y directo entre su función y el resultado de las operaciones (...). // Ahora bien, en cuanto a la calificación previa y presunta de la conducta desplegada por los investigados como un delito de “Lesía Humanidad”, debe señalar la Sala que esta es una tarea que corresponde al Juez natural acometer, (...) sin que se pueda establecer por el momento, acorde con el acervo probatorio arrojado, que el actuar de los investigados fue producto de un plan previamente madurado, tramado, o premeditado, para acabar con la población de Santo Domingo, pues lo cierto es que estos se encontraban brindando apoyo a las fuerzas de tierra en cumplimiento de órdenes impartidas por un superior sin que se pueda predicar tal calidad por el número de víctimas únicamente.”*

⁹⁶ Por un lado, de las declaraciones de personal militar y dos desertores de la guerrilla se desprendía que los helicópteros de la Fuerza Aérea no lanzaron bombas sobre el caserío. Aunado a ello, según los dictámenes periciales de la Escuela de Ingenieros Militares, la División Criminalística del DAS y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la explosión de un camión en el caserío fue causada por un artefacto de fabricación casera cargado con metralla -elaborado por la guerrilla-

Por otra parte, las declaraciones de los pobladores del caserío indicaban que las muertes y las lesiones fueron causadas por una bomba lanzada por uno de los helicópteros, que impactó en el mencionado camión. Hipótesis respaldada por los dictámenes periciales de los técnicos criminalísticos del CTI de la Fiscalía General de la Nación y el FBI de los Estados Unidos de América, que señalaban que *“la explosión del camión fue ocasionada por bombas o granadas aire-tierra lanzadas desde una aeronave con un dispositivo CLUSTER, diseñadas en aquel país.”*

⁹⁷ *“(…) lo que significa que la misma puede válidamente atribuirse tanto a las fuerzas militares como a los miembros de la guerrilla que intervinieron en los combates (...).”*

naturaleza y sus características, en cuanto fueron cometidos en forma masiva y singularmente cruel contra pobladores civiles ajenos al conflicto armado que sufre el país y constituyen una violación muy grave de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, serían contrarios a las funciones que el Art. 218 de la Constitución Política asigna a las fuerzas militares”. Señaló que los hechos no podrían guardar identidad con su misión de “*defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.*”

124. En consecuencia, la Corte indicó que en las anteriores circunstancias, “*se rompería el vínculo funcional directo que (...) se requiere en forma imperativa para la aplicación del fuero penal militar, de suerte que sería forzoso adjudicar el conocimiento del proceso a la jurisdicción penal ordinaria.*” De este modo, concedió el amparo, revocó la sentencia de segunda instancia y confirmó la de primera, que había tutelado los derechos invocados. Así mismo, ordenó a la autoridad judicial accionada dictar una nueva providencia de acuerdo con las motivaciones expuestas en la decisión de tutela.

125. En la Sentencia T-590A de 2014,⁹⁸ este Tribunal estudió una demanda de amparo contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que, al zanjar un conflicto de la misma naturaleza de los atrás mencionados, asignó el asunto a la Justicia Penal Militar. Los delitos que dieron lugar al proceso consistían en la muerte de tres personas, presuntamente en el marco de hostilidades. Como resultado, un Juzgado de Instrucción Penal Militar adelantaba la investigación contra uniformados adscritos al Batallón de Artillería N° 2 La Popa del Ejército Nacional. Sin embargo, la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía estimó que las pruebas sobre las circunstancias en que se dieron las muertes generaban incertidumbre y hacían probable que se tratara de ejecuciones extrajudiciales.

126. Al resolver el conflicto planteado, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria había determinado que los militares habían empleado armas de dotación en cumplimiento de una misión (en el ejercicio de actos del servicio). Así mismo, estimó que era el juez de la causa quien debía examinar si los implicados habían mentido sobre la existencia del combate, la forma como ocurrieron los hechos, o si se extralimitaron al ejercer la fuerza. Adicionalmente, señaló que “*la ‘duda’ de que se ha ocupado la Corte Constitucional (...) debe entenderse respecto de si los hechos se originaron con ocasión al servicio, y no sobre la forma como ocurrieron, lo cual, se reitera, es de resorte del Juez del caso (...).*”

127. Por su parte, al analizar la acción de tutela, la Sala Octava de Revisión de la Corte estableció que la Sala Disciplinaria había incurrido en un defecto fáctico. Encontró que la accionada no había realizado “*un análisis integral y sistemático de las pruebas allegadas al expediente, lo cual llevó a desconocer*

⁹⁸ M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez.

el principio del juez natural y con ello el debido proceso.” Explicó que había algunos elementos de convicción que generaban serias dudas y que éstos recaían sobre las circunstancias en que se produjeron las muertes (pues no era claro si fueron en combate o por fuera de un escenario de confrontación armada),⁹⁹ las cuales no habían sido consideradas por la autoridad judicial accionada.

128. De esta manera, indicó que al *“ser la jurisdicción penal militar de carácter excepcional y especial, el conocimiento de la investigación y el juzgamiento de los mencionados delitos deb[ía] ser atribuido a la jurisdicción penal ordinaria.”* En consecuencia, concedió el amparo, dejó sin efectos la decisión proferida por la Sala Disciplinaria y le ordenó resolver el conflicto de competencias *“incorporando la valoración integral y sistemática de todas las pruebas allegadas al expediente, (...) y teniendo en cuenta el carácter excepcional del fuero militar, de tal manera que solo de hallarse **plenamente demostrado**, es decir, de tener certeza que los hechos en los cuales se causó la muerte a [OAMT], [GLP] y a [ODBB] tienen una relación **directa y próxima** con el servicio, y se despejen las dudas antes expuestas al respecto es viable asignar la competencia a la justicia penal militar, pues de otra forma corresponde adelantar la investigación penal a la justicia penal ordinaria.”* (Negrillas originales).

129. Como se observa, conforme a la jurisprudencia constitucional citada, para determinar que la investigación y el juicio de un delito corresponden a la Jurisdicción Penal Militar no es decisivo que el presunto autor se encuentre en cumplimiento de una misión. Tampoco lo es que haya utilizado armamento de dotación. Ambos elementos pueden concurrir y, sin embargo, la conducta punible constituir un crimen de lesa humanidad, una violación a los derechos humanos o una infracción al Derecho Internacional Humanitario. Por lo tanto, se trataría de conductas de evidente gravedad, por completo ajenas al servicio. Su conocimiento en cabeza de la Jurisdicción Penal Militar vulneraría el derecho al debido proceso, por infracción de la garantía de las víctimas al juez natural.

130. Pero, de otro lado, resulta particularmente claro de la jurisprudencia de la Corte que el ejercicio de la Jurisdicción Penal Militar implica que esté debidamente demostrado, no solo que el presunto autor es miembro activo de

⁹⁹ *“(...) la existencia de una misión táctica por sí sola no es prueba de haberse suscitado un combate en desarrollo de la misma, ni mucho menos que cualquier acto desarrollado por los miembros de la Fuerza Pública que indiquen actuar en cumplimiento de esa misión, tiene relación directa con el servicio y su investigación y juzgamiento corresponde a la justicia penal militar, pues bajo tal apreciación bastaría contar con una misión para estimar que cualquier conducta, incluso graves violaciones de los derechos humanos, tienen relación con el servicio y escapan de la justicia penal ordinaria (...).”* En particular, la Sala Octava de Revisión llamó la atención sobre (i) las pruebas de residuos de disparo, que permitían inferir que uno de los jóvenes muertos no disparó, pese a que con posterioridad se le encontró en sus manos un fusil AK-47, y que los militares afirmaron haber escuchado disparos de esa arma; (ii) la falta de coherencia en los relatos de los soldados sobre las condiciones de visibilidad de la noche de los hechos, puesto que algunos dijeron que todo estaba oscuro, mientras que otros afirmaron que había “luna clara”; (iii) las versiones contradictorias de una misma persona sobre las circunstancias fácticas en las que se dio el supuesto combate; y (iv) las diferentes versiones sobre la duración de la confrontación armada en el radiograma operacional se registró que duró 30 minutos, mientras que la persona que estaba al mando del pelotón refirió que duró aproximadamente 10 minutos.

la Fuerza Pública. Debe estar inequívocamente probada, en grado de certeza, la relación directa, inmediata y estrecha de la conducta investigada con el servicio. Como se ha observado, de surgir dudas sobre si las circunstancias de hecho en las cuales tuvo lugar el delito y, por lo tanto, sobre si consiste, o no, en un acto del servicio, ellas deben ser resueltas mediante la asignación de la competencia para su conocimiento a la Jurisdicción Ordinaria.

131. No es posible ofrecer aquí una reconstrucción jurisprudencial certera y consolidada en torno al término “duda”. A pesar de que se trata de un término frecuentemente utilizado en el ámbito judicial, probablemente ello es así porque su referente es comprendido a partir de su acepción común, como la indeterminación entre dos decisiones o bien acerca de un hecho o una noticia.¹⁰⁰ Baste señalar que, aun cuando son pocos los estudios en torno al problema, en la teoría y la filosofía del derecho se ha llevado a cabo una suerte de síntesis del significado de la “duda”. Así, se ha entendido como “*la indecisión de juicio entre dos o más hipótesis*”¹⁰¹ que constituye, en general, el centro de gravedad de cualquier proceso y que puede recaer o bien en los hechos que se discuten o bien en la vigencia o interpretación del ordenamiento jurídico llamado a regular esos supuestos.

132. La duda tiene entonces como contenido datos complejos, algunos conocidos o desconocidos por el operador jurídico, bien contradictorios entre sí o simplemente excluyentes, cuya respectiva escogencia, por lo tanto, conllevan la adopción de una posición que puede tornarse diametralmente opuesta a la(s) no escogida(s). En lo que concierne a los conflictos de jurisdicción, la duda que debe resolverse con la asignación del asunto a la Justicia Ordinaria debe recaer en las circunstancias de hecho sobre la base de las cuales se cimenta el denominado acto del servicio. Ello, por cuanto esa incertidumbre se proyecta sobre la relación entre el delito y la función desempeñada por el uniformado.

133. Por último, los casos revisados muestran que la actuación de la jurisdicción por parte de la Justicia Penal Militar es completamente excepcional y está condicionada a estrictos presupuestos. Una muestra de ello son las (meta)reglas de resolución, como la de exclusión de la Justicia Penal Militar para casos de violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad e infracciones al DIH, entre otros delitos graves. Y de modo emblemático, lo es la referida cláusula de la resolución de la duda con la aplicación de la Justicia Ordinaria, instituida en virtud de la regla general de aplicación de esta Jurisdicción. Esta herramienta no solo proporciona un instrumento útil al juez del conflicto. Ante todo, muestra que, en virtud de los derechos al debido proceso y al juez natural, la Justicia Penal Militar tiene un campo absolutamente circunscrito de actuación.

134. Ahora bien, en el marco de la presente acción de tutela, el debate sobre la aplicación del fuero penal militar tiene que ver con la relación entre el

¹⁰⁰ Diccionario de la RAE, versión on line. <https://www.rae.es/>

¹⁰¹ Nieva, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Marcial Pons. Madrid.

servicio y la decisión de emplear la fuerza por parte del ESMAD y, específicamente, del oficial investigado. En este sentido, la determinación de la naturaleza que revistió su conducta se encuentra asociada a los límites y reglas para la utilización de la fuerza, en cabeza de los agentes de seguridad del Estado. La precisión sobre el contenido de estos estándares, en consecuencia, proporcionará elementos de juicio destinados al análisis sobre la calificación de su comportamiento. A continuación, la Sala se ocupará de exponer brevemente el alcance de tales parámetros.

II. EL USO DE LA FUERZA POR PARTE DE LOS AGENTES DE SEGURIDAD DEL ESTADO

135. En el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el uso de la coacción por parte de los agentes de seguridad del estado se encuentra sometido a estrictos límites que sujetan su aplicación y alcance. El empleo de la fuerza policial se halla delimitado por el principio de *legalidad*, pues debe tener fundamento jurídico y perseguir un fin legítimo. Solo las armas debidamente autorizadas por las autoridades del Estado pueden ser empleadas por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. La regulación de las condiciones específicas de uso de las armas menos letales debe ser delimitada por el Estado e imponer límites a su uso en aras de minimizar el riesgo de daño.¹⁰²

136. Así mismo, la Policía únicamente podrá usar la fuerza de forma excepcional, cuando sea estrictamente necesario e imperioso y de modo rigurosamente *proporcional*, en comparación con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar.¹⁰³ En análogo sentido, se ha considerado que la fuerza debe dirigirse única y específicamente contra personas que estén actuando con violencia o para evitar un peligro inminente.¹⁰⁴ En general, el uso de la fuerza debería ser aplicado para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla. No debería usarse si se excede de estas finalidades.¹⁰⁵ Debido a las consecuencias irreversibles que pueden derivarse del uso de la fuerza, solo puede utilizarse para impedir un hecho de mayor gravedad que el que provoca la reacción estatal.¹⁰⁶

137. Por su parte, la CorteIDH ha subrayado la obligación de que los cuerpos armados y los organismos de seguridad del Estado estén preparados para

¹⁰² A/HRC/31/66, 2016, párr. 50; UNHR (2020). *Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement*. New York-Geneva, pp. 4-8.

¹⁰³ A/HRC/31/66, 2016, párr. 57; *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979. Art. 3, comentarios a) y b).

¹⁰⁴ Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe conjunto del *Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación* y del *Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones. A/HRC/31/66, 2016, párr. 57.

¹⁰⁵ *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979. Art. 3, comentario a).

¹⁰⁶ CIDH. *Protesta y Derechos Humanos Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2019, párr. 102.

situaciones de perturbación del orden público, mediante la aplicación de medios y métodos respetuosos de los derechos humanos. Ha sostenido que el Estado debe ajustar los planes operativos para que las perturbaciones del orden público sean abordadas con respeto y protección de tales derechos. Al respecto, ha resaltado que, entre otras, debe adoptar medidas orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos. De igual modo, que estos utilicen únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal.¹⁰⁷

138. Por su parte, la CIDH ha calificado de forma relevante el carácter indispensable que debe tener el uso de la fuerza. Así, ha indicado que, conforme al principio de absoluta necesidad, solo es posible recurrir a medidas de seguridad ofensivas y defensivas estrictamente requeridas, ante hechos violentos o delictivos que pongan en riesgo el derecho a la vida o la integridad personal de cualquier habitante. Así mismo, se debe verificar si existen otros medios disponibles menos lesivos para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que se pretende proteger. No se puede entender cumplido lo anterior cuando las personas no representan un peligro directo.¹⁰⁸

139. También, respecto de la proporcionalidad, ha explicado que supone la obligación de minimizar los daños y lesiones que pudieren resultar de su intervención. Los agentes del orden deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, identificando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de la fuerza, según corresponda. En el análisis de proporcionalidad son determinantes la intensidad y peligrosidad de la amenaza, la forma de proceder del individuo, las condiciones del entorno y los medios de los que disponga el funcionario para abordar la situación específica.¹⁰⁹ En este cálculo de proporcionalidad es relevante tener en cuenta que la decisión de usar -o no- todo tipo de fuerza exige considerar los riesgos que se incorporan y que pueden contribuir a un escalamiento de los niveles de tensión.¹¹⁰

140. En el ámbito nacional, la Corte Constitucional también ha establecido que la actuación de la Policía en el Estado constitucional de derecho se encuentra sujeta a límites semejantes.¹¹¹ En primer lugar, está sometida al principio de legalidad, puesto que afecta los derechos fundamentales y las libertades públicas. En este sentido, sus medios y concretas actuaciones deben

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso del Caracazo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127.

¹⁰⁸ CIDH. *Protesta y Derechos Humanos Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2019, párr. 104.

¹⁰⁹ *Ibidem.*, párr. 106.

¹¹⁰ *Ibidem.*, párr. 108.

¹¹¹ Ver Sentencia C-024 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero, reiterada en las sentencias C-1444 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-117 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-600 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos; y C-134 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera.

estar previstos y regulados por el Legislador. En segundo lugar, se halla gobernada por el principio de necesidad, de tal manera que solo es posible adoptar medidas imprescindibles y eficaces, como instrumentos para la conservación y restablecimiento de la convivencia ciudadana y la seguridad humana.¹¹²

141. En tercer lugar, las medidas de policía han de ser *proporcionales* y *razonables* en atención a las circunstancias y al fin perseguido. No puede adoptarse ni aplicarse medida alguna que contravenga la prohibición de exceso que adquiere particular vigor en materia penal y de policía. Correlativamente, la extensión del poder de policía está en proporción inversa al valor constitucional de las libertades afectadas. Y, en cuarto lugar, en la actuación de la fuerza de Policía es medular el cumplimiento del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley. La actividad de policía no puede traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población, puesto que la Constitución prescribe que todas las personas "*recibirán la misma protección y trato de las autoridades*" (Art. 13 de la CP).

142. En concordancia con lo anterior, a nivel reglamentario y más operativo, aunque no menos relevante, la Policía Nacional ha expedido normas para el empleo de la fuerza oficial. Mediante la Resolución 02903 de 23 de junio de 2017, el Director General emitió el "*Reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales, por parte de la Policía Nacional en la prestación del servicio de policía.*" Sobre la base de estándares internacionales y regulaciones legales y constitucionales internas, esta Resolución establece como principios del uso de la fuerza la necesidad, legalidad, proporcionalidad y racionalidad (Art. 7). Y, en especial, se estructura en la forma de un conjunto amplio de reglas específicas y particulares, destinadas a delimitar los marcos para una utilización circunscrita de la coacción.

143. Se contempla el uso de la fuerza por parte de la Policía para defenderse o defender a otra persona de un ataque, agresión o acto de violencia actual e inminente o para prevenir la comisión de comportamientos contrarios a la convivencia. Así mismo, para hacer cumplir la ley o las decisiones judiciales, cuando exista oposición o resistencia. Además, se contempla el recurso a ella para prevenir una emergencia o calamidad pública o, de haber ocurrido, con el propósito de evitar mayores peligros, daños y perjuicios (Art. 8). De otra parte, a fin de graduar la reacción proporcionada de la Policía, la Resolución contiene pautas sobre niveles de resistencia, y un modelo para el uso diferenciado de la fuerza, integrado también por reglas para la utilización de las armas (Arts. 9 a 18).

144. También la Policía ha diseñado reglamentaciones, con similar sentido, en relación con sus actuaciones en el específico contexto de manifestaciones ciudadanas. En este sentido, el Director General expidió la Resolución 3002 del 29 de junio de 2017, "[p]or la cual se expide el manual para el servicio en

¹¹² Sentencia C-134 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera.

manifestaciones y control de disturbios para la Policía Nacional.” Su propósito es guiar a los uniformados en el acompañamiento e intervención en las manifestaciones y en el control de disturbios, mediante la indicación de unos específicos parámetros a seguir. Lo anterior, según el citado acto administrativo, para garantizar una adecuada prestación del servicio de policía, si fuere del caso, a través de la aplicación de un rango de fuerza proporcional, diferenciado y razonable, con el fin de garantizar y reestablecer las condiciones de seguridad.

145. Esta resolución, además, hace referencia a los medios técnicos y logísticos de apoyo para llevar a cabo la intervención de manifestaciones o reuniones ciudadanas, a fin de garantizar las condiciones para la convivencia (equipo básico de seguridad personal, armas letales y menos letales, medios de comunicación audiovisuales, radiofónicos, impresos y digitales, vehículos, equipos fotográficos y fílmicos magnéticos, etc. Ver capítulo IV). De igual manera, se prevén los denominados dispositivos mínimos de intervención básico (grupos de uniformados para intervenir manifestaciones, con el fin de mantener condiciones de convivencia y seguridad) y los dispositivos mínimos de intervención especializados, pertenecientes al ESMAD (capítulos VI y VII).

146. La resolución prevé que el ESMAD deberá actuar cuando las aglomeraciones de público deriven en disturbios, motines y demás situaciones de violencia y siempre que alteren gravemente la convivencia y seguridad ciudadana (Art. 21). Así mismo, establece que su intervención deberá considerarse como *ultima ratio*, luego de agotarse las instancias de diálogo y mediación con los gestores de convivencia y/o ministerio público, así como la discusión con personal propio de la unidad (Art. 24.1).

147. En este orden de ideas, a partir de los marcos normativos mencionados, el empleo de la fuerza por parte de los agentes de seguridad del Estado se halla sometido a los principios de legalidad, no discriminación, estricta necesidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se emprende una modalidad específica de uso de la coacción oficial, solo bajo estos parámetros la correspondiente actuación constituye un uso legítimo de la fuerza y el uniformado estará actuando en el ámbito del ejercicio de sus funciones. Por el contrario, en aquellos supuestos en los cuales se proceda con desconocimiento de tales estándares, aquella habrá dejado de tener dicha connotación y será extraña al cumplimiento de las labores legales y constitucionales del cuerpo policial.

148. Las reglamentaciones emitidas por la Policía Nacional a las que se ha hecho referencia, por razones de jerarquía normativa, obviamente no limitan ni agotan el contenido de los principios constitucionales a los cuales se encuentra sometido el uso de la fuerza. Sin embargo, sí permiten ilustrar umbrales mínimos de actuación legítima de la Policía. Así, por ejemplo, ante la inexistencia de ataques, agresiones, actos de violencia o amenazas de daño inminentes, concretas y actuales resulta injustificada la coacción oficial. Tampoco es posible recurrir a la fuerza cuando no hay oposición o resistencia

por parte de aquellos contra quienes se dirige o en aquellos supuestos en los cuales, simplemente, no es necesario, debido a que existen medios que, de forma evidente, permiten lograr el mismo fin perseguido.

III. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. DEFECTO FÁCTICO. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA¹¹³

149. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada y pacífica de la Corte, las decisiones de los jueces de la República, en ejercicio de la función jurisdiccional, pueden ser excepcionalmente atacadas mediante la acción de tutela.¹¹⁴ Luego de un debate importante al respecto, la Sentencia C-590 de 2005 sistematizó los supuestos explorados por la jurisprudencia bajo las denominadas condiciones genéricas de procedencia y causales específicas de procedibilidad de la acción de amparo contra providencias judiciales.¹¹⁵

150. En cuanto a las causales específicas de procedibilidad, la Sentencia se refirió a los siguientes defectos: (i) orgánico, (ii) procedimental absoluto, (iii) fáctico, (iv) material o sustantivo, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento de precedente, y (viii) violación directa de la Constitución. Su configuración, ha precisado la Corte, no parte de una visión fragmentaria o parcelada de cada uno de ellos, dado que es viable que una misma situación de lugar a que ellos concurren y que, ante dicha comprobación, se imponga un amparo por parte del juez constitucional.¹¹⁶

3.1. Breve caracterización de la causal de defecto fáctico. *Reiteración de jurisprudencia*¹¹⁷

151. Esta Corporación ha reiterado de forma pacífica y uniforme que el defecto fáctico se configura cuando el apoyo probatorio en el cual se basa el juzgador para resolver un caso es absolutamente inadecuado o insuficiente¹¹⁸.

¹¹³ Se retoman algunos apartados de la Sentencia SU-146 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹¹⁴ Esta postura no ha sido ajena a intensos debates destinados a su comprensión y delimitación, -propios de la puesta en marcha de una institución novedosa y de tal trascendencia para el afianzamiento de la tradición constitucional colombiana a partir de la Carta Política de 1991-, con el objeto de preservar su carácter subsidiario y de garantizar el equilibrio entre los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada e independencia y autonomía judicial, por un lado; y la supremacía constitucional y eficacia de los derechos fundamentales, por el otro.

¹¹⁵ Siguiendo lo expuesto en la Sentencia SU-432 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa), esta variación en la concepción de la procedencia se empezó a proponer en las sentencias T-441 de 2003, T-462 de 2003 y T-949 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, y T-701 de 2004. M.P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes.

¹¹⁶ Al respecto, en la referida Sentencia SU-432 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa), siguiendo a la Sentencia T-701 de 2004 (M.P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes), se sostuvo: “(...) *es importante señalar que, en relación con las causales de procedencia de la tutela contra providencia judicial, la Corte ha manifestado que no existe un límite indivisible entre estas, pues a manera de ilustración, resulta claro que la aplicación de una norma inconstitucional o el desconocimiento del precedente constitucional pueden derivar en un irrespeto por los procedimientos legales; o, que la falta de apreciación de una prueba puede producir una aplicación indebida o la falta de aplicación de disposiciones normativas relevantes para la solución de un caso específico.*”

¹¹⁷ Las consideraciones que se expondrán son una síntesis de las Sentencias T-368 de 2020; T-008 de 2020; SU-226 de 2019; T-221 de 2018; T-453 de 2017 M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹¹⁸ Sentencias SU-195 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo; SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos y SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo; SU-226 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-368 de 2020 M.P. Diana Fajardo Rivera; T-121 de 2021 M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

Si bien la valoración de las pruebas corresponde al juez, en ejercicio de los principios de autonomía e independencia judicial, de su papel como director del proceso, de los principios de inmediación y de apreciación racional de la prueba, este amplio margen de evaluación está sujeto de manera inescindible a la Constitución y a la ley.¹¹⁹ Por esa razón, debe realizarse conforme a criterios objetivos, racionales y rigurosos,¹²⁰ de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los parámetros de la lógica, de la ciencia y de la experiencia¹²¹.

152. En la práctica judicial, la Corte ha encontrado tres hipótesis en las cuales se configura el defecto fáctico: (i) cuando existe una omisión en el decreto y en la práctica de pruebas que eran necesarias en el proceso; (ii) cuando se hace una valoración defectuosa o contraevidente de las pruebas existentes; y (iii) cuando no se valora en su integridad el acervo probatorio.¹²²

153. Estas hipótesis pueden materializarse por conductas omisivas o activas, dando lugar a las dos dimensiones del defecto fáctico, la negativa (u “omisiva”) y la positiva (o “por acción”)¹²³. La primera se presenta cuando el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece en el proceso, bien sea porque (i) niega, ignora o no valora las pruebas solicitadas; o porque (ii) a pesar de poder decretar las mismas, no lo hace por razones injustificadas. La segunda se presenta cuando, aun cuando la prueba sí obra en el proceso, el juez (i) hace una errónea interpretación de ella, al atribuirle la capacidad de probar un hecho que no aparece en el proceso o al estudiarla de manera incompleta; (ii) valora pruebas ineptas o ilegales; o (iii) valora pruebas indebidamente practicadas o recaudadas.¹²⁴

154. En síntesis, el defecto fáctico tiene una dimensión positiva y una negativa; la primera se da cuando el juez aprecia pruebas determinantes en la resolución del caso, que no ha debido admitir ni valorar, y la segunda ocurre cuando el juez niega o valora pruebas de manera arbitraria, irracional y caprichosa, u omite su valoración.¹²⁵ Ahora bien, este Tribunal ha sido enfático en establecer que el error en la valoración de la prueba “*debe ser de*

¹¹⁹ Sentencias T- 008 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo; T-625 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; SU-226 de 2019 M.P. Diana Fajardo Rivera; T-074 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹²⁰ Sentencias T- 008 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; SU-074 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia T-902 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En este caso la Corte determinó su la autoridad judicial accionada incurrió en defecto fáctico al no haber apreciado las pruebas aportadas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que le eran favorables a la accionante para resolver su situación jurídica. Al respecto hizo un recuento de la jurisprudencia constitucional sobre la vía de hecho por defecto fáctico y concluyó que en el caso concreto se omitió decretar y practicar una prueba que tenía la virtualidad de afectarla decisión final, incurriendo en una dimensión negativa del defecto fáctico,

¹²¹ Sentencias T-368 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-352 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y SU-770 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹²² Sentencias T-008 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo y T-612 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹²³ Sentencias T-008 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; SU-226 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera. SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos y SU-489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹²⁴ Sentencias T-008 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; SU-226 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-221 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-352 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹²⁵ Sentencia T-368 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera, que recoge lo expuesto, entre otras, en la Sentencia T-902 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto."¹²⁶ En efecto, no cualquier yerro en la labor o práctica probatoria tiene la virtualidad de configurarlo. Debe satisfacer los requisitos de (i) *irrazonabilidad*, que significa que el error sea ostensible, flagrante y manifiesto; y (ii) *trascendencia*, que implica que el error alegado tenga 'incidencia directa', 'trascendencia fundamental' o 'repercusión sustancial' en la decisión judicial adoptada, esto es, que de no haberse presentado, la decisión hubiera sido distinta.¹²⁷

155. De esta manera, las divergencias subjetivas de la apreciación probatoria no configuran un defecto fáctico. Ello, pues, frente a interpretaciones diversas y razonables, el juez natural debe determinar, conforme con los criterios señalados, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto.¹²⁸ El juez de tutela debe entonces privilegiar los principios de autonomía e independencia judicial,¹²⁹ y debe considerar que, en principio, la valoración de las pruebas realizadas por el juez natural goza de razonabilidad y legitimidad.¹³⁰ En ese sentido, el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez natural que ordinariamente conoce de un asunto,¹³¹ su intervención, entonces, debe ser restringida.¹³²

IV. RESOLUCIÓN DEL CASO

156. Dilan Mauricio Cruz Medina perdió la vida como consecuencia de su participación en las manifestaciones ciudadanas por el paro nacional, el 23 de noviembre de 2019, en el centro de Bogotá D.C. El joven sufrió un impacto de proyectil de *bean bag* en la cabeza, disparado con una escopeta calibre 12, al parecer por el capitán de la Policía Nacional, Manuel Cubillos Rodríguez, quien comandaba el ESMAD. Las heridas resultaron fatales y el manifestante murió dos días después en un hospital de la ciudad. Por lo hechos, tanto la Fiscalía General de la Nación como un Juzgado de Instrucción Penal Militar iniciaron las respectivas investigaciones penales contra el oficial.

¹²⁶ Criterio reiterado en la Sentencia SU-226 de 2019 M.P. Diana Fajardo Rivera; Sentencia T-442 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-1100 de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto. Criterio jurisprudencial pacíficamente reiterado por las distintas Salas de Revisión.

¹²⁷ Sentencias T-442 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-1100 de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto; T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-008 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹²⁸ Sentencias SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y SU-489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹²⁹ Sentencia T-612 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³⁰ Sentencias SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-008 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹³¹ Sentencias SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos y T-612 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³² Sentencias T-214 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-265 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; SU-448 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SU-489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-625 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; T-453 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; y T-008 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sostuvo que el conocimiento de la conducta del uniformado corresponde a la Justicia Penal Militar. Al resolver el conflicto de jurisdicciones que se suscitó señaló que la conducta del oficial guardó relación con el servicio. Consideró que, según varios uniformados del ESMAD, algunos manifestantes les estaban lanzando objetos contundentes. Por esta razón, señaló que el ESMAD debió proceder con el uso de la fuerza, contexto dentro del cual se inscribiría el uso de la escopeta calibre 12 por parte del oficial de la Policía, cuyo disparo presuntamente terminó con la vida de Dilan Mauricio Cruz Medina.

Por el contrario, una vez analizado el contenido del expediente de tutela, la Sala Plena encuentra que la autoridad judicial accionada ignoró varias pruebas. Así mismo, observa que, de haberlas tomado en cuenta y valorado en conjunto con las demás, habría arribado a una conclusión distinta sobre la resolución del conflicto de jurisdicciones. Esto, en aplicación de las reglas sobre el fuero penal militar reiteradas en esta sentencia y, en particular, de aquella según la cual, cuando exista duda sobre si la conducta guarda relación con el servicio, la competencia debe ser asignada a la Jurisdicción Ordinaria.

157. Como lo indicó la Sala accionada en el auto cuestionado, los suboficiales del ESMAD de la Policía Nacional, Yampier Iván Rodríguez Blandón, Diego Felipe Medina Carvajal y Mario Andrés Rivera Chávez, afirmaron que el día de los hechos, en la calle 19, entre carreras 5ª y 4ª del centro de Bogotá, los jóvenes manifestantes les estaban lanzando piedras, otros objetos contundentes y los recipientes de las granadas de gas previamente disparadas por la Policía.¹³³ En el mismo sentido se manifestaron los uniformados, también del ESMAD que participaron del operativo, Carlos Alberto López Niño, Ronal Alexander Álvarez Tinjacá, Ronald Stiven Casallas Ríos, Maicol David Guzmán Acevedo y Wilson Alirio Salazar Bejarano.¹³⁴

158. Por esta razón, los agentes de la Policía plantearon que el capitán Manuel Cubillos, al mando del grupo del ESMAD, había adoptado la decisión de usar la fuerza, mediante armas y municiones de menor letalidad. De igual forma, varios policías explicaron que en este contexto, el oficial empleó la escopeta calibre 12, con la munición *bean bag*, la cual, a la postre, terminó por cegar la vida de Dilan Mauricio Cruz Medina. A partir de lo anterior, la autoridad judicial accionada concluyó que la conducta del oficial investigado “*se generó como consecuencia de una manifestación que se tornó violenta y que requirió el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional, siendo un evidente acto del servicio.*”

159. La Corte pudo constatar, sin embargo, que otros medios de convicción que ya habían sido recabados por el propio Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar y de los cuales daba cuenta el expediente remitido a la accionada para resolver el conflicto de jurisdicción, apuntaban en un sentido opuesto. El

¹³³ Ver folios 68, 100 y 185 del Cuaderno 1 del proceso penal.

¹³⁴ Folios 75, 85, 92, 97 y 105 del Cuaderno 1 del proceso penal.

video registrado por la cámara de vigilancia del Distrito de Bogotá, ubicada en la intersección de la calle 19 con carrera 5ª y que enfoca principalmente hacia el oriente,¹³⁵ muestra los momentos del encuentro entre los manifestantes y el ESMAD que precedieron el uso de la fuerza. Se observa un conjunto de personas, en su mayoría jóvenes, que portaban banderas y pancartas y que al momento de divisar que la Policía se aproximaba, junto con los servidores que cumplían labores de mediación, alzaron sus manos en signo de no agresión. Enseguida, no se percibe confrontación física alguna, agresiones, personas corriendo y ni siquiera la utilización, por parte del ESMAD, de sus escudos de protección.

160. De la misma manera, en otro de los videos allegados a la actuación,¹³⁶ se observan los instantes en los cuales el grupo del ESMAD avanza en el repliegue de los manifestantes por el carril sur de la calle 19, hacia el oriente. La grabación muestra de cerca el desplazamiento de los agentes y el momento exacto en el cual el capitán Manuel Cubillos dispara el proyectil tipo *bean bag* que terminó impactando a Dilan Mauricio Cruz Medina. Aunque el registro captura instantes posteriores a cuando la Policía, en cabeza del oficial, decidió recurrir al uso de la fuerza y el operativo se encontraba ya en marcha, no evidencia que haya existido lanzamiento de piedras u otros objetos contundentes contra los miembros del ESMAD. Se puede ver que los agentes caminaban hacia la carrera 4ª, pero no que, por ejemplo, eludieran, se cubrieran o estuvieran protegiéndose de agresiones provenientes de los manifestantes.

161. En este orden de ideas, la Sala observa que los medios de convicción existentes al momento de resolver el conflicto de jurisdicciones conducen a dos inferencias contradictorias entre sí, sobre un hecho crucial para la caracterización del comportamiento investigado, i.e. los ataques previos contra el ESMAD por parte de los manifestantes. Así, varios de los miembros de la Policía que participaron en el operativo y declararon ante el Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar afirmaron la existencia de las referidas agresiones, mediante objetos contundentes. Según su relato, esto habría hecho necesario el empleo de la fuerza y las armas menos letales para controlar una manifestación que supuestamente había adquirido carácter violento. En este contexto, explican, también habría tenido lugar el uso de la munición “*bean bag*” por parte del capitán Cubillos Rodríguez.

162. En un sentido exactamente opuesto, las grabaciones de video analizadas por la Sala aparentemente muestran que la reacción del ESMAD no parece haber estado antecedida por un episodio de ataques físicos contra la Policía. No obstante, debe tenerse en cuenta que las filmaciones evidencian la actuación de los sujetos en el lugar de los hechos de manera parcial y en unos momentos precisos, sin que sea posible conocer a través de ellas lo ocurrido de forma pormenorizada y completa. Los registros de video muestran los sucesos desde un ángulo, uno de ellos no cuenta con audio y ninguno de los

¹³⁵ Video digitalmente rotulado: “Video cámara calle 19 Con cra. 5”. Es una cámara giratoria a 360 grados, pero la mayoría del tiempo enfoca en dirección oriental.

¹³⁶ Video digitalmente rotulado “VID-20191124-WA0008”.

dos permiten clarificar si, en cercanías de los acontecimientos captados en estos, hubo incidentes paralelos adicionales de gravedad que pudieran haber explicado el uso de la fuerza por parte de la Policía.

163. Lo anterior implica, entonces, que no existe certeza sobre los hechos a partir de los cuales se explicaría la utilización de la fuerza, en el marco de la cual el Capitán investigado causó la muerte a Dilan Mauricio Cruz Medina. Tales circunstancias habrán de ser esclarecidas con base en el material probatorio del proceso penal y en el marco del debate sobre la responsabilidad individual del oficial investigado. Sin embargo, en lo que concierne al trámite del conflicto de jurisdicciones, lo relevante es que los medios de conocimiento que, al momento de resolver, estaban en poder de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, distaban de ser unívocos respecto de las circunstancias de hecho que habrían hecho de la conducta investigada un uso autorizado de la fuerza.

164. En relación con lo anterior, debe precisarse que la autoridad judicial accionada, en respuesta a la acción de tutela y en la impugnación contra el fallo de primera instancia, afirmó no haber tenido conocimiento de las pruebas que la peticionaria estimó omitidas, por cuanto la Fiscalía no las allegó cuando puso de presente las razones por las cuales consideró ser competente. Por esta razón, argumentó que no había estado en posibilidad de tenerlas en cuenta en la decisión del 12 de diciembre de 2019. La Corte observa que el ente acusador, en efecto, solamente remitió una comunicación, el 6 de diciembre de ese año, a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en la cual manifestó algunos argumentos en defensa de su posición. Sin embargo, no envió el expediente ni los elementos materiales probatorios que hasta el momento había recaudado.

165. Con todo, los registros de video examinados por la Sala Plena en esta sentencia fueron incorporados los días 24 y 26 de noviembre de 2019 a la investigación que adelantaba el Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar.¹³⁷ A su vez, mediante oficio del 4 de diciembre del mismo año, este último Despacho remitió el expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria con la finalidad de que se surtiera el trámite sobre la definición del competente para adelantar el proceso penal.¹³⁸ En este constaba toda la labor probatoria que hasta ese momento había llevado a cabo el despacho de la Justicia Militar. De esta forma, era claro que al momento de resolver, la autoridad accionada contaba con la posibilidad de obtener conocimiento de las evidencias físicas que se han analizado a lo largo de esta sentencia.

166. Pues bien, en la forma ilustrada, tales pruebas introducían una evidente incertidumbre respecto de si habían ocurrido las agresiones contra la Policía, de modo previo a que el oficial investigado decidiera proceder con el uso de la fuerza. A su vez, como consecuencia lógica de lo anterior, también subsistía duda respecto de la relación con el servicio de la conducta del oficial

¹³⁷ Cuaderno 1 del proceso penal, folios 128 a 130.

¹³⁸ Cuaderno del conflicto de jurisdicciones, folio 1.

investigado, que desencadenó la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina. Según se indicó en los fundamentos de esta sentencia, el uso legítimo de la fuerza por parte de la Policía está sometido a los principios de legalidad, no discriminación, estricta necesidad y proporcionalidad. En consecuencia, entre otros casos, se encuentra habilitado frente a ataques, agresiones, actos de violencia o amenazas de daño inminentes, concretas y actuales, ya sea contra los agentes de policía o contra terceros. Si ello no se ha verificado, el empleo de la coacción y la fuerza serán extraños al cumplimiento de las labores legales y constitucionales del cuerpo policial.

167. En el presente caso, a partir de las pruebas allegadas al trámite del conflicto de jurisdicciones, no está acreditado el supuesto episodio de violencia propiciado por los manifestantes contra los agentes del ESMAD. Por lo tanto, hay también duda de que la reacción emprendida contra aquellos, por medio del uso de la fuerza y, en particular, la actuación del capitán Cubillos Rodríguez que dio lugar a la muerte de Dilan Cruz Medina, se encuentren enmarcadas en el estricto cumplimiento de sus funciones. Esta duda, de acuerdo con los fundamentos expuestos, obligaba a la autoridad judicial que decidió sobre el conflicto de jurisdicciones a asignar el conocimiento del asunto a la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal, con la función de investigar y juzgar ante los jueces ordinarios.

168. Así, la Corte concluye que Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura incurrió en el defecto fáctico alegado por la demandante. Esto, fundamentalmente porque al decidir el conflicto de jurisdicciones entre la Fiscalía 298 Seccional de la Unidad de Vida Bogotá y el Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar ignoró elementos de prueba y los dejó de apreciar en conjunto con las declaraciones de los uniformados, en las cuales, aisladamente, fundó su decisión. Esta omisión fue decisiva para la determinación adoptada, pues de haber tenido considerado las referidas evidencias y valorado globalmente con las demás, habría llegado a la conclusión de que existía una duda razonable respecto de la relación entre el servicio y la conducta del oficial investigado.

169. Como consecuencia, en aplicación de la regla, según la cual, cuando existan dudas probatorias sobre el vínculo inmediato entre la actividad del servicio y la conducta investigada, el asunto debe ser conocido por la Justicia Ordinaria, la decisión de la autoridad judicial accionada debió consistir en asignar la competencia para el conocimiento del caso a la Fiscalía General de la Nación, como entidad titular de la acción penal, con la función de investigar y acusar ante los jueces ordinarios. Por el contrario, a partir de la valoración solamente de unos testimonios de los miembros del ESMAD, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria determinó que el proceso debía ser de competencia de la Justicia Penal Militar. De esta manera, desconoció los derechos de la demandante, en calidad de víctima, al juez natural, al debido proceso y a contar con un recurso judicial efectivo.

170. Según se indicó en los fundamentos de esta sentencia, cuando la Justicia Penal Militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la Justicia

Ordinaria, resulta afectado el derecho al juez natural y, por ende, el debido proceso de las víctimas. A este respecto, debe ser subrayado que esta última garantía no solo se encuentra instituido a favor de la persona investigada y juzgada, sino también de los perjudicados con el injusto. A las víctimas, junto al derecho al debido proceso, debe garantizárseles, además, el acceso a un recurso judicial efectivo, como mecanismo para la obtención de sus derechos a la verdad, la justicia y a la reparación.¹³⁹

171. Así, la Corte habrá de conceder el amparo solicitado. Puesto que, conforme al Artículo 18, numeral 1, literal e), del Acto Legislativo 02 de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura desapareció y, ahora, según el artículo 241, numeral 11, de la Constitución, corresponde a la Corte Constitucional decidir los conflictos de jurisdicción, la Sala Plena deberá adoptar directamente la decisión correspondiente. En consecuencia, dispondrá que la actuación penal contra el oficial de la Policía Nacional, Manuel Cubillos Rodríguez, sea trasladada a la Fiscalía General de la Nación, para que continúe su trámite, con la advertencia de que las pruebas practicadas conservarán su pleno valor.

V. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

172. Dilan Mauricio Cruz Medina, hijo de la accionante, perdió la vida como consecuencia de su participación en las manifestaciones ciudadanas por el paro nacional, el 23 de noviembre de 2019, en el centro de Bogotá D.C. El joven sufrió un impacto de proyectil de *bean bag* en la cabeza, disparado con una escopeta calibre 12, al parecer por el Capitán de la Policía Nacional, Manuel Cubillos Rodríguez, quien comandaba el grupo del ESMAD. Las heridas resultaron fatales y el manifestante murió dos días después en un hospital de la ciudad.

173. Por lo hechos, tanto la Fiscalía General de la Nación como la Jurisdicción Penal Militar iniciaron las respectivas investigaciones penales contra el oficial. En consecuencia, se suscitó conflicto positivo de jurisdicciones, el cual fue resuelto mediante Auto del 12 de diciembre de 2019, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. La autoridad judicial asignó el conocimiento del asunto a la Jurisdicción Penal Militar. Consideró que, de conformidad con las pruebas allegadas, la actuación del Capitán de la Policía había sido un acto propio del servicio.

174. En desacuerdo con la decisión, Yenny Alejandra Medina Pulido, madre del joven fallecido, instauró acción de tutela contra el auto emitido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. A través de apoderado, acusó la providencia de

¹³⁹ Sentencias C-047 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico N° 3.3.; C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento jurídico N° 6.4.; y C-250 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.3.6. Al respecto, la Corte ha precisado que “[d]e un lado está el interés de asegurar el derecho de defensa y contradicción del inculpado y garantizar la presunción sobre su inocencia, de otro merecen también tutela los derechos o intereses públicos o privados que se ven lesionados por la comisión de los delitos, a la par que es necesario permitir el esclarecimiento de la verdad real”. Sentencias C-648 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 10; y C-154 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.1.

haber incurrido en defecto fáctico y violación directa de la Constitución. En relación con el primero, argumentó que dejó de lado la valoración de varias pruebas que habrían conducido a asignar el conocimiento del asunto a la Jurisdicción Ordinaria. Respecto del segundo defecto alegado, señaló que la decisión desconoce el principio del juez natural, en el marco de una grave vulneración del derecho a la vida, como efecto de la actuación injustificada y desproporcionada de la fuerza. Así, solicitó la protección de sus derechos al juez natural, al debido proceso y a contar con un recurso judicial efectivo.

178. Al resolver el caso, la Corte encontró que de los medios de prueba allegados al proceso de tutela y de los cuales disponía la Sala accionada al momento de dirimir el conflicto de jurisdicciones, se desprenden elementos de juicio divergentes, en relación con el hecho de si existieron, o no, ataques previos violentos por parte de los manifestantes contra el ESMAD. Observó que, en lugar de demostrar, de forma clara e inequívoca, que ello fue así, el contenido de las pruebas no evidencia con la nitidez requerida que la reacción de la Policía Nacional, en la cual se inscribe la conducta del capitán investigado, haya sido emprendida para contrarrestar una manifestación que había adquirido carácter violento.

179. La Sala Plena constató que, mientras que unas evidencias afirman los hechos que explicarían la forma en que procedió la Policía, a la luz de otras, esas circunstancias fácticas no estarían demostradas. En estas condiciones, en la medida que no existe certeza respecto del elemento a partir del cual se explicaría el uso de la fuerza, la Sala consideró que también subsistían dudas sobre la relación con el servicio de la conducta del oficial investigado que desencadenó la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina.

180. De esta manera, en aplicación de la regla, según la cual, cuando exista dudas probatorias sobre el vínculo entre la actividad del servicio y el delito investigado, el asunto debe ser conocido por la Justicia Ordinaria, y en ese orden, la decisión de la autoridad judicial accionada debió consistir en asignar la competencia para el conocimiento del caso a la Fiscalía General de la Nación, que es la entidad titular de la acción penal, con la función de investigar y acusar ante los jueces ordinarios. Concluyó entonces la Sala Plena que, por el contrario, como resultado de la omisión de valoración probatoria constatada, en la cual se materializó el defecto fáctico analizado, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura terminó dirimiendo el conflicto a favor de la Jurisdicción Penal Militar. Así, se determinó, que la accionada menoscabó el derecho fundamental de la accionante al debido proceso y a un recurso judicial efectivo.

181. En este orden de ideas, la Corte resolvió amparar las garantías constitucionales invocadas por la accionante y, en aplicación de la referida regla relativa a la duda probatoria sobre la relación entre la conducta investigada y el servicio, dispuso trasladar la actuación penal que se sigue contra el capitán de la Policía Nacional, Manuel Cubillos Rodríguez, por la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina, a la Fiscalía General de la Nación.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- AMPARAR los derechos fundamentales de **YENNY ALEJANDRA MEDINA PULIDO** al juez natural, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo.

Segundo.-CONFIRMAR la Sentencia dictada el 9 de septiembre de 2020 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, solamente en tanto confirmó la decisión de la Sala de Casación Penal de la misma Corporación, emitida el 7 de julio de 2020, de conceder la acción de tutela y dejar sin efectos el auto de 12 de diciembre de 2019, proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Tercero.- REVOCAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la Sentencia dictada el 7 de julio de 2020, dictada por Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que ordenó a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura adoptar una nueva decisión dentro del conflicto de jurisdicciones.

Cuarto.- DEJAR sin efectos el Auto de 20 de agosto de 2020, mediante el cual, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dio cumplimiento al fallo de tutela de primera instancia.

Quinto.- DISPONER que la actuación penal que se sigue contra el oficial de la Policía Nacional, Manuel Cubillos Rodríguez, por la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina, sea trasladada al conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria.

Sexto.- ORDENAR al Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar que envíe de forma inmediata las diligencias que adelanta contra el capitán de la Policía Nacional, Manuel Cubillos Rodríguez, por la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina, a la Fiscalía 298 Seccional de la Unidad de Vida Bogotá, para que reanude la respectiva investigación. Las pruebas practicadas hasta el momento en la Jurisdicción Penal Militar mantendrán su valor.

Séptimo.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

Octavo.- Por Secretaría General de la Corte, **DEVOLVER** a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el expediente digitalizado, para los efectos legales pertinentes.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Presidente
Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Ausente con permiso

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada
Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
A LA SENTENCIA SU190/21**

Expediente: T-8.012.707

Acción de tutela interpuesta por Yenny Alejandra Medina Pulido contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de Judicatura.

Magistrada ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, me permito aclarar mi voto en el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

1. Si bien comparto la decisión de la mayoría de amparar los derechos invocados por la accionante, y confirmar la Sentencia dictada el 9 de septiembre de 2020 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, solamente en tanto confirmó la decisión de la Sala de Casación Penal de la misma Corporación, emitida el 7 de julio de 2020, de conceder la tutela y dejar sin efectos el auto de 12 de diciembre de 2019, proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, me parece importante dejar claras dos posiciones:

En primer lugar, el asunto de que trata la tutela interpuesta por Yenny Alejandra Medina, debe necesariamente conducir a un análisis frente a la colisión de competencias entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación, y en ese orden, resultaba necesario examinar si en realidad se trataba, como se planteó en el proveído, de un choque entre dos jurisdicciones distintas, o de un conflicto suscitado al interior de la jurisdicción ordinaria en dos de sus especialidades.

Lo anterior resultaba relevante pues, en caso de concluir que la Justicia Penal Militar no es una Jurisdicción sino una especialidad de la Ordinaria, resultaría errada la orden quinta del fallo que dispuso: “*DISPONER que la actuación penal que se sigue contra el oficial de la Policía Nacional, Manuel Cubillos Rodríguez, por la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina, sea trasladada al conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria.*” Subraya fuera de texto.

Existe razones tanto para sostener que la justicia penal militar hace parte de una jurisdicción propia, como para sostener que hace parte de la ordinaria, pues el debate esta abierto teniendo en cuenta que la Constitución Política no estableció un conjunto normativo que definiera la estructura y los órganos de una jurisdicción penal militar, ni le dedicó un capítulo como sí lo hizo con las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, al tiempo

que no la mencionó dentro del capítulo de jurisdicciones especiales, pero de otra parte, la propia Carta Política en el artículo 256, relativo a las funciones del Consejo Superior de la Judicatura dispuso:

“Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales.” Subraya fuera de texto

Dada la contradicción normativa, la Sala Plena debe abordar un cuidadoso análisis a efectos de establecer si la justicia penal militar hace parte de la Jurisdicción Ordinaria, pues carece de tratamiento constitucional como una jurisdicción propia a pesar de la mención citada, y sus decisiones tiene como órgano de cierre la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, la sentencia carece de fundamento suficiente en relación con la orden quinta del resolutivo.

En segundo lugar, la sentencia es clara en determinar que existió defecto fáctico en los fallos del Consejo Superior de la Judicatura que atribuyeron al Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar el conocimiento e investigación por la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina, no obstante, a esa conclusión se llegó por la existencia de una duda razonable en cuanto a la competencia para conocer del asunto, y no porque hubiere resultado diáfano e incontrovertible que la actuación cometida por el Capitán investigado se hubiera apartado del servicio.

La sentencia ha debido profundizar sobre los casos en que las actuaciones de los uniformados se consideran actos del servicio y en qué casos no, pues la Justicia Penal Militar esta establecida justamente para conocer de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en ejercicio de sus funciones. En este sentido, resultaba imprescindible precisar de mejor manera la forma de establecer la línea divisoria entre lo que se entiende por actos en ejercicio de sus funciones y los que no, pues es evidente que si el oficial investigado no hubiere cometido delito alguno y su obrar no fuere susceptible de reproche, se entendería como un acto propio del servicio, pero carecería de objeto la investigación penal.

En otras palabras, justamente para conocer de la comisión de delitos, y en cuanto ellos implican rompimiento de protocolos y normas castrenses, es que encuentra sentido la existencia de la Justicia Penal Militar, como una justicia que examina y sanciona las conductas de los uniformados cuando estas acaecieron en momentos en que se prestaba el servicio y en desarrollo de una operación oficial, pero naturalmente con rompimiento de algún protocolo o incluso encuadrando la acción en algún tipo penal, pues de lo contrario carecería de sentido someter dichos actos a investigación y sanción.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado